

CONSIGLIO
NAZIONALE
DEL
NOTARIATO

Studio n. 588-2016/C

La nuova disciplina dell'appalto pubblico dopo il correttivo: profili di interesse notarile

Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 25/05/2017

Lo studio in sintesi (Abstract): *A quasi un anno dalla emanazione del decreto legislativo n. 50 del 2016 - che ha riscritto il codice degli appalti pubblici secondo le Direttive comunitarie nn. 23, 24 e 25 del 2014 - il Governo si è avvalso della facoltà concessa dall'art. 1, comma 8, della legge delega n. 11/2016, adottando disposizioni integrative e correttive al codice degli appalti.*

Il decreto correttivo pubblicato in Gazzetta ufficiale il 5 maggio 2017 (D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50"), si compone di 131 articoli e contiene oltre 400 modifiche al codice degli appalti, modellando, a volte in maniera incisiva, l'impianto delineato dal legislatore del 2016.

Lo studio si propone di offrire una guida alla lettura del rinnovato sistema degli appalti pubblici, delineando gli istituti rilevanti e le novità giurisprudenziali, con particolare riguardo alla funzione notarile.

In tale prospettiva, risulta oggetto di peculiare approfondimento non solo la disciplina relativa allo svolgimento della procedura di appalto ma, soprattutto, quella concernente la stipula del contratto e le vicende ad essa successive.

Sommario: 1. La disciplina dell'appalto nel diritto amministrativo. Premessa; 2. L'appalto pubblico nel diritto interno: normativa statale e regionale; 3. L'appalto pubblico nelle nuove Direttive comunitarie e nel D.lgs. n. 50/2016: sintesi delle novità normative; 3.1. Il D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. "Decreto correttivo"); 4. La tipologia dei contratti e gli atti attuativi; 5. I contratti esclusi dalla applicazione del codice.; 6. Le modalità di affidamento; 6.1. Segue: l'integrazione dell'efficacia e la stipula del contratto; 7. L'affidamento al soggetto privato delle opere di urbanizzazione; 8. Le soglie; 9. Le stazioni appaltanti; 10. I soggetti dell'appalto pubblico. Premessa; 10.1. Gli imprenditori, le società e le cooperative; 10.2. I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane ed i consorzi stabili; 10.3. I raggruppamenti temporanei di concorrenti ed i consorzi ordinari; 10.4. Il contratto di rete ed il "gruppo europeo di interesse economico"; 11. Le garanzie: la garanzia per la partecipazione alla procedura; 11.1. Segue: La garanzia per l'esecuzione del contratto; 12. Le modifiche soggettive ed oggettive del contratto nella disciplina del D.lgs. n. 50/2016; 13. La cessione del contratto di appalto pubblico. Premessa; 13.1. Segue: le vicende soggettive del contraente nell'appalto di opere pubbliche. La fase antecedente la aggiudicazione dell'appalto; 13.2. Segue: la fase successiva alla conclusione del



contratto; 14. La cessione del credito nel codice degli appalti; 15. La sospensione del contratto; 16. La risoluzione del contratto; 17. Il subappalto; 18. Forma del contratto ed atto pubblico informatico.

1. La disciplina dell'appalto nel diritto amministrativo. Premessa.

La disciplina degli appalti rappresenta un settore specialistico di interesse strategico non solo per il diritto interno ma, come dimostra l'evoluzione della materia, anche e soprattutto per il diritto comunitario ⁽¹⁾.

In particolare, in tale settore si è assistito ad un lento stratificarsi delle disposizioni normative a partire dalla legge di contabilità dello Stato del 1923 (R.D. n. 2420 del 1923) e del suo regolamento di attuazione del 1924, sino alla entrata in vigore della L. 11 febbraio 1994, n. 109 (legge Merloni) per i lavori pubblici, del D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 per gli appalti di servizi, del D.lgs. 24 marzo 1992, n. 358 per gli appalti di forniture, del D.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 per i settori esclusi, di attuazione delle Direttive comunitarie 92/50/CE per i servizi, 93/36/CE per le forniture e 93/37/CE per i lavori.

La normativa comunitaria ha, così, permeato l'intero assetto della disciplina dell'appalto, influenzando significativamente sulla stessa connotazione del procedimento ad evidenza pubblica; diversamente dalle originarie previsioni interne – che miravano esclusivamente alla corretta formazione della volontà della Amministrazione e, dunque, erano poste a tutela della stessa Amministrazione – il diritto comunitario tende sempre più a garantire la libertà di accesso al mercato ad opera di tutti i concorrenti e, dunque, la libertà di concorrenza, tendendo ad evitare che la stazione appaltante operante in uno degli Stati membri possa favorire, nell'affidamento della commessa pubblica, l'impresa nazionale, in tal modo discriminando le altre imprese europee con lesione del principio di concorrenza.

È, questo, un cammino che ha imposto una completa revisione di numerosi istituti ed un continuo sforzo di aggiornamento e sintesi di fattispecie nuove e spesso del tutto sconosciute al nostro sistema giuridico.

In tale linea si è mosso anche il recente intervento normativo contenuto nelle Direttive in tema di appalti e concessioni che sottolineano, in particolare, come *“Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l'uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti adottata ai sensi della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della*



spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale. È inoltre necessario chiarire alcuni concetti e nozioni di base onde assicurare la certezza del diritto e incorporare alcuni aspetti della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia dell'Unione europea in materia” (Considerando n. 2 della Direttiva n. 24/2014).

2. L'appalto pubblico nel diritto interno: normativa statale e regionale.

Nello Stato italiano unitario, la prima fonte normativa volta a disciplinare la fase di individuazione “dell'altro contraente” nel settore pubblico fu il R.D. 17 febbraio 1884, n. 2016 (“*Testo unico della legge sull'amministrazione e sulla contabilità generale dello Stato*”), sostituito dal R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (“*Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato*”) che gettò le basi per tutto il sistema attualmente esistente.

In tali disposizioni normative ritroviamo per la prima volta le nozioni di pubblico incanto, licitazione privata e trattativa privata; cioè, di procedimenti che l'Amministrazione pone in essere per individuare – sulla base di criteri di carattere prettamente economico ovvero economico-qualitativo – i soggetti con cui stipulare contratti di lavori, servizi e/o forniture.

Il diritto comunitario primigenio, del resto, si caratterizzava per un approccio essenzialmente negativo, diretto alla tutela delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato di Roma: libertà di circolazione dei lavoratori, delle merci, dei capitali e delle imprese.

In particolare, le prime direttive (71/305 del 26 luglio 1971 e 72/277 del 26 luglio 1972, recepite con L. 8 agosto 1977, n. 584, integrata e modificata dalla L. 10 dicembre 1981, n. 741 e 8 ottobre 1984, n. 687), dettavano regole comuni per l'affidamento degli appalti di lavori di importo superiore al miliardo di lire, cercando di perseguire gli obiettivi della *par condicio* e della pubblicità al fine della ampia e corretta partecipazione alle gare ⁽²⁾.

Ad esse seguirono le direttive 77/62, 80/767 e 88/295 in materia di appalti pubblici di forniture (attuate dal D.lgs. 24 luglio 1992, n. 358, modificato dal D.lgs. 20 ottobre 1998, n. 402), la direttiva 89/440, in materia di appalto di opere pubbliche (D.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406), la direttiva 92/50 in materia di appalto di servizi (D.lgs. 17 marzo 1995, n. 157) e le direttive 90/531 e 93/38 (D.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 e D.lgs. 25 novembre 1999, n. 525), in materia di appalti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni.

La sistemazione della materia avvenne, poi, ad opera delle direttive del 1993 che assunsero quale linea guida la tutela della concorrenza e della libera circolazione dei servizi al fine di garantire la massima apertura del mercato.

La disciplina dei contratti pubblici ha trovato, poi, il suo punto di sintesi nel D.lgs. n. 163/2006 che, nell'ultimo decennio, ha costituito una sorta di testo unificato della intera materia dei contratti.



In particolare, con l'art. 25 della L. 18 aprile 2005, n. 62 - Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (Legge comunitaria 2004) - il Governo era stato delegato ad adottare *“uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento della direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi”* nel rispetto, tra gli altri, dei seguenti principi e criteri direttivi:

- compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea;
- semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici.

L'emanazione della legge di delega e del successivo decreto legislativo era stata dettata dalla necessità di attuare nel nostro ordinamento le prescrizioni sancite a livello comunitario per il perseguimento della finalità di garantire che, nei singoli ordinamenti nazionali, l'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico avvenisse nel rispetto dei principi del Trattato e, in particolare, dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei *“principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”* (Considerando numero 2 della Direttiva n. 18 del 2004).

Si era voluto assicurare l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza anche mediante *“regole dettagliate”* volte a garantire *“procedure di gara concorrenziali a livello della Unione europea”* (Comunicazione interpretativa della Commissione, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», del 1° agosto 2006).

In ordine ai rapporti tra Stato e Regioni nella disciplina dei contratti pubblici, occorre premettere che i criteri delineati dalla Corte Costituzionale al fine di risolvere il possibile conflitto di competenze, appaiono ricondursi alle seguenti direttrici:

- sostanza – secondo cui l'individuazione della materia in cui si colloca la disposizione deve essere effettuata *“avendo riguardo all'oggetto o alla disciplina da essa stabilita, sulla base della sua ratio, senza tenere conto degli aspetti marginali e riflessi”* e non già in base ad una auto-qualificazione normativa (Corte Cost. n. 229/2013; n. 235/2010; n. 368/2008 e n. 165/2007);



- prevalenza – secondo cui deve riconoscersi legittimazione legislativa ad uno solo dei soggetti titolari di competenza (Corte Cost. n. 126/2014);

- leale cooperazione – secondo cui in ipotesi di impossibilità di individuazione dell'ambito materiale prevalente dovrà garantirsi il coinvolgimento delle autonomie regionali (Corte Cost. n. 250/2015; n. 140/2015).

Occorre osservare come nella materia degli appalti possano tradizionalmente distinguersi **due fasi** connesse, l'una alla procedura di scelta del contraente e, l'altra, a quella della conclusione del contratto.

Entrambe tali fasi possono astrattamente rientrare nell'ambito della **competenza esclusiva dello Stato**.

La **prima fase** (scelta del contraente), infatti, rientra nella materia trasversale della **tutela della concorrenza** (art. 117, comma 2, lett. e) Cost.).

In tale ambito, infatti, l'intervento europeo e nazionale appare giustificato dalle prevalenti finalità volte a garantire la "concorrenza per il mercato" e, dunque, la libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali.

Nell'ambito di tale fase, peraltro, possono venire in rilievo anche competenze regionali.

La prima modalità di esercizio della funzione legislativa regionale può riguardare la stessa regolazione delle procedure di scelta del contraente e, in tale ambito, la normativa regionale può intervenire purché, tuttavia, gli effetti della regolamentazione siano indiretti e marginali e si tratti di normative pro-concorrenziali (Cfr. Corte Cost. n. 32/2015).

La seconda modalità di esercizio della funzione legislativa regionale può avere valenza più settoriale, involgendo, con riguardo a specifiche parti della procedura, la competenza residuale in materia di organizzazione amministrativa. In tale ambito la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 401/2007, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 84, commi 2, 3 e 8, D.lgs. n. 163/2006 che conteneva norme relative alla composizione delle commissioni aggiudicatrici. In tale occasione la Corte affermò che tali norme *"attengono, più specificamente, all'organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara"*.

Nella **seconda fase** (relativa alla conclusione ed esecuzione del contratto) si realizza una competenza statale esclusiva in considerazione del fatto che l'autorità pubblica agisce in materia di **ordinamento civile** relativamente alla attivazione di autonomie negoziali (Corte Cost. n. 401/2007). La Corte Costituzionale ha così escluso che possa configurarsi, in tale ambito, una disciplina generale di matrice regionale, ammettendo soltanto che *"in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico"* possano *"residuare in capo alla pubblica amministrazione poteri riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva"*.

Quanto, poi, al rapporto tra competenze legislative dello Stato e delle Regioni a statuto speciale e Province autonome in ordine alla disciplina della scelta del contraente nelle procedure ad



evidenza pubblica regolate dal codice dei contratti pubblici, occorre rilevare come la Corte Costituzionale abbia sempre affermato che se anche gli statuti speciali attribuiscono alle autonomie la competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di esclusivo interesse regionale o provinciale, tale competenza, in forza di espresse e omologhe previsioni statutarie, deve essere esercitata nel rispetto della Costituzione, dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, degli obblighi internazionali e delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali.

Del resto, risulta pacifico che le disposizioni del D.lgs. n. 50/2016, regolanti le procedure di gara, anche se relative ad appalti sotto soglia (Corte Cost. sentenze n. 184 del 2011, n. 283 e n. 160 del 2009, n. 401 del 2007), siano riconducibili alla materia della tutela della concorrenza e vadano ascritte all'area delle norme fondamentali delle riforme economico-sociali, nonché delle norme con le quali lo Stato ha dato attuazione agli obblighi internazionali nascenti dalla partecipazione dell'Italia all'Unione europea, sicché le autonomie speciali non possono dettare discipline da esse difformi (sentenze n. 187 e n. 36 del 2013, n. 74 del 2012, n. 328, n. 184 e n. 114 del 2011, n. 221 e n. 45 del 2010).

Sotto tale profilo, dunque, le disposizioni in tema di codice dei contratti – quali disposizioni in materia di concorrenza – vengono a porsi quale limite alla potestà legislativa regionale in materia di lavori pubblici ⁽³⁾.

Il codice previgente aveva operato una qualificazione e ricognizione dei singoli ambiti disciplinati, riconducibili alla competenza legislativa statale esclusiva o alla competenza concorrente di Stato e Regioni.

Il nuovo art. 2 D.lgs. n. 50/2016 si limita a statuire in termini generali sulle competenze legislative regionali; secondo la norma richiamata, infatti, *“le disposizioni contenute nel codice dei contratti sono adottate nell'esercizio della competenza legislativa esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza, ordinamento civile, nonché nelle altre materie cui è riconducibile lo specifico contratto, mentre le Regioni a statuto ordinario esercitano le proprie funzioni nelle materie di competenza regionale ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione. Le Regioni a statuto speciale e le Province autonome di Trento e di Bolzano, infine, adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”*.

L'assetto delineato dal nuovo codice degli appalti è stato valutato in linea con l'attuale contesto costituzionale anche dal Consiglio di Stato che, in sede di parere sulle disposizioni del decreto legislativo n. 50/2016, ha osservato che il “regolamento di confini” tra legislazione statale e regionale non spetta alla legge ordinaria ma alla Costituzione.

3. L'appalto pubblico nelle nuove Direttive comunitarie e nel D.lgs. n. 50/2016: sintesi delle novità normative.



Il 26 febbraio 2014 sono state adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio le nuove direttive comunitarie 2014/23/UE (sulla aggiudicazione dei contratti di concessione), 2014/24/UE (sugli appalti pubblici) e 2014/25/UE (sulle procedure nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi sociali) ⁽⁴⁾.

Le direttive del 2014 non modificano in profondità l'assetto preesistente, ma lo aggiornano alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, completandolo con nuovi istituti e introducendo nuove regole per aspetti precedentemente non sottoposti alla disciplina degli appalti.

Punto di partenza della nuova disciplina appare essere la migliore allocazione delle risorse al dichiarato fine di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

In sintesi:

- si dà maggiore vigore al principio della flessibilità degli strumenti negoziali e si introducono strumenti nuovi di negoziazione;
- si amplia l'utilizzo dell'informatica, sia come forma di comunicazione e gestione di tutte le procedure (in prospettiva destinata a sostituire ogni altra forma di comunicazione), sia come tipologia di procedura (sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione);
- si valorizzano i criteri ambientali e sociali nella aggiudicazione degli appalti;
- si prevede una disciplina compiuta delle concessioni di servizi;
- si introduce il documento di gara unico europeo;
- si prevede quale regola generale di aggiudicazione l'offerta economicamente più vantaggiosa, restando residuale il criterio del prezzo più basso;
- si disciplinano in modo completo i contratti misti;
- si disciplina il momento "esecutivo" del rapporto scaturente dall'appalto;
- si prevede l'obbligatorio ricorso alle centrali di committenza, in alternativa alla qualificazione e in alcuni casi a prescindere dalla possibilità astratta di conseguire la qualificazione;
- si prevede la separazione tendenziale tra progettazione ed esecuzione;
- si prevedono regole puntuali per gli affidamenti *in house*;
- si dispone il divieto di affidare al contraente generale i compiti di r.u.p. e direttore dei lavori;
- si prevede un regime di maggior rigore per le concessioni autostradali;
- si prevedono maggiori controlli per gli appalti segreti;
- si disciplinano in modo specifico gli appalti della protezione civile;
- si disciplinano gli strumenti precontenziosi e regole processuali volte a ridurre il tasso di conflittualità nel settore.

3.1. Il D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. "Decreto correttivo").



L'art. 1, comma 8, della legge delega n. 11/2016 ha previsto che entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura dettati dalla delega per il codice (art. 1, comma 8, legge delega).

Il Governo, avvalendosi di tale facoltà, ha approvato, nella seduta del Consiglio dei ministri del 23 febbraio 2017, lo schema del decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, dopo l'esame delle 502 proposte normative ricevute dai principali stakeholders (tra cui CONSIP, ANAC, Regioni e Comuni e le associazioni di categoria), delle 94 proposte provenienti dalla Cabina di Regia e delle 110 proposte pervenute da soggetti non invitati formalmente alla consultazione.

Il 5 maggio 2017 – a distanza di oltre tre settimane dalla approvazione definitiva da parte del Consiglio dei Ministri) – è stato pubblicato in Gazzetta ufficiale il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 recante *“Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”*.

In merito ai limiti dello strumento del decreto correttivo - figura, come rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 782/2017, non prevista dall'art. 76 Cost., ma ormai stabile nella più recente prassi costituzionale (cfr. Corte cost. n. 156 del 1985; Id. n. 172 del 1994; Id. 206 del 2001) - è opportuno ricordare il consolidato orientamento (ribadito, da ultimo, nel parere Comm. speciale, 14 marzo 2017, n. 638), secondo cui il mancato recepimento di una parte della delega entro il termine di scadenza consuma definitivamente il relativo potere e tale mancato esercizio non può essere recuperato in sede di adozione di decreti correttivi.

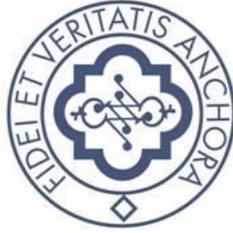
Tramite questi ultimi sono consentite, appunto, *“integrazioni e correzioni”* (anche rilevanti), a seguito di un periodo di *“sperimentazione applicativa”*, riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega.

Inoltre, lo strumento del correttivo non può nemmeno costituire una sorta di *‘nuova riforma’*, pur rispettosa della delega originaria, che modifichi le scelte di fondo operate in sede di primo esercizio della delega, attuando un'opzione di intervento radicalmente diversa da quella del decreto legislativo oggetto di correzione (cfr. Corte cost. 26 giugno 2001 n. 206; Cons. St., ad. gen., 6 giugno 2007 n. 1; Cons. St., sez. norm., 9 luglio 2007 n. 2660/07; Id., 5 novembre 2007 n. 3838/07; Id., 26 luglio 2011 n. 2602).

Gli interventi correttivi ed integrativi richiesti dal decreto legislativo n. 50 del 2016, possono essere classificati – come osservato dal Cons. Stato nel parere n. 782/2017 – in quattro categorie principali.

Una prima tipologia di correzione mira ad eliminare errori o refusi presenti nel testo normativo.

Una seconda tipologia di correzioni riguarda la disciplina di coordinamento *“esterno”* e le conseguenti abrogazioni delle numerose disposizioni di leggi speciali che hanno inciso sulla materia



dei contratti pubblici. Tali interventi correttivi sono necessari per un migliore coordinamento del nuovo codice con altre leggi vigenti.

Una terza tipologia di correzioni si rende necessaria al fine di rimuovere alcuni errori di recepimento delle direttive e di attuazione della legge delega, che si traducono in altrettante illegittimità delle disposizioni del codice per contrasto con le direttive o per eccesso di delega.

Infine, **una quarta tipologia** di correzioni è finalizzata a rimediare a difficoltà insorte nella prima applicazione dei nuovi istituti, anche alla luce della giurisprudenza.

Le modifiche apportate dal decreto correttivo seguono tre direttrici:

modifiche di coordinamento ai fini di una più agevole lettura e interpretazione del testo;

integrazioni che migliorano l'efficacia e chiariscono la portata di alcuni istituti, sulla base anche di quanto suggerito dal Consiglio di Stato in sede consultiva e dalle associazioni o dagli operatori di settore;

limitate modifiche ad alcuni istituti rilevanti, conseguenti alle criticità evidenziate nella prima fase attuativa del Codice.

In particolare, tra le novità introdotte si segnalano:

appalto integrato: si introduce un periodo transitorio che prevede che l'appalto integrato sia possibile per gli appalti i cui progetti preliminari o definitivi siano stati già approvati alla data di entrata in vigore del codice e nei casi di urgenza;

progettazione: si introduce l'obbligatorietà dell'uso dei parametri per calcolare i compensi a base di gara;

contraente generale: si prevede una soglia minima pari a 100 milioni di euro per il ricorso all'istituto del contraente generale, per evitare che il ricorso all'istituto per soglie minimali concretizzi una elusione del divieto di appalto integrato;

varianti: si integra la disciplina della variante per errore progettuale, specificando che essa è consentita solo entro i limiti quantitativi del de minimis;

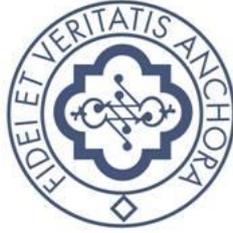
subappalto: è confermata la soglia limite del 30 per cento sul totale dell'importo contrattuale per l'affidamento in subappalto;

semplificazioni procedurali: in caso di nuovo appalto basato su progetti per i quali risultino scaduti i pareri acquisiti, ma non siano intervenute variazioni, vengono confermati i pareri, le autorizzazioni e le intese già rese dalle amministrazioni;

manutenzione semplificata: viene definita da un decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e nel limite di importo di 2 milioni e mezzo di euro;

dibattito pubblico: sarà effettuato sui progetti di fattibilità tecnica economica e non sui documenti delle alternative progettuali come nel testo approvato in via preliminare;

costo della manodopera: se ne prevede la specifica individuazione ai fini della determinazione della base d'asta;



albo dei collaudatori: è stato inserito l'obbligo, per le amministrazioni, di scegliere i collaudatori da un apposito albo.

4. La tipologia dei contratti e gli atti attuativi.

Il nuovo "codice dei contratti" si compone di 220 articoli e XXV allegati ed è diviso in sei Parti:

- la prima dedicata all'ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni (artt. 1-34);
- la seconda dedicata ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture, comprensiva sia della disciplina degli appalti nei settori ordinari che di quella degli appalti nei settori speciali, oltre che della disciplina di appalti in specifici settori, quali gli appalti relativi a beni culturali, gli appalti della protezione civile, gli appalti nei servizi sociali, i concorsi di progettazione, gli appalti relativi a difesa e sicurezza (artt. 35-163);
- la terza dedicata alle concessioni (artt. 164-178);
- la quarta dedicata al partenariato pubblico e privato e al contraente generale (artt. 179-199);
- la quinta dedicata a infrastrutture e insediamenti prioritari (artt. 200-203);
- la sesta recante disposizioni finali e transitorie, dove sono collocate anche le disposizioni sul contenzioso (rito appalti, transazione, accordo bonario, arbitrato, altri rimedi paragiurisdizionali) (artt. 204-220).

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, della direttiva 24/2014 *"si parla di appalto quando una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, e forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno"*.

L'articolo 3 – rubricato "Definizioni" – recepisce gli articoli 2, 33, par. 1 della direttiva 2014/24/UE, 2, 3, 4, 29, par. 1, 51, par. 1 della direttiva 2014/25/UE, 5, 6, 7 e 13, par. 1 della direttiva 2014/23/UE.

Esso contiene le definizioni contenute nel codice, che comprendono quelle contenute nelle direttive europee, con i necessari adeguamenti in relazione all'assetto dell'ordinamento interno.

Rispetto al precedente codice, si tiene conto anche della legislazione nazionale intervenuta medio tempore, e sono, altresì, inserite nuove definizioni, tra cui, quella di *joint venture*, quale associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale e/o finanziaria.

Per la prima volta vengono introdotte le definizioni di: partenariato pubblico-privato, lavori complessi e opere incompiute, rischio operativo, rischio di costruzione, rischio di disponibilità, rischio di domanda.



L'art. 3, comma 1, lett. ii), D.lgs. n. 50/2016 definisce gli «appalti pubblici», come *“i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi”*.

Gli «appalti pubblici di lavori», sono definiti (lett. II) come i contratti stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici aventi per oggetto:

- 1) l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I;
- 2) l'esecuzione, oppure la progettazione esecutiva e l'esecuzione di un'opera;
- 3) la realizzazione, con qualsiasi mezzo, di un'opera corrispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore che esercita un'influenza determinante sul tipo o sulla progettazione dell'opera.

Gli «appalti pubblici di forniture», invece, comprendono i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione.

L'oggetto del contratto di fornitura, al contrario dell'appalto di lavoro o di servizio, che consiste in un *facere*, consiste in un *dare* ⁽⁵⁾.

La difficoltà incontrata dalla dottrina e dalla giurisprudenza è stata, in particolare, quella relativa alla individuazione delle linee distintive tra appalto di lavori ed appalto di fornitura; si è così fatto riferimento al criterio oggettivo della prevalenza del costo del bene fornito rispetto al costo della prestazione di lavoro ovvero a quello soggettivo riguardante la prevalenza funzionale, secondo l'intenzione dei contraenti (Cass., 13 luglio 1996, n. 6361), ovvero ancora al criterio della ordinaria produzione (ex art. 1, comma 5, L. 19 luglio 1941, n. 771).

Gli «appalti pubblici di servizi» sono definitivi (lett. ss) come quei contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici, aventi per oggetto la prestazione di servizi diversi da quelli di cui alla lettera II).

Il nuovo codice degli appalti prevede 53 atti attuativi, a cui vanno aggiunti i regolamenti di organizzazione con cui l'ANAC disciplina l'esercizio di propri compiti specifici ⁽⁶⁾.

5. I contratti esclusi dalla applicazione del codice.

Il Titolo II della Parte I è dedicato alla disciplina dei **“contratti esclusi”** che rappresentano quelle tipologie che lo stesso legislatore regola secondo canoni distinti da quelli ordinari.

Occorre subito osservare come **il decreto correttivo**, sulla base delle indicazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato n. 782/2017, **ha disposto l'applicazione dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica anche con riguardo ai contratti attivi.**



Dall'art. 3 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, si ricava la distinzione tra **contratti attivi** (es. vendite e locazioni), che sono quei contratti da cui deriva un'entrata per lo Stato e **contratti passivi**, che sono quei contratti dai quali deriva una spesa dello Stato.

Gli appalti pubblici, in particolare, sono **contratti passivi** caratterizzati da una relazione intersoggettiva tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'appaltatore, ovvero la persona fisica e giuridica deputata alla realizzazione dei lavori, la prestazione di servizi, nonché la fornitura di beni.

Il principio generale in materia di appalti esclusi è delineato dall'art. 4 D.lgs. n. 50/2016 secondo cui *“L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”* ⁽⁷⁾.

Occorre evidenziare come il principio del rispetto delle “regole minime” indicate dal legislatore fa riferimento soltanto ai cd. “contratti esclusi” e, cioè, a quei contratti che il legislatore prevede quali assoggettati a regole peculiari e che, conseguentemente, non necessitano del rispetto di tutte le regole in tema di “evidenza pubblica” ⁽⁸⁾.

Anche nel vigore della disciplina precedente, era infatti chiaro che l'applicazione dei principi dei Trattati ai contratti esclusi dal codice, postulava che si trattasse di contratti posti in essere dai soggetti contemplati dal codice e, dunque rientranti nell'ambito di applicazione soggettiva del codice e, comunque, relativi a fattispecie di interesse pubblicistico.

Sarebbe, infatti, sproporzionato imporre l'applicazione di principi di evidenza pubblica a soggetti ed a fattispecie del tutto estranee all'ambito del codice e, dunque, ad appalti retti dal diritto privato.

Così inteso, l'art. 4 intende porre un principio di rispetto di regole minimali di evidenza pubblica, a tutela della concorrenza e del mercato, ma tali regole minimali vengono imposte:

- a) da un lato solo ai soggetti che ricadono nell'ambito di applicazione del codice appalti e delle direttive comunitarie di cui costituisce recepimento;
- b) dall'altro lato ai contratti agganciati ai settori ordinari o speciali di attività dei soggetti contemplati dal codice.

Si tratta in definitiva di contratti che in astratto potrebbero rientrare nel settore di attività, ma che vengono eccettuati con norme di esenzione, per le ragioni più disparate ⁽⁹⁾.

Conseguentemente, restano completamente fuori da ogni richiamo normativo tutte quelle fattispecie completamente “estranee” alla disciplina codicistica (come, ad es., i contratti degli organismi di diritto pubblico non volti a soddisfare bisogni generali di carattere non industriale o commerciale, dovendosi presumere che le residue attività del soggetto di diritto privato, ancorché a partecipazione pubblica, vengano svolte nelle forme proprie del diritto comune).

Peraltro, sempre sotto un profilo di carattere generale, occorre evidenziare che l'assoggettabilità dell'affidamento di un servizio alla disciplina dettata per i settori speciali non può



essere desunta sulla base di un criterio meramente “soggettivo”, relativo cioè al fatto che ad affidare l'appalto sia un ente operante nei settori speciali, ma anche in applicazione di un parametro di tipo oggettivo, attento alla riferibilità del servizio all'attività speciale (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2011 n. 2919) ⁽¹⁰⁾.

Al di fuori di tali settori speciali e, cioè, al di fuori dell'ambito degli oggettivi servizi pubblici nominati, non vi è, infatti, sostituzione all'attività amministrativa e, pertanto, non sorge la necessità di assicurare normativamente la garanzia della concorrenza dei potenziali contraenti mediante l'imposizione di scansioni particolari del processo di formazione contrattuale; vengono, infatti, meno la rilevanza e la peculiarità dell'attività che giustificano l'eccezionale attrazione e assoggettamento a regole eteronome sulla formazione della volontà contrattuale con terzi.

In tale prospettiva, dunque, l'impresa pubblica – al di fuori dell'ambito di applicazione dei settori speciali – deve essere intesa comunque quale soggetto imprenditoriale che agisce con rischio e con fine di lucro (art. 2082 cod. civ.) secondo moduli pienamente privatistici: ad essa, quindi, non si applicheranno le disposizioni pubblicistiche nemmeno relativamente ai principi generali di cui all'art. 4.

Occorre anche osservare che, al fine di individuare la normativa applicabile e, conseguentemente anche il profilo del riparto di giurisdizione, è giuridicamente irrilevante la circostanza che nella lettera di invito la stazione appaltante precisi che la normativa di riferimento della gara è costituita dalla disciplina pubblicistica; infatti, la sottoposizione o meno di un appalto al regime pubblicistico discende dalle caratteristiche oggettive dell'appalto e soggettive della stazione appaltante, e dunque dall'esistenza di un vincolo “eteronomo” e non dalla dichiarazione della stazione appaltante (c.d. autovincolo) ⁽¹¹⁾.

Il c.d. autovincolo, se è idoneo a rendere applicabili le regole richiamate, è idoneo a determinare spostamenti della giurisdizione (Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 1 agosto 2011, n. 16).

Nell'ambito dei contratti esclusi il legislatore distingue poi tra contratti semplicemente sottratti alla disciplina comune e contratti “speciali” rispetto ai quali detta esso stesso una disciplina.

Dal punto di vista generale può ritenersi applicabile all'intero settore dei contratti esclusi – e, come detto, a differenza dei contratti “estranei” – la procedura prevista dal legislatore per i cd. contratti sotto soglia ex art. 36 e, conseguentemente, le Linee-Guida ANAC emanate in tale settore.

Per ciò che concerne i settori speciali occorre rilevare che le disposizioni ad essi applicabili sono contenute, oltre che negli artt. da 6 a 20, nelle seguenti:

- art. 114 “Ai contratti pubblici di cui al presente Capo si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli da 1 a 58, ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni. L'articolo 49 si applica con riferimento agli allegati 3, 4 e 5 e alle note generali dell'Appendice 1 dell'Unione europea della AAP e agli altri accordi internazionali a cui l'Unione europea è vincolata”;



-art. 122 “Con riferimento alle procedure di scelta del contraente, gli enti aggiudicatori nei settori speciali applicano, per quanto compatibili con le norme di cui alla presente Sezione, i seguenti articoli della Parte II, Titolo III, Capi II e III: 60, salvo che la disposizione sull'avviso di preinformazione si intende riferita all'avviso periodico indicativo; 61, commi 1 e 2, con la precisazione che il termine di 30 giorni ivi previsto può essere ridotto fino a quindici giorni, nonché commi 3 e 5; 64 con la precisazione che il termine di trenta giorni per la ricezione delle domande di partecipazione di cui al comma 3, può essere ridotto fino a quindici giorni, qualora sia stato pubblicato un avviso periodico indicativo e sia stato trasmesso un invito a confermare interesse; 65; 66; 67; 68; 69; 73 e 74. Si applicano altresì le disposizioni di cui agli articoli da 123 a 132”;

- art. 133 “Per la selezione dei partecipanti e delle offerte nelle procedure di scelta del contraente nei settori speciali si applicano, per quanto compatibili con le norme di cui alla presente sezione, le disposizioni di cui ai seguenti articoli: 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 95, 96 e 97. 2. Ai fini della selezione dei partecipanti alle procedure di aggiudicazione, si applicano tutte le seguenti regole: a) gli enti aggiudicatori che hanno stabilito norme e criteri di esclusione degli offerenti o dei candidati ai sensi dell'articolo 135 o dell'articolo 136, escludono gli operatori economici individuati in base a dette norme e che soddisfano tali criteri; b) essi selezionano gli offerenti e i candidati secondo le norme e i criteri oggettivi stabiliti in base agli articoli 135 e 136 ; c) nelle procedure ristrette, nelle procedure negoziate con indizione di gara, nei dialoghi competitivi e nei partenariati per l'innovazione, essi riducono, se del caso e applicando le disposizioni dell'articolo 135 il numero dei candidati selezionati in conformità delle lettere a) e b). 3. Quando viene indetta una gara con un avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione e al fine di selezionare i partecipanti alle procedure di aggiudicazione degli appalti specifici oggetto della gara, gli enti aggiudicatori: a) qualificano gli operatori economici conformemente all'articolo 134; b) applicano a tali operatori economici qualificati le disposizioni del comma 1 che sono pertinenti in caso di procedure ristrette o negoziate, di dialoghi competitivi oppure di partenariati per l'innovazione. 4. Quando selezionano i partecipanti a una procedura ristretta o negoziata, a un dialogo competitivo o per un partenariato per l'innovazione, quando decidono sulla qualificazione o quando aggiornano i criteri e le norme, gli enti aggiudicatori; a) non impongono condizioni amministrative, tecniche o finanziarie a taluni operatori economici senza imporle ad altri; b) non esigono prove o giustificativi già presenti nella documentazione valida già disponibile. 5. Al fine di acquisire informazioni e documentazioni dagli operatori economici candidati, gli enti aggiudicatori utilizzano la banca dati di cui all'articolo 81, ovvero accettano autocertificazioni e richiedono le integrazioni con le modalità di cui all'articolo 85, comma 5. 6. Gli enti aggiudicatori verificano la conformità delle offerte presentate dagli offerenti così selezionati alle norme e ai requisiti applicabili alle stesse e aggiudicano l'appalto secondo i criteri di cui agli articoli 95 e 97. 7. Gli enti aggiudicatori possono decidere di non aggiudicare un appalto all'offerente che presenta l'offerta migliore, se hanno accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi applicabili di cui all'articolo 30. 8. Nelle procedure aperte, gli enti



aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice" ⁽¹²⁾.

6. Le modalità di affidamento.

Secondo il disposto dell'art. 32 D.lgs. n. 50/2016 le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal codice o dalle norme vigenti.

L'affidamento dei contratti pubblici avviene tramite un procedimento amministrativo che si articola in più fasi riconducibili alla "determina a contrarre", alla fase di "scelta del contraente", retta dai metodi di scelta e dai criteri di aggiudicazione previsti dalla legge ed, in ultima istanza, a quella di "conclusione del contratto" e di "approvazione", in funzione di controllo.

Attraverso il procedimento dell'evidenza pubblica l'Amministrazione forma e manifesta la sua volontà a contrarre.

Il **primo atto** del procedimento contrattuale è la **determina a contrarre** - prevista dall'art. 32, comma 2, D.lgs. n. 50/2016 "*Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*" - che può essere qualificata quale provvedimento dell'Amministrazione attraverso il quale la stessa manifesta la sua volontà di addivenire ad un contratto di un certo tipo, avente un certo contenuto, per le finalità di interesse pubblico, con un soggetto determinato e individuato secondo uno dei diversi sistemi predisposti ⁽¹³⁾.

L'articolo 22 del decreto correttivo modifica l'articolo 32 del Codice, al fine di introdurre una procedura semplificata per affidamenti diretti di contratti di importo inferiore a 40.000 euro (lettera a), nonché di specificare gli acquisti elettronici a cui non applicare il termine dilatorio per la stipula dei contratti (lettera b)

La lettera a), in particolare, che integra il comma 2 dell'art. 32 del Codice, **prevede**, per gli affidamenti di contratti di importo inferiore a 40.000 euro, **la possibilità per la stazione appaltante di avviare la procedura di affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente**, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.



La norma fa riferimento all'articolo 36, comma 2, lettera a), in base al quale la stazione appaltante procede, per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta.

Il comma 2 dell'art. 32 del Codice stabilisce che, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

La **determina a contrarre potrà dunque coincidere con quella di affidamento.**

In ipotesi di **determina a contrarre invalida o inesistente** risulterà viziata l'intera procedura sotto il profilo della non corretta formazione della volontà della Amministrazione (annullabilità del contratto ad iniziativa della P.A.), mentre in ipotesi di **difformità tra determina e successivo contratto** si determinerà una fattispecie di eccesso di potere (annullabilità del contratto sempre ad iniziativa della P.A.)⁽¹⁴⁾.

Alla delibera a contrarre segue il bando di gara che costituisce **l'atto di avvio del procedimento di scelta del contraente**⁽¹⁵⁾.

Secondo la **concezione privatistica**, il bando di gara sarebbe un **invito ad offrire**, non potendo valere quale vera e propria proposta contrattuale in assenza della indicazione del prezzo⁽¹⁶⁾.

Secondo la **concezione pubblicistica**, maggiormente seguita, il bando di gara è un tipico **atto amministrativo generale**, il cui scopo è quello di manifestare l'intento della P.A. di addivenire alla stipula di un contratto⁽¹⁷⁾.

Proprio in considerazione della sua natura di atto amministrativo, al bando di gara sarebbe inapplicabile la disciplina della eterointegrazione, non potendo, neppure in via analogica, operare la previsione dell'art. 1339 c.c. che mira ad assicurare l'attuazione delle condizioni contrattuali previste in via inderogabile dalla legge attraverso l'inserzione automatica delle clausole imperative in sostituzione di quelle difformi convenute dalle parti e postula, dunque, la conclusione di un accordo negoziale di contenuto contrastante con quello imposto dal legislatore, perciò sottratto all'autonomia privata⁽¹⁸⁾.

Il bando di gara, infatti, si limita a regolare il procedimento di selezione del contraente e non contiene disposizioni circa la misura dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto che sarà stipulato all'esito della procedura⁽¹⁹⁾.

La **seconda fase** del procedimento di evidenza pubblica concerne la **scelta del contraente.**

In termini generali, le procedure per l'individuazione della controparte sono riconducibili a tre gruppi:

- *procedure aperte* - nelle quali *“qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara”* (art. 60 D.lgs. n. 50/2016);

- *procedure ristrette* – nelle quali qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta a un avviso di indizione di gara, ma a seguito della valutazione da parte



delle amministrazioni aggiudicatrici delle informazioni fornite, soltanto gli operatori economici invitati possono presentare un'offerta (art. 61 D.lgs. n. 50/2016);

- *procedure negoziate* – nelle quali l'Amministrazione consulta gli operatori economici individuati e negozia con uno o più di essi le condizioni del contratto. Le procedure negoziate sono a loro volta di due tipi a seconda che sia richiesta o meno la pubblicazione di un bando.

La **terza fase** del procedimento di evidenza pubblica concerne la **valutazione delle offerte**.

La selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal codice.

L'art. 32, comma 4, D.lgs. n. 50/2016, in particolare, dispone che ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta e che l'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine

L'art. 95 D.lgs. n. 50/2016, in attuazione della delega e delle direttive comunitarie, prevedono quale criterio preferenziale per la scelta del contraente quello della offerta economicamente più vantaggiosa, restando un criterio solo residuale il criterio del "prezzo più basso".

In particolare, l'art. 95, commi 2, 3, 4 e 5 dispone che *"Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96. 3. Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1; b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro. 4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo. 5. Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta"*.

La **quarta fase** del procedimento di evidenza pubblica concerne la **aggiudicazione**.



Preliminarmente occorre rilevare come l'art. 32, comma 4, disponga che *“L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine”* ⁽²⁰⁾.

La **vecchia terminologia** che distingueva tra una **aggiudicazione provvisoria ed una aggiudicazione definitiva viene abbandonata**.

E' stato seguito, sul punto, quanto rilevato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855/2016 secondo cui *“la natura anfibia del concetto stesso di aggiudicazione provvisoria (un atto infraprocedimentale, forzosamente equiparato a un provvedimento) e le conseguenti problematiche interpretative emerse in sede di contenzioso (impugnabilità immediata, risarcibilità del danno da revoca, tutela dell'affidamento) rendono opportuno il superamento dell'istituto”*.

Conseguenzialmente, diviene inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività (art. 2014, comma 1, D.lgs. n. 50/2016) ⁽²¹⁾.

A conclusione dei lavori, la stazione appaltante, previa verifica della **“proposta di aggiudicazione”** ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede **all'aggiudicazione** ⁽²²⁾.

6.1. Segue: l'integrazione dell'efficacia e la stipula del contratto.

L'aggiudicazione costituisce il provvedimento conclusivo della selezione del contraente ma, in ogni caso, **non equivale ad accettazione dell'offerta**.

L'opzione scelta dal codice dei contratti (così come dal D.lgs. n. 163/2006) è quella di separare la fase pubblicistica da quella privatistica (conclusione del contratto).

Non si è seguita, dunque, la formula di cui all'art. 16, comma 4, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, secondo cui *“I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto”*.

L'aggiudicazione, dunque, **diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti** (art. 32, comma 7, D.lgs. n. 50/2016). Tale attività di verifica del possesso dei requisiti si esprime in un mero atto amministrativo (non provvedimento) con valore di atto integrativo dell'efficacia della intervenuta aggiudicazione ⁽²³⁾.

L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito dall'art. 32, comma 8, D.lgs. n. 50/2016 (60 giorni **dal momento in cui diviene efficace l'aggiudicazione**, salvo diverso termine stabilito).

Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti ⁽²⁴⁾, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo **entro i successivi sessanta giorni**, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario.



Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante **atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto.**

All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.

Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale.

Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio, storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

Tal termine è stato **coordinato con quello prescritto per la presentazione dei ricorsi giurisdizionali avverso l'aggiudicazione** (ridotto a **trenta** giorni), in modo da **garantire l'effettività della tutela del terzo non aggiudicatario**, pur a prescindere dalla tempestiva pronuncia del giudice amministrativo.

Il momento negoziale del rapporto, dunque, non potrà intervenire prima della inoppugnabilità della aggiudicazione (trenta giorni dalla comunicazione al soggetto interessato della intervenuta aggiudicazione).

Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi (art. 32, comma 10):

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b) (affidamenti diretti di contratti di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro o tramite procedure negoziate per contratti di appalto di lavori di importo inferiore a 150.000 euro).



L'art. 22, comma 1, lett. b) del decreto correttivo modifica il comma 10 dell'art. 32 del Codice, che individua i casi che non prevedono l'applicazione del termine dilatorio previsto per la stipula del contratto.

Ai sensi del comma 9 del medesimo articolo, infatti, il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

La norma in esame, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico, specifica che, ai fini della non applicazione del suddetto termine dilatorio, l'acquisto telematico deve essere effettuato per importi inferiori alla soglia di rilevanza europea basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica, ai sensi della definizione recata dall'articolo 3, lettera bbbb) del Codice.

Un secondo termine dilatorio (processuale) è poi previsto dall'art. 32, comma 11, D.lgs. n. 50/2016 ⁽²⁵⁾.

Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, infatti, il contratto non può essere stipulato, **dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni**, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare **ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva**.

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Il passaggio del contratto alla fase esecutiva e quindi operativa è comunque condizionato alla sua approvazione.

Il contratto, secondo il disposto di cui all'art. 32, commi 12 e 13, D.lgs. n. 50/2016, è sottoposto alla **condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti e l'esecuzione** del contratto può avere inizio solo **dopo che lo stesso è divenuto efficace**, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8.

L'approvazione si sostanzia in un atto di controllo interno, che assume la forma di un atto amministrativo a sé stante e che rientra tra le competenze dei dirigenti, **con il quale un organo diverso da quello che ha stipulato il contratto ne ordina l'esecuzione**.

Più precisamente, **è un atto di controllo di legittimità e di merito**: verifica la conformità dell'atto alle norme, alla deliberazione di contrattare, al bando, alle clausole dei capitolati, oltre che



dell'esistenza della necessaria copertura finanziaria in relazione alla spesa impegnata in caso di contratto passivo, ma anche dall'opportunità del contratto stesso, in relazione alla quale, "per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato" (art. 113 reg. cont.), l'approvazione può essere negata con l'obbligo di motivare adeguatamente il provvedimento.

La approvazione assume la natura di condizione sospensiva (*condicio iuris*) per la produzione degli effetti di un contratto già perfetto, perché fin quando essa non interviene il contratto rimane sospeso nell'interesse dell'amministrazione ⁽²⁶⁾.

7. L'affidamento al soggetto privato delle opere di urbanizzazione.

Con l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici (D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), **la realizzazione delle opere di urbanizzazione** è stata regolata dall'art. 32 comma 1, lett. g) e, per le opere sotto soglia, dagli artt. 121 e 122 ⁽²⁷⁾.

In particolare, l'art. 32, comma 1, lett. g), D.lgs. n. 163/2006, disponeva che il codice trovasse applicazione ai "*lavori pubblici da realizzarsi da parte dei **soggetti privati**, titolari di permesso di costruire, **che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo** previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza"*

La disposizione, aveva riguardo alle opere di urbanizzazione (primaria e secondaria) relative a **valori pari o superiori alla soglia comunitaria**, mentre per le opere di urbanizzazione di valore inferiore alla soglia comunitaria doveva ulteriormente distinguersi tra opere di **urbanizzazione secondaria** - rispetto alle quali trovava applicazione l'art. 122, comma 8, con procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara e con invito di almeno cinque operatori individuati tramite indagini di mercato o tramite elenchi, nel rispetto del principio di rotazione – e opere di **urbanizzazione primaria funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio** ⁽²⁸⁾ – rispetto alle quali trovava applicazione l'art. 16, comma 2 *bis* D.P.R. n. 380/2001, con conseguente esclusione della necessità di osservare le norme del codice dei contratti pubblici ⁽²⁹⁾.



Era, infine, disciplinata la fattispecie transitoria – art. 253, comma 8 – secondo cui *“Limitatamente ai lavori di importo sotto soglia, le disposizioni dell'articolo 32, comma 1, lettera g) e dell'articolo 122, comma 8, non si applicano alle opere di urbanizzazione secondaria da realizzarsi da parte di soggetti privati che, alla data di entrata in vigore del codice, abbiano già assunto nei confronti del Comune l'obbligo di eseguire i lavori medesimi a scomputo degli oneri di urbanizzazione”*.

Con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016 il legislatore ha operato alcune modificazioni della disciplina in esame, prevedendo, all'art. 1, comma 2, lett. e), che le disposizioni del codice trovino applicazione ai ***“lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione”*** e che ***“L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo, può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il titolo presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del suddetto titolo, un progetto di fattibilità tecnica ed economica delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 60 o 61. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per i costi della sicurezza”*** ⁽³⁰⁾.

La disposizione in esame, in linea con le previsioni di cui all'art. 32, comma 1, lett. e), D.lgs. n. 163/2006, prevede **la possibilità che, in alternativa alla assunzione da parte del privato delle funzioni di stazione appaltante, sia la stessa Amministrazione che rilascia il permesso di costruire o altro titolo abilitativo a svolgere tali funzioni e, quindi, ad esperire la gara sulla base del progetto del privato**, con la novità costituita dal riferimento al progetto di fattibilità in luogo del progetto preliminare; **trattandosi di affidamento alla Amministrazione della sola funzione di stazione appaltante, il contratto di appalto dovrà essere comunque stipulato tra impresa aggiudicataria e operatore privato** ⁽³¹⁾.

La disposizione, come rilevato, concerne le opere di urbanizzazione (primaria e secondaria) di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Per le **opere di valore inferiore alla soglia comunitaria** il riferimento normativo è quello di cui all'art. 36, comma 3, D.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo per gli importi inferiori a quelli di cui all'articolo 35, si applicano le previsioni di cui al*



comma 2”); l'art. 36, comma 4, D.lgs. n. 50/2016 prevede, poi, che “Nel caso di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), calcolato secondo le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 9, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380”.

Solo in tale ultima ipotesi, dunque, non dovranno essere osservate le disposizioni del codice dei contratti pubblici mentre, in ipotesi di opere di urbanizzazione secondaria sotto soglia il nuovo codice prevede che l'affidamento avvenga mediante la procedura di cui all'art. 36, comma 2 e, cioè:

Salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno rispettivamente di almeno quindici operatori economici, per i lavori, e di almeno dieci operatori economici per le forniture e i servizi, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati

c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie.

Tipologia di opere	Sotto soglia e funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio	Sotto soglia e non funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio	Sopra soglia
Opere di urbanizzazione	1) Esecuzione diretta da parte del privato titolare	A seconda degli importi dei lavori si applicano le	Procedura ordinaria



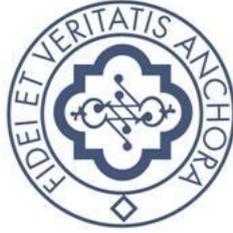
primaria	del permesso di costruire (art. 16, c. 2-bis, D.P.R. n. 380/2001 2) Disapplicazione del Codice 3) Applicazione del calcolo complessivo dell'appalto (art. 35, co. 9 Codice)	procedure del comma 2 art. 36 Codice: 1) affidamento diretto; 2) procedure negoziate; 3) procedura ordinaria	
Opere di urbanizzazione secondaria	Sopra soglia: Procedura ordinaria Sotto soglia: Procedure previste per importi, comma 2, art. 36 (affidamento diretto, procedura negoziata e procedura ordinaria)		

In ordine alla disciplina applicabile, l'art. 1, comma 3, D.lgs. n. 50/2016, prevede che *"Ai soggetti di cui al comma 2, lettere a), b), d) ed e), non si applicano gli articoli 21 relativamente alla programmazione dei lavori pubblici, 70 (Avvisi di preinformazione) e 113 (Incentivi per funzioni tecniche). In relazione alla fase di esecuzione del contratto si applicano esclusivamente le norme che disciplinano il collaudo"*.

Quanto alla **forma del contratto**, in assenza di espresse esclusioni, **deve ritenersi operare il disposto di cui all'art. 32, comma 14, D.lgs. n. 50/2016; naturalmente, tale forma deve intendersi limitata al solo contratto di appalto; al contrario, trattandosi di una fase prodromica allo svolgimento della gara per la scelta del contraente e per l'esecuzione dei lavori, la forma di cui all'art. 32, comma 14, D.lgs. n. 50/2016, non dovrà essere osservata con riguardo alle Convenzioni di lottizzazione stipulate tra il privato e l'Amministrazione.**

In merito, poi, al regime transitorio, occorre rilevare come la disciplina in oggetto sarà applicabile per tutti gli interventi per i quali l'accordo tra operatore ed amministrazione sia intervenuto successivamente alla data di entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016 (19 aprile 2016, data della pubblicazione in G.U.) ⁽³²⁾.

8. Le soglie.



L'articolo 35 D.lgs. n. 50/2016 in attuazione dell'articolo 8, comma 1, della Direttiva 2014/23/UE, dell'articolo 4 della Direttiva 2014/24/UE, nonché dell'articolo 15 della Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 detta la disciplina sulle soglie di rilevanza comunitaria ⁽³³⁾.

A tal fine, si prevede che le disposizioni del codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, sia pari o superiore alle seguenti soglie:

- euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;

- euro 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III, con la specifica che se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;

- euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;

- euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Con riferimento ai contratti pubblici nei settori speciali, la norma individua, altresì, il valore al netto dell'imposta sul valore aggiunto pari o superiore alle seguenti soglie:

- euro 5.225.000 per gli appalti di lavori;

- euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

- euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Si prevede, infine, la periodica rideterminazione di tutte le soglie di cui sopra mediante provvedimento della Commissione europea, che trova diretta applicazione alla data di entrata in vigore a seguito della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

L'articolo 36 D.lgs. n. 50/2016, disciplina i contratti sotto soglia - in attuazione dei criteri di delega contenuti nelle lettere g), ff) e ii) - disponendo che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria avvengano nel rispetto dei principi relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta;



b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori o per le forniture e servizi alle soglie di cui all'articolo 36, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie.

9. Le stazioni appaltanti.

L'art. 3 del D.lgs. n. 50/2016, nell'ambito delle definizioni, si occupa anche dei soggetti dei contratti di appalto e concessioni, distinguendo tra amministrazioni aggiudicatrici (autorità governative centrali, amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali, organismi di diritto pubblico), enti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori, altri soggetti aggiudicatori stazioni appaltanti (art. 3, lett. a, b, c, d, e, f, g, o), *joint venture*, centrale di committenza, soggetto aggregatore (art. 3, rispettivamente lettere h, i, n).

Nella nozione di stazione appaltante rientrano le amministrazioni aggiudicatrici, gli enti aggiudicatori, i soggetti aggiudicatori, gli altri soggetti aggiudicatori (art. 3, lett. a, e, f, g).

In particolare, si dispone che

Ai fini del "codice" si intende per:

a) «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti;

b) «autorità governative centrali», le amministrazioni aggiudicatrici che figurano nell'allegato III e i soggetti giuridici loro succeduti;

c) «amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali», tutte le amministrazioni aggiudicatrici che non sono autorità governative centrali;

d) «organismi di diritto pubblico», qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV:

1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;



2) dotato di personalità giuridica;

3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

e) «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla:

1) parte II del presente codice, gli enti che:

1.1. sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121;

1.2. pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli articoli da 115 a 121 e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente;

2) parte III del presente codice, gli enti che svolgono una delle attività di cui all'allegato II ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali:

2.1 le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti;

2.2 le imprese pubbliche di cui alla lettera t) del presente comma;

2.3 gli enti diversi da quelli indicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'allegato II. Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori» ai sensi del presente punto 2.3;

f) «soggetti aggiudicatori», ai soli fini delle parti IV e V le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a), gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e) nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi, di cui alle citate parti IV e V;

g) «altri soggetti aggiudicatori», i soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice;

h) «joint venture», l'associazione tra due o più enti, finalizzata all'attuazione di un progetto o di una serie di progetti o di determinate intese di natura commerciale o finanziaria;

i) «centrale di committenza», un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie

n) «soggetto aggregatore», le centrali di committenza iscritte nell'elenco istituito ai sensi dell'articolo 9, comma 1, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89;



o) «stazione appaltante», le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lettera a) gli enti aggiudicatori di cui alla lettera e), i soggetti aggiudicatori di cui alla lettera f) e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lettera g).

10. I soggetti dell'appalto pubblico. Premessa.

L'art. 45 del "codice" **elenca i soggetti** ai quali **possono essere affidati i contratti pubblici**, in ciò riproducendo il disposto dell'art. 34 D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

La norma risulta inserita nella sezione I del capo I del titolo III della parte II, relativa alle modalità comuni alle procedure di affidamento e, conseguentemente, viene a disciplinare i contratti, di rilevanza comunitaria, relativi a lavori, servizi e forniture nei settori ordinari.

Quanto ai settori speciali viene in considerazione il disposto di cui all'art. 35, comma 2, D.lgs. n. 50/2016, secondo cui *"il presente codice si applica anche ai contratti pubblici nei settori speciali il cui valore, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore alle soglie seguenti: a) euro 5.225.000 per gli appalti di lavori; b) euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione; c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX"*.

Per ciò che concerne i contratti sotto soglia comunitaria viene, invece, in considerazione il disposto dell'art. 36, comma 7, D.lgs. n. 50/2016 secondo cui *"L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9"*; la norma fa, dunque, espresso rinvio al disposto di cui all'art. 216, comma 9, D.lgs. n. 50/2016, secondo cui *"Fino all'adozione delle linee guida previste dall'articolo 36, comma 7, l'individuazione degli operatori economici avviene tramite indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante mediante avviso pubblicato sul proprio profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi richiesti ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il presente codice"* ⁽³⁴⁾.

L'art. 45, comma 1, D.lgs. n. 50/2016, dispone che *"sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici gli operatori economici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera p) nonché gli operatori economici stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi"*.

Quanto alla nozione di «operatore economico», l'art. 3, comma 1, lett. p) dispone che si considera tale *"una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi*



compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi”⁽³⁵⁾.

La norma in commento, recepisce gli articoli 19 della direttiva 2014/24/UE; 37 della direttiva 2014/25/UE e l'articolo 26 della direttiva 2014/23/UE, indicando i soggetti rientranti nella definizione di operatori economici ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

La nozione di operatore economico, secondo quanto precisato nel 14° considerando della direttiva 2014/24/UE è interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona o ente che offra sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare⁽³⁶⁾.

Secondo il disposto di cui all'art. 46, poi, **sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria:**

a) **i prestatori di servizi di ingegneria e architettura:** i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa;

b) **le società di professionisti:** le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

c) **le società di ingegneria:** le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;

d) **i prestatori di servizi di ingegneria e architettura** identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;



e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d);

f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura.

Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali ⁽³⁷⁾.

L'articolo 30 del decreto correttivo apporta una modifica di carattere formale, utile ad una migliore comprensione del testo, in quanto precisa che, tra i soggetti ammessi a partecipare alle predette procedure di affidamento, sono inclusi "i" raggruppamenti temporanei (la norma vigente fa generico riferimento a raggruppamenti).

10.1. Gli imprenditori, le società e le cooperative.

Secondo il disposto dell'art. 1655 c.c. *"l'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro"*.

La nozione di appalto descritta dal codice civile presuppone l'esistenza, in capo all'appaltatore, della organizzazione dei mezzi necessari al compimento dell'opera o del servizio, assumendo, normalmente, la natura di contratto di impresa.

La dottrina, tuttavia, ha rilevato che ai fini della configurazione del contratto di appalto non sia necessaria in capo all'appaltatore la qualifica di imprenditore in senso tecnico, non risultando richiesta — dall'art. 1655 c.c. — la caratteristica della professionalità che caratterizza l'impresa in senso proprio ⁽³⁸⁾.

Tale conclusione deve valere, a seguito delle modifiche normative intervenute in attuazione della direttiva 2014/24, anche per gli appalti pubblici; secondo il disposto dell'art. 45, co. 1, infatti, i soggetti ammessi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici non devono necessariamente rivestire la qualifica di "imprenditori" in senso proprio e, conseguentemente, non devono esercitare in modo professionale una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi ⁽³⁹⁾.

Accanto alla figura dell'imprenditore individuale, il codice prevede, nell'ambito dei soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento, le società e le cooperative.



L'art. 45 D.lgs. n. 50/2016, peraltro, non qualifica più la natura dell'attività svolta dalla società quale "commerciale", requisito che, nel codice del 2006, aveva dato luogo a perplessità quanto alla possibile partecipazione delle società semplici ⁽⁴⁰⁾.

Secondo il disposto dell'art. 2249 c.c., infatti, *"le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività commerciale devono costituirsi secondo uno dei tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo. Le società che hanno per oggetto l'esercizio di un'attività diversa sono regolate dalle disposizioni sulla società semplice, a meno che i soci abbiano voluto costituire la società secondo uno degli altri tipi regolati nei capi III e seguenti di questo titolo. Sono salve le disposizioni riguardanti le società cooperative e quelle delle leggi speciali che per l'esercizio di particolari categorie d'impresa prescrivono la costituzione della società secondo un determinato tipo"*.

Secondo la richiamata norma, infatti, sono società commerciali tutte le società ad esclusione della società semplice che è destinata all'esercizio di attività non commerciali ⁽⁴¹⁾.

La questione, peraltro, era stata risolta dalla giurisprudenza anche con riguardo alla precedente formulazione normativa; in particolare, si era rilevato il contrasto tra la normativa primaria nazionale e la normativa comunitaria (art. 6, dir.93/37/Cee) che non disponeva alcuna limitazione con riguardo alla "forma giuridica", in presenza della qualificazione del soggetto quale «imprenditore».

Si era, peraltro, affermato che la ritenuta limitazione contenuta nelle disposizioni del codice civile riferibili alle attività imprenditoriali in genere esercitabili, non trovava un espresso richiamo nella normativa pubblicistica che, anzi, manteneva un generico riferimento alla figura dell'imprenditore che, ai sensi dell'art. 3 comma 19 del D.lgs. n. 163/2006, designava *"una persona fisica, o una persona giuridica, o un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del D.lgs. 23 luglio 1991, n. 240, che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi"* ⁽⁴²⁾.

Il **profilo** in esame si intreccia con quello relativo alla **tassatività o meno della elencazione fornita dal legislatore** che, dopo alcune oscillazioni, sembra essere ormai risolta nel senso della **non tassatività delle fattispecie indicate dalla norma** ⁽⁴³⁾

10.2. I consorzi di cooperative, i consorzi tra imprese artigiane ed i consorzi stabili.

L'art. 45, co. 2, lett. b) e c) del codice, dispone che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici *"i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla l. 8 agosto 1985, n. 443; i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615 ter c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società*



cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”

La giurisprudenza, formatasi nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, aveva dato una lettura del consorzio stabile in combinato disposto con l’istituto dell’avalimento, sostenendo che il modulo del consorzio stabile concretizza un’impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza una particolare forma di avalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica.

Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale consentivano al consorzio di **avvalersi di qualsiasi requisito dei consorziati, senza dover ricorrere all’avalimento**, fermo restando che, **in alternativa, il consorzio poteva qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente** ⁽⁴⁴⁾.

Relativamente a tali soggetti, infatti, il successivo art. 47 del codice dispone che *“I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l’ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all’articolo 45, comma 2, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi con le modalità previste dal presente codice, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate.*

La disposizione richiamata prevede l’ammissione alle gare dei consorzi stabili “in proprio”, ossia mediante spendita dei requisiti direttamente posseduti dagli stessi, quale modalità ordinaria di partecipazione alle gare, sia per i requisiti relativi alla capacità economico-finanziaria, sia per quelli tecnico-professionali; **con riguardo alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d’opera, nonché all’organico medio annuo, è possibile che le singole imprese consorziate (anche non esecutrici) cumulino** (cd. “cumulo alla rinfusa”) tali **requisiti ai fini della partecipazione del consorzio alla gara** ⁽⁴⁵⁾.

Tale disposizione, che corrisponde al disposto di cui all’art. 35 del D.lgs. n. 163/2006, è stata interpretata in senso ampio, **quale principio volto alla applicazione del “cumulo alla rinfusa” per i requisiti indicati in modo specifico.**

Il comma 2 dell’art. 47, peraltro, prevedeva una disciplina transitoria con riguardo ai (soli) consorzi stabili di cui all’articolo 45, comma 2, lettera c), con riguardo ai quali era previsto che **per i primi cinque anni dalla costituzione, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate “esecutrici”, venissero cumulati** (“cumulo alla rinfusa”) **in capo al consorzio** (*Per i primi cinque anni dalla costituzione, ai fini della partecipazione dei consorzi di cui all’articolo 45, comma 2, lettera c), alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente posseduti dalle singole imprese consorziate esecutrici, vengono sommati in capo al consorzio*).

La disposizione è stata soppressa in sede di correttivo.



E' stato, invece, introdotto un **nuovo comma** con riguardo alla **qualificazione** dei consorzi *di cui agli articoli 45, comma 1, lettere b) e c), e 46, comma 1, lettera f)*),:

I consorzi di cui agli articoli 45, comma 1, lettere b) e c), e 46, comma 1, lettera f), al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, sono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.

Sul punto, già l'Anac (Comunicato del Presidente dell'8 giugno 2016) aveva precisato che, come previsto dall'art. 213, comma 14, del Codice fino all'adozione delle linee guida previste dall'art. 83, comma 2, dello stesso Codice (che attengono anche ai requisiti e alle capacità che devono essere posseduti dai consorzi) si continua ad applicare la parte II, titolo III, del d.P.R. n. 207 del 2010.

Tra queste disposizioni sono ricomprese anche quelle che disciplinano la qualificazione dei consorzi ed, in particolare, l'art. 81 che, attraverso un rinvio recettizio, dispone che la qualificazione dei consorzi stabili avviene secondo le disposizioni dell'art. 36, comma 7, del Codice (sommando, cioè, i requisiti posseduti dalle consorziate esecutrici).

La disposizione novellata è stata riscritta sulla base delle osservazioni del Consiglio di Stato che ha sottolineato (parere n. 782/2017) come la giurisprudenza, formatasi nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, avesse dato una lettura del consorzio stabile in combinato disposto con l'istituto dell'avalimento, sostenendo che il modulo del consorzio stabile concretizzasse un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza una particolare forma di avalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica.

Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere all'avalimento e fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente (Cons. St., III, 19.11.2014 n. 5689; Tar Campania – Salerno, I, 25.5.2016 n. 1296; Tar Veneto, I, 8.4.2016 n. 362; Id., 12.2.2016 n. 138) ⁽⁴⁶⁾.

Occorre ricordare che i consorzi stabili, ai sensi della lettera c) del comma 2 dell'art. 45 del Codice, sono costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro. I consorzi stabili sono formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

Fermo restando, dunque, che il consorzio possa maturare direttamente i requisiti ed utilizzarli ai fini della qualificazione, la disposizione in oggetto consente il cd. "cumulo alla rinfusa" ai fini della



qualificazione per i requisiti posseduti dalle imprese consorziate designate per l'esecuzione e l'avvalimento per i requisiti posseduti dalle imprese non designate per l'esecuzione dei lavori.

Un primo profilo problematico connesso all'affidamento dei contratti pubblici relativamente ai consorzi fra società cooperative ed ai consorzi stabili atteneva, nella vecchia formulazione del codice, alla partecipazione alla medesima gara di una stessa impresa sia in forma singola che associata ⁽⁴⁷⁾.

Sotto tale profilo, occorre innanzitutto rilevare che **il divieto di partecipazione** alla medesima gara di appalto del consorzio e della consorziata è stato inteso – nel vigore del vecchio “codice” – in **senso estensivo e non già limitato alle imprese partecipanti al consorzio ed indicate quali esecutrici dei lavori**.

Il problema, in particolare, è stato affrontato dal Consiglio di Stato in una pronuncia nella quale, in riforma della sentenza del TAR Sardegna n. 1445 del 2005, si è affermato che **il divieto di partecipazione** alla medesima gara d'appalto di lavori pubblici del consorzio e dei consorziati **non concerne le sole imprese consorziate che siano state indicate nell'offerta come esecutrici dei lavori, ma va inteso nel senso che un'impresa consorziata non può mai partecipare ad una gara nella quale concorra anche il consorzio del quale fa parte**, né in forma singola, né in forma associata ⁽⁴⁸⁾.

Secondo tale prospettazione, quindi, in tutti i casi di “comunanza” di interessi, vi sarebbe il divieto di partecipazione alla medesima gara di appalto, sia che tale comunanza si espliciti in un collegamento o controllo societario, sia che la stessa si realizzi attraverso una qualsiasi forma partecipativa della impresa singola rispetto ad un più ampio gruppo (consorzio, consorzio stabile, consorzio di cooperative, raggruppamenti temporanei, società consortili e quant'altro).

Tale impostazione appare pienamente condivisibile anche in relazione al nuovo disposto di cui all'art. 45 D.lgs. n. 50/2016, con la necessaria precisazione secondo cui l'art. 48, co. 7, D.lgs. n. 50/2016, non può intendersi quale norma impositiva di un obbligo di indicazione e di successivo conferimento dell'appalto alle singole consorziate allorché il consorzio stesso possa eseguire in proprio le lavorazioni richieste dal bando e dal capitolato di gara.

Sotto tale profilo, quindi, non può non aderirsi a quanto rilevato dal TAR Puglia, in una interessante pronuncia nella quale si è affermato che *“l'atteggiamento nei confronti dei consorzi è però mutato con l'art. 9 co. 23 della l. n. 415 del 1998, il quale ha aggiunto all'art. 13 co. 4 della l. n. 109 del 1994 il seguente periodo: ‘I consorzi di cui all'art. 10 co. 1 lett. b) e c) sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara’”* ⁽⁴⁹⁾. Secondo tale impostazione nell'attuale assetto normativo il divieto di partecipazione delle consorziate alla medesima gara in cui partecipa il consorzio non dovrebbe più ritenersi assoluto: soltanto nell'ipotesi in cui il consorzio non assuma in capo a sé l'esecuzione del contratto, infatti, vi sarà la necessità di indicare quali dei



soggetti consorziati dovranno eseguire il contratto e, conseguentemente, solo in tale ipotesi gli stessi non potranno partecipare in via autonoma ⁽⁵⁰⁾.

Il profilo in esame, appare confermato dal disposto di cui all'art. 48, comma 7, D.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale”*

La natura giuridica del consorzio tra cooperative, del consorzio tra imprese artigiane e del consorzio stabile è alla base della tendenziale assenza di limiti alla modificazione delle imprese designate esecutrici dell'appalto.

Il legislatore, infatti, ha previsto un **espresso divieto di modificazione soggettiva soltanto in ipotesi di raggruppamenti di impresa e di consorzi ordinari, implicitamente affermando la possibilità di modifica per le ipotesi di consorzio previste dall'art. 45, comma 2, lett. b) e c), D.lgs. n. 50/2016.**

Secondo il disposto di cui all'art. 48, comma 9, D.lgs. n. 50/2016, infatti, *“E' vietata l'associazione in partecipazione. Salvo quanto disposto ai commi 17 e 18, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”*.

Sotto tale profilo, si potrebbe ragionare sul fatto che l'assegnazione ad altra impresa partecipante fatta dal consorzio non costituisce affidamento in appalto o subappalto ma si risolve in un atto meramente interno; ciò in quanto il vincolo per l'impresa designata deriverebbe dal rapporto consortile, in forza del quale i consorziati conferiscono alla struttura consortile l'incarico di stipulare contratti di appalto per loro conto ed in nome del consorzio e di indicare, di volta in volta, a quale fra loro assegnare e far eseguire i lavori ⁽⁵¹⁾.

In realtà, già sotto il vigore del precedente codice dei contratti, l'ANAC aveva affermato (parere AG 49/2013 del 9 ottobre 2013, relativo all'applicazione del divieto di modificazione soggettiva previsto per raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti dall'art. 37, comma 9, del D.lgs. 163/2006) che *“per i consorzi stabili, le modifiche soggettive delle ditte esecutrici rispetto a quanto dichiarato in sede di gara sono ammesse al di fuori dei suddetti limiti, ma non possono tuttavia considerarsi illimitate; la disciplina applicabile ai consorzi stabili è applicabile anche ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro e altre figure affini, in virtù delle disposizioni degli artt. 35, 36, 37 del Codice, ove tali soggetti sono assimilati quanto alla disciplina ai consorzi stabili; le modifiche soggettive sono consentite soltanto per motivi sopravvenuti e non devono configurare uno strumento per eludere il necessario controllo preventivo di moralità delle imprese in fase di gara, ex art. 38; in nessun caso, le modifiche soggettive sono ammesse per avviare ad un controllo con*



esito negativo in fase di gara; le modifiche soggettive non sono ammesse in fase di gara ma possono intervenire tra la fase di gara e l'esecuzione" (52) (53).

Il decreto correttivo inserisce ora un nuovo comma (7 bis) al fine di individuare le ipotesi in cui risulta ammissibile una modificazione soggettiva (*"È consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e e), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata"*).

10.3. I raggruppamenti temporanei di concorrenti ed i consorzi ordinari.

Secondo il disposto dell'art. 45, co. 2, lett. d) ed e) sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici *"i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lett. a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 c.c., costituiti tra i soggetti di cui alle lett. a), b) e c) del presente co., anche in forma di società, ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile"*.

A differenza delle ipotesi sopra analizzate, la fattispecie della associazione temporanea di impresa e quella del consorzio ordinario sono prese in considerazione dal legislatore quali mere aggregazioni di imprese che mantengono, quindi, una propria autonomia ed indipendenza (54).

La **differenza**, in particolare, tra **consorzio ordinario** e **consorzio stabile**, peraltro, **non deriva dalla forma giuridica** ovvero dall'assetto organizzativo, **quanto**, piuttosto, **dal fatto che il consorzio stabile ha una durata e una composizione consortile minima prefissata e, soprattutto, è caratterizzato dalla presenza di una comune impresa effettivamente costituita**; a ciò consegue che i consorzi stabili sono destinati per loro natura allo svolgimento di una serie di attività permanenti nel tempo e certamente non legate al singolo appalto; di contro, i consorzi ordinari sono di regola costituiti al fine di partecipare a una singola gara o alla realizzazione di un singolo appalto (55).

È allora evidente che in tema di associazioni temporanee di imprese e di consorzi, i requisiti di capacità economica e finanziaria e tecnico-professionali dovranno essere posseduti da ciascuno dei soggetti che vi partecipano (56); tale è, infatti, la disciplina normativa (art. 48, co. 3) secondo cui *"nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti di cui all'art. 84"*.

La nuova normativa in tema di contratti pubblici ha mantenuto la distinzione tra raggruppamento di tipo orizzontale e raggruppamento di tipo verticale statuendo, all'art. 48, co. 1 e 2, che *"nel caso di lavori, per raggruppamento temporaneo di tipo verticale si intende una riunione di*



operatori economici nell'ambito della quale uno di essi realizza i lavori come definiti all'articolo 3, comma 1, lettera oo-ter; per lavori scorporabili si intendono lavori non appartenenti alla categoria prevalente e così definiti nel bando di gara, assumibili da uno dei mandanti; per raggruppamento di tipo orizzontale si intende una riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria. Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di operatori economici in cui il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie”⁽⁵⁷⁾.

Risulta anche confermata (art. 48, co. 8) la possibilità di presentazione delle offerte da parte di soggetti che, pur non essendo ancora riuniti, intendono costituire un raggruppamento temporaneo di concorrenti ovvero un consorzio; in tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificato quale mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

La struttura organizzativa del raggruppamento temporaneo è, dunque, priva di personalità giuridica e viene a costituirsi per il tramite di un contratto di mandato che assume le caratteristiche della collettività (da parte di tutte le imprese che costituiscono il raggruppamento) e della specialità (riguarda la gestione di una sola gara).

Secondo il disposto di cui all'art. 48, comma 13, D.lgs. n. 50/2016 *“Il mandato deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'operatore economico mandatario. Il mandato è gratuito e irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. In caso di inadempimento dell'impresa mandataria, è ammessa, con il consenso delle parti, la revoca del mandato collettivo speciale di cui al comma 12 al fine di consentire alla stazione appaltante il pagamento diretto nei confronti delle altre imprese del raggruppamento”*.

Come già rilevato, l'art. 48, comma 9, D.lgs. n. 50/2016 dispone il divieto di qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta; fanno eccezione le ipotesi di cui ai commi 17 e 18 dell'art. 48, secondo cui *“Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di*



esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante deve recedere dal contratto. 18. Salvo quanto previsto dall'articolo 110, comma 5, in caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione controllata, amministrazione straordinaria, concordato preventivo ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero in caso di perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80, ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire”.

Occorre rilevare, come meglio si vedrà analizzando il disposto di cui all'art. 106 D.lgs. n. 50/2016, che il principio di immodificabilità soggettiva, non appare più interpretato dalla giurisprudenza quale portato precettivo di un divieto assoluto ma risulta essere, piuttosto, un canone posto a tutela della finalità di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli in grado di impedire le suddette verifiche preliminari, ovvero che tale verifica venga vanificata ⁽⁵⁸⁾.

Sul piano sistematico, va ricordato che l'art. 106 d.lgs. n.50/2016, recependo l'art. 72 della direttiva 2014/24/Ue e l'art. 89 della direttiva 2014/25/Ue, prevede al comma 1, lett d, n. 2, la possibilità di modifica del contratto in corso qualora all'aggiudicatario iniziale succeda “*per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni scissioni acquisizione o insolvenza , un altro operatore che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto*”.

Nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale si è inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati ⁽⁵⁹⁾.

In tale prospettiva, il decreto correttivo inserisce un nuovo comma (7-bis) secondo cui “*È consentito, per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti, ai soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e e), designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata*”.

In ordine al recesso dispone ora l'art. 48, comma 19, secondo cui “*E' ammesso il recesso di una o più imprese raggruppate, anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto, esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti*



abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire. In ogni caso la modifica soggettiva di cui al primo periodo non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara” (60).

Per ciò che concerne, poi, i **consorzi ordinari**, è noto che l'ammissione degli stessi alle gare di appalto è avvenuta soltanto con l'introduzione dell'art. 6, co. 1 della l. 17 febbraio 1987, n. 80 secondo il modello previsto per i raggruppamenti temporanei di impresa (61).

Le regole applicabili ai consorzi ordinari sono, peraltro, salvo eccezioni derivanti dalla natura del consorzio, quelle stesse applicabili alle riunioni temporanee di impresa.

Tali conclusioni, del resto, valgono anche in relazione alle società consortili di cui all'art. 2615 *ter* c.c., che dispone espressamente che tutte le società previste nei capi III e seguenti del titolo V “*possono assumere come oggetto sociale gli scopi indicati dall'art. 2602*”, cioè gli scopi di un consorzio.

Sotto tale profilo, va osservato che l'art. 2615 *ter* c.c. consente alle società previste dal capo III del titolo V del codice civile di assumere come oggetto sociale gli scopi tipici dei consorzi di imprese, conservando, tuttavia, la natura societaria e la personalità giuridica.

L'art. 32, comma 1 lett. g) del decreto correttivo interviene sulla disposizione dettata dal comma 19 dell'art. 48 del Codice, che consente – nei casi previsti dal medesimo comma – il recesso di una o più imprese raggruppate, al fine di precisare che tale recesso è possibile anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto.

Relativamente ai casi in cui il testo vigente consente il recesso, si ricorda che esso può avvenire esclusivamente per esigenze organizzative del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire e che la modifica soggettiva in questione non è ammessa se finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione alla gara.

Si fa notare che la disposizione vigente ha recepito quanto elaborato dalla giurisprudenza e dagli orientamenti dell'autorità di settore.

Secondo la giurisprudenza amministrativa il divieto di modificazione soggettiva “*non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore della disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che essa persegue*”, che è quello di consentire alla stazione appaltante “*in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari*” (Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964; tale posizione è stata più volte confermata dallo stesso Consiglio: si veda, tra le altre, la sentenza n. 6446/2012).

Nella delibera n. 117 del 3 febbraio 2016, l'ANAC ha ricordato che “*il rigore della disposizione di cui all'art. 37, comma 9 del d.lgs. n. 163/2006 è stato temperato da un consolidato orientamento giurisprudenziale, condiviso anche da questa Autorità (Determinazione n. 4/2012), secondo il quale il*



recesso di una o più imprese dell'ATI è possibile, dopo l'aggiudicazione, se quelle rimanenti sono in possesso dei requisiti necessari per l'esecuzione delle prestazioni oggetto dell'appalto, in quanto solo nelle ipotesi di aggiunta o di sostituzione nell'ATI di un'impresa resta impedito all'amministrazione un controllo tempestivo e completo del possesso dei requisiti anche da parte della nuova compagine associativa, mentre nel caso di recesso le predette esigenze non risultano frustrate, poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e moralità dell'impresa o delle imprese che restano, così che i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi. Tale soluzione, tuttavia, va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'ATI o del consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva".

La precisazione inserita dalla lettera in esame recepisce quanto recentemente affermato dall'ANAC.

Nella delibera n. 782 del 20 luglio 2016, l'Autorità ha sottolineato che «nel caso di specie, trattandosi di raggruppamento costituito da soli due componenti, il recesso della mandataria comporterebbe la "trasformazione" del soggetto concorrente da raggruppamento temporaneo di imprese a impresa singola, tale circostanza, in ragione di quanto espresso da questa Autorità nella delibera n. 334 del 23 marzo 2016 (AG/13/2016/AP), non appare impeditiva dell'operazione medesima. Infatti, in quella sede è stato sostenuto, in linea con la giurisprudenza amministrativa, che è ammissibile che una delle mandanti del raggruppamento, purché in possesso dei requisiti di qualificazione occorrenti, subentri nel ruolo di mandataria in conseguenza della fuoriuscita della mandataria originaria ed ancora che è ammissibile la fattispecie in cui in un raggruppamento temporaneo di imprese composto da due membri, il rapporto contrattuale prosegue con una sola delle imprese, purché ne possieda i requisiti. Ciò in ragione del fatto che, come sostenuto anche in altro parere del 21 novembre 2012 (AG 23/2011), la ratio che presiede e sostiene la previsione dei raggruppamenti temporanei non è quella di aumentare, grazie alla pluralità soggettiva, le garanzie patrimoniali delle stazioni appaltanti contraenti, quanto piuttosto quella, pro concorrenziale, di ampliare il novero degli operatori economici che siano in grado di partecipare alle gare. Il Codice dei contratti pubblici – quando tratta dei soggetti esecutori di un contratto pubblico – ammette espressamente e senza eccezioni che il soggetto esecutore – nel corso del rapporto contrattuale – possa non solo mutare la propria composizione interna, ma altresì trasformarsi in altro soggetto. Alla luce della generale norma favorevole, si verificherebbe una irragionevole disparità di trattamento tra gli operatori economici, laddove si ammettesse che – in corso di esecuzione – siano consentiti i mutamenti soggettivi di qualunque aggiudicatario, salvo il caso in cui questo si presenti nella forma del raggruppamento temporaneo di imprese».



La lettera g) precisa che le modifiche soggettive nei casi di fallimento (o di altre procedure concorsuali) o di recesso (disciplinate dai commi 17, 18 e 19), sono ammesse:

- anche con riferimento ai consorzi ordinari, stabili, tra società cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane (nuovo comma 19-bis dell'art. 48 del Codice);

L'individuazione delle tipologie di consorzio avviene facendo rinvio alle lettere b), c) ed e) del comma 2 dell'art. 45 del Codice, in base alle quali rientrano nella definizione di operatori economici, tra gli altri:

- i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della L. 422/1909, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato n. 1577/1947, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla L. 443/1985;

- i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro;

- i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 c.c., costituiti anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter c.c.;

- nonché nel caso in cui tali modifiche avvengano in fase di gara (nuovo comma 19-ter dell'art. 48 del Codice).

10.4. Il contratto di rete ed il “gruppo europeo di interesse economico”.

Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti predeterminati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa (art. 3, comma 4 *ter*, D.L. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, in L. 9 aprile 2009, n. 33).

Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso.

Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è di per sé dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte, che dispone che *“Per acquistare la soggettività giuridica il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82”*.

Se il contratto prevede l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e di un organo comune destinato a svolgere un'attività, anche commerciale, con i terzi:



- al fondo patrimoniale comune si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615, secondo comma, del codice civile; in ogni caso, per le obbligazioni contratte dall'organo comune in relazione al programma di rete, i terzi possono far valere i loro diritti esclusivamente sul fondo comune;

- qualora la rete di imprese abbia acquisito la soggettività giuridica ai sensi del comma 4-quater, entro due mesi dalla chiusura dell'esercizio annuale l'organo comune redige una situazione patrimoniale, osservando, in quanto compatibili, le disposizioni relative al bilancio di esercizio della società per azioni, e la deposita presso l'ufficio del registro delle imprese del luogo ove ha sede; si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2615-bis, terzo comma, del codice civile.

Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-quater, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma degli articoli 24 o 25 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, da ciascun imprenditore o legale rappresentante delle imprese aderenti, trasmesso ai competenti uffici del registro delle imprese attraverso il modello standard tipizzato con decreto del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro dello sviluppo economico, e deve indicare:

a) il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale di ogni partecipante per originaria sottoscrizione del contratto o per adesione successiva, nonché la denominazione e la sede della rete, qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune ai sensi della lettera c);

b) l'indicazione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva dei partecipanti e le modalità concordate con gli stessi per misurare l'avanzamento verso tali obiettivi;

c) la definizione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascun partecipante; le modalità di realizzazione dello scopo comune e, qualora sia prevista l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, la misura e i criteri di valutazione dei conferimenti iniziali e degli eventuali contributi successivi che ciascun partecipante si obbliga a versare al fondo, nonché le regole di gestione del fondo medesimo; se consentito dal programma, l'esecuzione del conferimento può avvenire anche mediante apporto di un patrimonio destinato, costituito ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile;

d) la durata del contratto, le modalità di adesione di altri imprenditori e, se pattuite, le cause facoltative di recesso anticipato e le condizioni per l'esercizio del relativo diritto, ferma restando in ogni caso l'applicazione delle regole generali di legge in materia di scioglimento totale o parziale dei contratti plurilaterali con comunione di scopo;

e) se il contratto ne prevede l'istituzione, il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale del soggetto prescelto per svolgere l'ufficio di organo comune per l'esecuzione del contratto o di una o più parti o fasi di esso, i poteri di gestione e di rappresentanza conferiti a tale soggetto, nonché le regole relative alla sua eventuale sostituzione durante la vigenza del contratto. L'organo



comune agisce in rappresentanza della rete, quando essa acquista soggettività giuridica e, in assenza della soggettività, degli imprenditori, anche individuali, partecipanti al contratto salvo che sia diversamente disposto nello stesso, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito e in quelle inerenti allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione previsti dall'ordinamento, nonché all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti e marchi di qualità o di cui sia adeguatamente garantita la genuinità della provenienza;

f) le regole per l'assunzione delle decisioni dei partecipanti su ogni materia o aspetto di interesse comune che non rientri, quando è stato istituito un organo comune, nei poteri di gestione conferiti a tale organo, nonché, se il contratto prevede la modificabilità a maggioranza del programma di rete, le regole relative alle modalità di assunzione delle decisioni di modifica del programma medesimo.

Secondo il disposto di cui all'art. 3, comma 4 quater, infine, "il contratto di rete è soggetto a iscrizione nella sezione del registro delle imprese presso cui è iscritto ciascun partecipante e l'efficacia del contratto inizia a decorrere da quando è stata eseguita l'ultima delle iscrizioni prescritte a carico di tutti coloro che ne sono stati sottoscrittori originari. Le modifiche al contratto di rete, sono redatte e depositate per l'iscrizione, a cura dell'impresa indicata nell'atto modificativo, presso la sezione del registro delle imprese presso cui è iscritta la stessa impresa. L'ufficio del registro delle imprese provvede alla comunicazione della avvenuta iscrizione delle modifiche al contratto di rete, a tutti gli altri uffici del registro delle imprese presso cui sono iscritte le altre partecipanti, che provvederanno alle relative annotazioni d'ufficio della modifica; se è prevista la costituzione del fondo comune, la rete può iscriversi nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede; con l'iscrizione nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede la rete acquista soggettività giuridica. Per acquistare la soggettività giuridica il contratto deve essere stipulato per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente a norma dell'articolo 25 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82".

La nuova disciplina applicativa della partecipazione delle aggregazioni tra imprese aderenti al contratto di rete alle gare di appalto è prevista dall'art. 48, comma 14, D.lgs. n. 50/2016 secondo cui *"Le disposizioni di cui al presente articolo trovano applicazione, in quanto compatibili, alla partecipazione alle procedure di affidamento delle aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete, di cui all'articolo 45, comma 2, lettera f); queste ultime, nel caso in cui abbiano tutti i requisiti del consorzio stabile di cui all'articolo 45, comma 2, lettera c), sono ad esso equiparate ai fini della qualificazione SOA".*

Quanto, poi, al "gruppo europeo di interesse economico", l'art. 45, co. 2, lett. g) del codice, prevede l'ammissione alla partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici ai *"soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del d.lgs. 23 luglio 1991, n. 240".*



Il contratto di GEIE e le relative modifiche devono essere fatti per iscritto, a pena di nullità.

Il GEIE deve tenere i libri e le altre scritture contabili a norma degli articoli 2214 e seguenti del codice civile, indipendentemente dalla natura dell'attività svolta; gli amministratori del GEIE redigono lo stato patrimoniale e il conto economico, li sottopongono alla approvazione dei membri e provvedono al loro deposito entro quattro mesi dalla chiusura dell'esercizio.

La liquidazione del GEIE è regolata dagli articoli 2275 e seguenti del codice civile, in quanto compatibili.

Il GEIE che esercita una attività commerciale si scioglie per la dichiarazione di fallimento; in tal caso la responsabilità illimitata dei membri è regolata dall'articolo 151 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

Il GEIE deve considerarsi quale centro autonomo di imputazione di rapporti giuridici, distinto dai membri che compongono il gruppo ed assume, nell'ambito degli appalti, le caratteristiche proprie della riunione temporanea di imprese, costituendo un raggruppamento di soggetti che hanno la sede o l'organizzazione principale (ovvero ancora esercitano la rispettiva attività economica o professionale) in uno degli Stati dell'Unione europea.

11. Le garanzie: la garanzia per la partecipazione alla procedura.

L'articolo 93 prevede la cd. "garanzia provvisoria" e si inquadra nell'ambito delle disposizioni volte a dare attuazione alla lettera qq) dell'articolo 1, comma 1, della legge n. 11 del 2016 ⁽⁶²⁾.

Mutuando la disciplina già vigente, la disposizione in oggetto prevede che l'offerta presentata debba essere corredata da una garanzia fideiussoria di natura accessoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente ⁽⁶³⁾.

Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2% del prezzo base.

La cauzione può essere costituita, a scelta dell'offerente, in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice ⁽⁶⁴⁾.

L'art. 59 del decreto correttivo apporta una serie di modifiche all'art. 93 del codice degli appalti.

In particolare la lettera a) introduce un nuovo periodo al comma 1 dell'art. 93 del Codice in base al quale, nei casi di affidamenti sotto i 40.000 euro, **è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie per la partecipazione alla procedura di gara** previste nell'articolo medesimo



La lettera b) apporta modifiche al comma 2 dell'art. 93 del Codice volte a disciplinare in maniera più dettagliata la cauzione, prevedendo che essa, fermo restando il vigente limite all'utilizzo del contante, può essere costituita, a scelta dell'offerente, oltre che in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato (come prevede il testo attualmente vigente), anche con bonifico o in assegni circolari.

Si precisano, quindi, i soggetti che possono rilasciare la fideiussione ⁽⁶⁵⁾.

La garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2, del codice civile nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Tali indicazioni normative, secondo l'impostazione ormai prevalente, riconducono l'istituto in esame alla figura del "**contratto autonomo di garanzia**" ⁽⁶⁶⁾.

La garanzia deve avere validità per almeno centottanta giorni dalla data di presentazione dell'offerta.

La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario o all'adozione di informazione antimafia interdittiva emessa ai sensi degli articoli 84 e 91 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159; **la garanzia è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto** (art. 59, comma 1, lett.d) del correttivo).

L'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 50 per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000. Si applica la riduzione del 50 per cento, **non cumulabile** con quella di cui al primo periodo, anche nei confronti delle microimprese, piccole e medie imprese e dei raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese (art. 59, comma 1, lett.e) del correttivo) ⁽⁶⁷⁾

Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, **anche cumulabile** con la riduzione di cui sopra, per gli operatori economici in possesso di registrazione al sistema comunitario di ecogestione e audit (EMAS), ai sensi del regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, o del 20 per cento per gli operatori in possesso di certificazione ambientale ai sensi della norma UNI EN ISO 14001.

Nei contratti relativi a servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 20 per cento, **anche cumulabile** con le predette riduzioni, per gli operatori economici in possesso, in relazione ai beni o servizi che costituiscano almeno il 50 per cento del valore dei beni e servizi oggetto del contratto stesso, del marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel



UE) ai sensi del regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009.

Nei contratti relativi a lavori, servizi o forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 15 per cento **anche cumulabile** con la riduzione di cui ai periodi primo, secondo, terzo e quarto per gli operatori economici che sviluppano un inventario di gas ad effetto serra ai sensi della norma UNI EN ISO 14064-1 o un'impronta climatica (carbon footprint) di prodotto ai sensi della norma UNI ISO/TS 14067. Per fruire dei benefici di cui al presente comma, l'operatore economico segnala, in sede di offerta, il possesso dei relativi requisiti, e lo documenta nei modi prescritti dalle norme vigenti. Nei contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30 per cento, non cumulabile con le riduzioni di cui sopra, per gli operatori economici in possesso del rating di legalità e rating di impresa o attestazione del modello organizzativo, ai sensi del decreto legislativo n. 231/2001 o di certificazione social accountability 8000, o di certificazione del sistema di gestione a tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, o di certificazione OHSAS 18001, o di certificazione UNI CEI EN ISO 50001 riguardante il sistema di gestione dell'energia o UNI CEI 11352 riguardante la certificazione di operatività in qualità di ESC (Energy Service Company) per l'offerta qualitativa dei servizi energetici.

In caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo che risulta dalla riduzione precedente.

Si stabilisce, altresì, che l'offerta debba essere corredata, a pena di esclusione, dall'impegno di un fideiussore, anche diverso da quello che ha rilasciato la garanzia provvisoria, a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui agli articoli 103 e 104, qualora l'offerente risultasse affidatario ⁽⁶⁸⁾. Il presente comma non si applica alle microimprese, piccole e medie imprese e ai raggruppamenti temporanei o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese.

Infine, si dispone che la stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provveda contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia oggetto del presente articolo, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia.

11.1. Segue: La garanzia per l'esecuzione del contratto

L'articolo 103 - Garanzie per l'esecuzione - in attuazione dell'art. 1, lettera qq) della legge 11 del 2016, contiene disposizioni in tema di garanzia per l'esecuzione ⁽⁶⁹⁾.

La norma in oggetto, in realtà, non prevede più un'unica ipotesi di garanzia ma, piuttosto, una pluralità di fattispecie (garanzia definitiva, garanzia del pagamento della rata di saldo, polizza assicurativa sui danni, polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale



dell'opera ovvero di rischi derivanti da difetti costruttivi, polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi).

Peraltro, è facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati.

L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

Al riguardo, sulla scorta della disciplina già prevista nel D.lgs. n. 163/2006/2006, la norma in esame prevede che l'appaltatore per la sottoscrizione del contratto debba costituire una garanzia fideiussoria di natura accessoria pari al 10 per cento dell'importo contrattuale.

L'articolo 67, comma 1, lettere a)-d), del decreto correttivo, apporta modifiche all'articolo 103 del Codice, il quale, riprendendo in particolare quanto previsto dagli articoli 113 e 129 del vecchio Codice dei contratti pubblici e dagli articoli da 123 a 128 del relativo regolamento, disciplina la garanzia per l'esecuzione del contratto (cd. garanzia definitiva).

Più nel dettaglio, la lettera a) provvede a correggere un refuso non inserito in sede di errata corrige al comma 2 dell'articolo 103.

Tale disposizione prevede che le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore.

Lo schema di decreto, correggendo un refuso, precisa che tale diritto opera anche con riguardo all'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei servizi o delle forniture.

Al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione del contratto nei termini e nei modi programmati, la garanzia fideiussoria, in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al dieci per cento, è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10%. Ove il ribasso sia superiore al dieci per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al venti per cento.

La cauzione è prestata a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto, del risarcimento dei danni derivante dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, nonché a garanzia del rimborso delle somme pagate in più all'esecutore rispetto alle risultanze della liquidazione finale, salva comunque la risarcibilità del maggior danno verso l'appaltatore.

La garanzia è progressivamente svincolata a misura dell'avanzamento dell'esecuzione, nel limite massimo dell'80% dell'iniziale importo garantito.

L'ammontare residuo della cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.



Lo svincolo è automatico, senza necessità di nulla osta del committente, con la sola condizione della preventiva consegna all'istituto garante, da parte dell'appaltatore o del concessionario, degli stati di avanzamento dei lavori o di analogo documento, in originale o in copia autentica, attestanti l'avvenuta esecuzione.

Tale automatismo si applica anche agli appalti di forniture e servizi. Sono nulle le pattuizioni contrarie o in deroga.

Il mancato svincolo nei quindici giorni dalla consegna degli stati di avanzamento o della documentazione analoga costituisce inadempimento del garante nei confronti dell'impresa per la quale la garanzia è prestata.

La garanzia cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione.

Si prevede, altresì, che le stazioni appaltanti abbiano il diritto di valersi della cauzione, nei limiti dell'importo massimo garantito, per l'eventuale maggiore spesa sostenuta per il completamento dei lavori nel caso di risoluzione del contratto disposta in danno dell'esecutore ed abbiano il diritto di valersi della cauzione per provvedere al pagamento di quanto dovuto dall'esecutore per le inadempienze derivanti dalla inosservanza di norme e prescrizioni dei contratti collettivi, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori comunque presenti in cantiere. La mancata costituzione della garanzia di cui al presente articolo determina la decadenza dell'affidamento e l'acquisizione della cauzione provvisoria presentata in sede di offerta da parte della stazione appaltante, che aggiudica l'appalto o la concessione al concorrente che segue nella graduatoria.

La norma specifica, poi, i soggetti che possono rilasciare la garanzia fideiussoria in considerazione, anche, dei requisiti di solvibilità.

Secondo l'espresso disposto di cui all'art. 103, comma 4, D.lgs. n. 50/2016, la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, secondo comma, del codice civile, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Sotto tale profilo, sembra corretta, anche nel nuovo codice degli appalti, la qualificazione della garanzia in termini di "contratto autonomo di garanzia" ⁽⁷⁰⁾.

Altro tipo di garanzia riguarda il pagamento della rata di saldo che, secondo il comma 6, è subordinato alla costituzione di una cauzione o di una garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa pari all'importo della medesima rata di saldo maggiorato del tasso di interesse legale applicato per il periodo intercorrente tra la data di emissione del certificato di collaudo o della verifica di conformità nel caso di appalti di servizi o forniture e l'assunzione del carattere di definitività dei medesimi.



La disposizione in esame prevede, inoltre, l'obbligo per l'esecutore dei lavori di costituire e consegnare alla stazione appaltante almeno dieci giorni prima della consegna dei lavori anche una **polizza di assicurazione che copra i danni** subiti dalle stazioni appaltanti a causa del danneggiamento o della distruzione totale o parziale di impianti ed opere, anche preesistenti, verificatisi nel corso dell'esecuzione dei lavori.

La polizza deve assicurare la stazione appaltante contro la responsabilità civile per danni causati a terzi nel corso dell'esecuzione dei lavori il cui massimale è pari al cinque per cento della somma assicurata per le opere con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. La copertura assicurativa decorre dalla data di consegna dei lavori e cessa alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato.

Si specifica che per i lavori di importo superiore al doppio della soglia comunitaria il titolare del contratto per la liquidazione della rata di saldo è obbligato a stipulare, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione o comunque decorsi dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato, una polizza indennitaria decennale a copertura dei rischi di rovina totale o parziale dell'opera, ovvero dei rischi derivanti da gravi difetti costruttivi.

L'art. 67, comma 1, lett. b) del decreto correttivo modifica il comma 8 dell'articolo 103 al fine di prevedere che, per i lavori di importo superiore al doppio della soglia comunitaria, la polizza che il titolare del contratto per la liquidazione della rata di saldo è obbligato a stipulare deve contenere la previsione del pagamento dell'indennizzo contrattualmente dovuto in favore del committente, non appena questi lo richieda.

Di tale polizza vengono specificati i contenuti. L'esecutore dei lavori è, altresì, obbligato a stipulare per i predetti lavori una polizza di assicurazione della responsabilità civile per danni cagionati a terzi, con decorrenza dalla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione e per la durata di dieci anni e con un indennizzo pari al cinque per cento del valore dell'opera realizzata con un minimo di 500.000 euro ed un massimo di 5.000.000 di euro. Specifica, infine, che le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e previamente concordato con le banche e le assicurazioni o loro rappresentanze.

Le fideiussioni devono essere conformi allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e previamente concordato con le banche e le assicurazioni o loro rappresentanze.

L'art. 67, comma 1, lett. c), del decreto correttivo, interviene sul comma 9, al fine di estendere anche alle polizze assicurative la previsione dell'obbligo di conformità ad appositi schemi tipo, attualmente espressamente previsto dalla norma solo per le garanzie fideiussorie. Tale modifica è volta a chiarire che la previsione dell'obbligo di ricorso ad appositi schemi tipo riguarda tutte le



forme di garanzia previste dal nuovo codice, e quindi non solo quelle fideiussorie ma anche le coperture assicurative.

Il comma 9 dell'articolo 103, nella sua formulazione vigente, in merito ai requisiti dei fideiussori, ribadisce quanto stabilito dall'art. 127 del precedente codice, in merito all'emanazione di un regolamento per la conformità delle fideiussioni allo schema tipo approvato con decreto del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. Tale schema deve essere previamente concordato con le banche e le assicurazioni o loro rappresentanze.

In caso di raggruppamenti temporanei le garanzie fideiussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dalla mandataria in nome e per conto di tutti i concorrenti ferma restando la responsabilità solidale tra le imprese.

E' facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione

L'art. 67, comma 1, lett. d) apporta delle modifiche al comma 11 dell'articolo 103 volte a specificare che gli appalti per i quali l'amministrazione può non richiedere una garanzia sono quelli per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, nonché per gli altri appalti già previsti nel medesimo comma.

L'articolo 104 (Garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore) disciplina il sistema delle garanzie di esecuzione e delle coperture assicurative, contenuta nell'articolo 113 del decreto legislativo n. 163 del 2006, che disciplinava la c.d. "garanzia globale" di esecuzione.

Alla evidente complessità e frammentazione della illustrata disciplina del sistema delle garanzie, nonché alle criticità sorte nell'applicazione dell'istituto della garanzia globale di esecuzione, ha inteso porre rimedio il legislatore delegante, attraverso il criterio direttivo di cui alla lettera qq) e le disposizioni di cui ai commi 11 e 12 della legge n. 11 del 2016 ⁽⁷¹⁾.

In particolare, la lettera qq) è volta al riassetto, alla revisione e alla semplificazione dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione dei lavori nei costi, nei tempi e nei modi programmati, anche in caso di fatti imprevisti ed imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante. La revisione dei sistemi di garanzia è finalizzata a renderli proporzionati ed adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto ed al grado di rischio ad esso connesso. La norma prevede, inoltre, che la nuova disciplina dei sistemi di garanzia debba entrare in vigore contestualmente a strumenti attuativi preventivamente concordati con gli istituti bancari e assicurativi che devono assumersi i rischi d'impresa.



La disposizione di cui al comma 12, lettera f) della legge delega prevede, infine, che le disposizioni in materia di sistema di garanzia globale richiamate al comma 11 sono abrogate dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo in esame.

La sospensione dell'applicazione della garanzia globale prevista dal medesimo comma 11 è disposta dalla data di entrata in vigore della legge delega e fino alla data di entrata in vigore dello stesso decreto legislativo.

In ossequio alle illustrate disposizioni della legge delega, pertanto, l'articolo in esame - che deriva dagli esiti dei confronti tecnici con le associazioni di settore e delle consultazioni svolte in base a quanto disposto dal comma 2 della legge n. 11 del 2016 - è volto a disciplinare le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore e prevede che per gli affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro, il soggetto aggiudicatario presenti, in luogo della garanzia definitiva, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a sua scelta, una garanzia di natura accessoria dell'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e del risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse, denominata cauzione definitiva e una garanzia di conclusione dell'opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal presente codice, denominata cauzione "extra costi".

Tale nuova forma di garanzia, aggiuntiva, si affianca, quindi, alla garanzia definitiva e copre, in caso di risoluzione del contratto, i maggiori costi che l'ente appaltante dovesse sostenere in sede di riappalto dell'opera rispetto al costo di aggiudicazione originario.

La garanzia "extra-costi", di natura accessoria, opera nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal presente codice ed è di importo pari al 5% dell'importo contrattuale fermo restando che, qualora l'importo in valore assoluto fosse superiore a 100 milioni, la garanzia si intende comunque limitata a 100 milioni.

Tale garanzia copre, nei limiti dei danni effettivamente subiti, i costi per le procedure di riappalto da parte della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore e l'eventuale maggior costo tra l'importo contrattuale risultante dall'aggiudicazione originaria dei lavori e l'importo contrattuale del riappalto dei lavori stessi a cui sono sommati gli importi dei pagamenti già effettuati o da effettuare in base agli stati d'avanzamento dei lavori.

La garanzia in argomento è efficace a partire dal perfezionamento del contratto e fino alla data di emissione del certificato di ultimazione dei lavori, allorché cessa automaticamente. La garanzia "extra-costi" cessa automaticamente oltre che per la sua escussione, anche decorsi tre mesi dalla data del riappalto dei lavori.

Le garanzie di cui all'art. 104 prevedono espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale e la rinuncia all'eccezione di cui all'articolo 1957, comma 2 del codice civile.



Nel caso di escussione il pagamento è effettuato entro trenta giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore recante l'indicazione del titolo per cui la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore richiede l'escussione.

Si dispone, infine, che le garanzie di cui al presente articolo e le garanzie per la partecipazione alla procedura e per l'esecuzione prevedono la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore per l'eventuale indebito arricchimento e possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti senza determinare tra essi vincoli di solidarietà nei confronti della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, i quali in caso di escussione dovranno procedere pro-quota nei confronti dei singoli garanti.

I garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore.

L'articolo 68 del decreto correttivo modifica il comma 10 dell'articolo 104 del codice in materia di garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore.

Come visto, l'articolo 104 del codice disciplina il sistema di garanzia di esecuzione per affidamenti a contraente generale di qualunque ammontare, e, ove prevista dal bando o dall'avviso di gara, per gli appalti di sola esecuzione di ammontare a base d'asta superiore a 100 milioni di euro, prevedendo: una cauzione accessoria denominata cauzione definitiva, presentata dal soggetto aggiudicatario, in luogo della garanzia definitiva prevista al citato art. 103, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a sua scelta, per l'adempimento di tutte le obbligazioni del contratto e il risarcimento dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni stesse; una garanzia di conclusione dell'opera denominata cauzione "extra costi", nei casi di risoluzione del contratto previsti dal codice civile e dal codice.

In particolare ai sensi del comma 10 dell'art. 104 le garanzie per l'esecuzione di lavori di particolare valore nonché quelle provvisorie (art. 93) e quelle definitive (art. 103) prevedono la rivalsa verso il contraente e il diritto di regresso verso la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore per l'eventuale indebito arricchimento e possono essere rilasciate congiuntamente da più garanti senza determinare tra essi vincoli di solidarietà nei confronti della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, i quali in caso di escussione dovranno procedere pro-quota nei confronti dei singoli garanti. I garanti designano un mandatario o un delegatario per i rapporti con la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore.

L'articolo 68 modifica tale comma sopprimendo l'inciso che esclude il vincolo di solidarietà tra garanti.

12. Le modifiche soggettive ed oggettive del contratto nella disciplina del D.lgs. n. 50/2016.

L'art. 106 reca la disciplina relativa alle **modifiche del contratto nel corso del periodo di efficacia** e senza necessità di una nuova procedura di affidamento.



La disposizione normativa in esame recepisce l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE, nonché l'art. 89 direttiva 2015/25/UE, attuando quanto previsto dall'articolo 1, comma 1, lett. ee), della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11.

La fase della esecuzione del contratto e, in particolare, l'aspetto delle possibili modifiche contrattuali, **viene affrontata per la prima volta dal legislatore** sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

La Corte ha, infatti, ritenuto che alcune modifiche contrattuali, soprattutto in contratti di lunga durata, risultino inevitabili, pur ribadendo il generale divieto di apportare modifiche oggettive e soggettive al contratto già concluso ed in corso di esecuzione.

L'art. 106, dunque, dispone che i contratti di appalto e gli accordi quadro possono essere modificati senza l'espletamento di una nuova procedura d'appalto in alcune specifiche ipotesi.

Nel dettaglio, lo *ius variandi* può essere esercitato:

a) se le modifiche contrattuali, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, senza apportare modifiche o opzioni che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro;

b) allorché le modifiche siano connesse a lavori, servizi o forniture supplementari, necessari in considerazione del fatto che le prestazioni non erano incluse nell'appalto iniziale e non sia possibile la modifica del contraente per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; e, contestualmente la modifica comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;

c) qualora le **modifiche siano necessarie in conseguenza di circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione** aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore, come attestato dal RUP, che se ne assume la responsabilità. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di **varianti in corso d'opera**. Tra le predette circostanze è ricompresa anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari. **La modifica non deve alterare in ogni caso la natura generale del contratto;**

d) allorché le modifiche non abbiano natura sostanziale. In tale ipotesi, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono prevedere nei documenti di gara soglie di importi per consentire le relative modifiche contrattuali

E', infine, possibile una **modifica soggettiva del contratto**, con la sostituzione di un nuovo contraente a quello aggiudicatario dell'appalto iniziale, qualora ricorrano le seguenti circostanze:

1) una clausola o opzione di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);

2) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico



che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice (l'articolo 70, comma 1, lettera a) del decreto correttivo ha soppresso il riferimento al "contratto", quale causa di successione dell'aggiudicatario iniziale).

L'art. 106, poi, dispone che i contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:

- le soglie fissate all'articolo 35;

- il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero il 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali. Tuttavia la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto o dell'accordo quadro. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche. Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni.

Il comma 2 dell'articolo 106 nella formulazione vigente specificava che ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni, i contratti potevano parimenti essere modificati, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice, anche nelle ipotesi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicavano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, se il valore della modifica era:

- inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria (di cui all'articolo 35);

- inferiore al 10% del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero del 15% del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.

La nuova formulazione prevede che i contratti possono essere modificati, senza necessità di una nuova procedura, se il valore della modifica è al di sotto delle soglie comunitarie, nonché al di sotto del 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture sia nei settori ordinari che speciali ovvero del 15 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di lavori sia nei settori ordinari che speciali.

La disposizione precisa inoltre che la modifica non può alterare la natura complessiva del contratto. In caso di più modifiche successive, il valore è accertato sulla base del valore complessivo netto delle successive modifiche.

Nel caso in cui la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei suddetti limiti quantitativi, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni



Si prevedono ulteriori disposizioni specifiche ai fini del calcolo del prezzo quando il contratto prevede una clausola di indicizzazione.

Si stabilisce, inoltre, che una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso.

Si chiarisce, altresì, che una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale o nell'accordo quadro;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto o dell'accordo quadro;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d).

Si indicano, quindi, le situazioni in cui le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori hanno modificato un contratto sono tenute a pubblicare un avviso nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e si precisano le informazioni che tale avviso deve contenere nonché le relative modalità di pubblicazione. Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, la pubblicità avviene in ambito nazionale.

Si prevede che nei casi relativi all'esercizio dello *jus variandi* in riferimento a lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, per i settori ordinari, il contratto può essere modificato se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica.

Si introduce l'obbligo in capo al RUP di comunicare all'ANAC le varianti in corso d'opera intervenute e si stabiliscono le sanzioni che l'ANAC stessa è tenuta ad irrogare in caso di mancata o tardiva comunicazione.

L'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate sono pubblicate sul sito dell'ANAC con l'indicazione dell'opera dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, dell'aggiudicatario, del progettista, del valore della modifica.

Si individuano, tra l'altro, responsabilità per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione, chiarendo, che sono da intendersi per errore od omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od



erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle norme di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali.

Si disciplinano, infine, le ipotesi di **proroga contrattuale nelle more dell'individuazione di un nuovo contraente**, di **rinnovo**, in casi eccezionali ed entro limiti stabiliti e si mantiene l'istituto dell'obbligo della variazione del quinto d'obbligo, già contenuto nella Legge sulla contabilità generale dello Stato.

Il comma 11, infatti, dispone che la durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga.

La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

Il comma 12, poi, dispone che la stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto.

13. La cessione del contratto di appalto pubblico. Premessa.

L'originaria disciplina della cessione del contratto di appalto con la pubblica amministrazione, era dettata dall'art. 339 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, ai sensi del quale era *“vietato all'appaltatore di cedere o subappaltare tutta o in parte l'opera assunta, senza l'approvazione dell'autorità competente, sotto la comminatoria della immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo”* ⁽⁷²⁾.

La norma, integrata dal disposto di cui all'art. 334 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, che prevedeva la possibilità che la cessione del contratto si realizzasse *“all'atto della stipula del contratto”* fatto comunque salvo il diritto della stazione appaltante di rifiutare tale cessione *“se il nuovo appaltatore non riunisce i requisiti che lo avrebbero fatto ammettere all'asta per la medesima impresa”*, richiamava il generale concetto della trilateralità della cessione del contratto, successivamente inserito nel disposto di cui all'art. 1406 c.c.

Il legislatore era poi intervenuto con il disposto di cui all'art. 18, comma 2, della l. 19 marzo 1990, n. 55, così come modificato dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, secondo cui *“il contratto non può essere ceduto a pena di nullità”*.



Tale ultimo intervento, istituendo un divieto assoluto alla cessione del contratto, ha sottratto in radice ogni possibilità di deroga alla pubblica amministrazione, sopprimendo espressamente tutte le norme che consentivano tale possibilità, sia pure limitatamente agli appalti di opere pubbliche.

L'orientamento negativo alla cessione del contratto era stato confermato anche dal Consiglio di Stato che – in un parere del 1993 – aveva negato che ai contratti in cui sia parte l'amministrazione si potesse applicare l'art. 2558, c.c., in caso di cessione di azienda della controparte. Ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo in considerazione del divieto normativo (art. 18, l. n. 55 del 1990, così come riformato dall'art. 22, l. 12 luglio 1991 n. 203) interpretato in senso assoluto ed ampio volto a vietare qualsiasi modificazione dei soggetti in rapporto con la pubblica amministrazione; in secondo luogo per la considerazione che il contratto di appalto di opere pubbliche fosse fortemente caratterizzato dall'*intuitus personae*, perciò esplicitamente escluso dall'ambito di applicazione dell'art. 2558, c.c.

Il parere del Consiglio di Stato era stato successivamente confermato dalla sentenza n. 761 del 1995 della V sezione, secondo cui *“il divieto per l'amministrazione appaltante di concludere contratti di appalto con imprese che non hanno partecipato alle prescritte gare non è stato superato dall'art. 35, l. 11 febbraio 1994 n. 109 - il quale consente la rilevanza delle cessione d'azienda che comporti il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità del contratto -, perché la nuova normativa rende siffatta cessione efficace, purché siano compresenti tutti i presupposti colà previsti, solo dopo l'esperimento della gara e qualora risulti aggiudicataria l'impresa cedente”*.

Il tassativo regime introdotto dalla norma da ultimo richiamata è stato in seguito attenuato dall'entrata in vigore dell'art. 35 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, con riferimento alle ipotesi di **successione nel contratto** per effetto di cessione d'azienda e di trasformazione, fusione e scissione di società ⁽⁷³⁾.

In tali casi, infatti, è stata prevista la possibilità di subentro nel contratto da parte del cessionario dell'azienda o del soggetto risultante dalla trasformazione, fusione o scissione della società, a seguito del positivo accertamento del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti soggettivi previsti dagli artt. 8 e 9 della medesima legge.

L'ambito di applicazione della norma da ultima citata è stato ulteriormente ampliato dalla l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni- *ter*) che, novellando l'art. 2 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, ha attratto tra i destinatari dell'art. 35 anche i concessionari di lavori pubblici, che nel testo previgente non vi erano ricompresi.

13.1. Segue: le vicende soggettive del contraente nell'appalto di opere pubbliche. La fase antecedente la aggiudicazione dell'appalto.

Le vicende soggettive antecedenti alla stipulazione del contratto erano espressamente previste dall'art. 51 D.lgs. n. 163/2006.



Tale norma, in particolare, disponeva che *“Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice”*.

Analogamente alla speculare previsione di cui al successivo art. 116, per la fase di esecuzione del contratto, l'art. 51 consentiva, ove si verificasse in corso di gara una vicenda modificativa sotto il profilo soggettivo afferente al candidato, offerente o aggiudicatario, che il nuovo soggetto potesse succedere nella posizione del suo *dante causa*, ovvero di aspettativa legittima al conseguimento della aggiudicazione e/o del contratto di appalto ⁽⁷⁴⁾.

La disposizione in esame trovava applicazione relativamente a tutte le figure di appalto – compresi i settori speciali – nonché alle gare per l'affidamento delle concessioni di opera pubblica, in forza del rinvio operato dall'art. 142, comma 2, del codice degli appalti ⁽⁷⁵⁾.

La norma si poneva nel solco tracciato dagli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che, già prima del codice degli appalti, avevano espresso una posizione di sostanziale apertura in favore dell'ammissibilità in corso di gara di modifiche soggettive connesse all'ipotesi di cessione d'azienda o di un suo ramo, precludendo alle stesse di tradursi in automatiche cause di esclusione.

La *ratio* dell'art. 51 era quella di coniugare il principio - di derivazione comunitaria - di massima libertà di organizzazione delle imprese con la necessità, posta dal diritto interno, di tutelare l'esigenza delle stazioni appaltanti di ammettere o mantenere all'interno dei procedimenti di selezione dei propri contraenti solo chi, a seguito delle richiamate vicende modificative, si trovi comunque in possesso delle necessarie condizioni soggettive generali e speciali di partecipazione

La disposizione mirava, nella sostanza, ad *“evitare che l'amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto con operatori economici che non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine tecnico ed economico-finanziario”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 23.7.2010, n. 4849).

Naturalmente, la rilevanza della vicenda modificativa nell'ambito del procedimento di gara imponeva al soggetto interessato di rappresentarla alla stazione appaltante, in modo da attivare la **necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione** (cfr. T.A.R. Campania, Sez. I, 24 marzo 2010, n. 1609).

La giurisprudenza aveva avuto modo di chiarire che l'ammissione del subentrante non operava automaticamente, **essendo condizionata alla previa comunicazione della cessione e alla positiva verifica**, da parte di quest'ultima, **dell'idoneità oggettiva e soggettiva del cessionario** (cfr. Tar Reggio Calabria, sez. I, 18 giugno 2013, n. 427).



In definitiva, in caso di vicenda modificativa soggettiva, l'ammissione del subentrante era subordinata a **due condizioni**, ossia che l'atto modificativo fosse comunicato alla stazione appaltante e che questa avesse verificato l'idoneità soggettiva ed oggettiva del cessionario (cfr. T.A.R. Reggio Calabria, sez. I, 18.6.2013, n. 427).

L'art. 51 non prevedeva l'operatività, nei confronti della stazione appaltante, della modificazione soggettiva, demandandola alla previa verifica dei requisiti citati, in assenza della quale l'atto (per quanto efficace tra le parti) non determinava immediatamente alcuna sostituzione della cedente nella procedura di gara con il subentrante, né alcun altro effetto automatico nei confronti della stazione appaltante.

L'art. 51, del resto, non disciplinava il sub-procedimento volto all'accertamento, in capo al subentrante, dei requisiti di ordine generale (art. 38) ovvero di quelli di ordine speciale relativi alla capacità professionale (art. 39), al possesso di adeguata qualificazione (art. 40), alla capacità economica e finanziaria (art. 41) ed a quella tecnica (art. 42).

Tale procedimento doveva essere avviato ad istanza di parte in considerazione dell'interesse della impresa subentrante a rappresentare alla stazione appaltante la intervenuta vicenda modificativa ai fini della successiva verifica della sussistenza dei requisiti in capo alla subentrante ⁽⁷⁶⁾.

Peraltro, sebbene la rilevanza della vicenda modificativa nell'ambito del procedimento di gara imponeva al nuovo soggetto partecipante di rappresentarla alla stazione appaltante, in modo da attivare la necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione, la normativa di riferimento non prevedeva specifici termini decadenziali per l'adempimento di tale onere dichiarativo.

In particolare, come anche evidenziato dall'A.N.A.C. (parere n. 68 del 10 aprile 2014), l'art. 51 del D.lgs. n. 163/2006 non imponeva espressamente alle imprese partecipanti a gare pubbliche l'immediata produzione documentale e/o la comunicazione delle intervenute modifiche soggettive, sicché la comunicazione poteva anche essere successiva alla stessa aggiudicazione, senza che per ciò solo fosse comminata una sanzione espulsiva (conforme T.A.R. Genova, sez. II 21 marzo 2014, n. 453) ⁽⁷⁷⁾.

Non di meno, l'art. 51, D.lgs. n. 163/2006, consentendo per ogni tipo di appalto la modificazione soggettiva degli operatori economici che concorrono alla gara, includeva l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione, non solo nei riguardi dell'impresa subentrante, ma anche, nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, in osservanza del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5 marzo 2009, n. 2279).

Detta verifica, tuttavia, non poteva prescindere dal rilievo, che, dovendo essere garantito il principio della massima partecipazione alle gare anche nei casi di modifiche soggettive contemplate dall'art. 51 del D.lgs. n. 163/2006, legittimamente la stazione appaltante era legittimata ad



ammettere il nuovo soggetto cessionario, consentendogli di avvalersi dei requisiti di ordine generale e speciale in possesso della precedente compagine societaria ⁽⁷⁸⁾.

L'art. 51 cod. appalti, comportava, pertanto, l'onere per la S.A. di aprire un sub procedimento di verifica in capo alla cessionaria del possesso sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale e tra questi ultimi, dei requisiti di qualificazione, così come attestati dalla società di certificazione SOA.

Infatti, come chiarito dalla giurisprudenza, non è sufficiente la cessione d'azienda o di un suo ramo perché la cessionaria possa acquisire con l'azienda anche l'attestazione SOA della cedente, occorrendo, all'uopo, che una società di certificazione verifichi gli effetti di tale vicenda e, all'esito, rilasci un nuovo certificato all'impresa subentrante, previo ritiro dell'attestazione alla cedente, sulla base di un complesso procedimento, che imprescindibilmente comporta una fisiologica mancanza di continuità nelle attestazioni SOA del cedente e del cessionario.

Sul punto occorre richiamare il disposto dell'art. 76 D.P.R. 207/2010, che prevedeva, al comma 9, che *“In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine”*, precisando, al successivo comma 11, che *“Ai fini dell'attestazione di un nuovo soggetto, nell'ipotesi in cui lo stesso utilizzi l'istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione”*.

Dal quadro normativo di riferimento della disciplina normativa precedente alla introduzione del nuovo codice dei contratti, era possibile desumere che, ove la cessionaria si fosse avvalsa dei requisiti della cedente, la verifica operata, sia pure *ex post*, dalla società di certificazione, era certamente in grado di saldare retroattivamente gli effetti di accertamento del requisito speciale di qualificazione, per come intrinsecamente connesso al complesso aziendale ceduto, al momento dell'intervenuta modifica soggettiva.

In tale evenienza, la verifica compiuta dalle SOA era finalizzata proprio ad accertare l'invarianza sostanziale della qualificazione, in conseguenza del trasferimento effettivo dei requisiti che ne costituiscono il substrato, nonostante, dunque, il mutamento sotto il profilo soggettivo della titolarità della certificazione.

Il nuovo codice dei contratti non contiene alcuna disposizione che riproduca il contenuto dell'art. 51 D.lgs. n. 163/2006.

Occorre rilevare, tuttavia, come **il superamento del principio della immodificabilità soggettiva dei partecipanti** alle gare pubbliche sia ormai connaturato al mercato e corrisponda all'esigenza di garantire la libertà contrattuale dell'impresa (nel senso che questa deve poter procedere alla riorganizzazione aziendale senza che possa esserle di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali abbia partecipato).



Appare evidente, tuttavia, la necessità che la modificazione soggettiva non incida sulle regole partecipative, con la conseguenza che la stazione appaltante potrà sempre operare una **puntuale verifica – seppure temperata dalla possibilità del soggetto subentrante di avvalersi dei requisiti di ordine generale e speciale in possesso della precedente compagine societaria – diretta ad accertare la sussistenza, in capo al nuovo soggetto giuridico, dei requisiti partecipativi.**

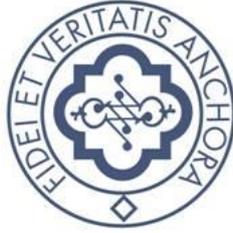
13.2. Segue: la fase successiva alla conclusione del contratto.

Tutti i contratti conclusi dalla pubblica amministrazione riposano sulla fiducia che questa deve avere nei confronti del contraente privato, cosicché non è consentito il mutamento di quest'ultimo senza che la prima acconsenta a tale modifica soggettiva del rapporto negoziale.

Disposizioni specifiche in questo senso sono contenute per gli appalti pubblici (art. 106 D.lgs. n. 50/2016), ma non è dubitabile che da tali norme sia ricavabile un principio più generale, valevole anche per i contratti di diritto privato ⁽⁷⁹⁾.

In particolare, secondo il disposto di cui al vecchio art. 116 D.lgs. n. 163/2006 “1. *Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ai soggetti esecutori di contratti pubblici non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna stazione appaltante fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187, e non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal presente codice.* 2. *Nei sessanta giorni successivi la stazione appaltante può opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni di cui al comma 1, non risultino sussistere i requisiti di cui all'articolo 10-sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.* 3. *Ferme restando le ulteriori previsioni legislative vigenti in tema di prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale, decorsi i sessanta giorni di cui al comma 2 senza che sia intervenuta opposizione, gli atti di cui al comma 1 producono, nei confronti delle stazioni appaltanti, tutti gli effetti loro attribuiti dalla legge.* 4. *Le disposizioni di cui ai commi che precedono si applicano anche nei casi di trasferimento o di affitto di azienda da parte degli organi della procedura concorsuale, se compiuto a favore di cooperative costituite o da costituirsi secondo le disposizioni della legge 31 gennaio 1992, n. 59, e successive modificazioni, e con la partecipazione maggioritaria di almeno tre quarti di soci operatori, nei cui confronti risultino estinti, a seguito della procedura stessa, rapporti di lavoro subordinato oppure che si trovino in regime di cassa integrazione guadagni o in lista di mobilità di cui all'articolo 6 della legge 23 luglio 1991, n. 223”* ⁽⁸⁰⁾.

In tale prospettiva, dunque, i principi di personalità dell'appalto e di non cedibilità del contratto – sanciti prima dall'art. 118, comma 1, D.lgs. n. 163/2006 ⁽⁸¹⁾ ed ora dall'art. 105, comma 1,



D.lgs. n. 50/2016 ⁽⁸²⁾ - subiscono una deroga allorché il subentro di un nuovo soggetto nella titolarità del contratto costituisca **un elemento di una più complessa operazione** che implichi la **successione del cessionario non limitatamente al singolo contratto ma nel complesso dei rapporti giuridici facenti capo al cedente** ⁽⁸³⁾.

La possibilità di una successione nel rapporto a seguito di modifiche societarie, peraltro, appare in linea con quanto disposto dalla recente Direttiva Comunitaria 2014/24/UE che, all'art. 72, par. 1, lett. d), espressamente prevede, per i settori ordinari, la possibilità di una modifica del contratto laddove *“un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze: (...) ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto”*.

Secondo il disposto di cui all'art. 106, comma 1, D.lgs. n. 50/2016 *“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. I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:*

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi. Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro. Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzi di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 1, comma 511, della legge 28 dicembre 2015, n. 208;

b) per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari:

1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;

2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi;



c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:

1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;

2) la modifica non altera la natura generale del contratto;

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

1) una clausola di revisione inequivocabile in conformità alle disposizioni di cui alla lettera a);

2) all'aggiudicatario iniziale succede, per causa di morte o per contratto, anche 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 al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice;

3) nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;

e) se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. Le stazioni appaltanti possono stabilire nei documenti di gara soglie di importi per consentire le modifiche”.

La disposizione richiamata – a differenza della precedente che non ricomprendeva l'ipotesi di affitto di azienda ⁽⁸⁴⁾ – fa riferimento a tutte le ipotesi di sostituzione soggettiva.

Occorre subito evidenziare, tuttavia, come mentre nella normativa precedente era previsto – ai fini della sostituzione soggettiva – il riferimento al possesso dei requisiti di qualificazione – che, secondo l'Autorità di Vigilanza (AG35-08 del 6 novembre 2008, n. 35), andava riferito non solo alla certificazione SOA, prevista per i lavori dall'art. 40, ma a tutti i requisiti richiesti ai fini dell'ammissione alla gara sia di ordine generale (art. 38), sia di ordine speciale (capacità professionale ex art. 39, capacità economico-finanziaria dei fornitori e prestatori di servizi ex art. 41 e capacità tecnico-professionale dei fornitori e prestatori di servizi ex art. 42) – ora la richiamata norma fa riferimento soltanto a due parametri:

a) il subentrante deve soddisfare i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente;

b) la modificazione soggettiva non deve essere finalizzata ad eludere l'applicazione del presente codice.

Deve ritenersi, peraltro, che il subentrante non possa essere privo dei requisiti di qualificazione previsti in capo al cedente.

Sotto tale profilo, del resto, occorre osservare che, secondo una recente pronuncia del Consiglio di Stato ⁽⁸⁵⁾ - che ha rimesso alla Adunanza Plenaria la soluzione di due quesiti in tema di



permanenza in capo al cedente della qualificazione SOA in caso di cessione di ramo di azienda - deve prevalere l'orientamento secondo il quale non ogni trasferimento di ramo aziendale comporti, sempre e comunque, l'automatica decadenza dalla qualificazione, potendosi tanto sostenere solo nell'ipotesi in cui il cedente abbia concretamente perso la consistenza aziendale che gli aveva consentito di ottenere le attestazioni SOA.

Sotto tale profilo, infatti, l'art. 76, comma 11, D.P.R. n. 107/2010 – norma ancora in vigore in relazione al disposto di cui 217, comma 1, lett. u D.lgs. n. 50/2016 – prevede che “Ai fini dell'attestazione di un nuovo soggetto, nell'ipotesi in cui lo stesso utilizzi l'istituto della cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, le SOA accertano quali requisiti di cui all'articolo 79 sono trasferiti al cessionario con l'atto di cessione. Nel caso in cui l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo”.

Tale disposizione, da leggersi unitamente al comma 9 del medesimo articolo – secondo cui “In caso di fusione o di altra operazione che comporti il trasferimento di azienda o di un suo ramo, il nuovo soggetto può avvalersi per la qualificazione dei requisiti posseduti dalle imprese che ad esso hanno dato origine” - sembra focalizzarsi soprattutto sulla posizione del soggetto che “nasce” grazie alla cessione di un ramo d'azienda (il “nuovo soggetto”), il quale può avvalersi, ai fini della domanda di qualificazione, dei requisiti del cedente.

La disposizione, dunque, chiarisce che l'acquisizione del ramo aziendale non implica la correlativa acquisizione della qualificazione: sono piuttosto le SOA che devono accertare, ai fini dell'attestazione richiesta dal nuovo soggetto, quali requisiti di cui all'articolo 79 siano stati effettivamente trasferiti al cessionario con l'atto di cessione.

Nessun automatismo acquisitivo vige dunque per il cessionario; ma se il cessionario non acquista automaticamente la qualificazione, dovrebbe potersi escludere, simmetricamente, che la controparte contrattuale cedente possa automaticamente perderla.

C'è, del resto, un ulteriore passaggio della norma che appare significativo: “Nel caso in cui l'impresa cedente ricorra alla cessione del complesso aziendale o di un suo ramo, la stessa può richiedere alla SOA una nuova attestazione, riferita ai requisiti oggetto di trasferimento, esclusivamente sulla base dei requisiti acquisiti successivamente alla cessione del complesso aziendale o del suo ramo”.

La disposizione, per come è formulata, rende evidente che la fattispecie considerata è quella della cessione del ramo d'azienda, la quale abbia determinato, o sia idonea a determinare, in capo al cessionario (nuovo soggetto), il diritto al conseguimento dell'attestazione, sulla base dei requisiti speciali ceduti (ossia, la dotazione economica e finanziaria; la dotazione di attrezzature tecniche, i profili organizzativi; le risorse umane), che suo tempo diedero la possibilità all'imprenditore di conseguire l'attestazione di qualificazione.



Non a caso, la cessione del ramo d'azienda è accomunata, senza distinguo alcuno nell'ambito della disposizione, alla cessione d'azienda.

La ragione è che, ai fini della qualificazione del cedente, il "ramo" è considerato quale una articolazione funzionalmente autonoma di una attività economica organizzata, preesistente al trasferimento, che, grazie alle proprie dotazioni ed ai propri profili tecnici ed organizzativi, ha integrato in passato il presupposto utile e sufficiente per il conseguimento della qualificazione e che nel trasferimento conserva la propria identità.

In altri termini, le fattispecie di cessione contemplate dalla disposizione sono solo quelle che implicano il trasferimento di tutte quelle risorse aziendali (considerate dall'art. 79 del DPR n. 207/2010, requisiti d'ordine speciale), le quali, proprio in quanto suscettibili di dar vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato.

Non vi rientrano, invece, le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscono, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inidonee a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione.

L'art. 106, comma 1, D.lgs. n. 50/2016, peraltro, non richiede più, ai fini dell'efficacia della modificazione soggettiva, la verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante.

Si trattava, secondo la giurisprudenza, di una inefficacia relativa, limitata ai rapporti con la P.A. rispetto alla quale *"tali adempimenti costituiscono vera e propria condicio juris idonea a sospendere a tempo indefinito l'efficacia della cessione rispetto all'amministrazione"* ⁽⁸⁶⁾, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo ⁽⁸⁷⁾.

Nei sessanta giorni successivi alla comunicazione, infatti, la stazione appaltante poteva opporsi al subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, con effetti risolutivi sulla situazione in essere, laddove, in relazione alle comunicazioni previste dall'art. 116, comma 1, D.lgs. n. 163/2006, non fossero sussistenti i requisiti di cui all'articolo 10-sexies della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni ⁽⁸⁸⁾.

Appare, tuttavia, evidente che la modificazione soggettiva della impresa aggiudicataria potrà concretamente determinare la sostituzione del soggetto dell'appalto solo allorché la stazione appaltante abbia verificato la sussistenza dei "criteri di selezione qualitativa" stabiliti dalla stazione appaltante, con la conseguenza che, sino a quel momento, non potrà parlarsi di subentro nella posizione del precedente aggiudicatario ⁽⁸⁹⁾.

D'altra parte, occorre anche osservare come la giurisprudenza affermi che la verifica della sussistenza dei presupposti del subentro non possa qualificarsi quale attività "discrezionale" della amministrazione dovendosi, al contrario, ravvisare in essa una attività soggetta alla disciplina del diritto privato.



Secondo la Suprema Corte, infatti, *“L’art. 116 cod. contr. pubbl., invero, nel disciplinare i presupposti ed il procedimento per il subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, non prevede la rinnovazione della procedura di gara da parte della stazione appaltante né alcuna attività valutativo-discrezionale, ma la mera verifica: (a) del ricorrere delle fattispecie negoziali che consentono il trasferimento del contratto; (b) del possesso in capo al nuovo titolare dei requisiti di qualificazione previsti dallo stesso codice; (c) dell’avvenuta comunicazione di cui all’art. 1 del d.P.R. 11 maggio 1991, n. 187 (recante il regolamento per il controllo delle composizioni azionarie dei soggetti aggiudicatari di opere pubbliche e per il divieto delle intestazioni fiduciarie); (d) della sussistenza dei requisiti di cui all’art. 10-sexies della legge antimafia 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni”* ⁽⁹⁰⁾.

14. La cessione del credito nel codice degli appalti.

L’art. 9, allegato E, della legge 20 marzo 1865, n. 2248 (Legge sul contenzioso amministrativo) e successive modificazioni, stabiliva, in materia di contratti pubblici, che *“Sul prezzo dei contratti in corso non potrà avere effetto alcun sequestro, né convenirsi cessione, se non vi aderisca l’amministrazione interessata”* ⁽⁹¹⁾.

L’art. 339, allegato F, della legge 20 marzo 1865, n. 2248 (Legge sui lavori pubblici) – prima sostituito dall’art. 22 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152 e, poi, abrogato dal decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109) ⁽⁹²⁾ - sanciva il divieto di *“qualunque cessione di credito e qualunque procura, le quali non siano riconosciute”* ⁽⁹³⁾.

Una più generale disciplina della cessione dei crediti vantati nei confronti delle **amministrazioni dello Stato** è stata poi prevista dagli artt. 69 e 70 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (Nuove disposizioni sull’amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato) ⁽⁹⁴⁾.

Se da un lato, infatti, l’art. 69 del R.D. n. 2240/1923 stabilisce che le cessioni di somme dovute dallo Stato **“devono risultare da atto pubblico o da scrittura privata, autenticata da notaio”** e **“debbono essere *notificate* all’amministrazione centrale, ovvero all’ente, ufficio o funzionario cui spetta ordinare il pagamento”** e **non postula la necessità che l’amministrazione aderisca** alla cessione con adempimenti formali, essendo sufficiente che le sia data notizia della cessione stessa in forma idonea a consentirle di disporre le opportune variazioni degli ordini di pagamento; dall’altro lato **l’adesione dell’amministrazione debitrice è invece richiesta dal successivo art. 70, il cui comma 3**, prescrive che *“per le somme dovute dallo Stato per somministrazioni, forniture ed appalti, devono essere osservate le disposizioni della L. 20 marzo 1865 n. 2248, art. 9. all. E”*, il quale stabilisce, come rilevato, che *“sul prezzo dei contratti in corso non potrà ...convenirsi cessione, se non vi **aderisca** l’amministrazione interessata”*.



La successione nel tempo di distinte disposizioni normative ha fatto sorgere la questione del se la disposizione originaria dell'art. 9, allegato E, della legge n. 2248 del 1865, **concernente tutti i contratti - e non solo quelli relativi all'Amministrazione dello Stato** - sia stata confermata da quella successiva di cui all'art. 70 R.D. n. 2440 del 1923, oppure se il legislatore abbia inteso **restringere** la portata della prima, limitando **la necessità dell'adesione dell'amministrazione pubblica soltanto per determinati crediti, cioè per quelli derivanti dall'esecuzione di somministrazioni, appalti o forniture** ⁽⁹⁵⁾.

Tale ultima tesi, peraltro, è stata ritenuta preferibile dalla Corte di cassazione, Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 981, in forza del principio di cui all'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale, essenzialmente in base al rilievo che la disciplina speciale in questione deroga a quella ordinaria, secondo la quale la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto in conseguenza della semplice accettazione o notificazione ⁽⁹⁶⁾.

La Suprema Corte, inoltre, ha ritenuto tale soluzione conforme al principio per cui, nei rapporti nei quali lo Stato agisce *iure privatorum*, le disposizioni che definiscono l'area di incidenza dei privilegi della pubblica amministrazione, comportanti una restrizione dell'autonomia negoziale dei privati, devono essere interpretate in senso restrittivo, in linea con il precetto di cui all'art. 41, primo comma, Cost.

Ciò ha comportato, ad avviso della Corte di Cassazione, l'abrogazione del citato art. 9, ai sensi dell'art. 15 delle disposizioni sulla legge in generale, per tutti i casi in cui non sia espressamente richiamato dall'art. 70 del r.d. n. 2440 del 1923.

Nell'ottica della Suprema Corte, dunque, il sistema applicabile alla cessione dei crediti della P.A. avrebbe dovuto essere rinvenuto nelle sole disposizioni di cui agli artt. 69 e 70 R.D. n. 2440/1923, dovendosi ritenere abrogato l'art. 9 allegato E, della legge 20 marzo 1865, n. 2248, al di fuori delle ipotesi di somministrazione, appalto e fornitura; in presenza di un credito connesso a rapporti di durata, dunque, si sarebbe dovuto applicare l'art. 70 (**adesione e atto pubblico o da scrittura privata autenticata da notaio**), mentre, in ipotesi differente la disciplina applicabile avrebbe dovuto rinvenirsi in tutto e per tutto (salvo che per la forma, prevista dall'art. 69, 3 comma del R.D. n. 2440 del 1923), all'ordinaria disciplina codicistica ⁽⁹⁷⁾.

Ulteriore considerazione in tema di applicazione soggettiva delle richiamate disposizioni, secondo la ricostruzione della Corte di Cassazione, **sarebbe quella secondo cui la disciplina della cessione dei crediti verso lo Stato, sarebbe riferibile alla P.A. nel suo complesso**, *“vale a dire nelle sue varie articolazioni, comprensive degli enti pubblici che la compongono, con la conseguenza che dev'essere ritenuta applicabile anche alle cessioni di crediti vantati nei confronti di un Comune”* ⁽⁹⁸⁾.

Tale impostazione, peraltro, è stata seguita dalla giurisprudenza successiva che ha continuato a ritenere applicabile il **divieto di cessione senza l'adesione** della pubblica amministrazione **solo ai rapporti di durata** - come **l'appalto e la somministrazione (o la fornitura)** - rispetto ai quali **il legislatore ha ravvisato, in deroga al principio generale della cedibilità dei crediti anche senza il**



consenso del debitore (art. 1260 cod. civ.), l'esigenza di garantire con questo mezzo la regolare esecuzione, evitando che, durante la medesima, possano venire meno le risorse finanziarie al soggetto obbligato e, così, possa essere compromessa l'ulteriore regolare prosecuzione del rapporto ⁽⁹⁹⁾.

Deve, altresì, ricordarsi l'orientamento giurisprudenziale (Cassazione, Sez. I, sentenza 8 maggio 2008, n. 11475; Sez. III, sentenza 6 febbraio 2007, n. 2541) secondo cui la deroga al principio della libera cedibilità dei crediti, essendo intesa ad evitare che, durante l'esecuzione del contratto, possano venire a mancare i mezzi finanziari al soggetto obbligato alla prestazione in favore della pubblica amministrazione, **cesserebbe alla conclusione del rapporto contrattuale** - come si desume anche dall'inciso «contratti in corso» - con la conseguenza che risultano opponibili all'amministrazione le cessioni di credito fatte valere e realizzate senza la preventiva adesione, purché intervenute dopo la conclusione del rapporto ⁽¹⁰⁰⁾.

Peraltro, ad avviso della giurisprudenza di legittimità, in tema di appalto di opere pubbliche, **il contratto cessa di essere considerato in corso soltanto a seguito dell'espletamento e dell'approvazione del collaudo da parte della pubblica amministrazione (ovvero dell'esaurirsi del termine utile)**, costituendo tale approvazione lo strumento legale con il quale le conclusioni dell'appaltatore sono accettate dalla amministrazione con conseguente obbligo della medesima di liquidare il corrispettivo sulla base dell'importo determinato in quella sede. Solo in tale momento può ritenersi esaurito il rapporto contrattuale e superata la ragione della deroga.

Quanto ai requisiti di forma, l'art. 69 R.D. n. 2440/1923, prescrive, come rilevato, **l'atto pubblico o la scrittura autenticata da notaio**.

In particolare, secondo la giurisprudenza, la notificazione alla p.a. della cessione di un credito del privato nei confronti della stessa, in tanto è produttiva di effetti, in quanto la cessione sia stata fatta per atto pubblico o per scrittura privata autenticata: *“da ciò consegue che, in deroga al principio posto dall'art. 1264, comma 2, c.c., il pagamento effettuato dalla p.a. al cedente, anziché al cessionario, pur dopo che le sia stata notificata la cessione non effettuata nelle forme indicate, produce effetto liberatorio, essendo irrilevante la conoscenza da parte della p.a. dell'avvenuta cessione. Tuttavia, se la cessione è stata accettata dalla p.a., il successivo pagamento effettuato al cedente non libera l'amministrazione nei confronti del cessionario”*.

In tale contesto normativo, è stato poi introdotto l'art. 26, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro in materia di lavori pubblici), ai sensi del quale *«Le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52, sono estese ai crediti verso le pubbliche amministrazioni derivanti da contratti di appalto di lavori pubblici, di concessione di lavori pubblici e da contratti di progettazione nell'ambito della realizzazione di lavori pubblici»*.

Il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 (Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni) ha, peraltro, disposto che: *«Ai sensi dell'articolo 26, comma 5, della legge, le cessioni*



di crediti vantati nei confronti delle amministrazioni pubbliche a titolo di corrispettivo di appalto possono essere effettuate dagli appaltatori a banche o intermediari finanziari disciplinati dalle leggi in materia bancaria e creditizia, il cui oggetto sociale preveda l'esercizio dell'attività di acquisto di crediti di impresa.

La cessione deve essere stipulata mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e deve essere notificata all'amministrazione debitrice.

La cessione del credito da corrispettivo di appalto è efficace ed opponibile alla pubblica amministrazione qualora questa non la rifiuti con comunicazione da notificarsi al cedente ed al cessionario entro quindici giorni dalla notifica di cui al comma 2.

L'amministrazione pubblica, al momento della stipula del contratto o contestualmente, può preventivamente riconoscere la cessione da parte dell'appaltatore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione.

In ogni caso, l'amministrazione ceduta può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto di appalto».

La disciplina risultante dalla legge e dal regolamento è stata sostanzialmente integrata nel decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) ed ora dall'art. 106, comma 13, D.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“Si applicano le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52. Ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici. Fatto salvo il rispetto degli obblighi di tracciabilità, le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione. Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione. In ogni caso l'amministrazione cui è stata notificata la cessione può opporre al cessionario tutte le eccezioni opponibili al cedente in base al contratto relativo a lavori, servizi, forniture, progettazione, con questo stipulato”.*

A seguito delle intervenute innovazioni la giurisprudenza ha riconsiderato l'intera normativa in tema di cessione del credito affermando che la disciplina derogatoria del codice degli appalti ed il connesso richiamo alla L. n. 52/1991, **non avrebbero determinato l'abrogazione delle norme che regolavano in precedenza la cessione del credito della P.A.**

Tali norme, dunque, **devono ritenersi pienamente in vigore sia per quanto riguarda la cessione in generale** (art. 9, allegato E, della legge 20 marzo 1865, n. 2248 “Legge sul contenzioso amministrativo”) **sia per ciò che concerne la forma dell'atto di cessione** (art. 69 R.D. 18 novembre



1923, n. 2440 “Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”).

La disciplina **derogatoria (art. 106 D.lgs. n. 50/2016), dunque, sarebbe applicabile al solo settore degli appalti pubblici mentre continuerebbe ad essere applicabile la normativa di cui all'art. 9, allegato E, della legge n. 2248 del 1865, nonché, trattandosi di contratto della Amministrazione dello Stato, quella di cui agli artt. 69 e 70 del r.d. n. 2440 del 1923, alle altre ipotesi di cessione** ⁽¹⁰¹⁾ ⁽¹⁰²⁾.

15. La sospensione del contratto.

L'articolo 107 (Sospensione), recepisce l'articolo 73 della direttiva 2014/24/UE, l'articolo 90 direttiva 2015/25/UE nonché l'articolo 44 della direttiva 2015/23/UE.

Secondo la disposizione in esame, in particolare, il direttore dei lavori può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto in tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto

A tal fine il direttore dei lavori è tenuto a compilare, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori, nonché dello stato di avanzamento dei lavori, delle opere la cui esecuzione rimane interrotta e delle cautele adottate affinché alla ripresa le stesse possano essere continuate ed ultimate senza eccessivi oneri, della consistenza della forza lavoro e dei mezzi d'opera esistenti in cantiere al momento della sospensione.

Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.

La sospensione può, altresì, essere disposta dal RUP per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti.

Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.

La sospensione è disposta per il tempo strettamente necessario.

Cessate le cause della sospensione, il RUP dispone la ripresa dell'esecuzione e indica il nuovo termine contrattuale.



Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale. Le contestazioni dell'esecutore in merito alle sospensioni dei lavori sono iscritte a pena di decadenza nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, salvo che per le sospensioni inizialmente legittime, per le quali è sufficiente l'iscrizione nel verbale di ripresa dei lavori; qualora l'esecutore non intervenga alla firma dei verbali o si rifiuti di sottoscriverli, deve farne espressa riserva sul registro di contabilità. Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga, con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale. In ogni caso la sua concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante.

Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ovvero, in caso di consegna parziale dall'ultimo dei verbali di consegna. L'ultimazione dei lavori, appena avvenuta, è comunicata dall'esecutore per iscritto al direttore dei lavori, il quale procede subito alle necessarie constatazioni in contraddittorio. L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.

Nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti, quantificato sulla base di quanto previsto dall'articolo 1382 del codice civile e secondo criteri individuati nel decreto di cui all'articolo 111, comma 1.

16. La risoluzione del contratto.

Occorre rilevare come dapprima le direttive e, poi, il legislatore hanno abbandonato la prospettiva tradizionale volta ad escludere, dall'ambito della disciplina positiva del contratto di appalto pubblico, le disposizioni in tema di esecuzione del contratto.

L'intera disciplina del versante negoziale è ora incentrata su due canoni fondamentali:

- il rafforzamento del principio di tendenziale immodificabilità del contratto;
- la previsione di specifiche ipotesi di risoluzione del contratto, diverse ed ulteriori rispetto al "grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali".



Si stabiliscono, in primo luogo, le fattispecie in relazione alle quali le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono **risolvere il contratto pubblico** durante il suo periodo di validità.

Si prevede, all'art. 108, comma 1, che le stazioni appaltanti **possano risolvere** (risoluzione facoltativa) un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) **il contratto ha subito una modifica sostanziale** che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 106;

b) **con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettere b) e c) sono state superate le soglie di cui al comma 7 del predetto articolo**; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 1, lettera e) del predetto articolo, sono state superate eventuali soglie stabilite dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori; con riferimento alle modificazioni di cui all'articolo 106, comma 2, sono state superate le soglie di cui al medesimo comma 2, lettere a) e b);

c) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto in una delle situazioni di cui all'articolo 80, comma 1, sia per quanto riguarda i settori ordinari sia per quanto riguarda le concessioni e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di appalto o di aggiudicazione della concessione, ovvero ancora per quanto riguarda i settori speciali avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'articolo 136, comma 1;

d) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'*articolo 258 TFUE*.

Nelle ipotesi sopra indicate, peraltro, non si applicano i termini previsti dall'articolo 21-nonies della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Si prevede, altresì, che le stazioni appaltanti **debbano risolvere** (risoluzione obbligatoria) un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso qualora:

a) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la decadenza dell'attestazione di qualificazione per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;

b) nei confronti dell'appaltatore sia intervenuto un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui al codice delle leggi antimafia e delle relative misure di prevenzione, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i reati di cui all'articolo 80.

Sono, inoltre, disciplinati i casi di **risoluzione per grave inadempimento** (art. 108, comma 3) alle obbligazioni contrattuali, tale da compromettere la buona riuscita delle prestazioni oggetto del contratto, nonché i casi di risoluzione per ritardi nell'esecuzione dei lavori dovuti a negligenza dell'appaltatore. In entrambe le ipotesi si prevede il previo espletamento di una apposita procedura in contraddittorio.



Si prevede che il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerti un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.

Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto.

Qualora, al di fuori di tale ultima ipotesi, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.

La pluralità di ipotesi delineate dal legislatore, non tutte facilmente riconducibili alla categoria della risoluzione in senso proprio, **rende problematico l'inquadramento della natura giuridica dell'istituto.**

Secondo una prima tesi di impronta privatistica, si tratterebbe di una vera e propria **risoluzione del contratto** che verrebbe a porsi quale unica modalità (unitamente al recesso) di scioglimento del rapporto contrattuale, **in ciò sostituendosi in pieno i poteri di stampo pubblicistico dell'annullamento e revoca** ⁽¹⁰³⁾.

Tale tesi, peraltro, si pone in linea con quanto ritenuto dalla Cassazione ⁽¹⁰⁴⁾
e dal Consiglio di Stato ⁽¹⁰⁵⁾.

Secondo **altra impostazione**, al contrario, **si tratterebbe di una ipotesi di autotutela di tipo pubblicistico** che, infatti, **sarebbe fatta salva dal disposto di cui all'art. 32 D.lgs. n. 50/2016** ⁽¹⁰⁶⁾ ⁽¹⁰⁷⁾.

Nel caso di risoluzione del contratto l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

Il responsabile unico del procedimento nel comunicare all'appaltatore la determinazione di risoluzione del contratto, dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dei lavori curi la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti, l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera e la relativa presa in consegna.

Qualora sia stato nominato, l'organo di collaudo procede a redigere, acquisito lo stato di consistenza, un verbale di accertamento tecnico e contabile con le modalità di cui al presente



codice. Con il verbale è accertata la corrispondenza tra quanto eseguito fino alla risoluzione del contratto e ammesso in contabilità e quanto previsto nel progetto approvato nonché nelle eventuali perizie di variante; è altresì accertata la presenza di eventuali opere, riportate nello stato di consistenza, ma non previste nel progetto approvato nonché nelle eventuali perizie di variante.

Nei casi di cui ai commi 2 e 3, in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'articolo 110, comma 1.

Nei casi di risoluzione del contratto di appalto dichiarata dalla stazione appaltante l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine a tale fine assegnato dalla stessa stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese.

La stazione appaltante, in alternativa all'esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'articolo 93, pari all'uno per cento del valore del contratto.

Resta fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni

17. Il subappalto.

L'articolo 105 (Subappalto) rispetta quanto disposto dal criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera rrr), legge 28 gennaio 2016, n. 11 che disciplina l'introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto e recepisce l'articolo 71 della direttiva 2014/24, e l'articolo 88 della direttiva 25/2014.

Si prevede che 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.

Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità.

L'articolo non pone limiti alla possibilità di subappalto, a differenza della disciplina del codice del 2006 che stabiliva il limite del 30 per cento per le categorie prevalenti, posto che la direttiva lascia sostanzialmente libera tale facoltà e che il nostro ordinamento e la legge delega prevedono il divieto di *gold plating*. Tuttavia si impone che il subappaltatore debba garantire gli stessi prezzi e lo stesso standard qualitativo delle prestazioni.

L'unica limitazione prevista per il subappalto attiene alle categorie superspecialistiche, nel limite del 30 per cento.



Si dispone che costituisce comunque subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare.

E' fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

Si specificano, quindi le categorie di forniture o servizi, che, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto.

Si dispone, poi, che i soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possano affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto esclusivamente ad alcune condizioni che vengono elencate.

In aderenza ai criteri contenuti nella legge delega, si dispone, quindi, l'obbligatorietà dell'indicazione della terna di subappaltatori, nel caso di appalti di lavori, servizi o forniture di importo superiore alle soglie di cui rilevanza comunitaria per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione, con l'obbligo per la stazione appaltante di darne indicazione nel bando di gara. La stazione appaltante ha comunque facoltà, anche per appalti al di sotto della soglia, di prevedere l'obbligo di indicare la terna dei subappaltatori proposti ⁽¹⁰⁸⁾.

Si stabilisce, inoltre, che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni. Al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmette altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali.

La disposizione prevede, altresì, che il contraente principale resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276. L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. E', altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, assicurativi e antinfortunistici. Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante



acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.

Si stabilisce, quindi, per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, disposizioni in tema di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva.

Si impone all'affidatario di provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione.

In aderenza al criterio di delega sono previsti i casi specifici in cui la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore o al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite in casi che vengono espressamente elencati.

L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento e corrisponde i costi della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso.

Si stabilisce, altresì, che l'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori edili è verificata dalla Cassa edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali; per i lavori non edili è verificata in comparazione con lo specifico contratto collettivo applicato.

Si prevedono, quindi disposizioni in tema di piani di sicurezza di cui al decreto legislativo del 9 aprile 2008, n. 81.

L'affidatario che si avvale del subappalto deve allegare alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto. Analoga dichiarazione deve essere effettuata da ciascuno dei soggetti partecipanti nel caso di raggruppamento temporaneo, società o consorzio. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione entro trenta giorni dalla relativa richiesta, termine che può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi. Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa. Per i subappalti di importo inferiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo inferiore a 100.000 euro, i termini per il rilascio dell'autorizzazione da parte della stazione appaltante sono ridotti della metà.



Si recepisce inoltre il divieto del cosiddetto subappalto a cascata introdotto per la prima volta dalla direttiva 24/2014/UE, **disponendo che l'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.**

Infine, si prevede che l'applicabilità delle disposizioni di cui al presente articolo anche ai raggruppamenti temporanei e alle società anche consortili, quando le imprese riunite o consorziate non intendono eseguire direttamente le prestazioni scorporabili, nonché alle associazioni in partecipazione quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in appalto; si applicano altresì alle concessioni per la realizzazione di opere pubbliche e agli affidamenti con procedura negoziata.

La norma, infine, fa salva la facoltà per le regioni a statuto speciale e per le province autonome di Trento e Bolzano, sulla base dei rispettivi statuti e delle relative norme di attuazione e nel rispetto della normativa comunitaria vigente e dei principi dell'ordinamento comunitario, di disciplinare ulteriori casi di pagamento diretto dei subappaltatori.

18. Forma del contratto ed atto pubblico informatico.

Tutti i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, anche quando quest'ultima agisce *iure privatorum*, richiedono inderogabilmente la forma scritta *ad substantiam* (Corte di Cassazione, sez. I civile, 4 settembre 2009, n. 19206) ⁽¹⁰⁹⁾.

In tema di forma dei contratti pubblici occorre evidenziare che la disciplina generale è contenuta nella legge generale di contabilità dello Stato (r.d. 18 novembre 1923, n. 2440), agli articoli 16, 17 e 18.

Tali disposizioni non rientrano tra quelle abrogate dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 50/2016 (cfr. art. 217) né possono ritenersi tacitamente o implicitamente abrogate, sicché, mentre i pertinenti articoli del regio decreto, in quanto norme generali, disegnano un sistema applicabile a tutti i contratti pubblici, l'art. 32, quale norma speciale riferibile all'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti, si limita ad elencare tutte le possibili forme del contratto di appalto.

L'applicazione delle disposizioni del nuovo Codice, che ora si esamineranno, peraltro, deve essere circoscritta alla *species* di contratto pubblico soggetto alla relativa disciplina, con esclusione dei contratti sottratti all'applicazione del Codice stesso (si pensi, a titolo esemplificativo, ai contratti di compravendita o locazione immobiliare stipulati dalle pubbliche amministrazioni).

Secondo il disposto di cui all'art. 32, comma 14, D.lgs. n. 50/2016 *"Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante*



corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri”.

Nella originaria formulazione della norma non era inserito alcuna interpunzione tra la prima e la seconda parte, con conseguenti incertezze in merito alle forme utilizzabili dalla Amministrazione; sembrava, infatti, possibile la stipulazione per scrittura privata solo in ipotesi di procedura negoziata ovvero di affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro.

Successivamente alla correzione intervenuta con Comunicato 15 luglio 2016, pubblicato nella G.U. 15 luglio 2016, n. 164, la disposizione appare, invece, suddivisa in due parti; la prima ha una formulazione analoga a quella del precedente codice, lasciando libere le stazioni appaltanti di individuare nella determina a contrarre e nel bando la forma del contratto più adatta alle singole esigenze (atto pubblico notarile o forma pubblica amministrativa o scrittura privata, tutte da redigersi secondo modalità elettroniche); la seconda parte consente alla stazione appaltante di stipulare contratti mediante scambio di lettere secondo l'uso del commercio nelle procedure negoziate (di qualsiasi importo), sia per appalti di valore non superiore a 40.000 euro. In tali ipotesi, peraltro, lo scambio di lettere potrà avvenire “anche” tramite PEC o strumenti analoghi.

Le forme previste, sono dunque:

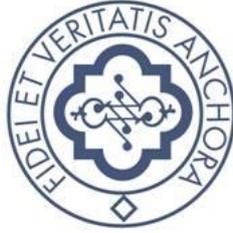
- Atto pubblico notarile informatico;
- Forma pubblica amministrativa, necessariamente in modalità elettronica, che viene in rilievo allorquando il contratto sia ricevuto da un funzionario designato quale ufficiale rogante ⁽¹¹⁰⁾;
- Scrittura privata;
- Corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri, in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro.

Occorre evidenziare come tale ultima forma costituisca una novità legislativa; precedentemente, infatti, il codice degli appalti non prevedeva tale modalità di conclusione che, come chiarito dalla giurisprudenza, riguardava i contratti delle Amministrazioni dello Stato in materia diversa da quella degli appalti (art. 17 R.D. n. 2240/1923) ⁽¹¹¹⁾.

In linea generale, si osserva poi che il documento pubblico è definito dal codice civile (art. 2699) come il «documento redatto con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato».

La definizione di scrittura privata è ricavata, invece, da quest'ultima definizione, *per relationem*, venendo ad identificare il documento sottoscritto da un privato senza la partecipazione, nell'esercizio delle sue funzioni, di un pubblico ufficiale abilitato a dare pubblica fede agli atti ed ai documenti formati in sua presenza, atteso che il codice civile si limita a stabilirne l'efficacia (artt. 2702 e ss.).

Nella vigenza dell'art. 11 D.lgs. n. 163/2006 si era discusso in merito alla necessità o meno di utilizzare la “modalità elettronica” anche per le scritture private.



L'Autorità di vigilanza sui contratti, nel parere n. 1/2013, infatti, aveva evidenziato che *“dall'esegesi letterale delle due disposizioni succedutesi nel tempo, detto obbligo appare circoscritto alla stipulazione in forma pubblica amministrativa, non essendovi una analoga specificazione con riguardo all'utilizzo della scrittura privata, nei casi in cui detto utilizzo è consentito. La presenza della congiunzione avversativa “o”, prima dell'espressione “mediante scrittura privata”, non depone nel senso di poter ritenere estendibile l'inciso “in modalità elettronica” anche alla stipulazione per scrittura privata. A corroborare tale interpretazione concorre il fatto che la modalità elettronica debba avvenire “secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante”: detta specificazione sembra logicamente riferita alla sola forma pubblica amministrativa, per la quale l'intervento dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante lascia presupporre una specifica disciplina di dettaglio, prevista da ciascuna amministrazione, per la stipula dei contratti allo stesso demandata. Una tale interpretazione sembra, inoltre, coerente anche con il disposto dell'art. 334, comma 2, del d.P.R. 5 ottobre 2012, n. 207 (nel seguito, Regolamento), in materia di servizi e forniture, a tenore del quale «il contratto affidato mediante cottimo fiduciario è stipulato attraverso scrittura privata, che può anche consistere in apposito scambio di lettere con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni o dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito». Vale, altresì osservare, che, in caso di scrittura privata, non interviene alcun pubblico ufficiale rogante in grado di accertare la validità dei certificati di firma digitale o la provenienza dalle parti della sottoscrizione autografa scansionata ed allegata all'eventuale file del contratto. Pertanto, la modalità elettronica costituisce una modalità attuativa obbligatoria della forma pubblica amministrativa e non una forma alternativa alla stessa (in questo senso, cfr. anche disegno di legge A.S. n. 3533 “Conversione in legge del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, recante ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese” Vol. II - Sintesi e schede di lettura, ottobre 2012, n. 397/II, pagg. 85-86). In altri termini, stante il tenore letterale della disposizione, la “forma elettronica” è l'unica modalità ammessa per la stesura degli atti in forma pubblica amministrativa, mentre la forma cartacea resta legittima in caso di scrittura privata”*.

Tale profilo problematico, tuttavia, aveva trovato una soluzione nella nota del Ministero della Funzione pubblica in data 28 febbraio 2013 che aveva chiarito come i contratti di appalto della P.A. dovessero essere sottoscritti unicamente in modalità elettronica e che, dunque, l'art. 11, comma 13, D.lgs. n. 163/2006, come novellato dall'art. 6, comma 3, del D.L. n. 179/2012, dovesse interpretarsi nel senso di prescrivere il documento informatico, non solo per la validità dei contratti rogati con atto pubblico notarile, ma anche per quelli stipulati con atto pubblico amministrativo o con scrittura privata ⁽¹¹²⁾.

La disposizione di cui all'art. 32, comma 14, D.lgs. n. 50/2016, supera definitivamente la prospettata questione, chiarendo che la modalità informatica deve essere rispettata anche per la scrittura privata ⁽¹¹³⁾.



Sembrirebbe esclusa la obbligatorietà della modalità elettronica solo in relazione alla particolare forma prevista nella seconda parte dell'art. 32, comma 14 D.lgs. n. 50/2016 (*in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri*), in considerazione del fatto che la disposizione richiama, ai fini della conclusione del contratto, anche modalità non elettroniche.

Ulteriore conseguenza è che ogni amministrazione, al fine della stipulazione del contratto in forma pubblica amministrativa mediante ufficiale rogante, è chiamata ad adottare le disposizioni regolamentari relative alla "modalità elettronica", anche con rinvio a quelle del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (Codice dell'amministrazione digitale).

Assume, quindi, importanza dirimente chiarire il significato da attribuire all'espressione "modalità elettronica".

Al riguardo giova precisare che il Codice dell'amministrazione digitale laddove tratta delle modalità informatiche con cui devono essere redatti gli atti pubblici e le scritture private di cui all'art. 1350 c.c., dal n. 1 al n. 12, all'art. 21, comma 2-bis, parla espressamente di "documento informatico", precisando che le suddette scritture sono sottoscritte, a pena di nullità, con firma elettronica qualificata o con firma digitale.

L'espressione usata, invece dal legislatore nel contesto dell'art. 32, non rinvia al concetto di documento informatico o ad una più generica modalità informatica, ma semplicemente ad una non meglio specificata "modalità elettronica".

A questo si aggiunga, inoltre, che con riferimento agli accordi tra pubbliche amministrazioni (art. 15, l. della legge 7 agosto 1990, n. 241) – con previsione asimmetrica rispetto a quella utilizzata per la stipula dei contratti di appalto di cui al Codice – il comma 2 dell'art. 6 del decreto sviluppo *bis*, espressamente ha previsto che, a far data dal 1° gennaio 2013, i suddetti accordi "(...) sono sottoscritti con firma digitale, ai sensi dell'articolo 24 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, con firma elettronica avanzata, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera q-bis), del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, ovvero con altra firma elettronica qualificata, pena la nullità degli stessi". Ciò a dimostrazione del fatto che la medesima fonte normativa, laddove ha inteso fare riferimento al Codice dell'amministrazione digitale, lo ha richiamato espressamente.

Alla luce di quanto disposto dall'art. 25, comma 2, del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, secondo cui "*l'autenticazione della firma elettronica, anche mediante l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, o di qualsiasi altro tipo di firma elettronica avanzata consiste nell'attestazione, da parte del pubblico ufficiale, che la firma è stata apposta in sua presenza dal titolare*", l'espressione utilizzata dall'art. 32, può essere intesa anche nel senso che, per la forma pubblica amministrativa, è ammesso il ricorso all'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, ferma restando



l'attestazione, da parte dell'Ufficiale rogante, dotato di firma digitale, che la firma dell'operatore è stata apposta in sua presenza, previo accertamento della sua identità personale.

Cons. Alessandro Tomassetti
Magistrato T.A.R. Lazio

- 1) Alla disciplina codicistica resta riservato, anche nel nuovo codice degli appalti, il rango di normativa di carattere generale per il tramite del richiamo, operato dall'art. 30, comma 8, D.lgs. n. 50/2016 alla disciplina del codice civile secondo cui *"Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile"*.
- 2) In Italia, le prime direttive sugli appalti di lavori - 71/305/CEE e 89/440/CEE - sono state recepite in maniera sostanzialmente fedele per il tramite della L. n. 584/1977 e del D.lgs. n. 406/1991. Così pure le prime direttive sugli appalti di forniture - 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE - sono state recepite in modo pressoché integrale con il D.lgs. n. 358/92 (Testo unico delle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture, in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/767/CEE e 88/295/CEE). Analogo discorso per quanto attiene alle direttive intervenute negli anni '90 sugli appalti di forniture (93/36/CEE), sugli appalti di servizi (92/50/CEE) e sugli appalti nei c.d. settori esclusi (93/38/CEE: gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica) recepite apportando talune modifiche al d.lgs. n. 358 del 1992 con la legge n. 402/98 (forniture), dal d.lgs. n. 157 del 1995 (servizi) e dal d.lgs. n. 158 del 1995 (settori esclusi). Un discorso a parte deve essere, invece, condotto per quanto attiene al modo in cui il legislatore italiano ha recepito la direttiva 93/37/CEE sugli appalti di lavori. In questo caso, il contesto socio-economico ha influenzato in maniera pregnante l'operato del nostro legislatore. Siamo in pieno periodo di "tangentopoli" e l'opinione pubblica è rimasta profondamente turbata nel constatare la situazione di sistematica corruzione che caratterizza il sistema delle commesse pubbliche in generale e dei lavori pubblici in particolare.
- 3) Cfr, da ultimo, Corte Cost., 14 dicembre 2016, n. 263, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6, della legge della Regione siciliana, 12 luglio 2011, n. 12 (Disciplina dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), come sostituito dall'art. 1 della legge della Regione Sicilia 10 luglio 2015, n. 14, oltre alla illegittimità costituzionale dell'art. 19, commi 6 bis, 6 ter e 6 quater della legge della Regione siciliana, 12 luglio 2011, n. 12, come introdotti dalla legge della Regione Sicilia 10 luglio 2015, n. 14.
- 4) Il processo di revisione delle direttive del 2004 è iniziato con la pubblicazione da parte della Commissione del Libro verde del 27 gennaio 2011, intitolato *"Modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti"*. Già nel Libro verde si individua come finalità della nuova disciplina la creazione delle condizioni affinché gli appalti pubblici possano svolgere un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020. La medesima finalità è ripresa nel considerando n. 2 della dir. 24/2014, ove si indica l'obiettivo *"di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale"*.
- 5) Cons. Stato, Sez. V, 7 dicembre 2015, n. 5549 *"Nelle gare pubbliche, secondo la disciplina contenuta nell'art. 11, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, con la conseguenza che essa non tiene luogo del contratto; da ciò deriva che, in caso di appalto di forniture, il bene oggetto dell'aggiudicazione viene acquisito al patrimonio giuridico dell'Amministrazione solo a seguito della stipula del contratto, che secondo quanto disposto dal comma 13 dall'art. 11, d.lg. n. 163 del 2006, deve essere concluso a pena di nullità secondo le forme ivi previste"*.
- 6) L'elenco è contenuto in R. DE NICTOUS, *Lo stato dell'arte dei provvedimenti attuativi del codice. Le linee guida Anac sui gravi illeciti professionali*, Relazione tenuta al Convegno svolto presso l'IGI il 30 novembre 2016
- 7) Si veda, da ultimo, Cons. Stato, parere 30 marzo 2017, n. 782 *"Nel parere n. 855/2016 questo Consesso aveva espresso l'auspicio che in futuro il codice degli appalti potesse diventare il codice dei contratti pubblici tout court, compresi quelli "attivi" ancora regolati dalla legislazione di contabilità di Stato, auspicio non immediatamente traducibile in un riordino dei contratti attivi nel codice, mancando in tal senso un principio espresso di delega. Per tali contratti attivi non si dubita che, oltre a doversi rispettare eventuali specifiche regole contenute nella legislazione di contabilità di Stato e nelle discipline settoriali, vanno rispettati i principi generali di tutela della concorrenza e parità di trattamento. L'art. 1, lett. n) della legge delega, pone tra i criteri direttivi quello della individuazione dei "contratti esclusi" dall'ambito di applicazione del codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione. Il principio di delega è stato già interpretato, dal codice, nel senso che oltre a individuarsi i contratti esclusi, vada per essi dettato un "nucleo minimo" di "principi" applicabili, e a tanto provvede l'art. 4 del codice. Non vi è dubbio che i "contratti attivi" rientrino tra i*



- contratti esclusi. Pertanto i principi di cui all'art. 4 del codice andrebbero estesi anche ai contratti attivi, e a tal fine nell'art. 4, comma 1, dopo le parole "contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture," andrebbero aggiunte le parole "dei contratti attivi".
- 8) Cfr. Cass., Sez. Un., ord. 29 maggio 2012, n. 8511 "La giurisdizione del giudice amministrativo nelle controversie relative alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, indette da organismi di diritto pubblico, ai sensi dell'art. 244 d.l.g. n. 163 del 2006 e, ora, dell'art. 133, lett. e, n. 1, cod. proc. amm., non sussiste per gli appalti riguardanti tutte ovvero l'insieme delle attività svolte dai medesimi organismi (secondo la cosiddetta teoria del « contagio ») e, in particolare, per gli appalti inerenti alle attività industriali o commerciali svolte in regime di libera concorrenza ed accessibilità ai mercati, dovendo le regole di evidenza pubblica essere rigorosamente limitate alle attività volte a soddisfare bisogni generali di carattere non industriale o commerciale, in quanto direttamente interessate dalla esistenza di diritti speciali o esclusivi, dovendosi presumere che le residue attività del soggetto (di diritto privato), ancorché a partecipazione pubblica, vengano svolte nelle forme proprie del diritto comune. (Nella specie, relativa a procedura di aggiudicazione di forniture di « postamat » da parte di Poste italiane s.p.a., le Sezioni Unite hanno affermato la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario, trattandosi di settore liberalizzato e aperto alla concorrenza)".
- 9) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011, n. 16 "A tale soluzione il Collegio perviene alla luce delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, che operano una distinzione tra tre categorie: a) appalti che non ricadono nelle direttive per ragioni di soglia; b) appalti del tutto "esclusi"; c) appalti e concessioni di servizi cui si applicano solo poche previsioni delle direttive, e dunque esclusi in (maggior) parte e inclusi in (minor) parte. Anche sul piano sistematico, tali tre categorie hanno una diversa collocazione all'interno delle tre direttive, e diverse definizioni. Ad es. la direttiva 2004/18/CE, nell'ambito del Capo II - Campo di applicazione: a) nella Sezione I rubricata "soglie" individua le "soglie" economiche all'art. 7, e dichiara di applicarsi solo agli appalti di importo in euro pari o superiore alle soglie indicate; b) nella Sezione II rubricata "appalti esclusi" elenca varie tipologie di appalti esclusi (artt. da 14 a 18, direttiva 2004/18/CE); c) in altro Capo, il III dedicato alle "norme applicabili agli appalti di servizi", menziona gli appalti dell'allegato II B soggetti solo a poche regole della direttiva (art. 21, direttiva 2004/18/CE); d) con riferimento alle concessioni di servizi, oltre a definirle, detta un'unica norma di principio e per il resto le esclude dall'applicazione della direttiva (art. 17, direttiva 2004/18/CE). A sua volta, la direttiva 2004/17/CE, nel capo II rubricato "soglie ed esclusioni": a) nella Sezione I rubricata "soglie" indica le soglie di valore che delimitano il campo di applicazione della direttiva; b) nella diversa Sezione II individua gli appalti esclusi; la Sezione II è suddivisa in sottosezioni che raggruppano i diversi tipi di esclusioni soggettive e/o oggettive (artt. 1826, direttiva 2004/17/CE); c) in un diverso Capo, il III, rubricato "norme applicabili agli appalti di servizi" menziona gli appalti dell'allegato XVII B soggetti solo a poche regole della direttiva (art. 32, direttiva 2004/17/CE). La citata comunicazione della Commissione del 2006, a sua volta, si riferisce agli appalti esclusi per ragioni di soglia, e agli appalti di servizi che non sono a rigore "esclusi", ma "inclusi in parte" solo per alcune regole; detta comunicazione non si riferisce invece, formalmente, agli appalti "esclusi". A sua volta la giurisprudenza della C. giust. CE che estende i principi dei Trattati alle concessioni di servizi, lo fa con riferimento ad una specifica categoria di contratti esclusi, anch'essi, a rigore, non "esclusi" bensì "inclusi in parte", per i quali è in corso l'attrazione alla sfera comunitaria, tanto che le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE danno anche una definizione di tale tipologia contrattuale, e inoltre la direttiva 2004/18/CE vi estende espressamente l'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 3, direttiva citata). Da tale quadro emerge una diversificazione delle cause di esclusione degli appalti dall'ambito di applicazione delle direttive. In particolare, nel "genus" esclusioni possono individuarsi almeno due tipologie, aventi una diversa "ratio", gli appalti "esenti" e gli appalti "estranei". Gli appalti "esenti" sono quelli in astratto rientranti nei settori di intervento delle direttive, ma che ne vengono esclusi per ragioni *latu sensu* di politica comunitaria, quali, ad es., gli appalti segreti, o i servizi di arbitrato e conciliazione, o acquisto o locazione di terreni e fabbricati, e le stesse concessioni di servizi. E' tale anche il caso degli appalti "sotto soglia" e degli appalti di servizi di cui all'allegato II B direttiva 2004/18/CE e XVII B direttiva 2004/17/CE. Quanto agli appalti "sotto soglia" è noto che la soglia è "mobile" e viene frequentemente aggiornata con regolamento comunitario avente efficacia diretta negli Stati membri; l'aggiornamento avviene verso "il basso" nel senso di ridurre progressivamente l'importo della soglia e specularmente estendere l'applicazione del diritto comunitario dei pubblici appalti. E' dunque chiaro che gli appalti "sotto soglia" rientrano negli scopi del diritto comunitario dei pubblici appalti, ma fruiscono di un regime di (temporanea) esenzione. Lo stesso è a dirsi per i citati appalti e concessioni di servizi, che rientrano negli scopi del diritto comunitario, ma fruiscono di un regime di parziale esenzione. Gli appalti "estranei" sono quelli esclusi perché sono del tutto al di fuori dei settori di intervento delle direttive o dello stesso ordinamento comunitario, quali gli appalti da eseguirsi al di fuori del territorio dell'Unione (art. 15, direttiva 2004/18/CE e art. 22, direttiva 2004/17/CE), o quali gli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali per fini diversi dall'esercizio delle attività nei settori speciali (art. 20, direttiva 2004/17/CE). Non sembra, allora, che il rispetto dei principi dei Trattati si imponga alle imprese pubbliche anche per appalti esclusi perché paiono estranei ai settori di intervento delle direttive e dell'Unione".
- 10) Cfr. anche D. GALLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I settori speciali*, in *Giornale di dir. amm.*, 2016, 4, 436 "Perché possa trovare applicazione la disciplina sui settori speciali, il contratto deve essere funzionale allo svolgimento di attività nel settore nel quale opera il soggetto gestore. Per quelli non funzionali, invece, la disciplina, in concreto applicabile è legata alla natura giuridica dell'ente aggiudicatore: qualora, questo, per le sue caratteristiche soggettive, non possa essere ricondotto nell'ambito di applicazione della disciplina generale sui settori tradizionali (vale a dire non sia riconducibile nella nozione di amministrazione aggiudicatrice), il contratto deve intendersi sottratto tout court all'applicazione della disciplina pubblicistica in materia (difetterebbero, infatti, sia l'elemento della strumentalità o funzionalità rispetto allo scopo istituzionale dell'ente aggiudicatore, il che esclude l'applicazione della



- disciplina in tema di settore speciale; sia quello soggettivo, necessario perché il soggetto possa essere ricondotto nell'ambito delle cd. amministrazioni aggiudicatrici e quindi assoggettato alla disciplina generale); qualora, invece, l'ente aggiudicatore sia un'amministrazione aggiudicatrice, dovrà trovare applicazione la disciplina generale (v. Ad. Plen. 1^o(gradi) agosto 2011, n. 16)".
- 11) Cfr., da ultimo, Cass. Sez. Un., ord. 29 dicembre 2016, n. 27465 "La circostanza che una società di diritto privato abbia volontariamente scelto di avvalersi, per il reclutamento del proprio personale, dei principi fissati dalla legge in materia di assunzioni da parte delle Pubbliche amministrazioni, non è di per sé idonea ad incardinare la relativa procedura nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo in materia concorsuale. (Nella specie, si trattava di selezione a posti a tempo indeterminato indetta da un'Associazione teatrale, persona giuridica privata che svolge la propria attività in ambito artistico-culturale e senza fini di lucro)"; Cass., Sez. Un., 20 marzo 2009 n. 6771; Cass., Sez. Un., 15 aprile 2005 n. 7800; Cass., Sez. Un., 20 novembre 2003 n. 17635; Cons. St., Sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2764; Cons. St., Sez. IV, 16 luglio 2007 n. 4012; Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2004 n. 7554.
- 12) Si veda, sul punto, D. GALLI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - I settori speciali*, in *Giornale di dir. amm.*, 2016, 4, 436 "Questa impostazione rende il perimetro delle norme applicabili non sempre agevolmente definibile. Un primo ordine di difficoltà è legato alla circostanza che, per le norme oggetto di specifico richiamo, la loro applicabilità ai settori speciali deve intendersi circoscritta nei soli limiti in cui ciò sia compatibile con le disposizioni specificatamente dettate per i settori speciali. Ad esempio, il richiamato art. 80 (Motivi di esclusione) previsto per i settori ordinari ed espressamente richiamato tra le norme riferibili anche ai settori speciali trova a questi ultimi applicazione parziale in virtù della limitazione contenuta all'art. 136 del nuovo Codice, che ne circoscrive la portata cogente alle sole amministrazioni aggiudicatrici e ne delinea in termini solo facoltativi la loro riferibilità anche ad imprese pubbliche e soggetti privati. Inoltre, le stesse disposizioni richiamate contengono talora limitazioni alla propria sfera di operatività, sì da escludere la loro portata vincolante per parte dei soggetti ricadenti nei settori speciali. È il caso, ad esempio, della disciplina in tema di responsabile del procedimento (art. 31), che lascia alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici la possibilità di "autorganizzarsi" per assicurare che i compiti attribuiti al responsabile del procedimento siano assolti. È anche il caso della disciplina in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti che - sulla carta - costituisce una delle novità di maggior rilievo della disciplina, che autolimita la propria sfera di vincolatività, escludendo gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici. Lo stesso è a dirsi per quanto attiene all'art. 77 che, in tema di commissioni giudicatrici prevede il ricorso ai componenti esterni, da scegliersi nell'ambito di una lista comunicata dall'Anac, non applicabile alle procedure rientranti nella disciplina sui settori speciali, di competenza di soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici. Ad accentuare ulteriormente i profili di complessità, vi sono poi previsioni, tradizionalmente riferite ai settori tradizionali e non richiamate tra quelle applicabili ai settori speciali, nelle quali, sembrerebbe "in via accidentale" e senza alcun nesso logico, viene fatto riferimento anche agli enti aggiudicatori (v. art. 113, in tema di incentivi alla progettazione). Infine, vi sono disposizioni che pure regolano istituti centrali nella disciplina sui contratti pubblici e che benché non siano state in alcun modo richiamate, devono ritenersi comunque applicabili (è il caso ad esempio, dell'art. 205, in tema di accordo bonario che fa riferimento ai contratti pubblici di competenza anche degli enti aggiudicatori, o dell'art. 207, in tema di transazione che fa riferimento in generale ai contratti pubblici)".
- 13) La determina a contrarre costituisce un **atto necessario e presupposto** del procedimento di affidamento; è un atto amministrativo di natura meramente interna ed a rilevanza programmatica e, normalmente, non appare lesivo delle posizioni giuridiche soggettive e, dunque, non può essere soggetto di autonoma impugnazione tranne che, come si vedrà parlando della motivazione della scelta della amministrazione rispetto alle diverse modalità di selezione del contraente, non determini uno sviamento della funzione tipica della procedura scelta e, conseguentemente, una lesione delle posizioni giuridiche soggettive. Cfr. anche F. Caringella, *Il sistema del diritto amministrativo*. 3. I nuovi contratti pubblici, cit., p. 32 "La determina a contrarre (...) è un atto gestionale ormai di competenza dirigenziale (di qui il cambio di denominazione rispetto alla vecchia 'delibera') e deve riportare i seguenti contenuti: (i) gli elementi essenziali del futuro contratto; (ii) i criteri di selezione del contraente (ossia le procedure di gara disciplinate dagli artt. 59 ss. del Nuovo codice); (iii) i criteri di selezione delle offerte (ossia la scelta tra uno dei due criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ex art. 94 del Nuovo codice)".
- 14) In senso difforme si veda, tuttavia, TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I 26 maggio 2014, n. 485, in motivazione, "Passando alla ulteriore censura circa la presupposta mancanza di determina a contrarre, trattasi di profilo non viziante che non può postulare -al contrario di quanto ipotizzato dalla ricorrente- l'invalidazione a valle dell'intera gara comunque espletata; ciò in quanto l'atto con cui l'amministrazione aggiudicatrice decreta o determina di contrarre ha natura endoprocedimentale, ex se inidonea a fondare in capo ai terzi posizioni di interesse qualificato; lo scopo di questi ultimi è infatti rintracciabile nella corretta assunzione di impegni di spesa nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, esaurendo gli effetti nell'ambito interno dell'amministrazione stessa (cfr., in termini, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 07.03.2012, n.1160)".
- 15) Cfr. art. 71 D.lgs. n. 50/2016 "Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 59, comma 5, secondo periodo, e 63, tutte le procedure di scelta del contraente sono indette mediante bandi di gara. Al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi. Essi contengono le informazioni di cui all'allegato XIV, Parte I, lettera C, e sono pubblicati conformemente all'articolo 72. Contengono altresì i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 34. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo".



- 16) Cfr. L. BERTONAZZI, *Bando di gara e procedura di scelta*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, 2014, 590-591 “Ammesso che l’inquadramento del bando nell’ambito delle categorie civilistiche rivesta una qualche utilità, si è in passato discusso sulla sua configurazione come offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) oppure come invito ad offrire. Se si optasse per la prima soluzione, il bando sarebbe una proposta contrattuale suscettibile di accettazione, dalla quale scaturirebbe l’immediata conclusione del contratto. Nella seconda opzione, invece, il bando è un atto prenegoziale diretto a provocare la proposta contrattuale da parte degli operatori economici che aspirano a divenire contraenti. A favore di quest’ultima tesi militano quattro ragioni: a) il bando non ha la completezza della proposta contrattuale, mancando anzitutto del prezzo, individuato soltanto con la scelta dell’offerta migliore; b) il bando non è revocabile ad nutum, ma soltanto in presenza dei presupposti tipizzati nell’art. 21 quinquies, legge n. 241/1990, diversamente dalla proposta contrattuale, che è liberamente revocabile sino a quando l’accettazione non sia giunta a conoscenza del proponente; c) le scansioni previste, nella fase terminale della procedura di affidamento, dagli artt. 11 e 12 del codice (cfr., in particolare, l’art. 11, comma 7, secondo cui ‘l’aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell’offerta’; d) l’art. 81, comma 3, del codice, che riserva alla stazione appaltante il potere, anche quando non previsto nel bando, di ‘non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto’”.
- 17) L. BERTONAZZI, *Bando di gara e procedura di scelta*, cit., 589 “In quanto atto amministrativo generale, il bando è esonerato: a) dal dovere di motivazione (art. 3, comma 2, L. n. 241/1990; b) dall’applicazione delle disposizioni sulla partecipazione al procedimento amministrativo, racchiuse nel Capo III della legge n. 241/1990 (...). Inoltre, l’attività diretta all’emanazione del bando, così come quella diretta in generale all’emanazione di atti amministrativi generali, esula dall’ambito di applicazione delle disposizioni sull’accesso ai documenti amministrativi, contenute nel Capo V della legge n. 241/1990 (...). In quanto atto amministrativo anziché normativo, il bando va interpretato in base alle regole sulla interpretazione dei contratti (art. 1362 c.c.) in quanto compatibili e non in base alle regole sulla interpretazione degli atti normativi (art. 12 Preleggi)”.
- 18) M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Il Mulino, 2013, 434 ss. “Il bando deve essere redatto secondo i modelli uniformati a livello europeo e deve contenere tutte le informazioni necessarie relative allo svolgimento della procedura (requisiti di idoneità tecnica e finanziaria richiesti alle imprese per la partecipazione, documentazione da produrre, termini, criteri di selezione, punteggi, ecc.) e all’oggetto del contratto. Ad esso è usualmente allegato uno schema di contratto, un capitolato tecnico e, nel caso di lavori pubblici, il progetto (a seconda del tipo di procedura, il progetto preliminare, definitivo o esecutivo). Le modalità di pubblicazione del bando sono oggetto di una disciplina particolareggiata volta a favorire la massima diffusione delle informazioni e assicurare termini minimi per la presentazione della domanda a favore delle imprese che intendano partecipare alla procedura”.
- 19) Cons. Stato, Sez. III, 2 settembre 2013, n. 4364.
- 20) V. M.L. CHIMENTI, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, cit., 242 “La volontà di non avvalersi della facoltà di ritirare l’offerta dopo la scadenza del termine previsto dalla legge di gara può essere esternata in modo espresso ma anche per facta concludentia, ad esempio, con la sottoscrizione del contratto. Resta comunque ferma la potestà della stazione appaltante di esigere una dichiarazione esplicita di conferma, per ovvie ragioni connesse al procedimento di gara. Ne consegue che, una volta scaduto il termine di efficacia posto dal bando o dalla legge, le offerte non possono automaticamente considerarsi inefficaci in assenza di una univoca manifestazione di volontà in tal senso da parte degli interessati. Pertanto, la circostanza che l’aggiudicazione sia intervenuta dopo la scadenza del termine di vincolatività delle offerte, anche in assenza di una esplicita conferma delle offerte stesse, non può considerarsi quale evento incidente sulla legittimità della procedura di gara”.
- 21) Cfr. R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 503 “Si è però sentito il bisogno, non necessario invero, di esplicitare nel novellato art. 120 c.p.a. che è inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione. La previsione, se non interpretata come inutile, va interpretata come illegittima, perché: la proposta di aggiudicazione non è immediatamente e autonomamente impugnabile, ma è pur sempre impugnabile unitamente all’aggiudicazione facendo valere, per quest’ultima, vizi di invalidità derivata. Perciò la previsione va letta come se dicesse che la proposta di aggiudicazione non è immediatamente e autonomamente impugnabile. Va da sé che negli artt. 120 ss. del c.p.a. ogni riferimento all’aggiudicazione definitiva deve intendersi fatto all’aggiudicazione tout court”.
- 22) Cfr. F. CARINGELLA, op. ult. cit., “Nonostante l’introduzione della nuova locuzione “proposta di aggiudicazione” in luogo della vecchia “aggiudicazione provvisoria” possa apparire rilevante ai soli fini definitivi, essa, a ben vedere, presuppone un’importante novità di carattere sostanziale. Infatti, il Nuovo codice sembra aver fatto proprie le posizioni dottrinarie e giurisprudenziali sviluppatesi attorno alla figura dell’aggiudicazione provvisoria (atto a ben vedere infraprocedimentale e non definitivo, ma considerato dalla giurisprudenza suscettibile di impugnazione facoltativa), in particolare, alla sua instabilità rispetto a quella definitiva. In questo senso, il Legislatore del 2016 ha positivamente, con ancora maggiore incisività rispetto al passato, la sua natura di atto meramente endoprocedimentale, ad effetti instabili e interinali, perciò stesso inadeguati a produrre la lesione definitiva della posizione del partecipante alla gara non aggiudicatario”.
- 23) Secondo la giurisprudenza, l’espletamento delle operazioni di verifica dei requisiti può essere compiuto nel periodo di *stand still* e ciò non vale ad inficiare l’efficacia della aggiudicazione definitiva dell’appalto, trattandosi di adempimento che condiziona l’efficacia della aggiudicazione ai soli fini della stipulazione del contratto; Cfr. TAR Liguria, Sez. II, 6 febbraio 2014, n. 220.

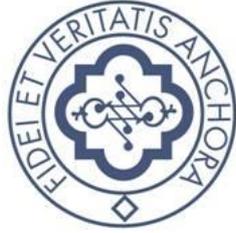


- 24) Cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. III, 29 novembre 2016, n. 5026 *"In via generale, la revoca dei provvedimenti amministrativi, disciplinata dall'art.21-quinquies della legge n.241 del 1990 (e introdotta dall'art.14 della legge n.15 del 2005), si configura come lo strumento dell'autotutela decisoria preordinato alla rimozione, con efficacia ex nunc (e, quindi, non retroattiva), di un atto ad efficacia durevole, in esito a una nuova (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico alla conservazione della sua efficacia. I presupposti del valido esercizio dello ius poenitendi sono definiti dall'art.21-quinquies (per come modificato dall'art.25, comma 1, lett. b-ter, d.l. n.133 del 2014) con formule lessicali (volutamente) generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici). Ora, ancorchè l'innovazione del 2014 abbia inteso accrescere la tutela del privato da un arbitrario e sproporzionato esercizio del potere di autotutela in questione (per mezzo dell'esclusione dei titoli abilitativi o attributivi di vantaggi economici dal catalogo di quelli revocabili in esito a una rinnovata valutazione dell'interesse pubblico originario), il potere di revoca resta connotato da un'ampia (e, forse, eccessiva) discrezionalità (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 6 maggio 2014, n.2311). A differenza del potere di annullamento d'ufficio, che postula l'illegittimità dell'atto rimosso d'ufficio, quello di revoca esige, infatti, solo una valutazione di opportunità, seppur ancorata alle condizioni legittimanti dettagliate all'art.21-quinquies l. cit. (e che, nondimeno, sono descritte con clausole di ampia latitudine semantica), sicchè il valido esercizio dello stesso resta, comunque, rimesso a un apprezzamento ampiamente discrezionale dell'Amministrazione procedente. La configurazione normativa del potere di autotutela in esame si presta, quindi, ad essere criticata, nella misura in cui omette un'adeguata considerazione e un'appropriata protezione delle esigenze, sempre più avvertite come ineludibili, connesse alla tutela del legittimo affidamento (qualificato come "principio fondamentale" dell'Unione Europea dalla stessa Corte di Giustizia UE) ingenerato nel privato danneggiato dalla revoca e all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici costituiti dall'atto originario, nonché, più in generale, alla stabilità dei provvedimenti amministrativi. E non vale, di per sé, la previsione della debenza di un indennizzo ai privati danneggiati dalla revoca a compensare gli squilibri regolativi sopra segnalati. Un'esegesi e un'applicazione della disposizione in esame che siano coerenti con i principi generali dell'ordinamento della tutela della buona fede, della lealtà nei rapporti tra privati e pubblica amministrazione e del buon andamento dell'azione amministrativa (che ne implica, a sua volta, l'imparzialità e la proporzionalità) impongono, allora, la lettura e l'attuazione della norma secondo i canoni stringenti di seguito enunciati: a) la revisione dell'assetto di interessi recato dall'atto originario dev'essere preceduta da un confronto procedimentale con il destinatario dell'atto che si intende revocare; b) non è sufficiente, per legittimare la revoca, un ripensamento tardivo e generico circa la convenienza dell'emanazione dell'atto originario; c) le ragioni addotte a sostegno della revoca devono rivelare la consistenza e l'intensità dell'interesse pubblico che si intende perseguire con il ritiro dell'atto originario; d) la motivazione della revoca dev'essere profonda e convincente, nell'esplicitare, non solo i contenuti della nuova valutazione dell'interesse pubblico, ma anche la sua prevalenza su quello del privato che aveva ricevuto vantaggi dal provvedimento originario a lui favorevole. (...)Così chiariti presupposti, contenuti e finalità dell'istituto della revoca, occorre declinarne i relativi principi nella fattispecie sostanziale delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Deve premettersi, in via generale, che, mentre la revoca resta impraticabile dopo la stipula del contratto d'appalto, dovendo utilizzarsi, in quella fase, il diverso strumento del recesso (come chiarito dall'Adunanza Plenaria con la decisione in data 29 giugno 2014, n.14), prima del perfezionamento del documento contrattuale, al contrario, l'aggiudicazione è pacificamente revocabile (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 13 aprile 2011, n.2291). Così riconosciuta, in astratto, la revocabilità dell'aggiudicazione (prima, si ripete, della stipulazione del contratto), occorre precisare che la peculiarità della regolazione della funzione considerata (l'amministrazione di procedure di aggiudicazione di appalti pubblici) impone di definire le condizioni del valido esercizio della potestà di autotutela in questione secondo parametri ancora più stringenti. A fronte, infatti, della nota strutturazione procedimentale della scelta del contraente, la definizione regolare della procedura mediante la selezione di un'offerta (giudicata migliore) conforme alle esigenze della stazione appaltante (per come cristallizzate nella lex specialis) consolida in capo all'impresa aggiudicataria una posizione particolarmente qualificata ed impone, quindi, all'Amministrazione, nell'esercizio del potere di revoca, l'onere di una ponderazione particolarmente rigorosa di tutti gli interessi coinvolti. Il ritiro di un'aggiudicazione legittima postula, in particolare, la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico (o una rinnovata valutazione di quelle originarie) particolarmente consistenti e preminenti sulle esigenze di tutela del legittimo affidamento ingenerato nell'impresa che ha diligentemente partecipato alla gara, rispettandone le regole e organizzandosi in modo da vincerla, ed esige, quindi, una motivazione particolarmente convincente circa i contenuti e l'esito della necessaria valutazione comparativa dei predetti interessi (cfr. Cons. St., sez. V, 19 maggio 2016, n.2095). Resta da chiarire che i canoni di condotta appena precisati restano validi anche per le procedure di aggiudicazione soggette alla disciplina del d.lgs. n.50 del 2016, nella misura in cui il paradigma legale di riferimento resta, anche per queste ultime, l'art.21-quinquies l. n.241 del 1990, e non anche la disciplina speciale dei contratti, che si occupa, infatti, di regolare il recesso e la risoluzione del contratto, e non anche la revoca dell'aggiudicazione degli appalti (ma solo delle concessioni). 4.4- Così precisate le coordinate valutative alla cui stregua dev'essere formulato il giudizio di legittimità della revoca controversa, occorre, ancora, chiarire che, quando si appunta sulle caratteristiche dell'oggetto dell'appalto (come nel caso in esame), il ripensamento dell'Amministrazione, per legittimare il provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione, deve fondarsi sulla sicura verifica dell'inidoneità della prestazione descritta nella lex specialis a soddisfare le esigenze contrattuali che hanno determinato l'avvio della procedura. Premesso, infatti, che le Amministrazioni pubbliche devono preliminarmente verificare le proprie esigenze, poi definire, coerentemente con gli esiti dell'anzidetta analisi, gli elementi essenziali del contratto e, solo successivamente, indire una procedura di affidamento avente ad oggetto la prestazione già individuata come necessaria (Cons. St.,*



sez V, 11 maggio 2009, n.2882), appare chiaro che l'aggiudicazione della gara a un'impresa che ha diligentemente confezionato la sua offerta in conformità alle prescrizioni della *lex specialis* può essere validamente rimossa, con lo strumento della revoca, solo nell'ipotesi eccezionale in cui una rinnovata (e, comunque, tardiva) istruttoria ha rivelato l'assoluta inidoneità della prestazione inizialmente richiesta dalla stessa Amministrazione (e, quindi, dovuta dall'aggiudicatario) a soddisfare i bisogni per i quali si era determinata a contrarre. Al contrario, non può in alcun modo giudicarsi idoneo a giustificare la revoca un ripensamento circa il grado di soddisfazione della prestazione messa a gara. Se si ammettesse, infatti, la revocabilità delle aggiudicazioni sulla sola base di un differente e sopravvenuto apprezzamento della misura dell'efficacia dell'obbligazione dedotta a base della procedura, si finirebbe, inammissibilmente, per consentire l'indebita alterazione delle regole di imparzialità e di trasparenza che devono presidiare la corretta amministrazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, con inaccettabile sacrificio dell'affidamento ingenerato nelle imprese concorrenti circa la serietà e la stabilità della gara, ma anche con un rischio concreto di inquinamento e di sviamento dell'operato delle stazioni appaltanti".

- 25) Cfr. F. CARINGELLA, *Il sistema del diritto amministrativo*, cit., 58 "Deve essere precisato che – per rendere operativo il secondo stand still, c.d. processuale – qualora la stazione appaltante fruisca del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso introduttivo del giudizio deve essere notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data anteriore alla notifica presso l'Avvocatura (art. 120, comma 4, c.p.a.)".
- 26) I decreti di approvazione dei contratti delle amministrazioni statali sono sottoposti ad ulteriori controlli da parte di organi diversi dall'amministrazione procedente: in particolare, devono essere trasmessi alla RGS e alla Corte dei Conti (nei casi previsti dalla legge) per gli adempimenti di rispettiva competenza. La Ragioneria generale dello Stato verifica la legalità dei provvedimenti di spesa e determina la registrazione degli impegni di spesa risultanti dai provvedimenti assunti dagli uffici amministrativi mentre la Corte dei conti opera il controllo preventivo di legittimità e, quindi, di rispetto della norma giuridica. Tale controllo ha per oggetto: - tutti i decreti che approvano contratti attivi delle amministrazioni statali, quale che sia l'importo; per i decreti che approvano contratti passivi delle amministrazioni dello Stato, occorre distinguere: per gli appalti di lavori, il controllo è limitato a quello di valore superiore alla soglia comunitaria; per gli appalti di forniture e servizi, il controllo riguarda solo quelli superiori ad 1/10 della predetta soglia comunitaria. Il controllo della Corte di conti si conclude con l'apposizione sugli atti del visto e con la registrazione degli stessi.
- 27) E. ROBALDO, *La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo codice*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 7, 749, "Le modalità di esecuzione da parte di un soggetto privato di opere di urbanizzazione a scomputo costituiscono argomento di dibattito in dottrina a partire dalla pronuncia della Corte di Giustizia delle (allora) Comunità Europee del 12 luglio 2001. Con la citata sentenza fu affermato che la direttiva comunitaria sugli appalti pubblici di lavori (Dir. 93/37/CEE) osta ad una normativa nazionale in materia urbanistica che consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia di rilevanza comunitaria. A seguito della citata pronuncia si sono succeduti interventi normativi che hanno disciplinato in maniera parzialmente diversa l'affidamento di tali lavori, distinguendo talvolta tra opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria".
- 28) Secondo l'art. 16, comma 7, D.P.R. n. 380/2001, gli oneri di urbanizzazione primaria sono relativi ai seguenti interventi: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione, spazi di verde attrezzato. Si veda anche E. ROBALDO, *La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo codice*, cit. 749 "L'eccezione al regime di affidamento mediante gara operata dal legislatore per le opere di urbanizzazione primaria è stata motivata da finalità di tipo economico, connesse all'intento di favorire un nuovo impulso al settore dell'edilizia privata, ed è stata comunque limitata con l'espresso riferimento al concetto di funzionalità delle stesse all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio. **Proprio il concetto di opere funzionali costituisce l'elemento caratteristico della disciplina eccezionale e ha consentito di individuare talune fattispecie di opere primarie per le quali non opera tale regime derogatorio (ad esempio, impianto di illuminazione di un parco pubblico)**".
- 29) Secondo l'art. 16, comma 2 bis, D.P.R. n. 380/2001, infatti, "Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".
- 30) Cfr. E. ROBALDO, *La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo codice*, cit., "Rispetto al testo della lettera g) dell'art. 32 del codice previgente, viene inserito il riferimento ad altri tipi di titoli abilitativi oltre al permesso di costruire, con l'intento di adeguare la normativa dei contratti pubblici alle nuove forme di abilitazione all'esercizio di attività edilizia, quali le dichiarazioni di inizio attività e le segnalazioni certificate di inizio attività, forme introdotte recentemente nella normativa edilizia e che potrebbero essere utilizzate dall'operatore nell'ambito di interventi compresi in piani urbanistici attuativi. Lo scrupolo del legislatore è stato quello di evitare che si ponesse il dubbio circa l'applicabilità delle norme del nuovo codice alle opere di urbanizzazione eseguite da un operatore che utilizzi titoli abilitativi diversi dal permesso di costruire. Altra differenza rispetto al



codice precedente è costituita dal riferimento espresso agli interventi di realizzazione di opere di urbanizzazione eseguiti in regime di convenzione”.

- 31)** Cfr. E. ROBALDO, *La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo codice*, cit., “L'operatore privato che esegue in via diretta opere di urbanizzazione, primaria o secondaria, di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, scomputando il relativo valore dal contributo previsto per il permesso di costruire oppure in esecuzione di obbligo assunto in una convenzione urbanistica, è tenuto ad osservare le norme del nuovo codice sulle modalità di affidamento, ad eccezione delle norme sulla programmazione, sugli avvisi di preinformazione e sugli incentivi previsti in caso di progettazione interna. Il nuovo codice, come già accadeva nel regime previgente, individua il soggetto esecutore di opere a scomputo quale destinatario della normativa sulle gare pubbliche, come avviene per altri soggetti privati individuati al comma 2 dell'art. 1. Per quanto riguarda la fase di esecuzione del contratto, l'operatore non è vincolato al rispetto delle previsioni del Titolo V, ad eccezione delle norme che disciplinano il collaudo (art. 102), potendo pertanto applicare la disciplina civilistica del contratto di appalto. In alternativa, è consentito l'esercizio da parte della amministrazione delle funzioni di stazione appaltante. Il secondo periodo della lettera e), infatti, riproduce la soluzione, già prevista nel precedente, di far esperire la procedura di selezione da parte dell'amministrazione che rilascia il titolo abilitativo edilizio. La procedura sarà aperta o ristretta e verrà affidata sulla base del progetto di fattibilità redatto a cura del privato e da questi fornito all'amministrazione. In fase di gara i concorrenti dovranno presentare il progetto definitivo e il contratto avrà eccezionalmente(22) ad oggetto la progettazione esecutiva e i lavori. Si noti peraltro che, trattandosi di affidamento all'amministrazione della sola funzione di stazione appaltante, il contratto di appalto verrà comunque stipulato tra l'impresa aggiudicataria e l'operatore privato”
- 32)** E. ROBALDO, “La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo codice, cit., “Una notazione conclusiva deve essere svolta sul regime transitorio di applicazione della nuova disciplina, in mancanza di specifiche previsioni che stabiliscano quali interventi edili debbano assoggettarsi alle previsioni del nuovo codice. Al riguardo, si deve ritenere che, come avvenuto per le precedenti modifiche che hanno riguardato il precedente codice dei contratti pubblici, occorra far riferimento ai principi generali in materia di successione delle leggi nel tempo e alla natura del rapporto che sorge tra operatore privato e amministrazione all'atto dello scomputo o, meglio, della stipula della convenzione urbanistica. La natura negoziale di tale rapporto non può esser negata, per le stesse ragioni che hanno portato i giudici comunitari ad affermare la necessità di applicare procedure di evidenza pubblica. Nella già citata sentenza della Corte di Giustizia del 12 luglio 2001 si sostiene che l'obbligo di realizzare direttamente le opere di urbanizzazione è assunto dal privato nell'ambito di un rapporto di natura contrattuale, nel quale la controprestazione dell'amministrazione va individuata nella rinuncia a pretendere il pagamento dell'importo dovuto a titolo di contributo per gli oneri di urbanizzazione. Dal momento che, per giurisprudenza consolidata e risalente(27), in caso di successione di leggi nel tempo, un rapporto di natura negoziale è regolato dalle disposizioni vigenti al momento della sua conclusione, si deve ritenere che la disciplina del nuovo codice troverà applicazione agli interventi di realizzazione delle opere di urbanizzazione per i quali l'accordo tra operatore e amministrazione sia stato stipulato dopo il 20 aprile 2016”.
- 33)** Cfr. anche R. DE NICTOLS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb app.*, 2016, 5, 503 “Le soglie sono, anzitutto e come di consueto, quelle comunitarie, che determinano l'applicazione delle direttive comunitarie e del diritto nazionale che costituisce loro recepimento. Le soglie comunitarie sono indicate nell'art. 35, che indica anche i metodi di calcolo del valore stimato degli appalti. Le soglie vengono sempre espresse in termini di “importo pari o superiore a”, laddove il sotto soglia va inteso in termini di “importo inferiore a”. Su tale terminologia il parere del Consiglio di Stato si è soffermato in relazione a molti articoli, che non sempre la rispettavano ingenerando confusione interpretativa. Altre soglie sono stabilite autonomamente dal legislatore nazionale a svariati fini; a titolo di esempio e senza pretesa di esaustività: - sono lavori complessi quelli che superano la soglia di €(euro) 15 milioni (art. 3, lett. oo); - soglie di €(euro) venti milioni e €(euro) un milione sono fissate ai fini di individuare le competenze ad effettuare le verifiche dei progetti (art. 26); - la soglia di €(euro) 40.000 è il limite degli affidamenti diretti (artt. 31 e 36), nonché della non necessità di qualificazione per le stazioni appaltanti per affidare servizi o forniture (art. 37) e della possibilità di affidare con il criterio del prezzo più basso i servizi di ingegneria, architettura e natura tecnica (art. 95); - le soglie di €(euro) 150.000 e €(euro) 1 milione rilevano, per i lavori, ai fini delle procedure semplificate di affidamento (art. 36); - la soglia di 150.000, per i lavori, rileva come limite al di sotto del quale non occorre la qualificazione SOA, e come limite entro cui le stazioni appaltanti possono fare gare senza essere qualificate; - la soglia di €(euro) 100 milioni è uno dei presupposti della garanzia di esecuzione di lavori di particolare valore (ex garanzia globale di esecuzione) (art. 104); - la soglia di €(euro) 200.000 è il limite per gli affidamenti diretti di somma urgenza (art. 163)”.
- 34)** Cfr. ANAC - Linee Guida n. 4 “Procedure per l'affidamento di contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016.
- 35)** Cfr. M. BENEVENTI, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, Nel diritto ed., 2016, 337 “La precisazione relativa alla possibilità di partecipare per gli enti privi di personalità giuridica è coerente con le prescrizioni delle nuove direttive appalti e più in generale con il principio secondo il quale non sono ammesse discriminazioni tra gli operatori economici, in relazione alla forma giuridica rivestita. Tale assunto ‘sostanzialista’, che informa la disciplina comunitaria in materia di appalti, guarda alla circostanza che i soggetti in questione offrano lavori, servizi o forniture e si disinteressa della qualificazione formale di tali soggetti”.



- 36) Cfr. considerando 14 direttiva 2014/24 “È opportuno precisare che la nozione di «operatori economici» dovrebbe essere interpretata in senso ampio, in modo da comprendere qualunque persona e/o ente che offre sul mercato la realizzazione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, a prescindere dalla forma giuridica nel quadro della quale ha scelto di operare. Pertanto imprese, succursali, filiali, partenariati, società cooperative, società a responsabilità limitata, università pubbliche o private e altre forme di enti diverse dalle persone fisiche dovrebbero rientrare nella nozione di operatore economico, indipendentemente dal fatto che siano «persone giuridiche» o meno in ogni circostanza”.
- 37) Non è stata riprodotta, nel testo del decreto correttivo, la modifica all'art. 46, comma 1, lett. f) che trovava applicazione ai consorzi contemplati da tale lettera, cioè ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura. Per tali consorzi, la disposizione in esame prevedeva che, ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria, essi si qualificassero, per la dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi, attraverso i requisiti delle società consorziate. Tale disposizione riproduceva quanto disposto dal primo periodo del comma 1 dell'art. 256 del regolamento di cui al D.P.R. 207/2010 che, in virtù dell'art. 216, comma 5, del Codice, aveva trovato applicazione – nelle more dell'emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti previsto dall'art. 24, comma 2, e volto a definire i requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria – fino al febbraio scorso. Nella G.U. n. 36 del 13 febbraio 2017 è stato infatti pubblicato il D.M. infrastrutture e trasporti 2 dicembre 2016, n. 263, intitolato “Regolamento recante definizione dei requisiti che devono possedere gli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria e individuazione dei criteri per garantire la presenza di giovani professionisti, in forma singola o associata, nei gruppi concorrenti ai bandi relativi a incarichi di progettazione, concorsi di progettazione e di idee, ai sensi dell'articolo 24, commi 2 e 5 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50”. La lettera b) stabilisce altresì che ai medesimi consorzi non si applicano le disposizioni dell'art. 47, relative alla determinazione dei requisiti per la partecipazione dei consorzi alle gare
- 38) Si veda M. STOLFI, *op. cit.*, 630 “l'appalto presuppone l'esistenza di una organizzazione ad impresa dell'appaltatore, la quale pone in secondo piano la prestazione di lavoro di quest'ultimo. Il risultato contrattuale si consegue cioè attraverso l'organizzazione dei mezzi necessari al compimento dell'opera o del servizio, che l'appaltatore cura e gestisce a proprio rischio. L'appalto assume, pertanto, di solito le caratteristiche del contratto di impresa. Si avverta però che per aversi appalto è necessaria soltanto l'organizzazione ad impresa dell'appaltatore, ma non è anche indispensabile che all'assuntore spetti la qualifica di imprenditore in senso tecnico (art. 2082 c.c.). La disciplina giuridica dell'appalto si applica, infatti, anche nel caso in cui l'organizzazione di mezzi (capitali, mano d'opera, impianti, ecc.) è predisposta per l'esecuzione di un contratto di appalto assunto solo occasionalmente. Ora, è evidente che in tale ipotesi non è possibile, di regola, attribuire la qualifica di imprenditore all'appaltatore, perché questi non esercita in forma professionale la sua attività”.
- 39) Sulla precedente disciplina cfr. A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *op. cit.*, 348-349: “Nel diritto privato non è necessario che l'appaltatore sia un imprenditore e, cioè, non è richiesto che egli eserciti professionalmente la relativa attività. A sua volta, nemmeno nell'ambito della disciplina concernente l'esecuzione dei lavori pubblici è contemplata una prescrizione espressa in tal senso. Tuttavia, già l'iscrizione nell'albo nazionale dei costruttori prescritta dalla l. 10 febbraio 1962 n. 57, richiedendo l'estremo della professionalità della funzione, determinava l'acquisizione della veste di imprenditore in senso tecnico. E poiché l'attività rientra ontologicamente tra quelle che vanno qualificate di natura commerciale (art. 2195 c.c.), ne derivava che l'appaltatore iscritto assumeva non solo la qualifica di imprenditore ma anche quella di imprenditore commerciale, ad ogni effetto”
- 40) Cfr. TAR Lecce, Sez. III, 29 luglio 2011, n. 1467 “L'art. art. 34, lett. a), d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, nella parte in cui non consente alle società semplici la partecipazione alle gare indette per l'affidamento di appalti pubblici, ma la riserva a quelle commerciali, non contrasta con il diritto comunitario atteso che questo, pur affermando il principio di libertà di forma del concorrente, non inibisce agli Stati membri di regolare la capacità giuridica dei soggetti diversi dalle persone fisiche e di vietare a determinate categorie di persone giuridiche di offrire lavori, beni o servizi sul mercato; ma non contrasta neppure con il diritto nazionale, in ragione della limitata responsabilità che la società semplice assume nei confronti dei soggetti terzi”.
- 41) Sulle società di fatto o irregolari si veda A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *op. cit.*, 311 “L'ordinamento ha tradizionalmente sempre imposto che, per concorrere ad appalti di oo.pp., le società commerciali devono essere regolarmente costituite (art. 5 del d.l. 6 febbraio 1919, n. 107; art. 6 del r.d. 8 febbraio 1923, n. 422). La legge istitutiva dell'albo nazionale dei costruttori non faceva cenno delle società di fatto o irregolari, onde se ne riteneva non ammissibile l'iscrizione all'albo stesso. Donde la conferma che doveva considerarsi preclusa alle società di fatto o irregolari la possibilità di rendersi appaltatrici di oo.pp. In tal caso poteva essere iscritto all'albo un singolo socio come impresa individuale e in questa qualità rendersi appaltatore nei confronti della p.a.. Nel quadro della riforma del 1994, il medesimo principio, seppure non espressamente posto, emerge tuttavia dalla norma (art. 17, co. 1, lett. f) del d.P.R. n. 34 del 2000 che comprende tra i requisiti di ordine generale l'iscrizione al registro delle imprese presso le competenti camere di commercio, iscrizione che per le società ne suppone e ne perfeziona la regolare costituzione (art. 8 della l. 29 dicembre 1993, n. 580; art. 7 del d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581)”.
- 42) Anche sulla base di tale osservazione, è stato sostenuto il carattere non tassativo dell'elenco di cui all' art. 34 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, ammettendo alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica anche le fondazioni in quanto in possesso dei requisiti



richiesti dalle disposizioni vigenti in materia per essere qualificati imprenditori, fornitori o prestatori di un servizio, considerato che le stesse hanno personalità giuridica e capacità di esercitare anche l'attività di impresa. (Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

- 43) Appare, ormai, pacifica la assenza di tassatività nella elencazione dei soggetti ammessi a partecipare alle gare di appalto; Cfr., da ultimo, TAR Lazio, Sez. III, 14 gennaio 2015, n. 539 *“Gli enti pubblici sono legittimati a partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, stante il carattere aperto ed esemplificativo dell'elencazione di cui all'art. 34 del d.lg. n. 163/2006 dei soggetti ammessi a partecipare alle gare pubbliche e l'assenza di norme generali di divieto nei confronti degli stessi. L'unico limite all'ammissibilità delle offerte di soggetti pubblici non imprenditori può semmai derivare, eventualmente, da clausole statutarie auto-limitative ovvero dallo statuto giuridico proprio di quel tipo di ente (sia esso pubblico o privato) sulla base delle normativa nazionale di riferimento: sarà cioè necessario effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state costituite”*.
- 44) Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2013, n. 2563 *“Quanto al primo profilo di censura, si rileva che appare legittima l'indicazione in sede di gara, da parte del Consorzio stabile Romeo, del fatturato minimo richiesto attraverso la sommatoria dei fatturati specifici delle imprese consorziate designate quali esecutrici dei servizi, in quanto, già nella disciplina previgente l'entrata in vigore dell'art. 277, comma 3, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, dal combinato disposto degli artt. 35 e 36, comma 7, prima proposizione (“Il consorzio stabile si qualifica sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”), d.lgs. n. 163 del 2006, in materia di qualificazione del consorzio stabile nel settore dei servizi e delle forniture, doveva ritenersi operativo il criterio del c.d. cumulo alla rinfusa, in capo al consorzio stabile, dei requisiti dei consorziati, attesa le peculiarità, strutturali e funzionali, del consorzio stabile, delineate dalle altre disposizioni contenute nell'art. 36 d.lgs. n. 263/2006, rispondenti alla ratio normativa di dare maggiori possibilità di sviluppo alle imprese sprovviste di sufficienti requisiti per accedere a determinate gare (rispetto a quanto sia già consentito con lo strumento delle a.t.i.), attraverso l'accrescimento delle facoltà operative, ottenibile non imponendo al consorzio di avere i requisiti in proprio, soprattutto nella fase iniziale dell'attività, né prescrivendo quote minime in capo alle consorziate portatrici dei requisiti, anche perché, altrimenti, si riprodurrebbe inutilmente il modulo organizzativo delle a.t.i., già, peraltro, replicato con l'aggregazione cui dà luogo il consorzio ordinario. In tale ottica, la disposizione sulle attrezzature, mezzi d'opera e organico contenuta nell'art. 35 d.lgs. n. 263/2006 - che testualmente statuisce: “I requisiti di idoneità tecnica e finanziari per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c) (tra cui, appunto i consorzi stabili; n.d.e.), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per i requisiti relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese” - non può essere interpretata restrittivamente argomentando a contrariis, ma deve essere interpretata in modo estensivo, nel senso che essa sancisce l'applicazione, in ogni caso e in qualsiasi periodo di vita del consorzio stabile, del criterio del cumulo alla rinfusa per i requisiti da essa specificamente menzionati, e dunque non contraddice, in un'ottica d'interpretazione sistematica, la sopra richiamata, prima proposizione normativa contenuta nel comma 7 dell'art. 36, affermativa del principio del cumulo dei requisiti. Inoltre, sul piano dell'interpretazione letterale, la locuzione “posseduti e comprovati dagli stessi” è suscettibile di essere interpretata come meramente ricognitiva della facoltà, in capo al consorzio stabile, di decidere come provare il possesso dei requisiti, se, cioè, con attribuzioni proprie e dirette del consorzio, oppure con quelle dei consorziati. Tale approccio interpretativo s'impone sulla base del rilievo, di natura sistematica, che il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49 d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente”; Cons. St., III, 19.11.2014 n. 5689; Tar Campania – Salerno, I, 25.5.2016 n. 1296; Tar Veneto, I, 8.4.2016 n. 362; Id., 12.2.2016 n. 138.*
- 45) Cons. Stato, Sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4703 *“La connotazione di consorzio stabile comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva, che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate, con la conseguenza che ai fini della verifica dei requisiti di qualificazione, atti a comprovare la capacità tecnica e la solidità generale, il consorzio può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate e usufruirne in proprio”*. Occorre inoltre ricordare quanto osservato dall'ANAC nel parere n. 104 del 9 dicembre 2014 sulla disciplina allora vigente sui consorzi stabili. In tale parere l'ANAC richiama le argomentazioni svolte dal Consiglio di Stato (sez. VI), nella sentenza n. 2563/2013, ove si legge che «la disposizione sulle attrezzature, mezzi d'opera e organico contenuta nell'art. 35 d.lgs. n. 263/2006 (...) non può essere interpretata restrittivamente argomentando a contrariis, ma deve essere interpretata in modo estensivo, nel senso che essa sancisce l'applicazione, in ogni caso e in qualsiasi periodo di vita del consorzio stabile, del criterio del cumulo alla rinfusa per i requisiti da essa specificamente menzionati (...). Inoltre, sul piano dell'interpretazione letterale, la locuzione “posseduti e comprovati dagli stessi” è suscettibile di essere interpretata come meramente ricognitiva della facoltà, in capo al consorzio stabile, di decidere come provare il possesso dei requisiti, se, cioè, con attribuzioni proprie e dirette del consorzio, oppure con quelle dei consorziati. Tale approccio interpretativo s'impone sulla base del rilievo, di natura sistematica, che il modulo del consorzio stabile, quale delineato dagli artt. 34 e 36 d.lgs. n. 163 del 2006, concretizza un'impresa operativa che fa leva sulla causa mutualistica e realizza, nella sostanza, una



particolare forma di avvalimento che poggia direttamente sul patto consortile e sulla causa mutualistica. Tali connotati del modulo organizzativo e gestionale in esame consentono al consorzio di avvalersi di qualsiasi contributo (in termini di requisito) dei consorziati, senza dover ricorrere allo strumento dell'avvalimento ex art. 49, d.lgs. n. 163/2006, fermo restando che, in alternativa, il consorzio può qualificarsi con requisiti posseduti in proprio e direttamente».

- 46)** Cfr. Cons. Stato, parere n. 782/2017 *“Ora non è chiaro se si sia inteso superare tale giurisprudenza, e affermare che il consorzio, dopo i primi cinque anni, può utilizzare i requisiti dei consorziati solo mediante avvalimento. Peraltro, nella relazione illustrativa si dà una lettura della disposizione che non sembra cogliersi dalla sua lettera: si legge infatti nella relazione: “allo scopo di evitare che sia messa a disposizione di terzi la somma dei requisiti dei singoli consorziati, ossia che altri possano usufruire della qualificazione riservata ai consorzi stabili, è previsto che, solo nel caso in cui il consorzio stabile si qualifichi con requisiti propri, questi possa divenire impresa ausiliaria”. Non sembra che tale sia il significato della norma, laddove l'avvalimento sembra riferirsi non ai requisiti maturati in proprio dal consorzio, ma a quelli dei singoli consorziati. Non essendo chiare le finalità perseguite dalla novella, che non si evincono dalla relazione illustrativa, in modo univoco e coerente con il testo di legge, si invita il Governo a chiarire il significato della norma, ovvero ad accogliere una soluzione in linea con quella elaborata dalla giurisprudenza e che prescinde dalla distinzione tra primi cinque anni di vita del consorzio e periodo successivo. Si potrebbe, a titolo esemplificativo, formulare la previsione come segue: “Tali consorzi, al fine della qualificazione, possono utilizzare sia i requisiti di qualificazione maturati in proprio, sia quelli posseduti dalle singole imprese consorziate designate per l'esecuzione delle prestazioni, sia, mediante avvalimento, quelli delle singole imprese consorziate non designate per l'esecuzione del contratto. Con le linee guida dell'ANAC di cui all'articolo 84, comma 2, vengono stabiliti, ai fini della qualificazione, i criteri per l'imputazione delle prestazioni eseguite al consorzio o ai singoli consorziati che eseguono le prestazioni.”*
- 47)** L'art. 48, co. 7 del D.lgs. n. 50/2016, dispone che *“E' fatto divieto ai concorrenti di partecipare alla gara in più di un raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario di concorrenti, ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti. I consorzi di cui all'articolo 45, comma 2, lettere b) e c), sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorzio; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale”*.
- 48)** Cons. St., sez. V, 24 marzo 2006 n. 1529, in *Giurisdiz. amm.*, 2006, 425 ss.: *“all'art. 13 co. 4 ad avviso della Sezione, va data una diversa interpretazione. La disposizione, che è inserita in una norma diretta a disciplinare le “riunioni di imprese” deve essere letta per intero. Stabilisce, infatti, la prima parte del co. 4 che: ‘è fatto divieto di partecipare alla gara in più di un'associazione temporanea o consorzio di cui all'art. 10 co. 1, lett. d) ed e) ovvero di partecipare alla gara anche in forma individuale qualora abbia partecipato alla gara medesima in associazione o consorzio’. Tale parte della norma pone il divieto per le imprese di partecipare ad una medesima gara in più di una struttura plurisoggettiva occasionale, quale un'associazione temporanea di imprese, un consorzio di concorrenti ovvero una riunione di imprese che abbiano stipulato un contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE). La disposizione, poi (con formula che sostanzialmente ricalca quella contenuta nell'art. 12 co. 5 per le imprese facenti parte di un consorzio stabile), interdice la partecipazione ad una medesima gara delle imprese che già vi partecipano in una delle strutture plurime da essa indicate. L'art. 13 co. 4 in prosieguo, aggiunge al divieto generalizzato già stabilito dall'art. 12 co. 5 per tutte le imprese consorziate di prendere parte alla medesima gara alla quale già partecipa il consorzio del quale fa parte (...), il divieto specifico, per le imprese indicate come esecutrici dei lavori, di partecipare alla medesima gara in un'altra struttura plurisoggettiva. La disposizione, infatti, dopo avere prescritto che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare per quali consorziati il consorzio concorre (...) specifica, per i consorziati, tale ulteriore divieto (...). La espressione ‘in qualsiasi altra forma’ vale ad evitare che l'impresa indicata quale esecutrice dei lavori, per la quale già vige il divieto di partecipazione alla medesima gara alla quale già partecipa il consorzio di cui fa parte come impresa singola, possa intervenire alla gara in altra formazione associativa (‘in qualsiasi altra forma’). Le disposizioni fin qui esaminate, in sostanza, nonostante la loro formulazione non sia propriamente perspicua, hanno voluto stabilire che un'impresa consorzata non può mai partecipare ad una gara nella quale concorra anche in consorzio stabile del quale fa parte né in forma singola né in forma associata. Il legislatore, sulla scia dei divieti di partecipazione congiunta ad una medesima gara di imprese tra loro collegate, formalmente o solo sostanzialmente, ha inteso evitare, con la normativa contenuta negli artt. 12 co. 5 e 13 co. 4 la partecipazione di imprese collegate occasionalmente o, come è il caso dei consorzi stabili, addirittura unite tra loro al punto da dar vita ad un'unica struttura imprenditoriale”*.
- 49)** Così TAR Puglia, Lecce, sez. II, 26 giugno 2003 n. 4476.
- 50)** TAR Puglia, Lecce, sez. II, 26 giugno 2003 n. 4476: *“La norma riguarda letteralmente i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti ai sensi della l. n. 422 del 1909, i consorzi fra imprese artigiane di cui alla l. n. 443 del 1985 ed i consorzi stabili, cioè realtà giuridiche che per espressa previsione normativa (i consorzi stabili) o per la configurazione assunta nella realtà economica (i consorzi di cooperative di produzione e lavoro) hanno una struttura comune di impresa e costituiscono un centro di imputazione di interessi formalmente e sostanzialmente autonomo, istituzionalmente in grado di partecipare agli appalti pubblici e di eseguire in proprio i lavori. La norma in esame non può quindi essere intesa nel senso che i consorzi in questione debbono indicare, in sede di offerta, per quali consorziati concorrono, in quanto l'ipotesi normale è che questi consorzi partecipino alla gara al fine di eseguire in proprio i lavori; deve essere invece intesa nel senso che faculta i consorzi citati ad indicare per quali consorziati concorrono, ove non*



intendano eseguire direttamente i lavori; in tal caso solo ai soggetti indicati è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma alla medesima gara; per converso i consorziati non indicati dal consorzio partecipante alla gara come esecutori dei lavori potranno partecipare alla gara individualmente (è questo il quesito da risolvere nella specie) o nelle maniere consentite dall'art. 12 co. 5, terzo terzo della l. n. 109 del 1994, così come modificato dall'art. 7 co. 1 della l. n. 166 del 2002".

- 51) Cfr. Parere AVCP, 30 luglio 2013, n. 7 "Come è noto, il consorzio stabile - introdotto originariamente dalla l. 109/94 e poi recepito nel Codice dei contratti pubblici - si distingue dai Raggruppamenti Temporanei di Imprese per il fatto di istituire una struttura stabilmente dedicata alla partecipazione agli appalti pubblici. Afferma la giurisprudenza che il consorzio stabile "costituisce un nuovo e peculiare soggetto giuridico, proiettato da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale e da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiara di concorrere" (TAR Lazio, Roma, sez. III, 9 agosto 2006, n. 7115). Esso è una figura che prevede la possibilità di costituire strutture aggregative stabili, dotate di soggettività giuridica e autonoma qualificazione e abilitate alla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione dei lavori pubblici e l'esecuzione degli stessi (Determinazione 9 giugno 2004, n. 11). Posta questa differenza, occorre conseguentemente riconoscere che "il consorzio stabile ex art. 36 del D.lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli Appalti) è un soggetto che si connota per la creazione a priori di una struttura unificata tra le imprese consorziate che in tal modo si aggregano e, ferma restando l'autonomia soggettiva di queste ultime, postula un legame associativo tra loro ben più stretto che in ogni altra forma di collegamento prevista dalla legge. Il consorzio stabile, quale forma intermedia tra le associazioni temporanee di imprese e la concentrazione delle stesse, ha la capacità di assumere in proprio le obbligazioni dedotte in appalto e non è assimilabile alla comune categoria delle ATI, nel cui unico ambito è possibile distinguere le funzioni, come prescrive l'art. 37, D.lgs. n. 163 del 2006, di capogruppo mandataria e di mandanti e, dunque, i requisiti di minima qualificazione necessaria, sicché ad esse o ad altre forme aggregative di imprese e non anche ai consorzi stabili intende riferirsi la *lex specialis* ogni qualvolta ricorre all'uso, certo non casuale, dei vocaboli «impresa mandataria» e «mandanti»" (Cons. Stato Sez. III, 14-01-2013, n. 145). Il consorzio stabile, dunque, pur mantenendo apparentemente connotati di una forma associata, assume tuttavia le caratteristiche di nuova ed autonoma soggettività per l'ordinamento giuridico (ex multis, Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2006 n. 1529; T.A.R. Lazio, III, 9 agosto 2006, 7115; T.A.R. Toscana Firenze, II, 22 giugno 2010, n. 2040). Ne deriva che - a differenza delle società riunite che realizzano una mera con titolarità del rapporto obbligatorio derivante dal contratto - il consorzio stabile realizza una nuova struttura soggettiva: pertanto, eventuali mutamenti interni della struttura rilevano come mutamenti di rapporti interorganici interni alla struttura, senza assumere valenza intersoggettiva a rilevanza esterna. A differenza delle riunioni temporanee di imprese, infatti, il Consorzio è l'unica controparte del rapporto di appalto sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto e, in relazione alle singole consorziate, opera sulla base di un rapporto organico. Peraltro, l'Autorità ha recentemente affermato - in un caso in cui veniva in questione un contratto di appalto tra un Comune e un consorzio - che nel caso in cui il consorzio designi l'impresa esecutrice "tale designazione è un atto meramente interno al consorzio, che non vale ad instaurare un rapporto contrattuale tra la consorziata e la stazione appaltante. La designazione della consorziata per l'esecuzione dei lavori è un atto rilevante solo nei rapporti interni tra il Consorzio e le sue consorziate: tale atto determina unicamente una distribuzione interna di responsabilità in opponibile ai terzi" (Parere sulla normativa 7 marzo 2013, AG 26/12). In altri termini, il rapporto organico che lega le consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, non appare diverso da quello che lega i singoli soci ad una società ed è tale che le attività compiute dalle consorziate siano imputate organicamente al consorzio, come unico ed autonomo centro di imputazione e di riferimento di interessi. Ne deriva che "l'autonoma soggettività del consorzio consente la possibilità di designare una nuova cooperativa come esecutrice ove per motivi sopravvenuti la prima designata non sia in condizione di svolgere compiutamente la prestazione" (Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, sez. giur., 2 gennaio 2012, n. 12). In conclusione, le motivazioni esposte portano a ritenere a fortiori che le modifiche soggettive di un Consorzio stabile, partecipante come mandatario in un RTI ordinario, abbiano un rilievo meramente interno, qualificabile alla stregua di un rapporto interorganico. Infatti, setali modifiche non incidono nel rapporto tra consorzio stabile e stazione appaltante, esse non mutano in alcun modo la partecipazione soggettiva del consorzio stabile al raggruppamento temporaneo aggiudicatario di un appalto pubblico, anche in qualità di mandatario. Tale modifica soggettiva infatti non incide sul soggetto partecipante alla gara e/o esecutore del contratto, che rimane immutato e non appare, per questo, incorrere nel principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare, né in quello di immodificabilità del raggruppamento temporaneo di imprese".

- 52) Nello stesso parere viene ricordato quanto asserito dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 2328/2012, secondo cui "l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche è preordinata a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, non potendo ammettersi la sanatoria di irregolarità che avrebbero precluso ad una impresa di partecipare alla gara fin dall'inizio. Per tali ragioni, l'art. 37, co. 9, del D.Lgs n. 163/2006 (Codice degli appalti) stabilisce il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei e le eccezioni previste ai commi 18 e 19 (fallimento del mandante, del mandatario e, se si tratta di imprenditore individuale, morte, interdizione o inabilitazione, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia) sono ammissibili in quanto riguardano motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e trovano giustificazione



nell'interesse della stazione appaltante alla continuazione della stessa. Pertanto, al di fuori di tali ipotesi, non è ammissibile alcuna modifica della composizione del raggruppamento affidatario". Si ricorda altresì che le disposizioni recate dai commi 18 e 19 del D.lgs. 163/2006 sono state sostanzialmente riprodotte, rispettivamente, dai commi 17 e 18 dell'art. 48 del Codice".

- 53)** ¹ Cfr., in senso negativo, la recente pronuncia del TAR Lazio, Sez. II, 6 giugno 2016, n. 6509 "L'art. 37, comma 9, del codice del 2006 vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta. Il principio di immodificabilità dei soggetti che partecipano alla gara, sancito da tale ultima disposizione nella disciplina dettata per raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari, non trova un analogo riscontro nell'art. 36 che disciplina i consorzi stabili. Tuttavia, il quinto comma dell'art. 36 dispone che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il Consorzio concorre, essendo fatto divieto a questi ultimi di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara e, soprattutto, l'art. 94 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i consorzi stabili di cui agli artt. 34, comma 1, lett. c), e 36 del codice dei contratti eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante. Le prestazioni contrattuali assunte dal Consorzio, in base al chiaro ed inequivoco tenore della disposizione regolamentare, pertanto, possono essere eseguite solo nei seguenti due modi: direttamente o attraverso le imprese consorziate specificamente indicate in sede di gara (senza che in tal caso sia configurabile un subappalto). Ne consegue che l'assenza nell'ambito dell'art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006 di una norma analoga a quella che, all'art. 37, comma 9, sancisce il principio di immodificabilità dei soggetti partecipanti alla gara per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari non si traduce sic et simpliciter nella possibilità per i consorzi stabili di modificare in corso d'opera le imprese che, in sede di offerta, sono state indicate per l'esecuzione dell'appalto. In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che l'attenzione del legislatore, il quale nel codice dei contratti impone l'obbligo di "indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre" (art. 36, comma 5) sia per i consorzi stabili, sia per quelli fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 (art. 37, settimo comma), rende evidente come, in assenza di una differente e specifica indicazione, in sede esecutiva il Consorzio aggiudicatario debba avvalersi solo ed esclusivamente delle prestazioni dell'impresa specificamente designata in sede di gara; una volta fatta la designazione in sede di offerta, il Consorzio non può individuare ad libitum un'ulteriore impresa anche se questa è una sua associata, dovendo ritenersi del tutto preclusa - fatti salvi gli altri casi specificamente individuati dal codice - ogni possibilità di far luogo ad un meccanismo di ulteriori designazioni di soggetti, non previamente indicati in sede di gara dal Consorzio (Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014, n. 3344). D'altra parte, indipendentemente dalla tipologia del Consorzio partecipante ad una gara, stabile o ordinario, esso deve dimostrare il possesso dei requisiti generali di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto ed infatti, tutti i soggetti che, a qualunque titolo, concorrono all'esecuzione di appalti pubblici devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (ex multis: Cons. Stato, V, 17 maggio 2012, n. 2825). In sostanza, la circostanza che il divieto di cui all'art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 non sia con analoga formulazione previsto per i consorzi stabili, non preclude alla norma regolamentare di attuazione di stabilire, in presenza della richiamata previsione di cui all'art. 36, comma 5, del codice dei contratti pubblici, che le prestazioni contrattuali devono essere eseguite dai consorzi stabili con la propria struttura o con i consorziati indicati in sede di gara. Di talché, ove, come nel caso di specie, siano medio tempore fuoriuscite dal consorzio imprese indicate espressamente in sede di gara come esecutrici dell'appalto, si rivela illegittima l'azione amministrativa che non ha escluso dalla gara il RTI di cui il consorzio faceva parte".
- 54)** Si veda TAR Campania, Napoli, sez. I, 9 giugno 1986 n. 311: "un consorzio di imprese costituito ai sensi degli artt. 2602 e ss., c.c. (come modificati dalla l. 10 maggio 1976, n. 377), essendo privo di personalità giuridica, non può come tale conseguire l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori, così come non possono conseguirla le associazioni temporanee d'impresa. Pertanto illegittimamente l'amministrazione esclude un consorzio dalla gara di appalto ritenendo insufficiente l'iscrizione all'albo delle singole consorziate con riguardo alle disposizioni della l. 8 agosto 1977 n. 584".
- 55)** T.A.R. Venezia, (Veneto), sez. I, 8 aprile 2016, n. 362.
- 56)** Si veda A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 316: "Il sistema è caratterizzato dalla occasionalità, temporaneità e limitatezza dell'associazione. Il gruppo si deve poter costituire in vista dell'aggiudicazione e dell'esecuzione di una singola opera o di un determinato gruppo di opere e deve poter cessare con la mancata aggiudicazione o con l'esecuzione dell'opera o di ciascun gruppo di opere, senza residui. Caratteristica del sistema è inoltre che, con esso, non si crei necessariamente (quanto meno dopo l'aggiudicazione) una vera e propria associazione né un nuovo soggetto né comunque un patrimonio autonomo né un centro autonomo di imputazione di rapporti distinto dalle singole imprese componenti il gruppo, che cioè non si crei una nuova impresa. Esso si risolve solo in uno strumento per assumere ed eseguire, in parti distinte ma coordinate, un'opera particolarmente impegnativa e complessa".
- 57)** Cfr., da ultimo, TAR Salerno, Sez. I, 9 dicembre 2016, n. 2631 "La distinzione tra - e la stessa configurazione di - raggruppamenti di tipo orizzontale e verticale, ex art. 48, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, con riferimento allo specifico procedimento di gara, presuppone che la *lex specialis* abbia indicato la prestazione principale e quella/e secondaria/e; pertanto, ove, invece, la *lex specialis* di gara non rechi la suddetta distinzione, indicando quale oggetto dell'affidamento un servizio unitario, pur articolato in diversi segmenti attuativi, la qualificazione - come orizzontale - di un raggruppamento concorrente discende ed è coerente con la disciplina di gara, in assenza dei presupposti (correlati alla menzionata necessaria distinzione ad opera del bando delle prestazioni oggetto di affidamento) per la



configurazione di un raggruppamento di tipo verticale". In particolare, il Tar Salerno ha chiarito che l'indicazione nell'offerta delle imprese ricorrenti delle singole parti dell'unitario servizio, la cui esecuzione è demandata alle imprese raggruppate, lungi dal contraddire la suddetta auto-qualificazione del raggruppamento ricorrente come orizzontale (che, ai sensi del comma 2 dell'art. 48, d.lgs. n. 50 del 2016, presuppone che gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione), risponde alla prescrizione di cui all'art. 48, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del quale *"nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"*.

- 58)** Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 novembre 2016, n. 4918; Cons. Stato, 13 maggio 2009, n. 2964; Cons. Stato, Sez. V Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101.
- 59)** In senso contrario, si veda, tuttavia, TAR Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2017, n. 211 *"La richiamata normativa non consente interpretazioni estensive, trattandosi di una disciplina prevista in deroga al generale divieto di modifiche nella composizione dei raggruppamenti temporanei di imprese. Infatti, " ("Le disposizioni di cui ai commi 18 e 19 dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 rivestono natura senza dubbio eccezionale e derogatoria rispetto al divieto di variazioni soggettive delle riunioni di imprese in gara, sancito dal precedente comma 9 è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta)", e non ammettono, quindi, alcuna applicazione al di fuori dei casi e dei limiti ivi consentiti, in conformità al dettato dell'art. 14 disp. prel. cod. civ., a tenore del quale le norme "che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". (Tar Campania, Napoli, sentenza 371/ 2013) (...)"*. Se così è, ben si comprende, allora, come *"secondo l'orientamento di gran lunga maggioritario nella giurisprudenza amministrativa, l'art. 37 comma 19 del D. Lgs. 163/2006, nel prevedere che in caso di fallimento di uno dei mandanti, il mandatario possa indicare altro operatore economico subentrante in possesso dei prescritti requisiti ovvero subentrare esso stesso nell'esecuzione dell'appalto, si riferisce esclusivamente all'ipotesi del fallimento che intervenga durante l'esecuzione della commessa pubblica (e quindi a gara già conclusa). Tale norma, introducendo una previsione derogatoria rispetto al divieto generale di modificazione soggettiva dei raggruppamenti temporanei di cui al comma 9 dello stesso articolo, è come tale di stretta interpretazione, e quindi insuscettibile di estensione analogica alla diversa ipotesi del fallimento che intervenga in corso di gara. In particolare, è principio condiviso e ribadito ancora di recente (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 169), quello per cui che nelle gare pubbliche il divieto di modificare la composizione dei partecipanti raggruppamenti temporanei d'impresa riguarda l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, mentre le eccezioni contemplate dall'art. 37 commi 18 e 19, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163 e concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto. Inoltre, ogni eccezione al principio di immodificabilità dell'offerta e della composizione dei partecipanti dopo l'offerta non può che essere applicata restrittivamente alle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore, tra le quali non rientra il caso del fallimento della mandataria di una AT. intervenuto in corso di gara (Cons. Stato, sez. V, 21 gennaio 2015, n. 169). Analogamente, è stato affermato che "Il nucleo normativo (dell'art. 37 comma 19) è, dunque, incentrato sull'esecuzione e sul subentro di altro e diverso mandante e riguarda, dunque, la fase dell'esecuzione del contratto, non la fase dell'affidamento, rispetto alla quale la presenza di una interdittiva antimafia priva il concorrente della possibilità di aggiudicarsi l'appalto. Tale lettura della norma è coerente con l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui il meccanismo in esame presuppone che il fallimento (così come le altre circostanze preclusive citate dalla norma medesima) della mandante sia intervenuto dopo la stipulazione del contratto, non spiegandosi, altrimenti, il riferimento alla "prosecuzione" del rapporto di appalto, che implica la già intervenuta insorgenza del rapporto stesso, mediante la sottoscrizione del contratto (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. II, 22 ottobre 2005, n. 3261)" (così, la parte motiva della sentenza del T. A. R. Piemonte, Sez. I, 15/05/2015, n. 818). Si conferma, in definitiva, l'adesione del Tribunale a tale orientamento maggioritario, il quale è imposto, anzitutto, come riferito in precedenza, del tenore letterale delle eccezioni, previste dai citati commi 18 e 19 dell'art. 37 cit., e che s'esprime compiutamente nella massima, secondo la quale: "Nelle gare pubbliche il divieto di modificare la composizione dei partecipanti raggruppamenti temporanei d'impresa riguarda l'intero arco della procedura di evidenza pubblica, mentre le eccezioni contemplate dall'art. 37 commi 18 e 19, d. lg. 12 aprile 2006 n. 163 e concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto" (Consiglio di Stato, sez. V, 20/01/2015, n. 169)".*
- 60)** Sul recesso si veda T.A.R. Napoli, Sez. VIII, 11 ottobre 2012, n. 4058, *"Le uniche modifiche soggettive elusive della finalità dell'art. 37 comma 9, d.lg. n. 163 del 2006 sono rinvenibili nell'aggiunta o nella sostituzione delle imprese raggruppate, e non anche nel recesso di una di esse; in una simile ipotesi, la cennata finalità legislativa di consentire alla stazione appaltante la verifica del possesso dei requisiti idoneativi da parte dei concorrenti, non risulta frustrata, poiché l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese rimaste in gara, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi. Tuttavia, la modifica della compagine in senso riduttivo non può avvenire per aggirare la disciplina di gara e, in particolare, per evitare una sanzione espulsiva per difetto dei requisiti idoneativi in capo al componente dell'A.T.I. receduto o estromesso. Invero, il recesso o l'estromissione di un'impresa raggruppata non vale a sanare ex post una situazione impeditiva della partecipazione alla procedura selettiva esistente al momento dell'offerta e costituita dalla presenza di una causa di esclusione a carico del soggetto recedente o estromesso, pena la violazione della par condicio tra i*



concorrenti. Un differente approccio ermeneutico consentirebbe l'elusione delle prescrizioni legali che ancorano al momento della scadenza dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione il possesso dei requisiti da parte delle imprese originariamente riunite in un raggruppamento temporaneo".

- 61) Si veda A. CIANFLONE e G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, cit., 335: "Fino all'entrata in vigore della l. n. 80 del 1987 non era ammessa la partecipazione dei consorzi di imprese costituiti ai sensi degli artt. 2602 ss., c.c., ai procedimenti per l'affidamento dei lavori pubblici. Tale preclusione derivava primariamente dalla circostanza che per i consorzi predetti — a differenza dei consorzi di cooperative e di quelli fra imprese artigiane (art. 15 della l. 10 febbraio 1962, n. 57) — non era consentita l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori, costituente a sua volta presupposto per quella partecipazione. Né si riteneva che a tal difetto potesse sopperire l'eventuale iscrizione di cui fruissero le imprese consorziate perché, a norma dei citati artt. 2602 ss., c.c., il consorzio è struttura a sé stante, seppure strumentale alle prime, e non può pertanto avvalersi automaticamente dei fatti di legittimazione ad esse afferenti. Del resto l'espressa previsione nella l. n. 57 del 1962 dell'iscrivibilità dei consorzi di cooperative e di quelli tra imprese artigiane deponeva chiaramente nel senso della necessità di una norma ad hoc al riguardo".
- 62) Occorre distinguere la garanzia provvisoria — che ha la funzione di garantire la serietà dell'offerta — dalla garanzia definitiva — che tutela l'adempimento delle obbligazioni assunte dall'appaltatore; Cfr. F. CARINGELLA — M. GIUSTINIANI, *Manuale di diritto amministrativo*. IV. I contratti pubblici, Roma, 2014, 927 ss.
- 63) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2016, n. 2531 "Nelle gare pubbliche, ai sensi dell'art. 75 comma 6, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nelle gare pubbliche l'incameramento della cauzione provvisoria deve essere disposto in ogni caso in cui la mancata sottoscrizione del contratto sia dipesa da circostanze imputabili all'affidatario, atteso che essa ha la funzione di garantire la complessiva solidità e serietà dell'offerta e il succitato art. 75 comma 6 è norma di chiusura dell'ordinamento; inoltre l'incameramento della cauzione provvisoria non è condizionato dall'intervenuta aggiudicazione provvisoria dell'appalto, perché essa, in ragione dell'essenziale funzione di garanzia della serietà e attendibilità dell'offerta e del patto d'integrità, copre tutte le ipotesi in cui sono addebitati al concorrente la mancata sottoscrizione del contratto e il mancato perfezionamento dei suoi presupposti procedurali, quali l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva".
- 64) Sulla ricostruzione storica della garanzia nella disciplina dell'appalto si veda anche Cons. Stato, Sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755, secondo cui "Nel sistema della legge sulla contabilità di Stato (v. il regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, e successive modificazioni), era previsto il sistema del versamento di una «cauzione provvisoria», per la partecipazione alla gara. Come era evidenziato dalla pacifica giurisprudenza, la «cauzione provvisoria» aveva «natura di garanzia» e non poteva essere considerata una «caparra penitenziale» (la quale presuppone che le parti si siano riservate il diritto di recesso dal contratto): nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell'aggiudicatario, l'Amministrazione poteva incamerare la cauzione provvisoria, salva la sua possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno effettivo (per tutte, Cass., 5 aprile 1976, n. 1220; Cass., Sez. Un., 16 maggio 1977, n. 1962). Pertanto, già nel vigore della legge sulla contabilità di Stato si è consolidato nella giurisprudenza un principio generale, per il quale — quando l'aggiudicatario di una gara pubblica senza giustificazione non stipula il contratto — non rilevano le discussioni concernenti la natura della sua responsabilità: il danno risarcibile è quello conseguente alle spese di indizione di una nuova gara (se non vi sono stati altri partecipanti), ovvero quello conseguente ai maggiori esborsi di denaro, conseguenti alla aggiudicazione disposta in base allo 'scorrimonto'. 16.2. In attuazione del Trattato di Roma del 1957 e delle direttive comunitarie (ed all'esigenza di evitare la perdita di liquidità delle imprese), dapprima la legge n. 348 del 1982 (poi trasfusa nella legge n. 109 del 94) aveva consentito ai partecipanti alle gare di non depositare somme a titolo di cauzione, ma di produrre «polizze fideiussorie». Successivamente, per la partecipazione alle gare l'art. 75 del codice n. 163 del 2006 e l'art. 93 del codice n. 50 del 2016 hanno disposto la presentazione di «garanzie a prima richiesta» (commisurate in percentuale fissa al prezzo di gara e aventi anch'esse una funzione di garanzia), che attribuiscono alla stazione appaltante una 'tutela rafforzata', cioè il potere di disporre l'escussione dell'importo previsto, per il caso in cui l'aggiudicatario non intenda stipulare il contratto. Ab antiquo, le leggi hanno dunque previsto che l'impresa per partecipare alla gara debba previamente consentire alla stazione appaltante la più rapida soddisfazione nel caso di mancata stipula del contratto, mediante: - l'incameramento della cauzione, nel sistema della legge di contabilità di Stato; - la richiesta di pagamento «a prima richiesta» al garante, nel sistema a base dei codici del 2006 e del 2016. Tuttavia, anche se il bando non prevede tali forme di tutela 'rafforzata' della stazione appaltante, essa ben può chiedere al giudice di disporre la condanna dell'autore del fatto illecito".
- 65) La garanzia fideiussoria di cui al comma 1 a scelta dell'appaltatore può essere rilasciata da imprese bancarie o assicurative che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano le rispettive attività o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione iscritta nell'albo previsto dall'articolo 161 del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 e che abbiano i requisiti minimi di solvibilità richiesti dalla vigente normativa bancaria assicurativa.
- 66) Cfr. C. CONTESSA — CROCCO, *Codice degli appalti e delle concessioni*, Roma, 2016, 351 ss.; Cass., Sez. III, 20 ottobre 2014, n. 22233 "L'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia (cosiddetto "Garantievertrag"), in quanto incompatibile con il principio di



accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale. (Nella specie, la S.C. ha escluso che tale evidente discrasia fosse riscontrabile - con riferimento alla garanzia prestata da un istituto di credito in favore di una associazione temporanea di imprese, in relazione a quanto dalla stessa rimborsabile per eventuali difformità e manchevolezze che fossero risultate nella esecuzione di lavori di costruzione di un immobile oggetto di appalto - nella sola previsione di operatività della garanzia una volta emesso il certificato di collaudo definitivo dei lavori)".

- 67) Cfr. Cons. Stato, parere n. 782/2017 "In relazione al comma sette, la commissione giudica positivamente: - la riduzione dell'importo della garanzia per le microimprese, piccole e medie imprese e per i raggruppamenti di operatori economici o consorzi ordinari costituiti esclusivamente da microimprese, piccole e medie imprese; ciò peraltro, oltre a rispondere al favor per quello che costituisce il tessuto dell'economia nazionale, potrà avere benefiche conseguenze sull'ampliamento della platea dei concorrenti perché abbatte gli oneri collegati alla garanzia da prestare; - le modalità di calcolo delle riduzioni. Sempre con riferimento al comma 7, ad avviso del Consiglio, occorre chiarire se il beneficio ora introdotto per le PMI sia cumulabile con la riduzione del 50%, prevista nel medesimo primo periodo del comma 7, per il possesso di certificazioni di qualità; occorre, in altri termini, meglio regolare l'ipotesi in cui la micro, piccola e media impresa possiede anche la certificazione di qualità stabilendo se possa trovare applicazione la nuova previsione, inserita dal correttivo nell'art. 93, comma 7, quarto periodo, secondo cui in caso di cumulo delle riduzioni, la riduzione successiva deve essere calcolata sull'importo della riduzione precedente".
- 68) La carenza ovvero la irregolarità della cauzione provvisoria non comportano l'esclusione della partecipante dalla gara di appalto; Cfr. TAR Lazio, Sez. III, 12/11/2015, n. 12843 "Il ricorso è fondato, in quanto, come già affermato nell'ordinanza collegiale n. 3850/2015, con cui questa sezione ha accolto l'istanza cautelare, è noto l'orientamento giurisprudenziale (ex multis T.A.R. Lazio Roma Sez. III ter, 10-06-2015, n. 8143) - cui questo collegio intende aderire - secondo cui "La carenza e le irregolarità della cauzione provvisoria non giustificano l'esclusione della partecipante da una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione codificato dall'art. 46 comma 1 bis D.lgs. n. 163/2006, ma impongono alla stazione appaltante di promuovere la regolarizzazione, ai sensi dei commi 1 e 1 ter della medesima disposizione, anche attraverso la produzione di una nuova cauzione. L'art. 75 D.lgs. n. 163/2006, infatti, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria a differenza di quanto stabilito dal comma 8 della medesima disposizione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto". Pertanto, l'esclusione della ricorrente dalla gara qui in esame - disposta esclusivamente, come risulta dai verbali di gara e dal provvedimento impugnato, per avere la stessa depositato un assegno circolare in luogo della prescritta fideiussione - è senz'altro illegittima per contrasto con l'art. 75 D.lgs. 163/2006 (applicabile nel caso in esame); inoltre, l'art. 3 punto 16 del disciplinare di gara è in contrasto con l'art. 75 D.lgs. 163/2006, introducendo una causa di esclusione non prevista dalla legge, e pertanto è senz'altro nullo per violazione dell'art. 46 co. 1 bis D.lgs 163/2006".
- 69) L'articolo risponde al criterio direttivo di cui all'art. 1, comma 1, lett. qq) della legge delega, ed in particolare al primo periodo di tale criterio, nella parte in cui prevede che il decreto in esame debba prevedere il "riassetto, la revisione e la semplificazione dei sistemi di garanzia per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di renderli proporzionati e adeguati alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, nonché al fine di salvaguardare l'interesse pubblico alla conclusione dei lavori nei costi, nei tempi e nei modi programmati anche in caso di fatti imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante, e assicurando comunque l'entrata in vigore della nuova disciplina contestualmente a strumenti attuativi preventivamente concordati con gli istituti bancari e assicurativi che devono assumersi i rischi d'impresa".
- 70) Cfr. AVCP Determina n. 1 del 29 luglio 2014 "Contrariamente a quanto sostenuto dalle imprese di assicurazione, la richiesta di rilascio di garanzie dal contenuto di contratto autonomo appare compatibile con quanto previsto in materia dal Codice. La normativa primaria, riferibile ai settori ordinari, con riferimento alla "cauzione definitiva" stabilisce al comma 2 dell'art. 113, analogamente a quanto già stabilito dall'art. 75, comma 4, che le garanzie a corredo dell'offerta rechino le seguenti clausole: 1) la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale; 2) la rinuncia, all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2, e cioè all'eccezione di intervenuta scadenza della fideiussione; 3) l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante. Può, dunque, dirsi che il legislatore ha inteso chiaramente attribuire alla cauzione la forma di garanzia sostanzialmente autonoma ed astratta, a differenza della fideiussione, priva del vincolo dell'accessorietà, al fine di tutelare la fase di esecuzione del contratto e, quindi, gli interessi pubblici e le esigenze della stazione appaltante. Alcune imprese di assicurazione sostengono l'applicabilità al fideiussore dell'art. 1945 c.c., ossia la facoltà di opporre al creditore tutte le eccezioni che spettano al debitore principale salvo quella derivante dall'incapacità. Le imprese invocano tale possibilità perché è proprio la rinuncia all'eccezione tout court (piuttosto che il pagamento a prima richiesta o a semplice richiesta o l'esigibilità nei 15 giorni) a rappresentare il principale punto di distacco dallo schema tipico della fideiussione codificato dal codice civile (Cass. Civ. III, 3 ottobre 2005, n.19300, id. 20 aprile 2004, n.7502). L'impresa di assicurazione, mantenendo in tal modo salva la facoltà di invocare le eccezioni previste dal contratto fideiussorio, conserverebbe la possibilità di indennizzare solo a condizione di aver verificato in concreto la presenza del danno o viceversa rifiutare il pagamento in caso di sua riscontrata assenza o inferiore entità rispetto al denunciato. La tesi non sembra accoglibile, laddove si consideri che il legislatore, nel prevedere l'assimilabilità delle cauzioni ex artt. 75 e 113 alle garanzie autonome, ha inteso tutelare prevalentemente l'interesse pubblico e gli interessi delle stazioni appaltanti. L'Autorità si è più volte pronunciata sul tema in fase di precontenzioso e, in presenza di bandi o lettere di invito nell'ambito di settori



speciali, che prevedevano la prestazione di cauzione definitiva con rinuncia alle eccezioni sulla validità ed efficacia del contratto di appalto, secondo lo schema del contratto autonomo di garanzia, affermandone la piena legittimità, (vd. Prec. Avcp n. 173 e n. 178 del 2012). Sulla questione, che ha prodotto un acceso dibattito in dottrina, è intervenuta la pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (Cass. Civ., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n.3947), nella quale si definisce il contratto autonomo di garanzia “una fattispecie atipica ai sensi dell’art. 1322 c.c. comma 2 che persegue un interesse “meritevole di tutela, identificabile nell’esigenza condivisa di assicurare l’integrale soddisfacimento dell’interesse economico del beneficiario vulnerato dall’inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici.” Con specifico riguardo alla funzione della cauzione, le Sezioni Unite ritengono così che “la clausola “a prima richiesta e senza eccezioni” dovrebbe di per sé orientare l’interprete verso l’approdo alla fattispecie del contratto autonomo di garanzia, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l’intero contenuto “altro” della convenzione negoziale”. La Suprema Corte, con la decisione a Sezioni Unite n. 3947/2010, ha delineato in modo chiaro la distinzione tra fideiussione e garanzia autonoma, stabilendo che: a) hanno sempre natura di “contratto autonomo” le polizze fideiussorie che garantiscono l’inadempimento di una obbligazione di *facere* o *dare* infungibile a carico del debitore principale con l’impegno al versamento di una somma di denaro (il caso riguardava, in concreto, una polizza che prometteva il versamento di una somma di denaro a garanzia della realizzazione di un’opera pubblica); b) nel caso in cui vi sia, invece, omogeneità tra l’obbligazione garantita e quella di garanzia (perché incentrate sulla medesima prestazione) il discrimine tra *garantievertrag* e fideiussione può essere identificato, almeno in via presuntiva, nella esistenza o meno della clausola che impone al garante un pagamento “senza eccezioni” o “a prima richiesta” (Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010 n. 3947, in *Foro it.*, 2010, I, 2799 ed in *Giust. civ.*, 2010, I, 1389, con note di A. LAMORGESE, *Il Garantievertrag secondo le sezioni unite*, ivi, 1350 ss., di G. PASCIUCCO, *Le polizze fideiussorie e un’occasione di riflessione sulle clausole di pagamento « a prima richiesta »*, ivi, 2489 ss., e di P. Tartaglia, *Le polizze fideiussorie, il contratto autonomo di garanzia e le sezioni unite*, ivi, 2011, I, 497 ss.). Peraltro, la Cassazione ha affermato che un contratto deve essere qualificato come garanzia autonoma anche quando – pur privo di una clausola che impone al garante un pagamento “a prima richiesta” o senza eccezioni” – il regolamento contrattuale preveda da un lato la fissazione di un termine breve, decorrente dalla ricezione della richiesta da parte del creditore garantito, entro il quale il garante è tenuto a pagare le somme dovute, e dall’altro l’esclusione della facoltà, per il debitore principale, di opporre al garante che agisce in regresso le eccezioni di cui all’art. 1952 c.c., (Cass., Sez. III, 5 aprile 2012 n. 5526, in *Foro it.*, 2012, I, 2713, nonché Id., Sez. III, 17 giugno 2013 n. 15108, in *Giust. civ. Mass.*, e, nel testo integrale, in www.cortedicassazione.it). Secondo la Cassazione, in particolare, “l’esclusione della legittimazione del debitore principale a chiedere che il garante opponesse al garantito le eccezioni scaturenti dal rapporto principale e la rinuncia ad opporre eccezioni di sorta al garante che, dopo il pagamento, avesse agito in regresso costituiscono un sicuro indice di una deroga alla normale accessorietà della garanzia fideiussoria, nella quale il garante ha invece l’onere di preavvisare il debitore principale della richiesta di pagamento del creditore (art. 1952 c.c., comma 2), all’evidente scopo di porre il debitore in condizione di opporsi al pagamento, qualora esistano eccezioni da far valere nei confronti del creditore; mentre l’interpretazione “simmetrica” dell’altra clausola, regolante il rapporto tra garante e garantito, è del tutto in linea con una giurisprudenza più che consolidata di questa Corte (Cass., 21 aprile 1999, n. 3964; così Cass. n. 8324/01; n. 7502/04; n. 14853/07; 5526 del 2012), secondo cui ritenere che il garante possa opporre al creditore eccezioni connesse al rapporto principale, precluse invece al debitore in sede di regresso, significherebbe accettare l’idea di una polizza che garantisce il garante più ancora del creditore a cui favore la garanzia è prestata” (Cass. n. 15108/2013).

- 71)** La particolare rilevanza della disciplina è confermata dalla previsione dell’art. 1, comma 11, della legge di delega, secondo cui “A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto di riordino sono abrogate le disposizioni in materia di garanzia globale di cui agli articoli 129, comma 3, e 176, comma 18, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni. Dalla data di entrata in vigore della presente legge e fino alla data di entrata in vigore del decreto di riordino, è sospesa l’applicazione delle disposizioni di cui ai predetti articoli 129, comma 3, e 176, comma 18; agli affidamenti ai quali sarebbero stati applicabili, nel periodo considerato, i citati articoli 129, comma 3, e 176, comma 18, non si applicano le disposizioni di cui all’articolo 113, comma 3, del predetto codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, e successive modificazioni”.
- 72)** L’articolo 339 L. n. 2248/1865 è stato dapprima sostituito dall’articolo 22 del D.L. 13 maggio 1991, n. 152 (che disponeva “É vietata qualunque cessione di credito e qualunque procura, le quali non siano riconosciute”) e, successivamente, è stato abrogato dall’articolo 231 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554.
- 73)** La fattispecie era originariamente operante solo per le modificazioni successive alla stipulazione del contratto (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 761/1995 e n. 754/2000. Tale orientamento restrittivo, tuttavia, è stato superato dalla giurisprudenza e, successivamente, dallo stesso legislatore (art. 51 D.lgs. n. 163/2006). Cfr. anche Carullo – Iudica, Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, Cedam, 2012, sub art. 51, p. 529-530 “Le basi del percorso argomentativo della giurisprudenza sul punto partivano dall’art. 2504 bis c.c., per il quale la società incorporante assume tutti i diritti e gli obblighi della società estinta, tra cui rientrano anche gli interessi legati ad una procedura ad evidenza pubblica slegati da ogni vincolo *intuitus personae*, aderendo ad una risalente impostazione del G.O. che aveva in più occasioni affermato che i contratti a carattere personale per i quali l’art. 2558 c.c. esclude la successione in caso di cessione di azienda costituisce una categoria più ristretta di quella comunemente qualificata come *intuitus personae*, risultando esclusi dal trasferimento solo quelli inerenti all’azienda, nei quali in relazione all’oggetto ed alla natura del negozio la persona dell’alienante abbia tale importanza da determinarsi la sua insostituibilità rispetto alla prestazione contrattuale”.



- 74)** Cfr. AVCP (ora ANAC) Parere n. 65 del 23/04/2013 *“La questione di diritto che viene sottoposta all’attenzione di questa Autorità concerne la possibilità, per una società concorrente che prima della partecipazione alla gara abbia acquisito, per cessione, un ramo d’azienda o un’intera azienda, di dimostrare il possesso dei requisiti oggettivi di capacità tecnico-professionale attraverso l’esperienza professionale dell’azienda cedente. L’art. 90 lett. a) D.P.R. 207/1990 stabilisce che “1. Fermo restando quanto previsto dall’articolo 38 del codice in materia di esclusione dalle gare, gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo: a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando non inferiore all’importo del contratto da stipulare”. Si tratta quindi di stabilire se l’avverbio “direttamente”, utilizzato dal legislatore, limiti o meno la possibilità di dimostrare il requisito oggettivo alle società concorrenti derivanti da una cessione d’azienda. Deve ritenersi che la vicenda della cessione, pur non realizzando una successione a titolo universale fra i soggetti interessati, determina la continuità dell’attività imprenditoriale. Infatti, sebbene per tramite della cessione si realizzi una successione a titolo particolare, essa tuttavia assume una forma del tutto peculiare, consistente nel passaggio all’avente causa dell’intero complesso dei rapporti attivi e passivi nei quali l’azienda stessa o il suo ramo si sostanzia (tanto da farsi riferimento in giurisprudenza al concetto di trasferimento di universitas, v. Cass., 12 giugno 2007, n. 13765; Cass., 13 giugno 2006, n. 13676; Cass., 19 luglio 2000, n. 9460). Il che rende la vicenda ben suscettibile di comportare pur essa la continuità tra precedente e nuova gestione imprenditoriale (in tal senso C.d.S. Ad. Plen. 10/2012). Al riguardo la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che “in caso di cessione sono certamente riconducibili al patrimonio di una società o di un imprenditore, cessionari prima della partecipazione alla gara di un ramo di azienda, i requisiti posseduti dal soggetto cedente, giacché essi devono considerarsi compresi nella cessione in quanto strettamente connessi all’attività propria del ramo ceduto” (Consiglio Stato, sez V, 10 settembre 2010, n. 6550, Consiglio Stato, sez V, 17 novembre 2012, n. 5803). D’altra parte, ai sensi dell’art. 51 del D.lgs. n. 163/2006, in caso di cessione di un ramo di azienda, il cessionario è ammesso alla gara previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale sia di ordine speciale... anche in ragione della cessione. E, come specificato da questa Autorità con il parere n. 62 del 25 marzo 2010, “una volta accertato che durante la gara sia stata comunicata alla stazione appaltante l’avvenuta cessione, residua solo l’aspetto della verifica della idoneità della società cessionaria, costituente un incumbente della stazione appaltante medesima il cui mancato adempimento non può, come tale, comportare l’automatica esclusione della società non sottoposta a verifica, ma semmai l’obbligo per l’amministrazione di effettuarla (v. anche Consiglio di Stato, Sez.V, 15 dicembre 2008, n. 6205 e 5 dicembre 2008, n. 6046)”. Se è vero che per “azienda” deve intendersi il complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa (art. 2555 Cod. civ.), è pur vero che l’attività imprenditoriale, ivi compresi i lavori analoghi di cui è menzione nell’art. 90 comma 1 lett. a) del D.lgs. n. 163/2006 (che nel caso di specie costituiscono il requisito controverso), deve essere imputata all’azienda che per quei lavori ha acquisto il know how prescritto per la partecipazione alla gara. Ne deriva che il cessionario dell’azienda deve considerarsi abilitato a partecipare alle gare per l’affidamento di lavori che postulano, quale requisito di capacità tecnico-professionale, l’esperienza in argomento (art. 90, comma 1, lett. a, del D.P.R. n. 207/2010) nei limiti in cui, (laddove ne sia sprovvisto) questi siano propri dell’azienda cedente. Né può pervenirsi a conclusioni diverse argomentando dal tenore letterale dell’art. 90 cit. nella parte in cui prescrive che tale esperienza debba essere maturata “direttamente” dall’operatore economico che partecipa alla gara, in quanto l’avverbio in questione, per preservarne un significato logico, deve essere riferito all’azienda (o a parte di essa): è a quest’ultima che deve essere imputato il know how richiesto ai fini della partecipazione alla gara. Pertanto, in caso di cessione di azienda (o di trasformazione) il cessionario ben potrà spendere nella gara il requisito di capacità tecnico-professionale maturata dall’azienda del cedente. Conseguentemente, posto che i requisiti posseduti dalla società cedente sono compresi nella cessione perché connessi all’attività propria del ramo ceduto, e tra i suddetti requisiti vanno sicuramente annoverati quelli di ordine tecnico-organizzativo quale è il requisito dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, deve ritenersi che nel caso di specie la società cessionaria integra il requisito previsto dall’art. 90 co. 1 lett. a) D.P.R. cit., solo se dimostra, attraverso l’esperienza del cedente, e – quindi direttamente – i lavori analoghi cui fa riferimento la norma”.*
- 75)** Sebbene l’art. 30 del D.lgs. n. 163/2006 avesse stabilito che alle concessioni di servizi non si applicassero le disposizioni del codice, la dottrina riteneva che non vi fosse ragione di escludere l’estensione dell’art. 51 anche ai rapporti concessori. Cfr. P. Alberti, *Le vicende soggettive del candidato, dell’offerente e dell’aggiudicatario*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol II, 2008, p. 1243 *“E’ ben vero che il codice ha configurato la gara per l’affidamento di siffatte concessioni come una trattativa privata informale alla quale invitare almeno cinque concorrenti (art. 30, co. 3). Tuttavia l’informalità della procedura e, soprattutto, la predeterminazione quasi fiduciaria dei soggetti ai quali inoltrare l’invito non sembrano impedire la trasferibilità della posizione di concorrente anche perché l’amministrazione conserva il potere/dovere di valutare la permanenza, in capo all’impresa subentrante, dei medesimi requisiti posseduti da quella cedente, che ne avevano giustificato l’invito alla gara informale”.*
- 76)** Doveva, peraltro, escludersi che il sub-procedimento in esame – volto alla verifica in capo al soggetto subentrante dei requisiti di cui alla disposizione in commento – fosse assoggettato alla disciplina di cui all’art. 10 bis L. n. 241/1990 (obbligo di comunicazione del preavviso di rigetto) e ciò in considerazione del fatto che la norma richiamata esclude dal proprio ambito di applicazione le procedure concorsuali.
- 77)** Cfr. AVCP (ora ANAC) Parere di precontenzioso n. 68 del 10 aprile 2014 *“Ai sensi dell’art. 51, D.lgs. n. 163/2006, nelle procedure indette per l’aggiudicazione di appalti pubblici, in caso di trasformazione di società, per quanto ne occupa, da parte di imprese*



partecipanti alla gara, è ammesso il subentro sempre che gli atti di trasformazione della società, sulla cui base avviene il subentro del nuovo soggetto giuridico, siano comunicati alla stazione appaltante e questa sia stata messa in grado di verificare l'idoneità soggettiva del subentrante (ex plurimis, Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 5/12/2008, n. 6046). Questo, poiché, sulla spinta del diritto comunitario della concorrenza, si è andato progressivamente evolvendo l'orientamento della spersonalizzazione del contratto di appalto pubblico. Va ricordato, infatti, che nell'ordinamento interno, già con l'art. 35 della legge n. 109/1994 sono state, in particolare, previste - sia pure con riferimento alla fase esecutiva del contratto, ritenute però estensibili anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto - alcune ipotesi (cessione di azienda e trasformazione, fusione e scissione di società) in cui era consentita la successione nel rapporto negoziale con l'amministrazione appaltante, modificandosi in tal modo ed integrando l'art. 18, comma 2, della legge n. 55/1990, come già sostituito dall'art. 12 della legge 12 luglio 1991, n. 203. Contemporaneamente, si è ritenuta ammissibile la circolazione oggettiva di alcune delle referenze proprie dell'operatore economico, le quali, in quanto non strettamente personali dell'imprenditore, possono essere utilizzate da diverso soggetto alla sola condizione che esso dimostri di poterne effettivamente disporre e che dell'utilizzazione sia data informazione alla stazione appaltante (cosiddetto principio dell'avvalimento). Nell'indicata prospettiva, si può, pertanto, ritenere acquisito l'ulteriore principio della derogabilità di quello precedentemente richiamato dell'immodificabilità soggettiva dell'offerente, ammettendosi la possibilità del subentro allo stesso di altro soggetto nella posizione di contraente o di partecipante ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico in caso di cessione di azienda e di trasformazione di società; sempre che la cessione dell'azienda o gli atti di trasformazione, fusione o scissione della società, sulla cui base avviene il detto subentro, siano comunicati alla stazione appaltante e questa abbia verificato l'idoneità soggettiva del subentrante; sicché, il subentrante è titolare di una situazione giuridica di aspettativa subordinata alla positiva verifica dei requisiti da parte della stazione appaltante (Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 16/5/2013, n. 2661). La disposizione mira, nella sostanza, ad impedire, da un lato, che vicende modificative, che possano in qualche modo interessare soggetti partecipanti ad una gara e che si verifichino nel corso del procedimento, possano tradursi in automatiche cause di esclusione e ad evitare, d'altro lato, che l'amministrazione aggiudicatrice concluda il contratto con operatori economici che non abbiano partecipato alla gara e nei confronti dei quali non sia stata effettuata la verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine tecnico ed economico-finanziari. Sicché, la rilevanza della vicenda modificativa nell'ambito del procedimento di gara impone al nuovo soggetto partecipante di rappresentarla alla stazione appaltante, in modo da attivare la necessaria verifica del complesso dei requisiti di partecipazione. L'art. 51 del D.lgs. n. 163/2006 non impone espressamente alle imprese partecipanti a gare pubbliche l'immediata produzione documentale e/o la comunicazione delle intervenute modifiche soggettive, sicché la comunicazione potrebbe anche essere successiva alla stessa aggiudicazione, senza che per ciò solo sia comminata una sanzione espulsiva. Non di meno, dall'esame globale dei principi che informano il sistema è agevolmente desumibile l'obbligo per la stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti richiesti, ai fini della corretta ammissione e aggiudicazione, avendo riguardo al momento in cui effettivamente si è verificata la modificazione soggettiva (nel caso di specie il 2.8.2013) e applicando le norme relative alla qualificazione delle concorrenti, secondo la regola del tempus regit actum, anche se l'evento è stato tardivamente comunicato (Consiglio di Stato, Sez. III, sent. 5/4/2013, n. 1894). Orbene, posto che l'art. 2498 c.c. rubricato "Continuità dei rapporti giuridici", nel testo introdotto dalla recente riforma societaria, prescrive che con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione, dovendo essere garantito il principio della massima partecipazione alle gare anche nei casi di trasformazione societaria (prevista dall'art. 51 del D.lgs. n. 163/2006), legittimamente la stazione appaltante può ammettere il nuovo soggetto giuridico risultante dalla trasformazione predetta (HELYOS SRL), consentendogli di avvalersi dei requisiti di ordine generale e speciale in possesso della precedente compagine societaria, salvo il potere-dovere di verificarne la sussistenza in capo allo stesso soggetto subentrante, ove ciò sia reso possibile dalla documentazione versata in atti, eventualmente integrata ai sensi dell'art. 46, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006. Infatti, in materia di evidenza pubblica, l'art. 51, D.lgs. n. 163/2006, consentendo per ogni tipo di appalto la modificazione soggettiva degli operatori economici che concorrono alla gara, include l'obbligo per la stazione appaltante di effettuare le puntuali verifiche dirette ad accertare il possesso dei requisiti previsti per l'ammissione, non solo nei riguardi dell'impresa subentrante, ma anche, nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, in osservanza del principio della necessaria continuità e/o permanenza dei requisiti necessari per l'ammissione ad una procedura concorsuale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 5/3/2009, n. 2279). Peraltro, ove il nuovo soggetto societario fosse escluso dalla gara, l'esclusione assumerebbe connotati di irragionevolezza, sproporzione, distorsione della concorrenza, non potendo partecipare alla gara medesima né il precedente soggetto venuto meno, né il nuovo soggetto giuridico risultante dalla trasformazione. Prevale, pertanto, nella ricorrenza (da accertare) dei requisiti richiesti per partecipare alla gara il principio del favor participationis unitamente al principio di conservazione afferente gli atti del procedimento di gara utilmente compiuti: "utile per inutile non vitiatur". Con la considerazione ulteriore, che, a seguito del subentro di cui alla fattispecie in esame, deriva la necessità della formale "novazione soggettiva" della polizza fideiussoria prestata a garanzia dell'offerta a nome della HELYOS SRL: tale fideiussione ineriva, infatti, al profilo oggettivo dell'organizzazione aziendale dell'impresa garantita e deve, quindi, essere riprodotta in capo al soggetto giuridico subentrante".

78)

Cfr. Carullo – Iudica, Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati, Cedam, 2012, sub art. 51, p. 531 "Deve pertanto ritenersi che, in caso di modificazioni soggettive riguardanti il soggetto partecipante alla gara, l'esistenza dei requisiti previsti per l'ammissione a quest'ultima deve essere posseduta, e quindi accertata, sia nei riguardi dell'impresa interessata dalla vicenda modificativa, che dell'impresa subentrante. (...) Va considerato l'orientamento giurisprudenziale, assunto sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'ordinamento CE in materia di avvalimento, secondo cui in caso di trasferimento di azienda, l'impresa che



partecipa ad una gara può avvalersi dei requisiti posseduti dalle imprese cedenti. Ed in vero la ragione delle operazioni di fusione, incorporazione, cessioni di ramo d'azienda ed operazioni similari, consiste proprio nella possibilità, per la società acquirente, di utilizzare i requisiti tecnici e professionali propri delle imprese cedute"; Cfr. anche TAR Sicilia-Catania, Sez. IV, 23 marzo 2009, n. 529 "Posto che l'art. 2498 c.c. rubricato "Continuità dei rapporti giuridici", nel testo introdotto dalla recente riforma societaria, prescrive che con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e prosegue in tutti i rapporti anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione, dovendo essere garantito il principio della massima partecipazione alle gare anche nei casi di trasformazione societaria (previsto all'art. 51 del d.lg. 12 aprile 2006 n. 163), legittimamente la stazione appaltante ammette il nuovo soggetto giuridico, consentendogli di avvalersi dei requisiti di ordine generale e speciale in possesso della precedente compagine societaria, salvo il potere di verificarne la sussistenza in capo allo stesso soggetto subentrante; infatti, ove il nuovo soggetto societario fosse stato escluso dalla gara, non essendosi formalmente perfezionato il mutamento di soggettività giuridica del cedente e del cessionario secondo il diritto societario e non essendo stati ancora posti in essere tutti gli adempimenti connessi all'intervenuta trasformazione, l'esclusione assumerebbe connotati di irragionevolezza, sproporzione, distorsione della concorrenza, non potendo partecipare alla gara né il precedente, né il nuovo soggetto giuridico"; Cons. Stato, Sez. V, 26 aprile 2005, n. 1873 "In tema di gare d'appalto, la fusione della società che ha partecipato alla gara con altra società comporta una successione a titolo universale della società che ne deriva nei rapporti giuridici di quella incorporata o fusa, e cioè il pieno e completo trasferimento di diritti ed obblighi delle società preesistenti nella titolarità della nuova società o dell'incorporante, con sostanziale continuità dei rapporti giuridici in atto tra questa società e l'amministrazione appaltante, che si trova, in effetti, a proseguire il rapporto in essere con un soggetto diverso per denominazione o forma societaria, ma nei cui confronti il rapporto giuridico instaurato con la partecipazione alla gara delle società incorporate o fuse continua senza alcuna modifica sostanziale".

- 79)** Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 72 "Alla materia dell'edilizia a contributo pubblico devono ritenersi applicabili, per analogia, i parametri normativi derivanti dal D.lgs. n. 163/2006, il cui art. 51 stabilisce che, qualora i concorrenti cedano un ramo d'azienda, i soggetti risultanti dall'avvenuta scissione sono ammessi alla gara previo accertamento dei necessari requisiti ed il cui art. 116 stabilisce che le cessioni di azienda e gli atti di scissione non hanno singolarmente effetto nei confronti delle stazioni appaltanti fino a che il cessionario o il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione non abbia documentato il possesso dei requisiti di qualificazione previsti; inoltre l'art. 1406 c.c. prevede che ciascuna parte può sostituire a se un terzo nei rapporti derivanti da un contratto con prestazioni corrispettive, se non ancora eseguite, ma purchè l'altra parte vi consenta".
- 80)** Le comunicazioni di cui all'art. 1 del D.P.C.M. 11 maggio 1991, n. 187 sono relative: a) alla composizione societaria; b) alla esistenza di diritti reali di godimento o di garanzia sulle azioni con diritto di voto sulla base delle risultanze del libro dei soci; c) alla indicazione dei soggetti muniti di procura irrevocabile che abbiano diritto di voto o abbiano esercitato detto diritto; d) a qualsiasi altro dato rilevante a disposizione.
- 81)** I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice sono tenuti a eseguire in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto, a pena di nullità, salvo quanto previsto nell'articolo 116
- 82)** 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. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo.
- 83)** Cfr. ZAVAGLIA, *Commento all'art. 116*, in La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice appalti, Baldi-Tomei, Milano, 2007, p. 970 "a fondamento della disparità di disciplina prevista per le due ipotesi di cessione (...) sta l'esigenza fondamentale di garantire la stazione appaltante circa la permanenza dei requisiti accertati in capo al soggetto affidatario del contratto. Tale esigenza è ritenuta prevalente anche di fronte ad una situazione più ampia, quale la cessione di azienda, che si realizza indipendentemente dai rapporti tra impresa appaltatrice ed amministrazione (...). Il divieto di cessione del contratto nasce, invece, nell'ambito della legislazione antimafia (secondo) finalità di ordine pubblico ritenute prevalenti, nell'ambito dei rapporti di appalto con la pubblica amministrazione, rispetto alle norme che disciplinano la cessione del contratto nei rapporti privatistici".
- 84)** Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2794; TAR Lazio, Roma, Sez. I, 10 marzo 2011, n. 2187. Cfr. A. Ancora, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Egea, 2013, sub art. 51, pag. 761 "Non si ritiene tuttavia che dalla diversa formulazione delle due norme si possano ricavare rilevanti differenze circa i presupposti per l'applicazione delle medesime. Infatti, per l'affitto di azienda si è visto che tale situazione è sovente prodromica all'alienazione del complesso aziendale. Tipicamente questo avviene nel corso delle procedure concorsuali, laddove vi sia l'interesse e la possibilità di non disperdere il valore produttivo e sociale dell'impresa in difficoltà. Quindi non ammettere l'affitto d'azienda come presupposto della cessione del contratto sarebbe un non senso logico e giuridico in quanto se il valore sociale dell'impresa è un valore da salvaguardare, lo è, sia durante la fase della partecipazione ad una gara d'appalto, sia, e forse a maggior ragione, durante l'esecuzione della commessa pubblica, ove l'esigenza del mantenimento dei posti di lavoro è ancora più tangibile. Parimenti anche per quanto riguarda la circostanza che l'operazione di cessione (o di affitto) riguardi solo un ramo, e non l'intero complesso aziendale, va considerato che, tanto l'art. 51, quanto l'art. 116 contemplano il caso della scissione societaria. Con la scissione di una società si verifica appunto che da una Società se ne creino due con la conseguente divisione del patrimonio aziendale, prima facente capo ad un unico soggetto, e la nascita di due nuovi complessi aziendali in grado ciascuno di avere un'autonoma capacità produttiva e quindi di creare utile. Ebbene ritenere valida ai fini della cessione del contratto un'operazione di



scissione societaria e, viceversa, non valida un'operazione di cessione di ramo d'azienda sarebbe pertanto poco logico e convincente. Tuttavia non si può negare la necessità che da parte delle Stazioni Appaltanti si valuti con particolare attenzione i casi di cessione (o affitto) di ramo d'azienda, un'attenzione maggiore in ogni caso di quella riservata agli atti dispositivi dell'intero complesso aziendale. Infatti in questi casi è doveroso verificare che il ramo d'azienda, come chiarito dalla giurisprudenza della Cassazione, abbia una sua autonomia organizzativa e funzionale tale da consentire nel nuovo contesto l'esercizio effettivo di un'autonoma attività d'impresa. E ancora affinché si abbia il trasferimento di un ramo d'azienda 'il contratto deve essere redatto in modo tale che da esso risulti senza incertezze che il cedente, avendo enucleato nella sua attività produttiva un filone che non intende più curare, trasferisce in toto quanto aveva considerato funzionale a quel filone di attività. Quanto all'acquirente, l'oggetto dell'acquisto potrà costituire lo strumento per la sua unica attività futura, oppure potrà andare a confondersi con il complesso dei beni che già possiede'. In caso contrario il rischio sarebbe quello di trovarsi di fronte ad operazioni di cessione di rami d'azienda che in realtà dissimulano delle ipotesi di cessioni di contratto che, in quanto tali, continuano ad essere bandite e sanzionate dalla vigente disciplina. Occorre pertanto che mediante il contratto di cessione i contraenti abbiano effettivamente proceduto ad un trasferimento d'azienda, o di un ramo di essa, circostanza che sussiste se il cedente ha trasferito in toto tutta la propria organizzazione o una sotto-organizzazione e non singole sue parti e se, per effetto di tale trasferimento, ne sia rimasto privo. Non si avrebbe infatti un trasferimento di azienda se, ad esempio, i contraenti avessero inteso cedere uno o più contratti di appalto in corso di esecuzione o anche determinate attrezzature o altre risorse già facenti capo all'azienda ceduta, ovvero il semplice avviamento".

85) Cons. Stato, Sez. III, ord., 13 marzo 2017, n. 1152 "Vanno rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le questioni: a) se, ai sensi dell'art. 76, comma 11, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, debba affermarsi il principio per il quale, in mancanza dell'attivazione del procedimento ivi contemplato (nuova richiesta di attestazione SOA), la cessione del ramo d'azienda comporti sempre, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione, o piuttosto, se debba prevalere la tesi che alla luce di una valutazione in concreto limita le fattispecie di cessione, contemplate dalla disposizione, solo a quelle che, in quanto suscettibili di dare vita ad un nuovo soggetto e di sostanziarne la sua qualificazione, presuppongono che il cessionario se ne sia definitivamente spogliato, ed invece esclude le diverse fattispecie di cessione di parti del compendio aziendale, le quali, ancorché qualificate dalle parti come trasferimento di "rami aziendali", si riferiscano, in concreto, a porzioni prive di autonomia funzionale e risultano pertanto inadeguate a consentire al soggetto cedente di ottenere la qualificazione; b) se l'accertamento effettuato dalla SOA, su richiesta o in sede di verifica periodica, valga sempre e solo per il futuro, oppure se, nei casi in cui l'organismo SOA accerti ex post il mantenimento dei requisiti speciali in capo al cedente, nonostante l'avvenuta cessione di una parte del compendio aziendale, l'attestazione possa anche valere ai fini della conservazione della qualificazione senza soluzione di continuità". La Sezione ha dato atto dei contrasti giurisprudenziali insorti in ordine all'effetto della cessione di un ramo di azienda sui requisiti di qualificazione. Una parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, nn. 811, 812 e 813) ha affermato che, in mancanza dell'attivazione del procedimento previsto dall'art. 76, comma 11, d.P.R. n. 207 del 2010, la cessione del ramo d'azienda comporta, in virtù dell'effetto traslativo, il venir meno della qualificazione. Altra parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2016, nn. 4347 e 4348) ha invece sostenuto che non merita condivisione la tesi secondo la quale ogni trasferimento di ramo aziendale comporta comunque, anche se il cedente non perde la consistenza che gli ha consentito di ottenere le attestazioni SOA, l'automatica decadenza dalla loro titolarità.

La Sezione - nel rimettere, a fronte di tale contrasto giurisprudenziale, la questione all'Adunanza plenaria - ha affermato di aderire all'orientamento espresso nelle sentenze della sez. V, secondo il quale non ogni trasferimento di ramo di azienda comporta, sempre e comunque, l'automatica decadenza dalla qualificazione, potendo tale conclusione essere sostenuta solo nell'ipotesi in cui il cedente abbia concretamente perso la consistenza aziendale che gli aveva consentito di ottenere le attestazioni SOA. Nessun automatismo acquisitivo vige dunque per il cessionario. La Sezione ha rimesso all'Adunanza Plenaria, anche la questione se, ai fini della conservazione della qualificazione SOA, possa assumere rilevanza l'attestazione successiva con cui l'organismo SOA accerti che, anche in seguito alla cessione di una parte del compendio aziendale, l'impresa cedente mantenga tutti i prescritti requisiti. Al riguardo, una parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 2016, nn. 811, 812 e 813) ha sostenuto che, in caso di cessione di un ramo d'azienda, né il cedente né il cessionario potrebbero avvalersi della qualificazione posseduta dall'azienda ceduta, pur potendo richiederne una nuova. Ne deriverebbe la conseguenza che l'accertamento effettuato dalla SOA potrebbe valere solo per il futuro, senza alcuna idoneità "sanante" della perdita dell'attestazione, derivante automaticamente dalla cessione. La Sezione ha affermato di non condividere questa tesi interpretativa, la quale potrebbe prestarsi a sospetti di incostituzionalità, nella misura in cui giunge ad equiparare irragionevolmente la situazione del cessionario a quella del cedente, trascurando di considerare che: a) il cessionario, in quanto soggetto nuovo, "nato" dalla cessione, è giustamente impedito nella spendita della qualificazione, con conseguente impossibilità di partecipare nelle more alle gare - trattandosi di un nuovo soggetto che intende qualificarsi sulla base di requisiti che prima oggettivamente non possedeva - sino a quando la SOA non abbia attestato che i requisiti acquistati siano in concreto sufficienti a conseguire la qualificazione; b) il cedente è invece un soggetto che possedeva i requisiti e che si presume continui a possederli sino a quando la SOA in sede di verifica non lo escluda, con il corollario che, ove invece la verifica confermi la permanenza dei requisiti, nessun dubbio dovrebbe porsi circa il diritto a spendere la qualificazione senza soluzione di continuità. L'accertamento in questa specifica ipotesi, seppur operato ex post, sostanzia - a differenza del caso del cessionario che aspira ad un quid novi - la conferma di una qualificazione già posseduta.

86) Cons. Stato, Sez. IV, 29 agosto 2002, n. 4360.



- 87) Cfr., da ultimo, TAR Napoli, Sez. I, 29 settembre 2016, n. 4480 *“L’iter procedimentale finalizzato a consentire il subentro di un’impresa alla precedente affidataria dell’appalto, pur intervenendo, dal punto di vista dello sviluppo temporale, nella fase esecutiva del contratto, riveste una connotazione pubblicistica ed è caratterizzato da poteri valutativi discrezionali di tipo autoritativo del tutto simili a quelli esercitati dalla stazione appaltante durante la procedura di gara, finalizzati alla verifica del possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria richiesti dal bando; - la posizione di diritto soggettivo connessa alla fase esecutiva del contratto, che esclude la giurisdizione del giudice amministrativo, è rinvenibile solo con riferimento alla posizione dell’originaria aggiudicataria, mentre con riguardo alla posizione della società cessionaria del ramo d’azienda che intende subentrare nel contratto stipulato dalla cedente, è rinvenibile una posizione di interesse legittimo che incardina la giurisdizione del giudice amministrativo, conseguendo a tale cessione del ramo d’azienda ed alla richiesta di subentro nel contratto una fase discrezionale finalizzata all’accertamento dei relativi presupposti, del tutto simile a quella di affidamento del servizio, a fronte della quale non sono rinvenibili posizioni di tipo paritetico (TAR Lazio, sez. I, 10 marzo 2011 n.2187); - il rilievo appena esposto consente, dunque, di ritenere correttamente incardinata presso questo giudice la controversia in esame”*.
- 88) Ne conseguiva che fino allo spirare del termine di 60 giorni previsto dall’art. 116, comma 2, unico soggetto responsabile delle obbligazioni nascenti dal contratto di appalto rimaneva l’originario aggiudicatario. In mancanza di opposizione nel termine – decorrente dall’ultima delle comunicazioni pervenute – gli atti producevano i loro effetti nei confronti della stazione appaltante. Si discuteva, in dottrina ed in giurisprudenza, in merito alla natura dell’atto autorizzativo operato dalla Amministrazione: alla tesi privatistica, infatti, si contrapponeva quella pubblicistica che ravvisava – anche a fronte di un potere vincolato – la sussistenza di un interesse legittimo in relazione alla tutela pubblicistica sottesa al controllo operato dalla stazione appaltante; Cfr. sul punto TAR Puglia, Lecce, Sez. II, 1 marzo 2013, n. 458.
- 89) Per una recente vicenda legata alla risoluzione di un contratto di affitto di azienda alla impresa aggiudicataria e successiva cessione del ramo di azienda ad altra impresa V. Cass., ord. 18 novembre 2016, n. 23468. In particolare, secondo la Suprema Corte, *“La questione posta con l’istanza di regolamento è se rientri nella giurisdizione dell’adito giudice amministrativo o del giudice ordinario conoscere della controversia promossa dalla nuova cessionaria del ramo di azienda per ottenere, oltre al risarcimento del danno, l’annullamento del provvedimento con cui la stazione appaltante, su parere conforme di ANAC, ha rigettato, nel dichiarare la risoluzione di diritto dell’appalto, la richiesta di sostituzione della mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese affidatarie dell’appalto stesso. 4. – Le Sezioni Unite ritengono che la giurisdizione spetta al giudice ordinario. 4.1. – La controversia di cui trattasi si colloca nella fase esecutiva del contratto di appalto, sicché, alla stregua del criterio di riparto fissato dall’art. 133, comma 1, lettera e), numero 1), cod. proc. amm., essa fuoriesce dalla giurisdizione esclusiva riconosciuta al giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di appalti pubblici. 4.2. – In linea generale, una volta instaurato, a seguito di aggiudicazione conseguente a procedimento di evidenza pubblica, il rapporto negoziale privatistico tra la P.A. e l’aggiudicatario, tutte le controversie attinenti alle successive vicende verificatesi durante la fase di esecuzione del contratto, tenuto conto della condizione di parità tra le parti e, dunque, della natura di diritto soggettivo connotante la posizione di quella privata, rientrano, di regola, nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass., Sez. U., 11 gennaio 2011, n. 311; Cass., Sez. U., 24 aprile 2014, n. 9252; Cass., Sez. U., 8 novembre 2016, n. 22649)”*.
- 90) Cass., ord. 18 novembre 2016, n. 23468 *“Né, ancora, una configurazione in senso pubblicistico dell’attività della stazione appaltante può farsi derivare dal parallelismo tra verifica dei requisiti in sede di procedura di gara, là dove le vicende soggettive riguardano, ai sensi dell’art. 51 del medesimo codice, il candidato, l’offerente o l’aggiudicatario, e verifica dei requisiti per il subentro del nuovo soggetto nella titolarità del contratto, ai sensi del citato art. 116. Il parallelismo è infatti impedito dal fatto che solo nel primo caso sussiste un’ipotesi di giurisdizione esclusiva, con conseguente indifferenza ai fini del riparto di giurisdizione, nella fase anteriore alla stipula del contratto, dello stabilire se la situazione del subentrante sia di tipo paritetico o di interesse legittimo. 4.5. – La conclusione qui raggiunta trova conferma nella giurisprudenza di questa Corte regolatrice. In una vicenda, analoga alla presente, nella quale l’oggetto del contendere era costituito dalla modificazione soggettiva intervenuta nel rapporto contrattuale, a seguito del subentro della cessionaria, già affittuaria, all’originaria contraente aggiudicataria della gara di appalto, denunciandosi, da parte di altra società che aveva partecipato alla gara, che la stazione appaltante, omettendo i dovuti controlli, non avesse impedito la lamentata operazione traslativa e revocato l’aggiudicazione per il venir meno dei relativi requisiti, le Sezioni Unite (ordinanza n. 9252 del 2014, cit.) hanno dichiarato la giurisdizione del giudice ordinario. Si tratta di un orientamento condiviso dal Consiglio di Stato. Il giudice amministrativo di appello ha infatti affermato (Sez. VI, 11 luglio 2008, n. 3502) che l’impresa che aspira al subentro nel contratto di appalto (ai sensi degli allora vigenti artt. 35 e 36 della legge 11 febbraio 1994, n. 109) ha una posizione di diritto soggettivo afferente alla fase esecutiva di un contratto già stipulato con la P.A., rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario; ed ha ribadito (Sez. V, ordinanza 7 dicembre 2011, n. 5368) che vi è difetto di giurisdizione del giudice speciale nella controversia avente ad oggetto l’impugnazione del diniego di cessione di ramo di azienda, la risoluzione del contratto per inadempimento, l’incameramento della cauzione definitiva, trattandosi di manifestazioni di autotutela privatistica che intervengono nella fase della esecuzione del rapporto contrattuale”*.
- 91) Sulle conseguenze della inosservanza del divieto V. Cass., Sez. I, 3 ottobre 2000, n. 13075 *“Precedentemente all’entrata in vigore della l. n. 109 del 1994, il generale principio della cedibilità di un credito in assenza del consenso del debitore ceduto (art. 1260 c.c.) trovava deroga, per i crediti verso lo Stato e gli enti pubblici territoriali, nel disposto dell’art. 9 l. n. 2248 del 1865, all. E - secondo il quale la cessione dei crediti vantati verso pubbliche amministrazioni e derivanti da contratti di appalto di lavori pubblici richiedeva*



l'adesione dell'amministrazione interessata -, con la conseguenza che l'eventuale cessione stipulata tra l'impresa creditrice ed il terzo in assenza dell'adesione dell'ente debitore, pur valida tra le parti, non era opponibile a detto ente, costituendo la mancata adesione dell'amministrazione una causa estrinseca di inefficacia della cessione, inefficacia perdurante, in via provvisoria, sino a quando il contratto di appalto fosse "in corso", ma destinata, per l'effetto, a cessare con la conclusione del rapporto contrattuale"; v. anche Cianflone – Giovannini, op. cit., 961 "Dalla ragione del divieto di cessione si deduceva poi la inammissibilità dell'azione surrogatoria (art. 2900 c.c.) da parte dei creditori dell'appaltatore. Si deduceva pure il limite della efficacia del divieto nel tempo. Questo limite veniva individuato nella approvazione del collaudo, la quale, implicando l'accertamento della regolare esecuzione dell'opera, faceva venir meno la ragione del divieto. Si escludeva che questo limite potesse essere costituito dalla ultimazione dell'opera, poiché questa attenuava ma non eliminava la ragione del divieto. Solo il collaudo dà infatti la certezza che l'opera fu eseguita bene e che non si rendono necessari lavori di riparazione o di rifacimento". Occorre subito rilevare che l'articolo 1, comma 1, del D.lgs. 1° dicembre 2009, n. 179, ha ora dichiarato indispensabile la permanenza in vigore del presente articolo.

92) Secondo una parte della dottrina tale abrogazione sarebbe illegittima in quanto attuata con norma regolamentare viziata da eccesso di delega.

93) La disposizione originaria era la seguente *"E vietato all'appaltatore di cedere o subappaltare tutta od in parte l'opera assunta, senza l'approvazione della Autorità competente, sotto la comminatoria della immediata rescissione del contratto e di una multa corrispondente al ventesimo del prezzo del deliberamento. E pure vietata qualunque cessione di credito e qualunque procura, le quali non siano riconosciute. Sono permessi soltanto i cottimi per la esecuzione dei movimenti di terra, sempre però sotto la responsabilità dell'appaltatore".* Il riferimento alla "procura" tendeva a sanzionare anche le fattispecie elusive del divieto quali, ad esempio, l'incaricato di pagamento investito con procura. Sotto tale profilo, peraltro, occorre rilevare che mentre il cessionario riceve la prestazione per sé, il destinatario del pagamento è la persona materialmente incaricata di ricevere il pagamento in nome e per conto del titolare del credito e non già in quanto titolare del diritto. Cfr. Cass., Sez. I, 30 gennaio 2003, n. 1391 *"Il mandato irrevocabile all'incasso, a differenza della cessione di credito, non trasferisce la titolarità del credito, che resta in capo al mandante, ma solo la legittimazione a riscuoterlo e la garanzia si realizza in forma empirica e di fatto, come conseguenza della disponibilità del credito verso il terzo e della prevista possibilità che, al momento dell'incasso, il mandatario trattenga le somme riscosse, soddisfacendo così il suo credito. Ne consegue che, non integrando il mandato stesso una cessione di credito con funzione di garanzia, gli atti solutori sono autonomamente revocabili, ai sensi dell'art. 67 l. fall., indipendentemente dalla revocabilità del mandato. La situazione non muta nel caso in cui il mandatario non sia il creditore che viene poi soddisfatto attraverso l'esecuzione del mandato, in quanto in questa ipotesi il mandato è irrevocabile nell'interesse del terzo creditore e la sua esecuzione integra gli estremi di un pagamento che viene effettuato dal mandatario (terzo) con provvista del mandante debitore e realizza pur sempre una indiscutibile funzione solutoria".* Occorre anche evidenziare che mentre secondo il disposto di cui all'art. 9, All. E, il divieto era riferito al "prezzo dei contratti in corso", l'art. 339 della L. n. 2248/1865 (All. F), faceva riferimento a tutti i crediti; conseguentemente il divieto andava riferito a tutti i compensi, contrattuali ed extracontrattuali, cui avesse dato causa l'esecuzione dei lavori.

94) Art. 69 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 *"Le cessioni, le delegazioni, le costituzioni di pegno, i pignoramenti, i sequestri e le opposizioni relative a somme dovute dallo Stato, nei casi in cui sono ammesse dalle leggi, debbono essere notificate all'amministrazione centrale ovvero all'ente, ufficio o funzionario cui spetta ordinare il pagamento.*

La notifica rimane priva di effetto riguardo agli ordini di pagamento che risultino già emessi. Potrà, per altro, il creditore fare tale notificazione all'ufficiale, tesoriere o agente incaricato di eseguire il pagamento degli ordini o di effettuare la consegna degli assegni di cui all'art. 54, lettera a).

Le cessioni, le delegazioni, le costituzioni di pegno e gli atti di revoca, rinuncia o modificazione di vincoli devono risultare da atto pubblico o da scrittura privata, autenticata da notaio.

I pignoramenti, i sequestri e le opposizioni hanno efficacia soltanto se fatti nei modi e nei casi espressamente stabiliti dalla legge.

Nessun impedimento può essere costituito mediante semplici inibitorie o diffide.

Qualora un'amministrazione dello Stato che abbia, a qualsiasi titolo ragione di credito verso aventi diritto a somme dovute da altre amministrazioni, richieda la sospensione del pagamento, questa deve essere eseguita in attesa del provvedimento definitivo.

Tra le amministrazioni dello Stato devono intendersi le Agenzie da esso istituite, anche quando dotate di personalità giuridica. Alle predette amministrazioni devono intendersi equiparate l'Agenzia del demanio e l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, in considerazione sia della natura delle funzioni svolte, di rilevanza statale e riferibili direttamente allo Stato, sia della qualità, relativamente all'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, di rappresentante dello Stato italiano nei confronti della Commissione europea ai sensi del decreto legislativo 27 maggio 1999, n. 165, e successive modificazioni".

Art. 70 *Gli atti considerati nel precedente articolo 69, debbono indicare il titolo e l'oggetto del credito verso lo Stato, che si intende colpire, cedere o delegare.*

Con un solo atto non si possono colpire, cedere o delegare crediti verso amministrazioni diverse.

Per le somme dovute dallo Stato per somministrazioni, forniture ed appalti, devono essere osservate le disposizioni dell'art. 9, allegato E, della L. 20 marzo 1865, n. 2248, e degli artt. 351 e 355, allegato F, della legge medesima".

95) Si veda M. Conforti, La disciplina speciale della cessione del credito vantato nei confronti della P.A., nota a Corte Cost. 7 giugno 2013, n. 131, in Contratti, 2014, 1, 24; Cass. 28 gennaio 2002, n. 981 *"Essendo opportuno premettere l'esposizione della normativa speciale*



concernente la cessione dei crediti nei confronti della pubblica amministrazione, occorre muovere dall'art. 9 della legge 20 marzo 1865 n. 2248 All. E, il quale dispone che "sul prezzo dei contratti in corso non potrà avere effetto alcun sequestro, nè convenirsi cessione, se non vi aderisca l'amministrazione interessata". Per l'art. 69 3 comma del R.D. 18 novembre 1923 n. 2440 (norme sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato) "le cessioni (...) devono risultare da atto pubblico o da scrittura privata, autenticata da notaio". Stabilisce ancora l'art. 70 3 comma dello stesso R.D. che "per le somme dovute dallo Stato per somministrazioni, forniture ed appalti, devono essere osservate le disposizioni dell'art. 9, All. E, della legge 20 marzo 1865 n. 2248, e degli artt. 351 e 355, All. F, della legge medesima". Per completezza, l'art. 339 della legge sui lavori pubblici (l. 20 marzo 1865 n. 2248, All. F), dopo aver posto il divieto sia della cessione del contratto di appalto sia del subappalto senza l'autorizzazione dell'amministrazione, soggiunge: "È pure vietata qualunque cessione di credito e qualunque procura, le quali non siano riconosciute". Orbene, sorge questione, anzitutto, se la disposizione originaria dell'art. 9 cit., concernente tutti i contratti, sia stata confermata da quella successiva dell'art. 70 del R.D. cit., oppure se il legislatore abbia così inteso restringere la portata della prima, limitando la necessità dell'adesione della p.a. solo per determinati crediti, cioè appunto per quelli derivanti dall'esecuzione di contratti di somministrazione, di appalto o di fornitura. Quest'ultima tesi è, ad avviso del Collegio, preferibile, in forza del principio di cui all'art. 14 delle preleggi, essenzialmente in base al rilievo che la disciplina speciale in questione deroga a quella ordinaria, secondo la quale la cessione ha effetto nei confronti del debitore ceduto in base alla semplice accettazione o notificazione. Tale soluzione è anche conforme al principio per cui, nei rapporti nei quali lo Stato agisce "jure privatorum", le disposizioni che definiscono l'area di incidenza dei privilegi della p.a., comportanti una restrizione dell'autonomia negoziale dei privati, vanno interpretate in senso restrittivo, in linea col precetto di cui all'art. 41 1 comma della Costituzione. Ciò comporta che la disciplina di cui all'art. 9 cit. deve ritenersi abrogata, ai sensi dell'art. 15 disp. sulla legge in generale, per tutti i casi nei quali non è espressamente richiamata dall'art. 70 del R.D. n. 2440 del 1923. Va in secondo luogo sottolineato che, da un punto di vista tecnico giuridico, la "fornitura" non si distingue dalla "somministrazione", non ricorrendo tra le stesse alcuna differenza sostanziale, sicché, come ha messo in luce un'accreditata dottrina, i contratti di fornitura altro non sono se non i contratti di somministrazione stipulati dalle pubbliche amministrazioni; e, in definitiva, la "fornitura" non costituisce un'autonoma figura contrattuale, ma è solo l'impropria denominazione del contratto di somministrazione".

- 96) Cfr. Cass. 28 gennaio 2002, n. 981 "Con riferimento alla disciplina della cessione dei crediti verso la p.a. (da intendersi nel suo complesso, ivi compresi pertanto anche i Comuni), il divieto di cessione senza l'"adesione" della p.a. si applica solamente ai rapporti di durata come l'appalto e la somministrazione (o fornitura), solo rispetto ai quali il legislatore ha ravvisato, in deroga al principio generale della cedibilità dei crediti anche senza il consenso del debitore (art. 1260 c.c.), l'esigenza di garantire con questo mezzo la regolare esecuzione, evitando che durante la medesima possano venir meno le risorse finanziarie al soggetto obbligato e possa risultare così compromessa la regolare prosecuzione del rapporto. Ne deriva che la cessione di un credito insorgente da un ordinario contratto di compravendita soggiace in tutto e per tutto (salvo che per la forma prevista dall'art. 69, comma 3, r.d. n. 2440 del 1923) all'ordinaria disciplina codicistica (Nel caso, la S.C. ha affermato che un'accettazione recante sottoscrizione del sindaco - o anche di un assessore - data, timbri del Comune e numero di protocollo deve ritenersi quantomeno equivalente alla notifica diretta al Comune, in persona del sindaco, ricevuta da un qualsiasi impiegato, con conseguente opponibilità al Comune della cessione in questione)".
- 97) Cass. 28 gennaio 2002, n. 981 "Consegue da tutto quanto esposto che il divieto di cessione senza l'"adesione" della p.a. si applica, in definitiva, solo ai rapporti di durata come l'appalto e la somministrazione (o fornitura), solo rispetto ai quali il legislatore ha ravvisato, in deroga al principio generale della cedibilità dei crediti anche senza il consenso del debitore (art. 1260 c.c.), l'esigenza di garantire con questo mezzo la regolare esecuzione, evitando che, durante la medesima, possano venir meno le risorse finanziarie al soggetto obbligato e così possa essere compromessa l'ulteriore, regolare prosecuzione del rapporto (cfr. Cass. 18 novembre 1994 n. 9789); e non pure a un contratto, non di durata ma ad esecuzione istantanea, come quello di cui si discute, che è un'ordinaria compravendita. La cessione di credito di cui si controverte, pertanto, non richiede il requisito dell'"adesione" della p.a. (atto equipollente al "riconoscimento" di cui all'art. 339 della legge sui lavori pubblici, costruito dalla giurisprudenza come un requisito estrinseco alla cessione, come un'autorizzazione che rende la cessione, già perfetta tra le parti, efficace nei confronti della p.a.; e dunque come un atto negoziale, una manifestazione di volontà, frutto di un apprezzamento discrezionale, come tale di competenza degli organi deliberanti dell'Ente); ma soggiace, in tutto e per tutto (salvo che per la forma prevista dall'art. 69 3 comma del R.D. n. 2440 del 1923, che nella specie non è in contestazione), all'ordinaria disciplina codicistica".
- 98) Cass. 28 gennaio 2002, n. 981 "Ed ancora è bene ricordare che la disciplina della cessione dei crediti verso lo Stato, oggetto di esame, è riferibile alla p.a. nel suo complesso, vale a dire nelle sue varie articolazioni, comprensive degli enti pubblici che la compongono, con la conseguenza che dev'essere ritenuta applicabile anche alle cessioni di crediti vantati nei confronti di un Comune (cfr. Cass. 11 dicembre 1996 n. 11041)"; Cfr. anche Cassazione, Sez. I, 18 novembre 1994, n. 9789.
- 99) Cass. Sez. III, 11 gennaio 2006, n. 268 "Con riferimento alla disciplina della cessione dei crediti verso la p.a. (da intendersi nel suo complesso, ivi compresi, pertanto, anche gli enti pubblici), il divieto di cessione senza l'"adesione" della p.a. si applica solamente ai rapporti di durata, come l'appalto e la somministrazione (o fornitura), rispetto ai quali soltanto il legislatore ha ravvisato, in deroga al principio generale della cedibilità dei crediti anche senza il consenso del debitore (art. 1260 c.c.), l'esigenza di garantire con questo mezzo la regolare esecuzione, evitando che durante la medesima possano venir meno le risorse finanziarie al soggetto obbligato e possa risultare così compromessa la regolare prosecuzione del rapporto. Ne consegue che il divieto di cui all'art. 9 l. 20 marzo 1865, n.



2248, all. E richiamato dall'art. 70 del r.d. n. 2440 del 1923, a norma del quale, sul prezzo dei contratti in corso non può convenirsi cessione se non aderisca l'amministrazione interessata, resta valido finché la fornitura non sia completamente eseguita, giacché, una volta ultimata, non sussiste alcuna ragione per procrastinare, in deroga al principio di cui all'art. 1260 c.c. della generale cedibilità dei crediti indipendentemente dal consenso del debitore, la "inefficacia provvisoria" della cessione dei crediti residui sui quali l'amministrazione non possa vantare ulteriori diritti. Pertanto, allorché il contratto di appalto all'origine del credito ceduto, alla data della comunicazione della cessione, risulti completamente esaurito (nella specie, per essere stati i lavori completati da circa due anni), non vi è necessità di accettazione del credito da parte dell'ente pubblico".

- 100)** Cass., Sez. III, 11 gennaio 2006, n. 268 "Con riferimento alla disciplina della cessione dei crediti verso la p.a. (da intendersi nel suo complesso, ivi compresi, pertanto, anche gli enti pubblici), il divieto di cessione senza l'"adesione" della p.a. si applica solamente ai rapporti di durata, come l'appalto e la somministrazione (o fornitura), rispetto ai quali soltanto il legislatore ha ravvisato, in deroga al principio generale della cedibilità dei crediti anche senza il consenso del debitore (art. 1260 c.c.), l'esigenza di garantire con questo mezzo la regolare esecuzione, evitando che durante la medesima possano venir meno le risorse finanziarie al soggetto obbligato e possa risultare così compromessa la regolare prosecuzione del rapporto. Ne consegue che il divieto di cui all'art. 9 l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E richiamato dall'art. 70 del r.d. n. 2440 del 1923, a norma del quale, sul prezzo dei contratti in corso non può convenirsi cessione se non aderisca l'amministrazione interessata, resta valido finché la fornitura non sia completamente eseguita, giacché, una volta ultimata, non sussiste alcuna ragione per procrastinare, in deroga al principio di cui all'art. 1260 c.c. della generale cedibilità dei crediti indipendentemente dal consenso del debitore, la "inefficacia provvisoria" della cessione dei crediti residui sui quali l'amministrazione non possa vantare ulteriori diritti. Pertanto, allorché il contratto di appalto all'origine del credito ceduto, alla data della comunicazione della cessione, risulti completamente esaurito (nella specie, per essere stati i lavori completati da circa due anni), non vi è necessità di accettazione del credito da parte dell'ente pubblico".
- 101)** Cfr. Cass. Sez. I, 24 settembre 2007, n. 19571 "In tema di cessione dei crediti vantati nei confronti di pubbliche amministrazioni (nella specie, nei confronti di un Comune) per l'esecuzione di appalti di lavori pubblici, l'inapplicabilità della disciplina - derogatoria rispetto a quella del codice civile - prevista per l'ipotesi che il cessionario sia una banca o un intermediario finanziario comporta che, in mancanza di tale condizione, si applichi non già la disciplina del codice civile, bensì quella speciale di cui all'art. 9 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, ed agli art. 69 e 70 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440, che subordina la cessione all'adesione esplicita dell'amministrazione e all'ultimazione dei lavori (in motivazione, la Suprema Corte ha precisato che tale conclusione vale anche dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, il cui art. 117, confermando la cedibilità dei crediti nei confronti della p.a. derivanti dall'esecuzione di appalti per lavori pubblici, ribadisce la necessità che il cessionario sia un'impresa qualificata e, per l'eventualità che il cessionario non sia in possesso dei prescritti requisiti, non prevede l'applicabilità delle norme generali del codice civile)". In senso contrario si veda Cianflone – Giovannini, op. cit., 967-968 "Mette qui conto segnalare che, secondo una dottrina, l'art. 26, comma 5, della l. n. 109 del 1994 avrebbe avuto il limitato scopo di richiamare l'operatività della l. n. 52 del 1991 nel settore dei lavori pubblici, senza comportare l'abrogazione né dell'art. 339 della l. n. 2248 del 1865 (poi disposto, in thesi, illegittimamente dall'art. 231, comma 1, lett. a) del d.P.R. n. 554 del 1999), all. F, né dell'art. 9 della l. n. 2248 del 1865, all. E. In conformità al prevalente orientamento interpretativo, sembra difficile poter condividere tali conclusioni, pur se basate su perspicui elementi ermeneutici. Sembra, in particolare, doversi ritenere che la l. n. 109 del 1994, particolarmente attenta a disciplinare i fenomeni di successione interessanti la figura dell'appaltatore per le ragioni più volte notate (...) abbia inteso con l'art. 26, comma 5, regolare esaustivamente la materia de qua, pretermettendo alcun richiamo alla "ordinaria" cessione di crediti proprio perché non voluta".
- 102)** Nella fattispecie concreta, infatti, la Corte di Cassazione, a fronte di una cessione di un credito derivante da un appalto stipulato da un Comune, ha ritenuto applicabile la sola disciplina di cui all'art. 9, All. E, L. n. 2248/1865 e non già quella di cui all'art. 69, comma 3, R.D. n. 2440/1923, in tema di forma della cessione, non essendo, peraltro, applicabile la speciale disciplina di cui alla L. n. 52/1991.
- 103)** Cfr. anche F. Caringella, (...) 90-91 "Secondo la tesi privatistica, che si fonda sul 'nomen', nonché sulla volontà del legislatore di estendere l'applicazione del diritto privato proprio come è accaduto per l'istituto del recesso di cui all'art. 108, si tratta di istituto prettamente privatistico. In questo senso è fin troppo agevole osservare come non vi sia nel testo del codice, nella parte relativa all'esecuzione del contratto e, più segnatamente, nell'art. 108, alcun accenno espresso al potere pubblicistico di annullamento e, in generale, all'autotutela di diritto pubblico. Viene quindi naturale leggere tra le trame, allargando lo sguardo anche all'art. 109, una scelta di fondo del legislatore, deciso a sterilizzare completamente i poteri di autotutela pubblicistica una volta stipulato il contratto. Al fine di donare nuova linfa ai principi di piena parità tra le parti e di integrale soggezione del contratto pubblico alle regole privatistiche, il codice avrebbe previsto, in luogo di annullamento e revoca, rimedi squisitamente privatistici come, rispettivamente, la risoluzione (art. 108) ed il recesso (art. 109). La tesi è confermata, ad avviso di questi autori, dal mancato richiamo all'art. 21 nonies, letto in simbiosi con il riferimento che a tale norma è effettuato dall'articolo 176 per le concessioni. Resta confermato, secondo questo assunto, che la concessione conserva ancora una fisionomia pubblicistica, in guisa da giustificare la soggezione all'autotutela autoritativa, al contrario dell'appalto, la cui natura integralmente privatistica impedisce un potere imperativo dopo la dimissione della veste pubblicistica con la stipula del contratto".
- 104)** Cfr. Cass., Sez. Un., 26 giugno 2003, n. 10160 "In tema di appalto di opere pubbliche, una volta che l'accordo contrattuale sia da considerare concluso in modo definitivo e definitivamente efficace, la scelta della p.a. committente di non eseguire l'opera come progettata, compiuta per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del potere, non pubblico di revoca, ma contrattuale



di recesso, di cui all'art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F, sicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario"; Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2008, n. 29425 "Nelle procedure aventi ad oggetto l'affidamento di lavori, servizi e forniture, la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, ivi compresa la revoca dell'aggiudicazione, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre la successiva fase contrattuale, afferente all'esecuzione del rapporto, spetta alla giurisdizione del giudice ordinario (con la sola eccezione del recesso dell'appaltante ai sensi dell'art. 11, commi 2 e 3, del d.P.R. n. 252 del 1998, fondato sull'acquisizione dell'informativa prefettizia per infiltrazioni mafiose nell'impresa appaltatrice, quand'anche già stipulante). Conseguentemente, una volta stipulato il contratto, la revoca dell'aggiudicazione effettuata per sopravvenuti motivi di opportunità, fondati sulla diversa destinazione dei fondi assegnati, rientra nell'ambito del generale potere contrattuale di recesso (previsto, per i contratti di appalto di opere pubbliche, dall'art. 345 all. F della legge n. 2248 del 1865), sul cui esercizio sussiste la giurisdizione del giudice ordinario". L'individuazione del contratto come linea di confine tra la giurisdizione amministrativa (per le vicende precedenti) e ordinaria (per le vicende successive) è stata poi affermata anche da Cass., sez. un., 23 aprile 2008 n. 10443, con l'affermazione che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie relative alle procedure di affidamento in materia di pubblici servizi (ai sensi dell'art. 33, lett. d, d. lgs. n. 80 del 1998) concerne l'annullamento degli atti di gara e i verbali di aggiudicazione, per cui eccede i limiti della propria giurisdizione il giudice amministrativo che proceda all'annullamento dei contratti stipulati all'esito delle relative gare e pronunci sugli effetti di questi, atteso che dai contratti sorgono diritti soggettivi la cui lesione non è effetto della gara e la cui tutela resta riservata alla giurisdizione del giudice ordinario, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. La stessa impostazione si trova in Cass., sez. un., 18 luglio 2008 n. 19805, che ha attribuito al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia, ovvero l'annullamento, del contratto di appalto pubblico di servizi a seguito dell'annullamento della delibera di scelta del contraente privato, adottata all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, giacché in ciascuno dei casi anzidetti la controversia non ha ad oggetto i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma il successivo rapporto di esecuzione del contratto derivante dalla sua stipulazione e rispetto al quale gli interessati invocano l'accertamento di un aspetto patologico al fine di impedirne l'adempimento. In senso conforme alla seconda parte della massima cfr. Cass., sez. un., 26 giugno 2003 n. 10160, secondo cui quando l'accordo contrattuale in materia di opere pubbliche è concluso in modo definitivo e definitivamente efficace, la scelta della pubblica amministrazione committente di non eseguire l'opera come progettata, compiuta per sopravvenuti motivi di opportunità, rientra nell'ambito del potere, non pubblico di revoca, ma contrattuale di recesso, di cui all'art. 345, l. 20 marzo 1865 n. 2248, All. F, sicché la relativa controversia spetta alla giurisdizione del giudice ordinario.

- 105)** Cons. Stato, Ad. Plen., 20 giugno 2014, n. 14 "I poteri generali di autotutela dell'amministrazione, in una vicenda contrattuale, comportano la possibilità: a) della revoca nella fase procedimentale fino alla stipulazione del contratto, b) dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, c) del recesso della stazione appaltante quando si verificano i presupposti previsti dalla normativa antimafia. Il potere di revoca dell'aggiudicazione non può essere esercitato dalla p.a. una volta intervenuta la stipula del contratto di appalto, che chiude la fase pubblicistica ed apre quella negoziale, caratterizzata da tendenziale parità tra le parti. Di conseguenza, negli appalti di lavori pubblici, in caso di sopravvenuti motivi di opportunità, la p.a. può recedere dal contratto, secondo la speciale previsione di cui all'art. 134 del codice degli appalti, con le conseguenze indennitarie ivi previste. Nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le p.a. 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 d.lg. n. 163 del 2006".
- 106)** Cfr. F. Caringella, (...) "Un'ulteriore perplessità nasce dall'incompletezza della disciplina di cui all'art. 108 (sul piano della procedura, degli effetti e della necessità di un ricorso al giudice ordinario), che lascia anche scoperto il problema della disciplina per i vizi di legittimità diversi da quelli tassativamente contemplati. Altro elemento a supporto della tesi pubblicistica è, poi, rappresentato, secondo questi autori, dalla disciplina specifica di cui all'art. 176 del nuovo codice in tema di concessione. In detto articolo si stabilisce, con una terminologia ancora una volta assai imprecisa, che la concessione 'cessa' in talune ipotesi di seguito tassativamente elencate. Ipotesi che ricalcano, in buona sostanza, i casi di cui all'art. 108. Che la cessazione passi per un annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione è, in questo caso, chiarito dal richiamo, effettuato dal comma 2, all'articolo 21 nonies della l. n. 241 del 1990. In maniera ancora più esplicita il comma 2 dell'articolo 176 disegna un regime specifico per il caso in cui "l'annullamento d'ufficio dipenda da un vizio non imputabile al concessionario". Il quadro è, in ultimo, ulteriormente complicato dalla rubrica dell'articolo ove si parla, addirittura, di 'cessazione' della concessione, contrapponendo la stessa, quasi a sottolinearne l'alterità alla 'revoca d'ufficio' ed alla risoluzione per inadempimento. Ebbene, se per le concessioni il fenomeno della 'cessazione' è certamente conseguente all'annullamento d'ufficio appare illogico, secondo questa tesi, che, in tema di appalti, a conclusioni diverse si debba pervenire a fronte di casi sostanzialmente identici ex art. 108 riferiti agli appalti. Invero non vi sarebbe alcuna plausibile ragione per operare una simile discriminazione (...). Si conclude, pertanto, che l'art. 108, pur parlando di 'risoluzione' avrebbe contemplato, nella sostanza, talune ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione. Il legislatore si sarebbe limitato a descriverne le conseguenze, prendendo atto che dalla rimozione in autotutela dell'aggiudicazione non può che seguire lo scioglimento del contratto medio tempore stipulato".



- 107)** Cfr. F. Caringella *“Un primo aspetto è quello della portata temporale del potere di annullamento d’ufficio. Anche argomentando a contrario rispetto a ciò che è espressamente previsto per il caso della concessione dall’art. 176, si conclude, da parte dei fautori della tesi pubblicistica, che, in materia di appalti, nelle ipotesi di cui all’art. 108 lett. c) e d), continui a trovare applicazione il limite massimo dei diciotto mesi. Questa soluzione, oltre ad evitare che vengano frustrate le finalità alla base delle modifiche introdotte nel 2015, consente di restituire coerenza all’impianto normativo. Sarebbe, del resto, assolutamente irragionevole accordare una tutela qualificata all’affidamento del privato in ordine alla stabilità del provvedimento favorevole solo nella fase anteriore alla stipula, per consentire, a valle, a contratto concluso, sine die la risoluzione. Rimane, inoltre, da chiarire se la stazione appaltante conservi il potere di annullare l’aggiudicazione nelle ipotesi diverse da quelle espressamente enucleate dall’art. 108. Pare, sulla scorta del dato letterale, che l’elencazione fornita dal legislatore sia tassativa. Ma questa tassatività, come rivela l’ultima parte della lett. d) del comma 1 è, in larga misura, solo apparente. La disposizione in questione, oltre a non brillare per chiarezza, reca in chiusura una fattispecie dall’evidente carattere residuale. Essa si riferisce a tutti i casi in cui sia intervenuta ‘una sentenza passata in giudicato per violazione del presente codice’. La sua latitudine applicativa è, quindi, in linea con la formulazione ‘aperta’ dell’art. 73 della direttiva, assai ampia, finendo con l’abbracciare ogni possibile illegittimità della procedura, purchè in grado di condizionare l’esito della stessa”*.
- 108)** Cfr. Tar Brescia, Sez. II, 29 dicembre 2016, n. 1790 *“Ai sensi dell’art. 105, comma 6, del nuovo Codice dei contratti pubblici, non deve essere esclusa dalla gara l’impresa che ha indicato nell’offerta di volersi avvalere del subappalto ma che, in violazione della disciplina introdotta dal Codice, non ha indicato una terna di subappaltatori, trattandosi di irregolarità essenziale ma sanabile con il c.d. soccorsi istruttorio oneroso ex art. 83, comma 9, dello stesso Codice”*. In particolare, il Tribunale ha evidenziato che nella vigenza della disciplina dettata dal “vecchio” Codice degli appalti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) l’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP e, in seguito, ANAC) aveva ripetutamente affermato (determinazione ANAC n. 1 dell’8 gennaio 2015, paragrafo 2.3 punto 3; parere ANAC n. 11 del 30 gennaio 2014; determinazione AVCP n. 4 del 10 ottobre 2012, paragrafo 8) il principio dell’obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso la cogenza dell’indicazione nominativa del subappaltatore. L’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 2 novembre 2015, n. 9 ha poi chiarito che *“le autorità istituzionalmente provviste di competenza in ordine alla vigilanza sulla corretta amministrazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici hanno costantemente espresso l’avviso della doverosità della sola indicazione delle lavorazioni da subappaltare (e non anche del nome dell’impresa subappaltatrice), validando gli schemi dei bandi confezionati in coerenza a tale regola ed ingenerando, perciò, un significativo affidamento circa la legittimità del relativo modus procedendi”*. Ha aggiunto il Consiglio di Stato che *“Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l’opzione regolatoria attinente alla doverosità dell’indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall’imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione”*. Ha aggiunto il Tar che il nuovo Codice dei contratti ha disciplinato la materia del subappalto all’art. 105, il cui comma 6 ha previsto che *“E’ obbligatoria l’indicazione della terna di subappaltatori, qualora gli appalti di lavori, servizi o forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all’art. 35 e per i quali non sia necessaria una particolare specializzazione. In tal caso il bando o avviso con cui si indice la gara prevedono tale obbligo. Nel bando o nell’avviso la stazione appaltante può prevedere ulteriori casi in cui è obbligatoria l’indicazione della terna anche sotto le soglie di cui all’art. 35”*. Il Consiglio di Stato, Comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2286, nel pronunciarsi sulle Linee guida ANAC (sull’indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c, del Codice), ha richiamato sia l’art. 105, comma 6, del Codice come disposizione che impone di enucleare sin dalla gara una terna di nomi di subappaltatori – in deroga alla regola generale secondo cui tali nomi non vanno indicati nel corso della selezione, essendo sufficiente l’identificazione delle prestazioni che l’impresa intende subappaltare, con facoltà di deposito dei relativi contratti prima dell’inizio dell’esecuzione – sia l’art. 80, commi 1 e 5, i quali prevedono che le cause di esclusione ivi contemplate determinano l’esclusione del concorrente principale anche se riferite al subappaltatore. Ha quindi affermato il Tar Brescia che conformemente all’art. 83, comma 9, del nuovo Codice dei contratti l’esclusione dalla gara del concorrente che abbia compiuto omissioni nelle dichiarazioni rese è limitata ai soli casi di irregolarità insanabili, individuate con le *“carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*. Il comma 9 del citato art. 83, al secondo alinea ha previsto che *“In particolare, la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all’art. 85, con esclusione di quelle afferenti all’offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all’uno per mille e non superiore all’uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l’avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara ...”*. L’ultimo alinea del comma 9 del citato art. 83 ha quindi disposto che *“Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l’individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa”*. Tutto ciò chiarito, il Tar ha concluso che



legittimamente è stato attivato il meccanismo del soccorso istruttorio c.d. oneroso, ritenendo l'irregolarità di natura formale ed emendabile, seppur soggetta a sanzione pecuniaria. L'impostazione predetta è avvalorata dalla possibilità di sanare le lacune del contratto di avvalimento, istituto che permette di integrare i requisiti di ammissione alla gara mediante il ricorso a un operatore che assume una responsabilità verso il committente (mentre il subappalto è una modalità esecutiva della prestazione mediante affidamenti di parti di essa a terzi, i quali intervengono nella fase esecutiva e il soggetto responsabile è unicamente l'appaltatore). Se, dunque, sono consentite specificazioni e integrazioni sul rapporto instaurato con l'impresa ausiliaria, a maggior ragione si devono ammettere delucidazioni e chiarimenti sui soggetti subappaltatori.

- 109)** Cfr. anche Autorità di Vigilanza, parere n 43/2010; secondo Cass. Sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25798, *“i contratti conclusi dalla P.A., richiedendo la forma scritta ad substantiam (quindi con esclusione di qualsivoglia manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi), devono essere consacrati in un **unico documento** - nel quale siano indicate le clausole disciplinanti il rapporto e la volontà della Amministrazione sia manifestata dall'organo rappresentativo dell'ente **salvo che la legge non autorizzi espressamente la conclusione a distanza**, a mezzo di corrispondenza, come nell'ipotesi eccezionale, prevista dal R.D. n. 2240 del 1923, art. 17, di contratti conclusi con ditte commerciali; tra tali contratti non rientra quello di appalto di opere pubbliche, per il quale, attesa anche la necessità di accordi specifici e complessi, deve escludersi che il consenso possa formarsi sulla base di scritti successivi atteggiatisi come proposta e accettazione fra assenti. (...)il contratto di appalto di OO.PP. non può formarsi attraverso gli atti prenegoziali proprio del diritto comune e ciò non per ragioni di natura formale ma di tipo sostanziale, essendo necessario che opere corrispettivi di un certo rilievo, con spesa a carico delle casse pubbliche, devono avere certezza della esatta consistenza ed articolazione dei lavori nonchè delle risorse stanziare per il loro pagamento, con forme e tempi precisamente stabiliti”*.
- 110)** La *ratio* della novella è rinvenibile nell'intento di estendere al settore dei contratti pubblici l'utilizzo delle modalità elettroniche di stipulazione in linea con le misure di informatizzazione pubblica e progressiva dematerializzazione dei procedimenti amministrativi adottate nel più ampio quadro dell'Agenda Digitale.
- 111)** Art. 17 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 *“I contratti a trattativa privata, oltre che in forma pubblica amministrativa nel modo indicato al precedente art. 16, possono anche stipularsi: per mezzo di scrittura privata firmata dall'offerente e dal funzionario rappresentante l'amministrazione; per mezzo di obbligazione stessa appiedi del capitolato; con atto separato di obbligazione sottoscritto da chi presenta l'offerta; per mezzo di corrispondenza, secondo l'uso del commercio, quando sono conclusi con ditte commerciali”*. Cfr. Cass., Sez. I, 22 dicembre 2015, n. 25798 *“i contratti conclusi dalla P.A., richiedendo la forma scritta ad substantiam (quindi con esclusione di qualsivoglia manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi), devono essere consacrati in un unico documento - nel quale siano indicate le clausole disciplinanti il rapporto e la volontà della Amministrazione sia manifestata dall'organo rappresentativo dell'ente salvo che la legge non autorizzi espressamente la conclusione a distanza, a mezzo di corrispondenza, come nell'ipotesi eccezionale, prevista dal R.D. n. 2240 del 1923, art. 17, di contratti conclusi con ditte commerciali; tra tali contratti non rientra quello di appalto di opere pubbliche, per il quale, attesa anche la necessità di accordi specifici e complessi, deve escludersi che il consenso possa formarsi sulla base di scritti successivi atteggiatisi come proposta e accettazione fra assenti (Cass. Sez. 1, sentt. nn. 59 del 2001e 7297 del 2009). Nè tale principio è in contrasto con quanto affermato da questa stessa Corte (Sez. 1) nella Sentenza n. 10069 del 2008 atteso che, nel caso richiamato, si è trattato di un appalto in variante, ossia di quella limitatissima ipotesi di modificazione della base contrattuale, laddove è stato ritenuto sufficiente il rispetto delle condizioni previste dalla L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 342, all. F, ossia la presenza dell'ordine del direttore dei lavori e l'intervenuta successiva approvazione dell'ente pubblico. Infatti, il contratto di appalto di OO.PP. non può formarsi attraverso gli atti prenegoziali proprio del diritto comune e ciò non per ragioni di natura formale ma di tipo sostanziale, essendo necessario che opere corrispettivi di un certo rilievo, con spesa a carico delle casse pubbliche, devono avere certezza della esatta consistenza ed articolazione dei lavori nonchè delle risorse stanziare per il loro pagamento, con forme e tempi precisamente stabiliti”*.
- 112)** Cfr. CNN Quesito n. 912-2014/C e n. 25-2014/DI *“Per completezza, si ricorda che in relazione all'obbligatorietà della modalità elettronica per la stipulazione dei contratti pubblici di appalto, il Ministero della Funzione pubblica, con nota del 28 febbraio 2013, ha asserito che tali contratti debbano essere sottoscritti unicamente in modalità elettronica e che, dunque, l'art. 11, comma 13, D.lgs. n. 163/2006, come novellato dall'art. 6, comma 3, del D.L. n. 179/2012, debba essere interpretato nel senso di prescrivere il documento informatico, non solo per la validità dei contratti rogati con atto pubblico notarile, ma anche per quelli stipulati con atto pubblico amministrativo o con scrittura privata. Tale interpretazione – in antitesi con la precedente lettura fornita dall'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che, nella determinazione n. 1/2013, aveva sostenuto invece l'ammissibilità del supporto cartaceo per i contratti di appalto stipulati per scrittura privata – è stata accolta anche dal CNN in una prima nota di commento alla novella legislativa in parola”*.
- 113)** Sembra che lo scambio di lettere possa avvenire “anche” tramite PEC o strumenti analoghi, ma non sarebbe dunque obbligatorio l'utilizzo di modalità elettroniche di redazione delle lettere.

(Riproduzione riservata)