

RIFLESSIONI SUL NUOVO DIRITTO DEI CONTRATTI PUBBLICI

(A MARGINE DI UNA RACCOLTA DI SCRITTI IN MEMORIA DI MICHELE PALLOTTINO)

L'evolversi del diritto è segnato innanzitutto dalla legislazione, nazionale e sovranazionale. In secondo luogo dalla giurisprudenza, che lo interpreta e lo applica. Accanto ad essa vi è la dottrina, cui un tempo si attribuiva maggiore importanza, mentre nell'epoca dell'informatica l'attività forense si concentra soprattutto nella ricerca del "precedente", ma alla dottrina, proprio in un periodo di continui mutamenti del quadro normativo, la pratica non può far a meno di ricorrere.

Ciò ricordato, tra le «novità» del diritto dei contratti pubblici si deve segnalare una imponente raccolta di scritti curata da Claudio Franchini e Federico Tedeschini^[1], destinata ad onorare la memoria del caro Collega Michele Pallottino, immaturamente scomparso.

Di tale raccolta, introdotta da un saggio del prof. Giuseppe Morbidelli ed arricchita da una prefazione del pres. de Roberto e da una postfazione del pres. de Lise, i curatori mi hanno chiesto di svolgere una presentazione.

Presentare un'opera collettiva è compito molto meno agevole della presentazione di un libro monografico. Di questo si possono cogliere le idee essenziali e elaborare qualche riflessione di commento su di esse. Di una raccolta di 37 saggi, oltre a quelli di introduzione, prefazione e postfazione, lo stesso tipo di operazione logica dev'essere ripetuta per altrettante volte. Tanto più se si tratta prevalentemente di saggi investenti problemi specifici di "nuovo diritto" creati dal «*codice dei contratti pubblici*» e dalla normativa nazionale e sopranazionale che ne è alla base e di quella che lo ha seguito ed integrato

A tale compito ho cercato di adempiere nel modo il più possibile sintetico, ma con una relazione inevitabilmente troppo lunga per essere letta per intero, una volta che la presentazione del volume è stata dalla cortese disponibilità dell'IGI inserita come momento iniziale di un convegno dedicato ad alcune specifiche novità normative più recenti.

La sempre perfetta organizzazione dell'IGI ha messo a disposizione dei presenti il testo integrale della relazione da me predisposta, che potrà essere utile come una sorta di guida alla lettura di un'opera collettiva, invero assai ponderosa.

Ognuno degli scritti contenuti nella raccolta rappresenta una monografia su uno specifico problema, sempre di grande interesse, e la lettura della relazione integrale confido induca gli "addetti ai lavori" ad approfondire lo studio di tutti i saggi, inclusi quelli che non citerò nell'esposizione orale, nella quale mi limiterò

^[1] *Una nuova pubblica amministrazione: aspetti problematici e prospettive di riforma dell'attività contrattuale* (Ed. Giappichelli, Torino, 2009).

a menzionare soltanto quelli rispetto al cui contenuto mi è sembrato di avere qualche argomento da sviluppare, in aggiunta o in dissenso rispetto al pensiero dagli autori, omettendo di soffermarmi sugli altri, senza che tale omissione possa essere intesa come una loro sottovalutazione.

Essa, al contrario, significa che su quelli omessi non sarei in grado di aggiungere nulla agli argomenti egregiamente svolti dagli autori e alle loro conclusioni, condivisibili per intero.

Come ricorda il prof. Morbidelli nel saggio introduttivo^{2[2]}, l'imponente attività di ricerca del compianto Collega Michele Pallottino alla cui memoria la raccolta è dedicata si era sviluppata su tre filoni:

1. Ambiente e paesaggio (oggetto della sua tesi di laurea)
2. Edilizia e urbanistica
3. Contratti pubblici

Quest'ultimo è il settore nel quale l'apporto scientifico di M.P. è stato maggiore.

Egli fu tra i primi a intuire l'importanza del diritto comunitario, della crescita del rapporto pubblico-privato (nelle varie figure di concessioni), dell'incremento del "tasso di consensualità" del diritto amministrativo.

Giustamente perciò su tale filone i promotori e curatori della raccolta di scritti volti ad onorarne la memoria hanno orientato la scelta dei temi da parte degli studiosi che hanno aderito all'iniziativa.

Il pres. de Roberto^{3[3]} ricorda come M.P. è stato tra i primi ad approfondire, dopo il codice dei contratti pubblici, il tema dei rapporti tra procedimento e contratto.

la prefazione segue il saggio introduttivo di Claudio Franchini^{4[4]}. L'idea di fondo che lo ispira è che la statuizione di principio secondo la quale la p.a., quando non esercita potere autoritativo, opera secondo le regole del diritto privato, conferma il nostro antico convincimento: che il contratto pubblico è, sì, un contratto di diritto privato, la cui disciplina è però pervasa di coloriture pubblicistiche, non solo per i rapporti tra procedimento di scelta del contraente ed efficacia e validità del contratto, ma anche per non trascurabili momenti della vita del rapporto.

Tale convincimento si ricollegava all'idea che i contratti pubblici siano regolati da un "diritto privato speciale", da più parti criticata: da ultimo anche nel pregevole volume di V. Ricciuto e A. Nervi^{5[5]}.

^{2[2]} G. MORBIDELLI, *Ricordanze (giuridiche e no) di un amico*, p. XXIII ss.

^{3[3]} A. DE ROBERTO, *Prefazione*, p. 31.

^{4[4]} C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti delle Amministrazioni*, 1 ss.

^{5[5]} V. RICCIUTO e A. NERVI, *Il contratto della pubblica amministrazione*, nel *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del notariato* dir. da P. PERLINGIERI, Napoli (Edizioni Scientifiche Italiane), 2009.

La qualificazione di “diritto speciale” anche da me criticata su di un piano metodologico, è stata in verità accentuata dal «*codice dei contratti pubblici*» e, contemporaneamente, dalla nuova disciplina dell’azione amministrativa, che, tanto per indicarne subito il punto di maggiore spicco, ha, riordinando le categorie dell’invalidità del provvedimento, ponendo la regola secondo la quale la semplice illegittimità ne comporta, salvo i casi eccezionali di nullità, la mera annullabilità: ossia la caducabilità solo su impulso di parte, con ciò contribuendo alla soluzione dell’annosissima *quérelle* se il contratto stipulato in esecuzione di un’aggiudicazione illegittima sia nullo, o semplicemente inefficace.

La stretta connessione tra l’evoluzione normativa della materia dei contratti pubblici (o “di diritto pubblico” o “ad evidenza pubblica”, comunque si scelga di definirli) e quella che un pregevole volume collettaneo pubblicato in onore di Franco G. Scoca dai Suoi allievi ha definito come “La riforma della pubblica amministrazione”^{6[6]} è lucidamente messa in luce nel saggio di Eugenio Picozza^{7[7]} nel quale, attraverso una visione diacronica dell’evolgersi contemporaneo sia dei dati del diritto positivo, nazionale e comunitario, sia dell’interpretazione giurisprudenziale, sia anche dell’elaborazione concettuale compiuta dalla dottrina, si individua come traguardo finale di tale evoluzione, perseguibile attraverso tre diversi percorsi, l’obiettivo di una “amministrazione di risultato”.

Per il raggiungimento di tale obiettivo la giurisprudenza pratica è messa in difficoltà dall’ancora irrisolta soluzione di taluni nodi fondamentali, come quello della cd. “pregiudiziale amministrativa”: questione rilevante sia rispetto all’azione risarcitoria per equivalente, sia rispetto alla reintegrazione in forma specifica.

In proposito non è stata ancora sufficientemente approfondita la possibilità di utilizzazione dello strumento introdotto dall’art. 21 *octies* della legge 241 modif. dalle LL. 15 e 80 del 2005.

Ma a questo proposito non si possono non richiamare le perplessità già manifestate, in generale, rispetto al problema della pregiudizialità, che si ricollega a quello ancor più generale del riconoscimento o meno, nell’attuale quadro ordinamentale comprensivo anche del diritto “europeo”, della categoria degli interessi legittimi.

Al diritto europeo, che non è solo quello della Comunità, è dedicato il saggio di Domenico Galli^{8[8]}.

^{6[6]} *La Pubblica Amministrazione e la sua azione – saggi critici sulla L. 41/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005* a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, Torino Ed. Giappichelli, 2005.

^{7[7]} E. PICOZZA, *Genesi e trasformazione del procedimento amministrativo: influenza sulla attività contrattuale della Pubblica Amministrazione, profili problematici*, p. 25 ss.

^{8[8]} D. GALLI, *I difficili rapporti tra disciplina comunitaria e nazionale in tema di contratti pubblici*, p. 8 ss.

Com' Egli osserva, l'ambito di applicazione della direttive comunitarie in materia di procedimenti concorsuali di appalto si è ampliato. Le direttive sono di norma *self-executing* e si applicano, anche al di fuori dei limiti da esse segnati, i principi generali dell'U.E. quali quelli della non discriminazione e della parità di trattamento.

Gli ordinamenti nazionali spesso si discostano dalle Direttive: talvolta anticipando i risultati rispetto alla loro entrata in vigore; altre volte invece limitandone la portata innovativa: per esempio, sulla limitazione della discrezionalità, ispirata a diffidenza nei confronti degli operatori della p.a., sulle limitazioni alla partecipazione di imprese esecutrici se collegate al progettista.

Sul "*Codice dei contratti pubblici*", la Commissione europea ha sollevato numerose critiche: circa le limitazioni al subappalto (da ciò il decreto correttivo, che non ha eliminato del tutto le incompatibilità con il diritto comunitario); circa l'esclusione degli enti previdenziali, per i quali il decreto correttivo commina solo un generico obbligo di assicurare forme di pubblicità delle gare; circa l'accelerazione del contenzioso (attraverso l'eliminazione dei 30 gg. di attesa per la stipula del contratto); circa la preclusione di invalidare o sospendere il contratto già stipulato, che riduce la tutela del concorrente leso da un'aggiudicazione illegittima al solo risarcimento per equivalente; circa la presunzione di conoscibilità delle offerte di imprese legate da rapporti di controllo con altre concorrenti; circa la limitazione della possibilità di affidamento di incarichi di progettazione infra-gruppo; circa l'esclusione dalle gare dei *general contractors* (già stigmatizzata dalla giurisprudenza per incompatibilità comunitaria: TAR Lazio n. 9630/2007)

In sintesi, il terzo decreto correttivo ha eliminato alcune incompatibilità, ma la Commissione ne ha evidenziato altre che, come osserva Galli, saranno inevitabilmente fonte di contenzioso.

Pure su di un piano di principi generali si sviluppa il saggio di Vincenzo Ricciuto^{9[9]} che contiene una penetrante analisi della norma, di non facile lettura e interpretazione, dettata dall'art. 13 del cd. "Decreto Bersani" (art. 13 D.L. 323/2006 convert. nella L. 248/2006).

Con tale norma viene limitata la capacità giuridica delle società a capitale pubblico, o miste, costituite dagli enti locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti e/o per la esternalizzazione di funzioni amministrative proprie degli stessi enti partecipanti. Per questo verso il saggio si ricollega alla tematica generale delle società di interesse nazionale (sulla quale è di recente emerso l'importante volume di Felice Santonastaso^{10[10]}).

^{9[9]} V. RICCIUTO, *Liberalizzazione del Mercato e imprese pubbliche: il nuovo quadro normativo nella prospettiva del diritto privato*, p. 37 ss.

^{10[10]} F. SANTONASTASO, *Le società di interesse nazionale*, Milano 2002, Giuffrè 2002.

La norma, che vieta l'assunzione di servizi a favore di enti pubblici diversi dai soci promotori, non si applica alle società costituite per lo svolgimento di servizi pubblici, per i quali resta piena la tutela dell'interesse del consumatore a fruire dei vantaggi della concorrenza.

Del divieto l'autore riconosce la plausibilità costituzionale, anche se non del tutto coincidente con la finalità, a prima vista opposta, enunciata dallo stesso legislatore nella "dichiarazione di intenti" espressa nel primo comma (di evitare distorsioni o alterazioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori).

Ricciuto affronta anche il delicato problema delle sanzioni applicabili ai soggetti che infrangano il divieto; problema che si ricollega alla questione generale dei rapporti tra procedimento e contratto: in questo caso però si tratta di nullità, sia pure operante solo *ex nunc*, in tal senso ritenendo doversi interpretare la regola transitoria in essa contenuta.

Al saggio di Ricciuto va accostato quello di Maurizio Mensi, che torna sul tema delle "Società strumentali" previste dall'art. 13 della Legge cd. Bersani^{11[11]}, e ribadisce l'interpretazione secondo la quale la società strumentale, cui la normativa comunitaria consente l'affidamento diretto senza confronto concorrenziale, anche se costituita dalla p.a. con un socio privato, può di tale beneficio avvalersi solo per commesse affidate dallo stesso ente pubblico suo socio, e non anche per commesse eventualmente bandite da altri soggetti, né privati e neppure pubblici.

Il saggio di Mensi sottolinea a tal fine la non confondibilità tra:

(1) le società miste costituite ai sensi dell'art. 13 (che possono assumere in appalto servizi aventi ad oggetto prestazioni svolte direttamente a favore dell'ente pubblico che le abbia promosse);

(2) le società costituite da soggetti pubblici per attuare una esternalizzazione di compiti propri della p.a., operando però, in regime di libera concorrenza, anche a favore di soggetti terzi e volgendo la loro attività, in caso di svolgimento di prestazioni a favore dell'ente pubblico che ne sia socio *dominus*, come imprese "*in house*", con ciò realizzando un fenomeno di *outsourcing*;

(3) le imprese societarie che assumano in appalto servizi pubblici da prestare direttamente ai consumatori.

Il rilievo critico svolto da Mensi secondo cui la norma transitoria (comma 4 dell'art. 13), che impone alle società miste già esercenti attività anche per soggetti diversi dai rispettivi enti pubblici loro fondatori, di dismetterle o scorporarle, sarebbe in contrasto con l'enunciazione della finalità di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza, potrebbe essere superato tenendo conto della portata dichiaratamente transitoria della regola, che trasforma in

^{11[11]} M. MENSI, *Società strumentali*: alcune riflessioni sull'art. 13 della L. Bersani, p. 346 ss.

sostanza le società miste operanti “*in house*”, e contemporaneamente anche per soggetti terzi, in un fenomeno ad esaurimento, destinato a cessare, restringendosi l'utilizzo delle società miste ad operare solo come strutture imprenditoriali “*in house*”.

Sulla stessa tematica dell’“*in house*” torna il saggio di Velia M. Leone^{12[12]}, che sviluppa un’analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia sul fenomeno, ricavandone un principio di fondo, secondo il quale la p.a. è obbligata a interrogare il mercato, ed a rispettare quindi le regole della concorrenza anche internazionale tra imprese, se ritiene di esternalizzare uno o alcuni dei compiti suoi propri, laddove non ha nessun obbligo di ricorrere a procedimenti di gara tutte le volte che ritenga di eseguire direttamente uno o più servizi avvalendosi anche dell’apporto, progettuale, esecutivo e finanziario, di soggetti privati, e costituendo con essi imprese societarie destinate a svolgere, sotto il suo diretto controllo, compiti “*in house*”, salva l’obbligatorietà del ricorso al procedimento concorsuale per la scelta del socio.

Strettamente connessa con tale tematica è quella delle offerte imputabili ad un “unico centro decisionale”, cui è dedicato il contributo di Patrizio Leozappa^{13[13]}.

Esso affronta un problema applicativo specifico, di cui propone una soluzione originale: l’a. si chiede se il concetto di riconducibilità di due o più offerte ad un unico “centro decisionale”, introdotto dall’art. 34 D.L.vo 163, corrisponda a quello di “collegamento sostanziale tra imprese”, che nella prospettiva della L. Merloni veniva fatto coincidere con il concetto di “collegamento” societario di cui all’art. 2359 c.c., da ultimo rettificato con il D.L. 25 settembre 2009 n. 135 (cd. D.L. salva infrazioni) E in alternativa a tale soluzione ricostruttiva sostiene che la nozione di riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale deve trovare riscontro nell’elemento di pubblicità dell’attività di direzione e coordinamento di un’impresa da parte di un’altra prevista dall’art. 2497-bis c.c.

La soluzione, sicuramente apprezzabile per la sua originalità, merita attenta riflessione, anche se essa, restringendo la possibilità delle stazioni appaltanti di individuare una causa di esclusione dalle gare di appalto, può essere giustificata dal principio generale del *favor* riservato dall’ordinamento comunitario alla massima partecipazione delle imprese ai procedimenti concorsuali di scelta del contraente privato.

Al tema generale dei rapporti tra procedimento e contratto è dedicato il saggio di Stefano Astorri^{14[14]}, che di tale tema analizza lo specifico passaggio del

^{12[12]} V. M. LEONE, *In house: ossia dell'autonomia decisionale della Pubblica Amministrazione*, p. 372 ss.

^{13[13]} P. LEZAPPA, *Le offerte imputabili ad un “unico centro decisionale”*, p. 100 ss.

^{14[14]} S. ASTORRI, *Il riparto di giurisdizione in materia di contratti: problemi applicativi*, p. 436 ss.

riparto tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa, segnato, sotto il profilo soggettivo, dalla natura del soggetto appaltante, e sotto quello oggettivo, dal momento in cui, con il perfezionamento del vincolo contrattuale, la posizione dell'aggiudicatario cessa dall'essere ascrivibile alla categoria degli interessi legittimi ed assume la pienezza della tutela propria del diritto soggettivo.

Il primo di tali due passaggi ripropone la tematica dell'«*organismo di diritto pubblico*» e quella, connessa, dell'attività svolta dalla pubblica amministrazione attraverso soggetti cui la legge riconosce natura privatistica, qual è quella della società per azioni, ancorchè a capitale pubblico. E per questa parte il saggio di Astorri si ricollega a quelli di Maurizio Mensi, Flavio De Luca e Velia M. Leone sulla natura giuridica delle società a partecipazione pubblica operanti sul mercato.

L'individuazione del momento in cui cessa la giurisdizione del giudice amministrativo e scatta quella del giudice ordinario è questione, tutt'ora dibattuta tra Cassazione e Consiglio di Stato, che si ricollega al problema di diritto sostanziale della reintegrazione in forma specifica. Rispetto ad essa non può non ribadirsi che, devoluta tutta la materia del procedimento di ricerca del contraente privato, ossia della fase di natura procedimentale, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e una volta che a tale giudice è stata attribuita anche la pienezza della tutela risarcitoria, la scelta se attuare quest'ultima con lo strumento della reintegrazione in forma specifica o quello del risarcimento per equivalente è scelta che appartiene istituzionalmente allo stesso giudice, al pari che la scelta tra reintegrazione e risarcimento *per tantundem* secondo la norma civilistica generale dell'art. 2058 c.c.

La stessa considerazione potrebbe essere prospettata come possibile soluzione del problema, cui è specificamente dedicato lo scritto di Sergio Colombo^{15[15]}.

Questo autore torna sulla questione generale dei rapporti tra procedimento e contratto, e dopo aver analizzato la svariata gamma di soluzioni affermate dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato, oltre che dalla dottrina, circa la sorte del contratto stipulato dopo l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, sottolinea l'esigenza di una soluzione normativa che ponga fine alle incertezze, ed auspica che tale sbocco possa essere raggiunto nella legge di recepimento della nuova direttiva comunitaria "ricorsi" 20 dicembre 2007 n. 66 CE.

Non si può certo mettere in dubbio l'opportunità di una soluzione legislativa, che Colombo auspica possa intervenire in sede di recepimento della direttiva comunitaria ma per la quale è pure stata da più parti prospettata la strada

^{15[15]} S. COLOMBO, *La quarta dimensione: considerazioni molto sintetiche sulle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione dopo la stipulazione del contratto*, p. 428 ss.

della delega legislativa già attribuita dal parlamento al governo per un generale riordino del processo amministrativo.

Quest'ultimo sbocco è stato auspicato anche per la questione della cd. "pregiudiziale amministrativa" rispetto all'azione risarcitoria, sulla quale torna Mario Sanino, nel saggio dedicato appunto a questo tema^{16[16]}, e sulla quale, anche l'autore di queste pagine, che, nell'ottobre 2008, aveva dato alle stampe una raccolta monotematica dei suoi scritti minori sull'argomento, era tornato con un saggio destinato alla raccolta di scritti in memoria di Michele Pallottino, scaturito da un pubblico dibattito sul suo libro e con tale *dicatio* pubblicato con qualche mese di ritardo.

Rispetto ai possibili sbocchi ad opera del futuro legislatore, sia esso delegato o in sede di recepimento della direttiva, chi scrive resta convinto che la soluzione del problema della reintegrazione in forma specifica del danno causato da un'aggiudicazione illegittima dopo la stipulazione del contratto potrebbe essere rinvenuta già, *de iure condito*, nel combinato disposto dell'art. 2058 cod. civ. e nell'art. 7 legge TAR modificata dalla L. 205.

Se infatti non può negarsi la portata generale della norma codicistica, che attribuisce in via di principio al "giudice" la scelta tra reintegrazione in forma specifica e risarcimento per equivalente, tale scelta dev'essere riguardata come una prerogativa propria di qualunque giudice, e quindi anche di quello amministrativo, una volta che questo è stato investito di giurisdizione esclusiva sui procedimenti concorsuali, come scelta implicante essa stessa, direttamente, una valutazione di merito, dando così corpo ad un'ipotesi, certamente non eccezionale, di sentenza "dispositiva".

Il saggio di Davide Pallottino^{17[17]} sviluppa un'analisi delle varie figure e sub-figure di "concessione" disegnate dalle due direttive comunitarie e di quelle, non sempre perfettamente coincidenti, consacrate nel *Codice dei contratti pubblici*, indicando ai pratici chiamati ad applicarle i numerosi dubbi che la loro interpretazione suscita.

In particolare merita di essere segnalata la distinzione, comune a tutti tali dati normativi, tra "concessione di servizi", che ha ad oggetto lo svolgimento di un servizio che il concessionario presta all'amministrazione concedente, e "concessione di servizio pubblico", che ha ad oggetto lo svolgimento di un servizio che il concessionario presta alla collettività, percependone direttamente i compensi, con l'eventuale aggiunta di un compenso forfetizzato da parte dell'amministrazione concedente.

Nella figura della concessione di servizi rientra anche la non ancora del tutto tramontata sub-figura della concessione di committenza, già tanto criticata

^{16[16]} M. SANINO, *Pregiudizialità e risarcimento come ulteriori vicende del contratto* ? p. 451 ss.

^{17[17]} D. PALLOTTINO, *Le concessioni nelle direttive n. 04/17 e 04/18 e nel codice dei contratti*, p. 47 ss.

in passato come strumento elusivo delle regole di apertura delle commesse pubbliche alla concorrenza anche internazionale tra imprese, della quale però l'art. 34 co. 3 del “*codice*”, recependo un'indicazione della direttiva 04/18, sembra abbia lasciato spazio ripetendo il modello delle “centrali di committenza” (ossia organismi di diritto pubblico finalizzati allo svolgimento di procedimenti di ricerca del contraente privato nell'interesse di altre pubbliche amministrazioni) quale la CONSIP e gli Uffici Unici Acquisti previsti da certa legislazione regionale.

Lo scritto di Guido Cerruti^{18[18]} affronta un problema specifico di grande attualità, sia sul piano dello *jus condendum*, sia su quello dello *jus conditum*: se sia cioè consentito, agli Stati membri rispetto all'ordinamento comunitario, e alle stazioni appaltanti rispetto alle norme di diritto positivo, aggiungere, alle clausole di esclusione dalle gare di affidamento di pubbliche commesse, altre cause di esclusione, diverse e ulteriori rispetto a quelle tipizzate, rispettivamente, dalle norme comunitarie, e dalle norme di legge, nazionali e/o anche regionali.

Con il supporto di valida argomentazione logica, Cerruti propende per la soluzione affermativa, che consente sia al legislatore nazionale del singolo Stato membro di aggiungere altre cause di esclusione a quelle stabilite dalla normativa comunitaria, sia alle singole stazioni appaltanti, di aggiungere altre cause di esclusione a quelle fissate dalla legislazione statale, o eventualmente regionale.

Ma ciò, in entrambi i casi, a condizione che l'aggiunta di altre cause di esclusione risulti supportata da un criterio di ragionevolezza e di considerazione della specificità delle esigenze delle amministrazioni appaltanti connesse con la specificità delle singole commesse.

Il corposo saggio di Vittorio Capuzza^{19[19]} sviluppa una disamina analitica della normativa antimafia, rimasta estranea al *Codice dei contratti pubblici* e disciplinata, non senza qualche punto di difficile coordinamento, dal D.Lgs. n. 490 del 1984 e dal più recente D.P.R. n. 252 del 1998.

La stratificazione di regolamentazioni non sufficientemente coordinate tra loro lascia spazio ad una serie di dubbi su quando debba ritenersi obbligatoria l'autorizzazione prefettizia, o quando sia sufficiente la semplice informativa, o addirittura anche una mera comunicazione.

Tali dubbi riguardano sia ipotesi di contratti principali (di appalto, di lavoro autonomo) sia, in particolare, le commesse concernenti attività agricole ed incarichi professionali, e non sono superati neppure dall'apposita Circolare del Ministero dell'interno 18 dicembre 1998.

^{18[18]} G. CERRUTI, *Appalti pubblici e requisiti di ordine generale: tassatività o numerus clausus? Condizioni e limiti per lo Stato e le stazioni appaltanti di aggiungere una causa di esclusione dalla partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*, p. 62 ss.

^{19[19]} V. CAPUZZA, *Doveri dell'amministrazione appaltante ed esenzioni nel quadro normativo antimafia per gli appalti pubblici*, p. 71 ss.

L'analisi sviluppata da Capuzza di tale circolare ne lascia aperti alcuni, fornendo però a chi voglia approfondirli un utilissimo bagaglio di argomenti esegetici e anche costruttivi, e segnalando in particolare quella che lo stesso a. ritiene rappresentare una vera e propria aporia del sistema, e cioè la rilevazione di situazioni antimafia successive alla stipula del contratto, rispetto alla quale la norma del D.L.vo n. 252 lascia incerto se si tratti di una mera facoltà discrezionale della p.a. o invece di un obbligo.

Il contributo di Damiano Pallottino^{20[20]} contiene una rapida sintesi della giurisprudenza amministrativa, sia inibitoria che di merito, e degli orientamenti dell'Autorità di Vigilanza sul problema della rilevanza delle dichiarazioni mendaci nelle procedure concorsuali.

Conclusione della disamina è che, salvo qualche sporadica pronuncia dissenziente, quando la dichiarazione non veridica riguarda il possesso di requisiti speciali espressamente richiesti dal bando di gara, le stazioni appaltanti sono vincolate ad attuare tutti e tre i trattamenti sanzionatori (esclusione dalla gara, escussione della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità, che è a sua volta vincolata ad eseguire l'annotazione sul casellario informatico).

Quando invece la dichiarazione non veridica riguarda il possesso di requisiti generali (art. 38 del *Codice* n. 163), e quindi sentenze di condanna o provvedimenti di patteggiamento per reati gravi in danno dello Stato e della Comunità che comunque incidano sulla moralità professionale, le stazioni appaltanti sono vincolate soltanto ad attuare l'esclusione dalla gara, restando quindi affidata alla loro discrezionalità la valutazione sulla natura e sulla gravità del reato di cui sia stata omessa la dichiarazione dell'intervenuta condanna.

Si tratta di un tema di grande attualità sul quale, come l'a. sottolinea, la giurisprudenza è in evoluzione.

In proposito si deve osservare che la stessa nozione di dichiarazioni "mendaci" non è di per sé univoca, in quanto il mendacio può essere frutto di determinazione dolosa, ma può essere anche conseguenza di una "svista" colposa, come nelle ipotesi, non nuove nella giurisprudenza amministrativa, di omessa denuncia di un reato di natura contravvenzionale, accertato molti anni prima, e non dichiarato solo perché, in quanto non risultante nel certificato del casellario giudiziale, sfuggito all'attenzione del concorrente.

Il saggio di Damiano Pallottino, che sembra lasciare spazio ad un ulteriore dibattito, suggerisce l'opportunità di approfondire la questione della rilevanza dell'elemento soggettivo (dolo o colpa) dell'impresa concorrente ad una gara cui sia addebitata una dichiarazione "non veridica".

^{20[20]} D. PALLOTTINO, *Le dichiarazioni mendaci nelle gare pubbliche*, p. 84 ss.

A tale auspicato approfondimento è dedicato il contributo di Lucrezia Vaccarella^{21[21]} in cui si sottolinea che la giurisprudenza amministrativa è in evoluzione, richiamando la necessità della valutazione del requisito della gravità dei reati non dichiarati, tenendo conto anche dell'elemento psicologico, del tempo trascorso e delle eventuali recidive; e si sottolinea altresì l'espressa salvezza del disposto degli artt. 178 c.p. e 445 c.p.p. (riabilitazione, estinzione e patteggiamento).

Si mette in evidenza che il dato testuale del diritto comunitario fornisce all'interprete dell'art. 38 del "Codice" un'indicazione preclusiva di ogni automatismo che sottragga alla stazione appaltante la discrezionalità di valutazione della gravità delle fattispecie concrete di reato di cui sia stata omessa la dichiarazione.

Al delicato e complesso problema esegetico-applicativo della partecipazione alla stessa gara di un consorzio stabile e di una delle imprese in esso consorziate diverse da quelle per conto delle quali il consorzio esprima la sua offerta è dedicato il saggio di Paolo Carbone^{22[22]}.

Attraverso un'analisi della sua soluzione, modificata dal legislatore prima nella legge quadro n. 109/1994, poi, con la prima stesura del decreto legislativo n. 163/2006, successivamente ancora con il decreto "correttivo" n. 113/2007, e da ultimo con il decreto "correttivo" n. 152/2008, l'autore perviene alla pessimistica conclusione dell'inaccettabilità di tale atteggiamento ondivago del legislatore, e dell'esigenza di una definitiva certezza, che neppure l'ultima soluzione espressa dal secondo correttivo assicura.

Nei limiti in cui al giurista-interprete dello *jus conditum* spetta anche la funzione di orientare l'evolversi dello *jus condendum*, si deve osservare che la questione involge due esigenze di principio in qualche misura confliggenti: da una parte quella di assicurare la segretezza delle offerte, e di impedire che la possibilità di conoscenza di quelle espresse dalle altre imprese concorrenti menomi la genuinità di ognuna di esse; dall'altra il principio del *favor* per la massima partecipazione, volta a consentire alle stazioni appaltanti la possibilità di operare le proprie scelte sulla base della maggior vantaggiosità delle offerte non solo dal punto di vista tecnico-qualitativo ma anche dal punto di vista economico.

La scelta che il legislatore deve compiere per concludere in modo definitivo la tormentata vicenda evolutiva è in qualche misura una scelta in senso lato "politica" tra due valori: da un lato quello della massima libertà di concorrenza anche internazionale, che indurrebbe a propendere per la soluzione

^{21[21]} L. VACCARELLA, *L'art. 38 lett. c e h del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Moralità professionale e falso tra rigore formale e incertezze applicative*, p. 92 ss.

^{22[22]} P. CARBONE *Ancora sulla partecipazione del consorzio stabile e del consorziato alla medesima gara (considerazioni dopo il terzo decreto correttivo D.Lgs. 152/2008 al D.Lgs. 163 /2006)*, p. 109 ss.

limitativa della possibilità di contemporanea partecipazione alla stessa gara di un consorzio stabile e delle sole imprese consorziate in nome delle quali il consorzio esprima la sua offerta, che in qualche modo privilegia il valore del “mercato”; dall’altro lato il principio, proprio della legislazione ante legge Merloni, che privilegia il valore della segretezza delle offerte, recepito, dallo stesso decreto 163, nella regola che esclude dalle gare le offerte riconducibili ad un un unico “centro decisionale”, qual è sicuramente un consorzio stabile anche rispetto alle imprese consorziate diverse da quelle per conto delle quali esso proponga la sua offerta.

Se si attribuisce prevalenza al valore del mercato, ben venga la soluzione che consente la possibilità di partecipazione contemporanea alla stessa gara del consorzio e delle consorziate diverse da quelle in nome e per conto delle quali esso abbia formulato la sua offerta.

Se invece, assecondando le tendenze ipergarantistiche della prevalente giurisprudenza penale, si privilegia il valore della genuinità e della segretezza delle offerte, allora la semplice appartenenza ad un consorzio stabile (al quale non può negarsi la riconducibilità alla nozione, invero vaga e sfumata, di “*unico centro decisionale*”), dovrebbe essere preclusiva dell’ammissibilità di partecipazione ad una gara in concorrenza con l’offerta del consorzio, ancorché formulata nell’interesse soltanto di una o più delle altre imprese consorziate.

Alla figura del “*dialogo competitivo*” è dedicato il saggio di Stefano Vinti^{23[23]}.

L’istituto, che nel nostro ordinamento rappresenta una novità recepita dal diritto comunitario, è oggetto di un’analisi approfondita a conclusione della quale l’autore esprime la previsione di una scarsa utilizzazione pratica dello strumento.

Tale conclusione affonda le sue radici sulla singolarità dell’esperienza storica da cui l’istituto deriva.

La figura rappresenta infatti lo stadio ultimo di un processo evolutivo che dall’impostazione garantistica del diritto ottocentesco delle pubbliche commesse, fondata sulla rigida separazione tra progettazione ed esecuzione affidate ad organi e soggetti diversi, è passata negli anni al progressivo recepimento dell’idea della partecipazione diretta dell’esecutore anche alla progettazione e, a partire dalla legge 109/2005, anche all’ideazione dell’opera, per la quale lo stesso esecutore può contribuire anche al reperimento delle risorse finanziarie.

Si è passati così dallo stadio in cui la progettazione era appannaggio riservato dell’amministrazione committente, alle figure prima dell’appalto-concorso, poi della scelta del contraente privato attraverso il criterio dell’offerta tecnicamente ed economicamente più vantaggiosa, successivamente ancora al cd.

^{23[23]} S. VINTI, *Il dialogo competitivo: troppo rigido nella fase creativa, poco regolato in quella comparativa*, p. 136 ss.

“appalto integrato”, e infine alla scelta tra “studi di fattibilità”, cui si è aggiunta la partecipazione dell’esecutore anche al reperimento delle fonti finanziarie (*project financing*).

Di quest’ultimo stadio, lo strumento del “dialogo competitivo”, che tende a sfruttare l’apporto dell’esecutore all’ideazione progettuale anche attraverso il confronto tra le proposte delle imprese concorrenti, rappresenta una ulteriore evoluzione, che allontana sempre di più il sistema dei contratti pubblici dall’originario principio di netta separazione tra progettazione ed esecuzione.

In questa visione diacronica, il dubbio, sollevato dall’autore, circa l’ammissibilità della scelta, da parte delle stazioni appaltanti, di soluzioni “terze” costruite con la combinazione di spunti progettuali attinti alle proposte dei vari concorrenti, potrebbe essere superato, se si considera che, nei limiti della difficoltà generata dalla particolare complessità dell’opera, assunta come presupposto per l’utilizzazione del nuovo strumento, finalità primaria dell’istituto è proprio quella di sfruttare, a vantaggio della stazione appaltante e quindi dell’interesse pubblico, il confronto con le idee progettuali fornite da una potenziale pluralità di imprese particolarmente qualificate.

Al problema dell’affidamento dei lavori ai concorrenti postergati al vincitore della gara in caso di suo fallimento e di conseguente impossibilità di completamento dei lavori già in corso di esecuzione è dedicato il contributo di Gian Claudio Picardi^{24[24]}.

Sul fenomeno il legislatore, dopo la prima legge Merloni, è intervenuto più volte dettandone soluzioni ogni volta modificate: prima nella legge sulle grandi infrastrutture stradali del 2005; successivamente con la prima stesura del «*Codice dei contratti pubblici*», del 2006; successivamente ancora con il primo decreto correttivo, del 2007.

A quest’ultimo ha fatto seguito l’intervento della Commissione europea che vi ha ravvisato un sia pur parziale profilo di infrazione comunitaria. Da ciò la necessità di un ulteriore intervento modificativo, attuato con il secondo decreto correttivo, del 2008, che potrebbe confidarsi aver dato fine alla tormentata vicenda evolutiva.

In verità la disciplina dettata dal legislatore ha suscitato, in tutti gli stadi della sua evoluzione, una miriade di problemi applicativi, su ognuno dei quali si sono inevitabilmente innestate questioni di diritto transitorio, sull’applicabilità e sui limiti di applicazione, delle nuove regole volta a volta introdotte ai procedimenti di interpello già avviati.

^{24[24]} G. C. PICARDI, *L’affidamento dei lavori di completamento dell’opera pubblica in caso di fallimento dell’esecutore o di risoluzione del contratto per suo grave inadempimento: dalla Legge Merloni al terzo decreto correttivo*, p. 156 ss.

L'analisi svolta da Picardi di tali numerosissimi problemi, sviluppata sullo sfondo della problematica generale dei rapporti tra procedimento e negozio, a sua volta colorata dal tramonto del mito dell'equivalenza tra aggiudicazione definitiva e stipulazione del contratto offre perciò all'interprete un utile strumento di lavoro, della cui complessità non è possibile svolgere una sia pur sintetica esposizione.

Illuminante resta la considerazione che l'ultimo stadio evolutivo della disciplina rappresenta il risultato di una sorta di richiamo, rivolto dalla Commissione europea al nostro legislatore, al rispetto dei principi della libera concorrenza internazionale tra imprese.

E' questa la *ratio* della scelta da ultimo adottata, di prevedere l'utilizzazione dello strumento dell'interpello delle altre imprese concorrenti alla gara, fino alla quinta classificata, come soluzione normale, che non necessita di un'esplicita previsione di bando, ma di cui resta incerto se si tratti di un ricorso obbligatorio, ovvero rimesso alla discrezionalità della stazione appaltante. Laddove le esigenze pubblicistiche di garanzia della libertà di concorrenza restano preservate dalla limitazione che l'affidamento del completamento dei lavori già in parte eseguiti dall'affidatario fallito è consentito solo alle stesse condizioni contrattuali consacrate nel contratto con il primo aggiudicatario.

Alla nuova disciplina della contabilità dei lavori è dedicato il saggio di Pier Luigi Piselli^{25[25]}.

Come egli subito osserva, la natura regolamentare delle nuove disposizioni esclude che in esse possano ravvisarsi significative innovazioni rispetto al regolamento del 1999 nel quale – può aggiungersi – neppure erano riscontrabili innovazioni profonde rispetto alla normativa più antica contenuta nei “classici” Capitolato e Regolamento OO.PP., intorno ai quali molti decenni addietro si discettava nei dibattiti del CERISOP promossi ed animati dall'indimenticabile avv. Giovanni Giordano.

Le poche specificazioni innovative del Regolamento cui si riferisce Piselli, rispetto al D.M. n. 554 del 1999, concernono l'impiego, anche nella contabilità dei lavori, di strumenti informatici.

Resta invece sempre aperta la discussione sul momento in cui l'appaltatore è tenuto alla esternazione delle “riserve” in caso di fatti “continuativi”, produttivi di danno che si verifichi giorno per giorno: in particolare quando il “fatto continuativo” consista in una sospensione dei lavori che il D.L., l'Ufficio di Direzione Lavori che supporta la sua azione, o il Responsabile Unico del Procedimento, dispongano per cause non imputabili all'appaltatore, o anche semplicemente non imputabili a nessuna delle due parti.

^{25[25]} P.L. PISELLI, *La disciplina della contabilità dei lavori alla luce del nuovo regolamento*, p. 177 ss.

Non v'è dubbio che l'automatico spostamento in avanti del termine di ultimazione esclude che il solo fatto della sospensione possa riguardarsi come fonte di danno risarcibile, ma altrettanto realisticamente può sostenersi, in teoria, che anche un giorno di sospensione può tradursi in un pregiudizio economico dell'appaltatore che subisce la protrazione dell'impegno della sua organizzazione produttiva.

A quest'ultima considerazione si oppone quella della libertà di organizzazione del lavoro che connota la posizione dell'appaltatore, in forza della quale, di fronte ad una sospensione disposta senza predeterminazione della sua durata, nulla esclude che lo stesso appaltatore possa essere indotto a ritenersi non pregiudicato fidando sulla possibilità di recuperare i giorni persi e portare a termine i lavori entro il termine pattuito (salva, ovviamente, l'ipotesi che nei patti contrattuali sia previsto un premio di acceleramento).

In tali casi l'individuazione del momento in cui la mancata esternazione della "riserva" possa tradursi in un danno risarcibile e quindi rendere operativo l'onere della sua iscrizione sugli atti contabili resta una *quaestio facti* che la nuova disciplina regolamentare, pur così minuziosa anche sotto il profilo formale – relativamente ad esempio all'obbligatorietà del "giornale dei lavori" – lascia sostanzialmente aperta alla valutazione delle parti e degli organi delle eventuali fasi di contenzioso, pure dettagliatamente disciplinate.

Su di un piano di corretta analisi di politica del diritto si sviluppa il saggio di Benedetto Giovanni Carbone che analizza l'innovazione introdotta dal secondo decreto correttivo del "*Codice dei contratti pubblici*" sulla valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa^{26[26]}.

L'autore dubita infatti dell'opportunità – e nel contempo della conformità ai principi comunitari – della soppressione del terzo periodo del comma 4 dell'art. 83, che attribuiva alla commissione di gara il potere-dovere di fissare, prima dell'apertura delle buste, i criteri motivazionali cui la stessa Commissione intenda attenersi per quantificare i punteggi entro i limiti minimo e massimo fissati nel bando di gara per ciascun criterio e sub-criterio di valutazione.

L'analisi muove dal convincimento che più l'operato della commissione sia assoggettato a vincoli fissati in regime di totale trasparenza, maggiore sarebbe la garanzia di imparzialità del suo operato.

La critica non manca di considerare che la soppressione del terzo periodo è frutto di una sollecitazione da parte della Commissione Europea, peraltro non del tutto conforme all'orientamento della Corte di Giustizia. Essa è comunque da apprezzare per la finezza dell'argomentare. Resta però il dubbio se l'eccesso di procedimentalizzazione dell'operato dell'organo di gara non si traduca in una

^{26[26]} B. G. CARBONE, *La valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel D. Lgs. 152/2008*, p. 193 ss.

compressione del sindacato giurisdizionale sulla razionalità dell'agire dell'amministrazione attiva.

Di taglio analogo è il saggio di Federico Tedeschini sul "Global service"^{27[27]}.

Tale schema di contratto innominato può comprendere appalti di forniture, di servizi e di opere, ed è da ricondurre alla previsione dell'art. 14 del "Codice" che contempla i "contratti misti".

Quest'ultima previsione, come l'intero codice, investe essenzialmente la disciplina della fattispecie costitutiva del rapporto, rappresentata dal provvedimento autoritativo di aggiudicazione cui segue la stipula del contratto.

Lo stesso codice detta regole differenziate per i vari tipi di contratti pubblici aventi ad oggetto servizi, forniture o lavori che si riflettono anche sulla disciplina dello svolgimento del rapporto contrattuale.

L'analisi di tali regole svolta da Tedeschini mette in evidenza, per la definizione di questa peculiare figura di contratto misto, il rilievo attribuito al risultato della esternalizzazione di compiti e funzioni proprie della p.a., e ricollega la disciplina delle singole fattispecie alla problematica civilistica generale dei "contratti misti", tradizionalmente risolta secondo le varie teorie della "combinazione", dell'"assorbimento" (o della "prevalenza"), o anche, più genericamente, dell'applicazione della disciplina generale dei contratti innominati.

Pure su di un piano di politica del diritto si svolge il saggio di Carlo-Maria Tardivo^{28[28]}, che investe, come l'autore subito precisa, due temi distinti: quello dei finanziamenti su beni oggetto di accessione invertita e quello degli "intrecci" tra finanziamenti bancari per opere pubbliche e *projet financing*. Di entrambe tali tematiche l'autore sviluppa una rassegna della disciplina, sottolineando i numerosi problemi applicativi che essa suscita, non del tutto risolti in quanto tutt'ora oggetto di intenso travaglio interpretativo.

Di particolare interesse è il primo, che si inserisce in quello più generale dell'accessione invertita, vale a dire nel tema giuridico più intensamente dibattuto della seconda metà del secolo scorso e tutt'ora oggetto di discussione.

Lo sviluppo della questione del presupposto del carattere pubblico dell'opera stimola il lettore ad approfondire ulteriormente il quesito se la formulazione più ampia della nozione nel Testo Unico 327, che ha cancellato la costruzione giurisprudenziale, ridisegnando i lineamenti della figura secondo i due modelli dell'espropriazione in sanatoria attuata direttamente dalla p.a. e della sanatoria *ope iudicis*, offra spunto per dare risposta all'interrogativo della loro

^{27[27]} F. TEDESCHINI, *Il Global service* p. 205 ss.

^{28[28]} C.-M. TARDIVO, *Finanziamenti bancari per opere pubbliche*, p. 220 ss.

utilizzabilità anche per opere private realizzate da imprenditori per acclarate finalità di pubblico interesse.

Il contributo di Claudio Guccione^{29[29]} e quello a firma congiunta di Giovanni Pallottino e Francesco Nardocci^{30[30]} affrontano il tema dell'utilizzazione del *leasing* per la realizzazione di opere pubbliche, il primo sviluppandone un inserimento nel quadro della problematica più generale del contratto di *leasing*, oggetto di ampia disamina della dottrina civilistica, il secondo concentrandosi più specificamente sulla norma (art. 160/bis) introdotta dal decreto correttivo n. 113 del 2007, che ha ammesso in termini inequivoci l'utilizzabilità di tale strumento qualificandolo come contratto di appalto pubblico di lavori.

Entrambi detti contributi presentano grande utilità per chi debba occuparsi di questa peculiare figura e di essi la comunità scientifica dev'essere grata agli autori e, ovviamente ai promotori e coordinatori della raccolta.

Un aspetto che meriterebbe di essere ulteriormente approfondito è costituito dalla norma (ultimo comma dell'art. 160/bis) in forza della quale l'opera può essere realizzata su area già nella disponibilità dell'aggiudicatario.

Da tale norma discende che la disponibilità di una determinata area, e quindi anche di un eventuale immobile già edificato che il concorrente offra di adattare alle esigenze proprie dell'amministrazione, può diventare criterio di scelta dell'una anziché dell'altra offerta, il che suscita il problema di come predeterminare i criteri di valutazione delle offerte in relazione alle aree di cui i concorrenti dichiarino di avere la disponibilità.

Tali criteri possono sicuramente essere traducibili in parametri valutativi allorché si tratti di immobili che la p.a. intenda acquisire con lo strumento del *leasing* finanziario riconducibili ad una nozione allargata di opere di pubblica utilità o di interesse pubblico; di opere cioè rispetto alle quali l'ubicazione della sede possa essere scelta senza vincoli di infungibilità.

Ma quando si tratti invece di opere pubbliche in senso stretto, per le quali l'individuazione dell'area, o addirittura di un immobile, magari di carattere storico, su di essa già preesistente, presentino un carattere di assoluta peculiarità ed infungibilità, allora sorge il dubbio se l'amministrazione possa abdicare al potere suo proprio di localizzare prima, nella sua discrezionalità autoritativa, il *locus loci* dell'intervento, e poi procedere alla sua realizzazione, previa eventuale acquisizione autoritativa dell'immobile mediante esproprio, con lo strumento ordinario dell'appalto.

^{29[29]} C. GUCCIONE, *La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*, p. 269 ss.

^{30[30]} G. PALLOTTINO e F. NARDOCCI, *L'altra ipotesi di partenariato pubblico privato: il leasing immobiliare pubblico*, p. 282 ss.

Lo stesso dubbio può profilarsi anche rispetto alla realizzazione di un'opera pubblica con lo strumento dell'acquisto di cosa futura, oggetto del contributo a firma congiunta di Gianfrancesco Fidone e Alberto Linguiti^{31[31]}.

L'acquisto, da parte della p.a., di una cosa futura, quale un edificio da costruire su di una determinata area che il proprietario si dichiara disposto a cedere, evitando alla p.a. le lungaggini e gli oneri di un procedimento espropriativo, solo a condizione che siano affidati a lui i lavori di costruzione, viene considerato ammissibile, invocando, in conformità alla giurisprudenza del Consiglio di Stato che trova riscontro anche nella Cassazione, la nozione di contratti "atipici".

Ma ciò soltanto sulla base di un'analitica motivazione sulla infungibilità del risultato cui la p.a. possa pervenire utilizzando tale strumento, tale da escludere la ravvisabilità di un fenomeno di elusione della normativa sugli appalti di opere pubbliche.

Alla stessa conclusione perviene il saggio di Bruna d'Amario Pallottino^{32[32]}, nel quale il lettore trova anche illustrata l'intuizione del collegamento tra tale problema e la disciplina degli investimenti immobiliari degli istituti di previdenza prevista dall'art. 4 della l. n. 855/1962, cui fa rinvio l'art. 4 della l. n. 80 del 1987, non abrogata dal D.Lgs. n. 163 che dalla norma abrogatoria di tale legge dettata dall'art. 256 fa espressamente salvo l'art. 4.

Anche a questo riguardo non si può non apprezzare la collocazione di tali due saggi in immediata contiguità da parte dei Curatori della raccolta.

Il tema dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione "a scomputo" investe sicuramente una delle questioni più delicate suscitate dall'interpretazione ed applicazione del "codice dei contratti pubblici", dopo la molteplice evoluzione sviluppatasi a partire dalla originaria stesura del suo art. 32, fino alle integrazioni e modifiche ad essa apportate dai due decreti correttivi.

A questo tema sono dedicati il saggio di Arturo Cancrini^{33[33]} e quello immediatamente successivo di Fabio Lorenzoni^{34[34]}.

Il primo sviluppa un'attenta analisi delle successive fasi evolutive della norma e della *ratio* ravvisabile alla base di ognuna di esse, e rappresenta uno strumento insostituibile per chi si trovi a dover affrontare nel singolo caso concreto l'interrogativo del se e quando il soggetto privato che si accolla l'onere di eseguire alcune opere di urbanizzazione "a scomputo" di quanto da lui dovuto

^{31[31]} G. FIDONE e A. LINGUITI, *Il problema dell'elusione della concorrenza negli appalti pubblici con particolare riferimento alla distinzione tra appalto di lavori pubblici e acquisto di bene immobile futuro*, p. 294 ss.

^{32[32]} B. D'AMARIO PALLOTTINO, *La compravendita di cosa futura*, p. 306 ss.

^{33[33]} A. CANCRINI, *Le opere di urbanizzazione "a scomputo" dopo le modifiche operate al codice de Lise dal D.Lgs. n. 152/2008*, p. 315 ss.

^{34[34]} F. LORENZONI, *La perequazione urbanistica dei costi e dei benefici dello sviluppo urbano. Un nuovo rapporto pubblico-privato nella gestione del territorio*, p. 328 ss.

per oneri di urbanizzazione cui viene condizionato il rilascio del permesso di costruire, debba assoggettarsi a vedere messa a confronto la sua offerta con il mercato, e quindi alle regole della concorrenza.

Resta il dubbio di fondo, se tutta la problematica debba riferirsi alle sole opere di urbanizzazione previste come condizione sanzionata in piani urbanistici applicativi, ovvero anche a singole opere o segmenti di opere, finalizzate a servizio di una singola area edificabile e come tali accollate al privato quale condizione per il rilascio di un singolo permesso di costruire.

Come la dottrina non ha mancato di ipotizzare, la realizzazione di un brevissimo tratto di strada – o di rete elettrica, o di fognatura, o di rete-gas, o di pubblica illuminazione – finalizzato a consentire l'accesso o la fruizione di un solo lotto di terreno edificabile, nel quadro di un disegno viario già interamente pianificato e in gran parte realizzato dal Comune, possono formare oggetto, da parte del beneficiario del singolo permesso di costruire, di una semplice anticipazione della spesa che il Comune, in conformità agli strumenti pianificatori adottati, avrebbe comunque il dovere di sostenere e coprire con le risorse finanziarie attinte alle sue ordinarie previsioni di bilancio, e che il singolo privato può essere interessato ad anticipare, detraendole da quanto da lui sarebbe comunque dovuto a copertura degli oneri di urbanizzazione. Laddove la realizzazione di opere finalizzate ad urbanizzare una porzione di territorio comprendente più suoli edificabili, prevista come condizione per l'approvazione di uno strumento urbanistico applicativo, dà corpo ad un insieme di opere pubbliche di cui beneficiaria, diretta o indiretta, sarà comunque l'intera collettività o una parte di essa, che il Comune dovrebbe realizzare utilizzando le proprie risorse finanziarie pubbliche già disponibili ovvero trasferirne l'onere ai privati beneficiari dei piani urbanistici applicativi.

Nel primo caso soltanto si può parlare di opere pubbliche a beneficio esclusivo di una singola area edificabile, che la legge consente al privato interessato di accollarsi per ottenere subito un permesso di costruire per il cui rilascio egli dovrebbe comunque attendere l'intervento pubblico. E in questo caso sembra fuori luogo il problema se per la loro esecuzione il piano finanziario del privato debba essere esposto ad un confronto con il mercato.

In tutti gli altri casi, come comunque per gli oneri di urbanizzazione secondaria, l'esecuzione delle opere soddisfa un interesse in senso lato pubblico e quindi, se il privato offra di eseguirle a sue spese "*a scomputo*" di quanto da lui dovuto a titolo di oneri di urbanizzazione, non si può che condividere la conclusione esposta dal Cancrini secondo la quale la loro esecuzione non può essere sottratta ad un confronto con il mercato.

Da tale confronto potrebbe infatti emergere che al Comune convenga, piuttosto che accollarne l'onere economico al singolo, riscuotere il contributo stabilito nella convenzione accessoria del piano applicativo, far eseguire le opere

dal terzo autore di un'offerta più vantaggiosa, e incamerare l'eventuale eccedenza a vantaggio delle proprie risorse generali.

Sullo scritto di Fabio Lorenzoni, che sviluppa la stessa tematica su di un piano di analisi economica del diritto affrontando il problema generale della perequazione urbanistica, si potrebbero svolgere tre osservazioni, che nulla tolgono ovviamente alla qualità del lavoro, la cui lettura è stimolante, specie per un civilista.

La prima è che la materia dei rapporti tra proprietà e disciplina urbanistica, che richiederebbe un intervento unitario del legislatore europeo o quanto meno di quello nazionale, non può prescindere dalla tendenza opposta, avviata dalla recente modifica costituzionale, alla *devolution* della materia alle regioni.

La seconda osservazione è che un contributo del giurista positivo all'evolversi dello *jus condendum* non può prescindere da una preliminare disamina comparativistica volta a verificare come le esigenze della perequazione urbanistica sono state in vario modo soddisfatte negli altri ordinamenti nazionali, europei e, in un'epoca di globalizzazione, anche nelle culture più lontane.

La terza osservazione, di merito, è che qualunque idea di perequazione si voglia proporre, essa non può prescindere da due punti fermi:

uno è quello del valore di ubicazione nel territorio delle singole aree, che un'auspicabile riforma potrebbe certamente tentare di rendere omogenei con gli strumenti perequativi, ma non potrà mai appiattire totalmente.

Il secondo è quello del carattere tendenzialmente perpetuo del diritto di proprietà sugli immobili, riconosciuto anche in culture distantissime non solo geograficamente ma anche ideologicamente dalla nostra, come confermato nella penultima Costituzione (1954) della Repubblica Popolare Cinese (l'ultima, nata dalla "rivoluzione culturale" di Mao, aveva cancellato del tutto il concetto di proprietà) che riconosceva solennemente non solo la proprietà individuale sulla casa di abitazione ma anche il diritto di trasmetterla ai propri eredi.

Sulla base di queste tre osservazioni, quello di Fabio Lorenzoni ben potrebbe costituire il saggio di apertura di una nuova ricerca collettiva monotematica idonea ad onorare la memoria di Michele Pallottino non meno di quella sui contratti pubblici.

Nel saggio di Andrea M. Sandulli^{35[35]}, premessa un'analitica e attenta ricostruzione della delimitazione della categoria dei "settori speciali", già "settori esclusi", come ridisegnata nelle varie stesure del "*Codice dei contratti pubblici*", si sviluppa un commento della decisione del Consiglio di Stato sulla natura giuridica della Poste Italiane S.p.A. ritenuta dal supremo consesso amministrativo ente pubblico *tout court* in ragione dell'appartenenza allo Stato

^{35[35]} A. M. SANDULLI, *Servizi postali e procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture*, p. 334 ss.

della maggioranza azionaria e dell'assenza del requisito della pluralità dei soci, profili per i quali il rapporto di affidamento dei servizi postali sarebbe soggetto alla disciplina generale del “*Codice dei contratti pubblici*”, laddove, secondo l'autore, del *Codice* 163 si applicherebbero le norme relative ai settori speciali anche in ragione della specialità del servizio.

Lo scritto di Flavio de Luca^{36[36]} esamina la figura della “Società di progetto”, illustrandone l'evoluzione: dal *project financing* disegnato dalla legge Merloni/*ter*, all'ampliamento dei possibili soggetti partecipi del soggetto collettivo, introdotto dalla l. Merloni/*quater*, all'abolizione del limite di durata temporale della concessione ad opera della legge n. 65 del 2005, all'ultimo stadio disegnato dal D.Lgs. 163 così come modificato dal secondo decreto correttivo (n. 152 del 2008).

Il *quid novi* segnato da quest'ultimo stadio evolutivo è costituito dall'obbligo, nei casi in cui il soggetto collettivo abbia partecipato alla gara come a.t.i., di costituire una società di capitali, dotata di autonoma personalità giuridica, che subentra automaticamente nella posizione di concessionario, senza che con ciò vengano meno le responsabilità, e quindi le garanzie per la stazione appaltante, delle singole imprese associate.

L'autonoma personalità giuridica della Società di progetto preserva l'amministrazione committente dal rischio che le risorse finanziarie private messe a disposizione dagli originari concorrenti associati possano essere aggredite anche da creditori di ognuno di essi per titoli diversi dalla realizzazione dell'opera oggetto del *project financing*.

Sullo stesso tema si sviluppano il saggio di Vittorio Cesaroni^{37[37]}, e quello a firma congiunta di Sergio Massimiliano Sambri e Angelo Pavese^{38[38]}.

Anche tali autori analizzano l'istituto, relativamente nuovo, introdotto nell'ordinamento italiano dalla legge Merloni-*ter*, recepito nella prima stesura del codice dei contratti pubblici, poi modificato in senso più favorevole alla piena esplicazione della libera concorrenza, e da ultimo rimodificato, dal decreto correttivo del 2008, con la reintroduzione, pur facendo salva la piena attuazione del principio della libera concorrenza, del diritto di prelazione del “promotore”.

L'illustrazione della “Finanza di progetto” procede poi nel saggio di Massimo Ricchi^{39[39]}, che esamina il nuovo strumento in una prospettiva di analisi economica del diritto.

^{36[36]} F. DE LUCA, *Disciplina e prospettive della società di progetto*, p. 358 ss.

^{37[37]} V. CESARONI, *La finanza di progetto*, p. 233 ss.

^{38[38]} S. M. SAMBRI e A. PAVESI, *Il Project financing alla luce del terzo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici*, p. 243 ss.

^{39[39]} M. RICCHI, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti, finanza di progetto, law & economics*, p. 257 ss.

Attraverso l'illustrazione della disciplina conseguente alla reintroduzione, da parte del decreto correttivo del 2008, del diritto di prelazione del proponente, l'autore sviluppa un'indagine comparatistica analizzando i modelli contrattuali elaborati dalla pratica negli ordinamenti di *common law*, soffermandosi in particolare sulla possibilità, consentita dall'ultima stesura dell'art. 153 del "Codice dei contratti pubblici", di utilizzazione da parte delle stazioni appaltanti della clausola GRC (*Gain Redemption Clause*) la quale consente al concorrente potenziale aggiudicatario che si veda sfumare l'assegnazione della commessa per effetto dell'esercizio dello *jus prelationis* da parte del promotore, di ottenere un indennizzo per l'apporto di opere dell'ingegno (brevetti, modelli di utilità) attinti dalla sua proposta: indennizzo che la norma circoscrive nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento, ma che l'autore ritiene possa essere nel bando fissato in misura anche superiore.

La lettura di tutti tali saggi rappresenta per gli operatori pratici un ottimo strumento per penetrare l'essenza della nuova figura, così come essa è venuta ad evolversi nelle varie stesure normative succedutesi dal 1994 al 2008, e induce a condividere la conclusione che l'ultima di esse, disegnata dal terzo decreto correttivo (del 2008), realizza un equo temperamento tra l'esigenza di far salvo il principio della libera concorrenza internazionale tra imprese, il mantenimento di un potere di iniziativa propulsiva in capo alla p.a. e un adeguato incentivo per gli operatori privati a partecipare all'ideazione non solo tecnica ma anche economica delle opere pubbliche e al reperimento delle risorse finanziarie, che resta poi la finalità istituzionale dello strumento.

Sull'argomento, tanto sintetico ed incisivo quanto utile per gli operatori pratici è il saggio di Federico Titomanlio che circoscrive e definisce la categoria dei *Contratti esclusi*^{40[40]}, così come disegnata dagli artt. da 16 a 26 del *Codice dei contratti pubblici*.

Anche di questo breve saggio gli studiosi della materia degli appalti devono essere grati ai promotori e coordinatori della raccolta, e soprattutto all'Autore, cui la stessa categoria deve costante gratitudine per la Sua infaticabile e preziosa opera di organizzatore ed animatore, con l'I.G.I., di tanti incontri di studio.

Il saggio di Rubens Esposito^{41[41]} sviluppa una trattazione approfondita dei problemi generali concernenti i limiti della giurisdizione della Corte dei Conti sull'azione delle società caratterizzate dall'appartenenza del capitale allo Stato, oggetto di una tendenza espansiva della giurisprudenza contabile, cui si contrappongono, oltre ad un'opposta tendenza delle Sezioni Unite della S.C., giudice supremo della giurisdizione, anche le indicazioni che l'autore desume,

^{40[40]} F. TITOMANLIO, *I contratti esclusi*, p. 367 ss.

^{41[41]} R. ESPOSITO, *Il paradosso dell'asino di Buridano: le società pubbliche tra libertà di impresa e funzione amministrativa (il caso della RAI)*, p. 381 ss.

con un'analisi anche questa volta approfondita, dalle sentenze costituzionali del 2004 regolatrici del nuovo riparto di giurisdizione per blocchi di materie.

In tale trattazione del problema generale si inserisce poi l'analisi del riparto di giurisdizione tra Corte dei Conti e A.G.O. in materia di responsabilità di amministratori e dirigenti della società che esercita il servizio pubblico radiotelevisivo in regime di libera concorrenza e di libertà di azione sul mercato delle inserzioni pubblicitarie, che ne costituiscono la principale voce di attivo, solo in parte integrata dalla previsione del canone di abbonamento obbligatorio che l'autore qualifica come vera e propria imposta.

Quella che potrebbe apparire come l'analisi di uno specifico caso concreto assume dunque le dimensioni e la portata di un saggio di ampio respiro sulla delimitazione della giurisdizione contabile rispetto all'agire delle società a partecipazione pubblica, che sviluppa una serie di osservazioni meritevoli di piena condivisione in base alla considerazione che, se il legislatore ritiene di affidare lo svolgimento di un'attività di interesse generale ad un soggetto a struttura societaria, tale scelta non può non corrispondere ad una *voluntas legis* di attribuire a tale soggetto la libertà di iniziativa propria di un'impresa, con i soli limiti sanciti dal codice civile (negli art. 2449 e 2450, novellati dall'art. 13 co. 1 della "legge comunitaria 2007 (L. 25 febbraio 2008, n. 34).

Lo scritto di Marcello Molè^{42[42]} affronta le questioni suscitate dal regime speciale del processo avente ad oggetto le opere di importanza strategica, già regolate dalla legge n. 443 del 2001 comunemente indicata come "legge obbiettivo".

Alla sensibilità dell'autore non sfuggono i dubbi sulla legittimità, sia rispetto ai principi della Costituzione, sia rispetto al diritto comunitario, di alcune delle regole speciali recepite e perfezionate nel "*Codice*" con la dichiarata finalità di accelerare e snellire l'esecuzione delle grandi opere pubbliche: regole che egli ritiene di carattere del tutto eccezionale e, come tali, di stretta interpretazione, non suscettibili quindi di applicazione al di fuori delle ipotesi in cui la qualificazione delle opere come infrastrutture di importanza strategica risulti espressamente stabilita dalla legge.

Tra queste, la norma (art. 246 co. 3) che assegna al giudice della fase cautelare il potere-dovere di tener conto del "*preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*" e soprattutto quella (art. 246 co. 4) che, in caso di annullamento del provvedimento autoritativo di aggiudicazione su ricorso di un altro concorrente alla gara, circoscrive la tutela degli interessi di quest'ultimo nei limiti di un risarcimento per equivalente, escludendo invece la possibilità per il giudice di disporre la reintegrazione in forma specifica.

^{42[42]} M. MOLE' (*Spunti sulle problematiche derivanti dal regime speciale dell'art. 246 del codice dei contratti pubblici*, p. 414 ss.

Quest'ultima questione si intreccia con quella più generale della delimitazione della giurisdizione del giudice amministrativo di fronte ad un contratto già stipulato tra p.a. e aggiudicatario, che è questione generale non ancora definitivamente risolta dalla giurisprudenza e che è auspicabile venga affrontata e risolta, al pari della questione della cd. "pregiudiziale amministrativa" nel giudizio risarcitorio, dal legislatore delegato al riordino del processo amministrativo.

Secondo il pregevole saggio del Molè, la dubbia legittimità, sia sotto il profilo costituzionale, sia rispetto alle norme comunitarie, di tale regola indurrebbe a propugnare un'interpretazione che lasci maggiore discrezionalità di scelta (tra reintegrazione e risarcimento per equivalente) al giudice (amministrativo), cui spetta la giurisdizione esclusiva sull'intero blocco di materie dei procedimenti concorsuali; la quale osservazione è da condividere appieno, tanto più che la discrezionalità della scelta è già sancita come prerogativa del giudice anche dalla norma generale, non derogata dall'art. 7 della legge 1034/1071 s.m.i., dettata dall'art. 2058 cod. civ..

Resta sempre però la difficoltà, sottolineata da Molè, di esercitare tale scelta nei casi in cui l'aggiudicazione sia stata pronunciata in base ad una valutazione non soltanto economica, come tale traducibile in modelli matematici verificabili direttamente dal giudice, ma anche sulla base di valutazioni tecniche, rispetto alle quali il giudice amministrativo, investito di giurisdizione, sì, esclusiva, ma non anche "di merito", non può sostituirsi alla p.a., ma dovrebbe limitarsi ad annullare la scelta compiuta dalla stazione appaltante rimettendo ad essa il rinnovo della valutazione discrezionale.

Una questione di conflitto di giurisdizione è l'oggetto dello scritto di Andrea Accardo^{43[43]}, sviluppato intorno ad una fattispecie sulla quale si intrecciano oltre alla giurisdizione dell'A.G.O. e quella del giudice amministrativo, anche quella della Corte dei Conti.

Si tratta di un caso di inadempimento degli obblighi gravanti sul concessionario di una concessione ritenuta di servizio pubblico, sulla base del quale l'amministrazione concedente, dopo aver irrogato una sanzione con un provvedimento autoritativo, contestava la giurisdizione del giudice amministrativo invocata dal concessionario leso ed affermata invece dal TAR. E su questo punto non si può che condividere la tesi dell'autore che riconosce l'esattezza della soluzione del TAR, affermativa della propria giurisdizione, in base all'argomento che l'accertamento dell'inadempimento dell'obbligazione nascente dal rapporto concessorio rientra in quella esclusiva sancita dalla legge in

^{43[43]} A. ACCARDO, *Concessione di servizio pubblico e inadempimento del concessionario: quale giudice?* p. 443 ss.

materia di concessioni, con esclusione delle sole controversie relative a indennità, canoni e altri corrispettivi, riservati alla giurisdizione dell'A.G.O.

Quanto poi alla giurisdizione contabile sul danno erariale provocato dall'inadempimento del concessionario, il problema potrebbe essere risolto se si riconosce che quella così delineatasi non è neppure una questione di giurisdizione, ma, semmai, una questione di pregiudizialità dell'accertamento sull'*an* del risarcimento, rispetto a quello sul *quantum*. La decisione del giudice (amministrativo) sull'*an* investe il presupposto della responsabilità risarcitoria, che può avere dimensioni minori della penale applicata dall'amministrazione attiva e soggetta al giudizio del giudice amministrativo, o eventualmente anche maggiori, salvo ovviamente il riassorbimento fino alla concorrenza della seconda condanna nella prima, e può quindi tutt'al più dar luogo ad un profilo di sospensione del processo contabile sino al giudicato su quello investente l'*an debeat*.

Tutti i saggi riuniti nel volume curato dai Colleghi Franchini e Tedeschini, mentre offrono all'operatore pratico un strumento validissimo per risolvere le innumerevoli questioni applicative che essi debbono affrontare, testimoniano nel loro insieme, come ricorda a tutti la «postfazione» del pres. de Lise, quanto la materia dei contratti pubblici sia tutt'ora incandescente, ed è da prevedere che dia occasione all'IGI di proseguire la sua meritoria attività di promozione di incontri di studio.

Nel contempo ciò giustifica l'inserimento nel convegno odierno, finalizzato all'esame di alcune novità specifiche, della «presentazione» dell'opera collettiva curata dai due Colleghi, ai quali, come ad ognuno degli autori, la comunità dei cultori della materia degli appalti deve un particolare ringraziamento, al quale unisco il mio grazie ai Curatori per avermi richiesto di presentarla, e all'IGI per aver inserito tale presentazione nell'odierno incontro, spingendomi ad una lettura approfondita che forse non avrei mai svolto in modo organico, e soprattutto il mio ringraziamento ai presenti che con tanto benevola pazienza l'hanno ascoltata.
