

DIRITTO AMMINISTRATIVO

IO

Direttori

Prof. Arturo CANCRINI

Prof. Vittorio CAPUZZA

Comitato scientifico

Avv. Antonio BARGONE

Cons. Alessandro BOTTO

Avv. Ettore FIGLIOLIA

Avv. Angelo PIAZZA

DIRITTO AMMINISTRATIVO

La collana “Diritto Amministrativo” raccoglie sia opere storiche del diritto amministrativo, scritte da autori appartenenti alla più classica tradizione del settore, sia opere nuove, che forniscono una visione alternativa e aggiornata della materia. L'intento è quello di offrire quindi la possibilità di rileggere i testi che costituiscono i capisaldi della scienza giuridica del settore e, allo stesso tempo, di essere aggiornati sulle novità della materia.

La collana ospita inoltre atti di convegni organizzati su specifiche tematiche e opportunamente selezionati dal comitato scientifico, e opere straniere di rilievo internazionale.



Vai al contenuto multimediale

Giulio Amodio, Giovanni Andriani
Gennaro Dezio, Giuseppe Di Stasio
Andrea Napolitano

**Il risarcimento del danno conseguente
a una illegittima aggiudicazione
di una gara di appalto**

Prefazione di
Raffaello Capunzo





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVIII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1558-9

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: maggio 2018

«Non dobbiamo individuare eroi per sgravarci le coscienze, le battaglie devono essere di tutti, ognuno nel suo piccolo; nel momento in cui ci abbandoniamo all'idea che ci sia l'eroe che con la sua parola cambierà il mondo abbiamo creato un fatto di specie ma commesso un errore enorme». Raffaele Cantone (Presidente Autorità nazionale anticorruzione).

Indice

- 11 *Prefazione*
di Raffaello Capunzo
- 13 *Introduzione*
- 15 **Capitolo I**
Nozioni introduttive in materia di appalto
1.1. Il contratto di appalto in generale, 15 – 1.2. Il contratto di appalto nella Pubblica amministrazione, 28 – 1.3. La disciplina normativa interna e comunitaria in materia di appalti, 34
- 53 **Capitolo II**
La formazione del contratto di appalto
2.1. La capacità giuridica di diritto privato della P.A., 53 – 2.2. Il procedimento di formazione del contratto, 62 – 2.3. Il bando di gara, 68 – 2.4. La partecipazione alla gara d'appalto, 76 – 2.5. L'aggiudicazione, 104 – 2.6. La stipulazione del contratto, 111
- 115 **Capitolo III**
L'annullamento dell'aggiudicazione
3.1. L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto *medio tempore* stipulato, 115 – 3.2. La giurisdizione competente a pronunciarsi in merito alla sorte del contratto, 133 – 3.3. Le novità introdotte in ambito europeo e recepite dal “nuovo” codice dei contratti pubblici, 145
- 153 **Capitolo IV**
La responsabilità della Pubblica amministrazione e strumenti di tutela
4.1. La natura della responsabilità della Pubblica amministrazione, 153 – 4.2. L'elemento oggettivo e soggettivo della responsabilità, 166 – 4.3. La misura del pregiudizio risarcibile, 171 – 4.4. Lesione dell'affidamento e responsabilità civile della Pubblica amministrazione, 180

187 **Capitolo V**

Le recenti evoluzioni in materia

5.1. Il nuovo rito “super” speciale in materia di appalti, 187 – 5.2. La c.d. pregiudizialità, 191 – 5.3. Il ruolo dell’A.N.A.C., 199 – 5.4. La sorte del contratto a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione e le nuove previsioni in materia di autotutela, 207 – 5.5. I nuovi orientamenti in tema di tutela per equivalente, 213

217 *Bibliografia*

Prefazione

di Raffaello Capunzo¹

Il volume si prefigge l'obiettivo di analizzare un aspetto particolare dell'intero settore degli appalti, quale è il risarcimento del danno in caso di annullamento di una gara di appalto.

L'assoluta rilevanza degli appalti pubblici nel panorama ordinamentale emerge in tutta la sua evidenza per la complessità e la particolare tecnicità della materia che giustificano l'interesse, da sempre dimostrato, non solo dagli studiosi e dagli operatori del diritto, ma anche dalle istituzioni pubbliche e dal mondo delle imprese.

Nonostante, sul punto, sia intervenuta, nel tempo, una legislazione ipertrofica, il quadro in materia risulta particolarmente innovato dal nuovo codice dei contratti pubblici e dal suo correttivo, proiettati verso uno snellimento della disciplina legislativa e verso una definizione di un sistema originale di normazione secondario, imperniato sulle «linee guida».

Su quest'ultimo tema, però, non possono sottacersi le svariate critiche espresse dalla dottrina, anche di legittimità costituzionale, che potranno definirsi una volta esplicitata la funzione di indirizzo, in maniera prevalente, da parte di A.N.A.C..

Nello specifico, le stesse innovative misure sulle procedure di aggiudicazione hanno subito un graduale processo di riforma avviato nel 2012 e proseguito con l'emanazione delle c.d. Direttive Appalti del 2014, successivamente recepite nel nostro ordinamento nel nuovo codice dei contratti pubblici.

1. Professore di Istituzioni di Diritto Pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II".

Le accresciute opportunità consentite dalle nuove tipologie di negoziazione, nonché lo stesso divieto di *gold plating* si pongono, quindi, alla base della c.d. «globalizzazione giuridica», da cui prende le mosse la riforma e che il legislatore eurounitario ha voluto indirizzare verso un obiettivo preciso: consentire agli attori pubblici di guidare i processi di sviluppo tecnico, economico e sociale europei attraverso l'attività contrattuale.

Nello specifico, avuto riguardo ai criteri di aggiudicazione, il nuovo codice ha recepito fedelmente le disposizioni europee introducendo elementi nuovi e peculiari anche sul piano concettuale rispetto alla previgente disciplina.

La ricchezza e la varietà dei criteri in base ai quali è valutata l'offerta conferma, inoltre, la centralità dei temi ambientali e sociali nella disciplina degli appalti pubblici anche grazie all'assegnazione all'A.N.A.C. di un ruolo di assoluta centralità, dotata di poteri di regolazione, vigilanza e sanzionatori, resa di fatto, nell'attuale panorama italiano, un'istituzione unica nel suo genere.

Il volume, allo scopo di fornire al lettore una più completa chiave di lettura del contesto in esame, si è posto nell'ottica di analizzare in maniera dettagliata tali aspetti, ritenuti, al tempo stesso, necessari per favorire una puntuale analisi degli istituti, del dato normativo e del più ampio quadro sistematico di riferimento.

Dalla lettura del testo, può, quindi, evidenziarsi un approccio metodologico di carattere trasversale adottato dagli autori, necessario per apprezzare i singoli istituti all'interno delle esperienze dottrinali e giurisprudenziali, sia in ambito nazionale, sia in ambito europeo, e per meglio descrivere gli equilibri e le contrapposte esigenze che governano un settore così affascinante quanto problematico.

Introduzione

Il presente lavoro affronta il tema degli appalti pubblici basato su sistema normativo che, soprattutto negli ultimi anni, è in continua veloce evoluzione.

Come è noto, infatti, con il nuovo codice degli appalti pubblici, il legislatore si è prefissato l'obiettivo, da un lato, di assicurare al settore una normativa unitaria e il più possibile omogenea, nel rispetto delle disposizioni europee che hanno interessato la materia e, dall'altro, di incidere, in maniera profonda, sul tessuto economico e sullo sviluppo nazionale.

Il risarcimento del danno conseguente a una illegittima aggiudicazione di una gara d'appalto rientra, a pieno titolo, tra gli aspetti più attuali dell'intero settore degli appalti pubblici.

Vista l'interdisciplinarietà di tale materia, il presente volume, diviso in cinque capitoli, si apre con un'analisi delle disposizioni civilistiche in materia di appalto, del contratto di appalto nella Pubblica amministrazione e della normativa europea che è intervenuta sul punto nel corso del recente passato.

Nel secondo capitolo, l'attenzione è stata focalizzata sulla formazione del contratto di appalto stipulato con una Pubblica Amministrazione, premettendo gli aspetti inerenti alla capacità giuridica di diritto privato di quest'ultima, per poi analizzare, nello specifico, il procedimento di formazione del contratto, il bando di gara, la partecipazione, l'aggiudicazione della stessa e, infine, la stipulazione del contratto.

Il terzo capitolo, discostandosi dai primi due, di carattere prettamente generale ma fondamentali per una corretta comprensione della materia, si è posto nell'ottica di analizzare la fase dell'annullamento dell'aggiudicazione e la conseguente sorte del contratto *medio tempore* stipulato, tenendo al tempo stesso ben

chiaro il riparto di giurisdizione esistente sul punto ovvero le novità introdotte in ambito europeo, recepite dal nuovo codice dei contratti pubblici.

Nel quarto capitolo, poi, è stata esaminata la responsabilità della Pubblica amministrazione attraverso una approfondita disamina della natura, dell'elemento oggettivo e soggettivo, del pregiudizio subito e della lesione dell'affidamento ingenerato nei confronti del vincitore della gara d'appalto.

In conclusione, si è ritenuto necessario e fondamentale dar conto delle recenti evoluzioni intervenute in materia, prestando particolare attenzione al nuovo rito "super" speciale in materia di appalti, alla c.d. pregiudizialità, al ruolo dell'A.N.A.C., alla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, alle nuove previsioni in materia di autotutela e, infine, ai nuovi orientamenti in tema di tutela per equivalente.

Nozioni introduttive in materia di appalto

di Giulio Amodio

1.1. Il contratto di appalto in generale

Il contratto di appalto, a seguito dell'evoluzione economica e sociale registratasi nel corso del secolo scorso, ha avuto, nell'era moderna, un grande sviluppo.

In concreto, infatti, la quasi integrale sostituzione di una economia industriale da un'economia contadina e, più in generale, i progressi della tecnica, della superspecializzazione e della organizzazione degli appaltatori hanno reso l'appalto, in quanto tale, uno strumento necessario per ottenere nel campo privatistico, nonché in quello pubblicistico risultati economici difficilmente raggiungibili dal solo committente.

L'appalto, ai sensi dell'art. 1655 del codice civile, è dunque il contratto con il quale una parte contraente assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera ovvero di un servizio verso un corrispettivo in danaro.

Analizzando la nozione di appalto contenuta nell'ambito del citato art. 1655 c.c., bisogna soffermarsi su quelli che sono i punti comuni ad ogni tipologia di contratto ovvero: la natura giuridica, l'oggetto, la forma e la capacità richiesta per la stipulazione del contratto stesso.

Per quanto riguarda, in particolare, la natura giuridica, il contratto di appalto è un contratto bilaterale, commutativo, a titolo oneroso, secondo il quale l'appaltatore operando su commissione

del committente, si impegna, appunto, a realizzare uno specifico risultato produttivo, consistente nel compimento di un'opera o di un servizio¹.

Il contratto di appalto è un contratto tipico al quale il codice ha attribuito una propria configurazione, che si differenzia dalle altre forme di contratto di lavoro autonomo ovvero di contratto di risultato.

Ancora, è un contratto bilaterale perché fa nascere in capo alle parti, la parte committente e la parte appaltatrice, obbligazioni corrispettive.

Entrambe le parti hanno cosicché il dovere di eseguire una prestazione: l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire l'opera o il servizio, il committente ha l'obbligo di pagare il corrispettivo in danaro (art. 1655 c.c.)².

È dunque un contratto sinallagmatico perché da ciascuna promessa di obbligazione ne scaturisce un'altra che è correlata alla prima.

Se da un punto di vista della genericità del sinallagma, il contratto di appalto non si comporta diversamente dagli altri negozi, dal punto di vista funzionale l'adempimento di una delle due promesse, precisamente quella dell'appaltatore, deve precedere l'adempimento dell'altra, ovvero quella del committente³.

1. M. STOLFI, voce *Appalto* (contratto di), in *Enc.dir.*, vol. II, Milano, 1958, 629 ss.; D. RUBINO, *Appalto* in *Commentario cod.civ.* (a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA), Zanichelli, Bologna-Roma, 1961; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino, 1980, 825; E. SCOCCINI, *Il contratto di appalto tra privati*, Buffetti Editore, Roma, 1986, 21; P. RESCIGNO, *Appalto*, in *Enc. dir. Trecc.*, Roma, 1988, 3 ss.

2. Relativamente ai soggetti, un particolare rilievo hanno anche le cc.dd. associazioni temporanee di imprese, disciplinate nel settore delle opere pubbliche, le quali, in sintesi, consentono di presentare offerte, per l'aggiudicazione di appalti aventi a oggetto l'esecuzione di opere pubbliche, a imprese riunite che abbiano conferito l'incarico ad una di esse, qualificata capogruppo. Lo scopo è quello di permettere il conseguimento di obiettivi che le imprese associate non potrebbero raggiungere se partecipassero alle procedure di gara separatamente.

3. D. RUBINO, *Appalto*, cit. 704; M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 639; O. CAGNASO, *Appalto (dir. privato)*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, I, Torino, 1987, 166; E. SCOCCINI, *Il contratto*, cit., 21.

È un contratto a titolo oneroso perché implica contrapposizione di oneri equivalenti.

Questa evidente contrapposizione deve essere interpretata, in concreto, come coincidenza di apprezzamento soggettivo circa le prestazioni reciproche⁴.

Partendo dalla onerosità del contratto l'appaltatore ha diritto al corrispettivo dell'opera prodotta anche se non è stato pattuito nulla. In questa sede appare doveroso segnalare che dottrina e giurisprudenza concordano sul carattere commutativo e non aleatorio del contratto di appalto⁵.

Ciò, infatti, risulta espressamente dalla lettura dell'art.1655 c.c. il quale prevede che il committente è tenuto a dare all'appaltatore un «corrispettivo in danaro».

L'entità della prestazione è determinata o determinabile in base a criteri prestabiliti e non in base a fatti futuri ed incerti; l'alea non incide sulle prestazioni delle parti.

Nell'appalto, infatti, non esiste l'elemento del rischio dal momento che le prestazioni delle due parti sono determinate o determinabili in base a criteri prestabiliti, fin dal momento della conclusione del contratto.

Se per effetto di circostanze imprevedibili, si siano verificati aumenti o diminuzioni del costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiore al decimo del prezzo convenuto, l'appaltatore non corre rischi perché può chiedere al committente una revisione del prezzo medesimo ai sensi dell'art. 1664 c.c.

4. Per tutti, M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 639; P. TARTAGLIA, *Eccessiva onerosità ed appalto*, Giuffrè, Milano, 1983, 138. Sul punto, Cass. 14 dicembre 1989, n. 5619, in *Giust. civ.*, 1990, I, 1548, secondo la quale «ai fini dell'applicazione dell'art. 1664 comma 1 c.c. – che attribuisce all'appaltatore il diritto di chiedere la revisione del prezzo convenuto per aumenti dei costi non prevedibili al momento della conclusione del contratto e superiore al decimo del prezzo complessivo pattuito – può prendersi in considerazione la sopravvenuta svalutazione monetaria se questa abbia incrementato i costi dei materiali e della mano d'opera in misura superiore a quella ragionevolmente prevedibile al momento della conclusione del contratto».

5. D. RUBINO, *Appalto*, cit. 294; M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 630; E. SCOCCINI, *Il contratto*, cit., 21; P. RESCIGNO, *Appalto*, cit., 3.

È un contratto, normalmente, ad esecuzione prolungata, nel senso che ogni atto di esecuzione di uno dei contraenti, nel caso specifico l'appaltatore, non soddisfa come avviene per i contratti di durata, una corrispondente parte dell'interesse dell'altro contraente, nel caso specifico del committente, perché questo interesse non viene soddisfatto di volta in volta, ma soltanto con l'atto finale di esecuzione, cioè con il compimento e la consegna dell'opera⁶.

Questa distinzione è importante soprattutto per la retroattività degli effetti.

In tema di avveramento della condizione risolutiva, art. 1360, secondo comma, c.c., di recesso, art. 1373, secondo comma, c.c., di risoluzione per inadempimento, art. 1458, primo comma, c.c., si parla di irretroattività degli effetti solo per le prestazioni già eseguite dei contratti di durata e non anche dei contratti ad esecuzione prolungata.

Per quanto riguarda gli elementi tipizzanti del contratto di appalto, la dottrina si sofferma sia sulle prestazioni essenziali, oggetto del rapporto sinallagmatico, cioè sul compimento di un'opera o di un servizio verso il pagamento di un corrispettivo, sia sull'organizzazione dei mezzi necessari e la gestione a proprio rischio⁷.

Per organizzazione dei mezzi necessari, in linea generale, s'intende l'organizzazione dei mezzi produttivi a struttura imprenditoriale, cioè la disponibilità di un complesso di strumenti produttivi, nonché l'impegno di lavoro prestato da soggetti assunti prevalentemente al di fuori del nucleo familiare.

Con tali soggetti l'appaltatore stipula contratti di lavoro, esplicando in tal modo opera di intermediazione fra l'appaltante e chi fornisce la propria energia di lavoro.

6. P. RESCIGNO, *Appalto*, cit., 4.

7. D. RUBINO, *Appalto*, cit. 704; M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 639; C. GIANNATASIO, *L'appalto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, (diretto da) A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1977; V. MANGINI, V. RUDAN BRICOLA, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, in *Giur. sist. civ. e comm.*, diretta da W. BIGIAMI, Giappichelli, Torino 1972; O. CAGNASSO, *Appalto*, cit., 167.

È necessario, quindi, che l'appaltatore disponga della organizzazione imprenditoriale di una impresa di dimensioni medio grandi⁸.

Secondo parte della dottrina non è necessario il requisito della professionalità essendo possibile il configurarsi di un contratto di appalto anche in caso di assunzione occasionale⁹.

Tale dottrina sostiene, in estrema sintesi, la configurabilità di un contratto di appalto occasionale, nell'ambito del quale all'appaltatore manca, di fatto, la qualifica di imprenditore, dal momento che, pur in presenza, della organizzazione richiesta a mente dell'art.1655 c.c., non sussiste al contempo il carattere della professionalità necessario, a norma dell'art. 2082 c.c. per essere imprenditori.

La dottrina prevalente¹⁰ ritiene, invece, che l'appaltatore debba necessariamente rivestire la qualifica di imprenditore dal momento che il riferimento all'organizzazione di cui all'art.1655 c.c. sembra ricalcare precisamente la nozione di imprenditore data dal codice.

Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, si ha contratto di appalto anche nel caso in cui l'appaltatore concede a terzi, in tutto o in parte, in *sub*-appalto, il compimento dell'opera o del servizio¹¹.

Secondo un altro orientamento dottrinale, tuttavia, non si può configurare un contratto di appalto se l'assuntore, totalmente privo di organizzazione propria di mezzi, si limiti ad affidare si-

8. W. BIGIAVI, *La piccola impresa*, Giuffrè, Milano, 1947, 96; M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 631; V. MANGINI, V. RUDAN BRICOLA, *Il contratto di appalto. Il contratto di somministrazione*, cit., 260; O. CAGNASSO, *Appalto*, cit., 170; Cass. civ., sez. II, 27 gennaio 1997, n. 819, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 140; Cass. civ., sez. II, 17 luglio 1999, n. 7606, in *Giust. civ. Mass.* 1999, 1661; Cass. civ., sez. II, 29 maggio 2001, n. 7307, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1085; *Contra* Cass. civ. sez. II, 8 marzo 1990, n. 1856, in *Giust. civ. Mass.* 1990, 395-396.

9. M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 628; A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano, 1988, 34 ss.

10. D. RUBINO, *Appalto*, cit. 704; E. SCOCCINI, *Il contratto*, cit., 21; P. RESCIGNO, *Appalto*, cit., 3; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., 825.

11. M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 630; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 1954, 197.

stematicamente a terzi l'esecuzione delle opere o la prestazione dei servizi¹². Per gestione a proprio rischio, si intende la possibilità che eventi o fatti impreveduti rendano più onerosa la prestazione, la cui quantificazione è determinata, o almeno determinabile, in base a criteri prestabiliti, come il rischio della impossibilità sopravvenuta per fatto non dipendente dal committente, per perimento *ex art.* 1673 c.c. ovvero per difficoltà nell'esecuzione dell'opera medesima.

Per gestione a proprio rischio, non si intende il rischio in senso tecnico o giuridico, bensì il c.d. rischio economico¹³.

Secondo una parte della dottrina, sarebbe da ricomprendersi solo il rischio di natura tecnica ovvero il rischio dipendente dall'esecuzione in modo imperfetto o difforme del contratto.

Nell'analizzare il divieto di *sub*-appalto stabilito dall'art. 1656 c.c., la dottrina prevalente ritiene che il contratto di appalto sia caratterizzato da *intuitus personae*¹⁴.

I sostenitori di questa teoria si basano sull'art. 1656 c.c. secondo il quale l'appaltatore non può dare in *sub*-appalto l'esecuzione dell'opera o del servizio senza l'autorizzazione del committente.

Altra parte della dottrina invece, prendendo spunto dall'art. 1674 c.c, sostiene la tesi negatrice. La teoria si basa sul fatto che, in caso di morte dell'appaltatore, lo scioglimento del contratto è automatico soltanto se la considerazione relativa alla persona dell'appaltatore sia stata motivo determinante della stipula del contratto stesso.

Si esclude che il contratto di appalto sia necessariamente stipulato *intuitus personae*¹⁵ e si sottolinea che normalmente ha ri-

12. C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit. 54; M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 630; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. cod. civ.*, UTET, Torino, 1960, 400.

13. C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., 58; M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 630; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., 396 e 400; O. CAGNASSO, *Appalto*, cit., 167.

14. C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit. 54; M. STOLFI, voce *Appalto*, cit., 630; G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, cit., 400; D. RUBINO, *Appalto*, cit. 300; V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. dir. priv.*, (diretto da) P. RESCIGNO, XI, UTET, Torino 1984, 1712; E. SCOCCINI, *Il contratto*, cit., 21. In giurisprudenza, Cass., civ. sez. II, 5 settembre 1994, n. 7649, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, 1128.