

pertinente sia stata correttamente attuata nello Stato membro interessato, ma – anche in caso di esito positivo di questo primo passaggio – si spinge altresì ad accertare che nel mercato rilevante sussistano effettivamente condizioni di sufficiente concorrenza: già attraverso la decisione n. 2005/15/CE, dedicata alla specificazione delle modalità di applicazione dell'art. 30 della direttiva 2004/17/CE, la Commissione ha preteso che le vengano sempre trasmesse informazioni dettagliate sullo stato della concorrenza nel mercato rilevante; in tutte le decisioni della Commissione favorevoli all'esenzione non è mai mancata un'analisi puntuale delle condizioni di competitività presenti nel mercato di volta in volta rilevante <sup>(24)</sup>.

### 3. Le soglie di rilevanza comunitaria e i criteri per il loro calcolo

I tratti oggettivi di distinzione fra settori ordinari e settori speciali, dunque, consentono anzitutto di tracciare una linea di discriminazione fra differenti regole di gara (queste, per i secondi, sono meno impegnative che per i primi): gli stessi, combinati questa volta con elementi di carattere soggettivo (la natura della stazione appaltante), possono anche identificare ipotesi di appalti del tutto esentati da obblighi di evidenza pubblica (gli appalti «*estranei*»).

Altra distinzione essenziale, poi, è quella fra affidamenti sopra soglia e affidamenti sotto soglia, dove per soglia si intende il valore – stabilito dal diritto europeo – del contratto da assegnare, superato il quale scatta per l'ente aggiudicatore il dovere di conformare la scelta del contraente alle prescrizioni concorsuali più rigorose, a loro volta in gran parte fissate dallo stesso diritto europeo (ai contratti sotto soglia sono dedicati gli artt. 121 ss. per i settori ordinari e l'art. 238 per i settori speciali).

Queste soglie, peraltro, sono diverse a seconda che si tratti lavori, servizi o forniture e, ancora, a seconda che il contratto riguardi un settore ordinario ovvero un settore speciale (art. 28 per i primi e art. 215 per i secondi); esse, inoltre, sono mutabili nel tempo per effetto di provvedimenti di competenza della Commissione europea.

---

<sup>(24)</sup> Può essere di qualche interesse sapere che, per effetto delle disposizioni commentate nel testo, è stata disposta l'esenzione dagli obblighi di gara in Italia per i seguenti settori: servizi di corriere espresso; raccolta del risparmio tramite conti correnti; prestiti per conto di banche e altri intermediari finanziari; servizi e attività di investimento; servizi di pagamento e di trasferimento di denaro; prospezione di petrolio e gas naturale; produzione di petrolio.

Ciò che rileva, per stabilire se una determinata soglia sia superata o no, è il «*valore stimato*» del contratto da aggiudicare, calcolato secondo i criteri elencati nell'art. 29 del codice: in termini generali, si deve tenere conto dell'importo massimo pagabile al netto di IVA, quale definibile al momento dell'invio del bando per la pubblicazione oppure, quando la pubblicazione del bando non sia necessaria, dell'avvio del procedimento di evidenza pubblica; per i lavori (non importa se oggetto di appalto o concessione) deve essere computato anche il valore dei servizi e delle forniture, necessari per l'esecuzione degli stessi, che siano messi a disposizione dalla stazione appaltante; quando la prestazione richiesta possa essere suddivisa in lotti distinti da assegnare contestualmente, si devono sommare i valori di ciascun lotto e, se la somma è superiore alla soglia, l'aggiudicazione di ciascun lotto deve avvenire – fatte salve talune tassative eccezioni – in conformità alle disposizioni vevolevoli per i contratti di rilevanza comunitaria; in caso di accordi quadro o di sistemi dinamici di acquisizione si deve computare il valore di ciascun singolo contratto destinato a essere assegnato durante il periodo di loro validità; regole particolari sono dettate per le forniture e i servizi aventi caratteri di regolarità o soggetti a rinnovazioni ravvicinate nel tempo, nonché per alcune tipologie specifiche di servizi.

Come principio di chiusura, poi, opera il divieto di adottare criteri di calcolo tali da sottrarre artificiosamente un affidamento dall'ambito applicativo delle norme riguardanti i contratti di rilevanza comunitaria: applicazione specifica del principio è il disposto di cui al 6° comma dell'art. 29 del codice, in forza del quale «*[i]l valore delle forniture o dei servizi che non sono necessari all'esecuzione di uno specifico appalto di lavori non può essere aggiunto al valore dell'appalto di lavori allo scopo di sottrarre l'acquisto di tali forniture o servizi all'applicazione della disposizioni specifiche*» (la disposizione si spiega naturalmente alla luce del fatto che la soglia di valore per gli appalti di lavori è molto maggiore di quelle relative agli appalti di servizi o forniture).

Le amministrazioni aggiudicatrici sono indubbiamente titolari di ampia discrezionalità di scelta nel definire l'oggetto del contratto e non sembra che, qualora si tratti di contratti misti e a contenuto complesso, sussista di per sé un obbligo generale e assoluto di scissione delle varie prestazioni, per farne oggetto di separati contratti e garantire così comunque l'applicazione delle diverse discipline previste per ciascuna tipologia di appalto, ovvero di loro unificazione, con il risultato che il valore dell'affidamento – sommate tutte le sue componenti – superi una delle soglie di rilevanza comunitaria.

Il margine di discrezionalità in questione non è tuttavia illimitato, come dimostrato dall'insistenza del legislatore sui concetti di necessità e di artificiosità, e, in definitiva, non può essere utilizzato a fini meramente elusivi.

#### 4. Gli appalti pubblici di lavori

L'applicabilità di soglie differenti a seconda che il contratto riguardi forniture, servizi o lavori rende, poi, cruciale la tematica dei c.d. appalti misti: il che presuppone l'esigenza di identificare preventivamente i fattori essenziali che permettono di ascrivere un determinato tipo di rapporto all'una o all'altra categoria.

Occorre iniziare l'analisi dalla categoria più importante, cioè quella dei lavori.

Sulla scorta della corrispondente nozione europea, il 7° comma dell'art. 3 del codice definisce gli «*appalti pubblici di lavori*» come gli «*appalti pubblici* [a loro volta definiti come «*contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazioni di servizi come definiti dal presente codice*»: art. 3, 6° comma] *aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV* <sup>(25)</sup>, *l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara*».

Come precisato dall'8° comma dello stesso art. 3, «[i] «*lavori*» di cui all'allegato I comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione di opere. Per «*opera*» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica» <sup>(26)</sup>.

<sup>(25)</sup> Il riferimento è alla disciplina dettata per i lavori relativi alle infrastrutture strategiche.

<sup>(26)</sup> Sulla dicotomia «lavori pubblici» – «opere pubbliche» si veda, in tempi recenti, F. MANGANARO, *Opere pubbliche tra governo del territorio ed autonomie territoriali*, in *Foro amm. TAR*, 2009, p. 1304 ss.

## 9. Le principali tipologie di documentazione antimafia

Non esiste una sola tipologia di documentazione antimafia. Il legislatore ha piuttosto ritenuto preferibile distinguere tra comunicazione antimafia e informazione antimafia, diverse l'una dall'altra essenzialmente per ambito di applicazione ed ampiezza dei controlli presupposti (distinzioni, queste, che poi ovviamente condizionano anche il regime di rilascio e quello degli effetti ad esse ricollegati).

### 9.1. *Le comunicazioni antimafia*

La comunicazione antimafia «consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o di divieto di cui all'art. 67» del codice antimafia (art. 84, 2° comma). Essa è richiesta per i provvedimenti, gli atti, i contratti e le erogazioni il cui valore complessivo supera i 150.000 euro <sup>(50)</sup> senza raggiungere la soglia di rilievo comunitario.

Essa ha una validità di sei mesi – chiarisce ora il codice – «dalla data di acquisizione» (art. 86, 1° comma). Una volta acquisita una documentazione in corso di validità, comunque, le amministrazioni sono chiamate ad adottare il provvedimento finale anche se questo si perfeziona o viene portato ad esecuzione in data successiva alla scadenza di validità della predetta documentazione antimafia <sup>(51)</sup>.

### 9.2. *Le informazioni antimafia*

L'informazione antimafia, invece, rileva, oltre che la sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67, d.lgs.

---

dubbia legittimità costituzionale, soprattutto rispetto al principio per il quale la responsabilità penale è personale (art. 27 Cost.). Cfr. S. MUTTONI, *Informazioni prefettizie antimafia e appalti. Testi, contesti e Costituzione*, cit., p. 161 ss.

<sup>(50)</sup> Le pubbliche amministrazioni non possono mai richiedere al prefetto informazioni antimafia per contratti di importo inferiore ai 300 milioni di lire (oggi 154.937,07 euro per la precisione). Cfr. TAR Calabria, Reggio Calabria, 7 maggio 2013, n. 258).

<sup>(51)</sup> Sul punto, v. anche G. FERRARO, *La validità temporale delle informative antimafia*, in *Urb. app.*, n. 11/2010, p. 1357 ss., a commento di TAR Lazio, Roma, 26 luglio 2010, n. 28473, per cui: «i limiti temporali di validità della documentazione antimafia, debbono valere non solo 'contro' il cittadino (nel senso della necessità di verificarne la permanenza dei requisiti), ma anche a suo favore».

n. 159/2011, anche la presenza di «eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate» (art. 84, 3° comma).

Detti tentativi possono essere desunti dalle fattispecie previste dallo stesso codice, nell'elenco tassativo di cui all'art. 84, 4° comma, cui deve aggiungersi la previsione dell'art. 91, 6° comma.

Quanto al citato elenco, si tratta, nell'ordine di:

*a)* provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluni dei delitti di cui agli artt. 353 (turbata libertà degli incanti), 353-*bis* (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente), 629 (estorsione), 640-*bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), 644 (usura), 648-*bis* (riciclaggio), 648-*ter* (impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita) del codice penale, dei delitti di cui all'art. 51, comma 3-*bis*, del codice di procedura penale (delitti variamente connessi all'attività di crimine organizzato) e di cui all'art. 12-*quinquies*, d.l. 8 giugno 1992, n. 306 convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 (trasferimento fraudolento di valori) <sup>(52)</sup>;

*b)* proposta o provvedimento di applicazione di taluna delle misure di prevenzione;

*c)* salvo che ricorra l'esimente di cui all'art. 4, legge 24 novembre 1981, n. 689 (adempimento di un dovere o attività compiuta nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in stato di necessità o di legittima difesa), omessa denuncia all'autorità giudiziaria dei reati di cui agli artt. 317 (concussione) e 629 (estorsione) del codice penale <sup>(53)</sup>, aggravati ai sensi dell'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 (perché commessi per agevolare l'attività delle organizzazioni di cui all'art. 416-*bis* c.p.), da parte dei soggetti indicati nella lett. *b)* dell'art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nei cui confronti è pendente procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione

<sup>(52)</sup> Sulle nuove tutele penali delle gare d'appalto di cui agli artt. 353 e 353-*bis*, cfr. R. DE NICTOLIS, *La nuova disciplina antimafia in materia di pubblici appalti*, in *Urb. app.*, n. 10/2010, p. 1129 ss.

<sup>(53)</sup> Precedentemente, in giurisprudenza, si scriveva: «*l'informativa antimafia dalla quale si evince che l'impresa è stata vittima di un fenomeno estorsivo di natura mafiosa, non costituisce elemento ostativo alla contrattazione con la Pubblica amministrazione atteso che tale circostanza non equivale a rischio di assoggettamento preclusivo alla contrattazione stessa*» (TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 dicembre 2010, n. 1699, ma anche TAR Emilia-Romagna, Parma, 26 luglio 2011, n. 271).

o di una delle cause ostative previste originariamente dall'art. 10, legge 31 maggio 1965, n. 575) <sup>(54)</sup>; l'esclusione e il divieto operano se la pendenza del procedimento riguarda il titolare o il direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; i soci o il direttore tecnico se si tratta di società in nome collettivo, i soci accomandatari o il direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o il direttore tecnico o il socio unico persona fisica, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una delle cause ostative ivi previste <sup>(55)</sup>;

*d)* accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno ai sensi del d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726 (per la lotta contro la delinquenza mafiosa), ovvero di quelli di cui all'art. 93 del presente decreto (poteri di accesso e accertamento dei prefetti);

*e)* accertamenti da effettuarsi in altra Provincia a cura dei prefetti competenti su richiesta del prefetto procedente ai sensi della lett. *d)*;

*f)* sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonché nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie, effettuate da chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari dei provvedimenti di cui alle lett. *a)* e *b)*, con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzate, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia.

L'art. 91, 6° comma, prevede, poi, che il prefetto possa desumere l'esistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa anche da provvedimenti di condanna (pure se non definitiva) per reati strumentali all'attività delle organizzazioni criminali unitamente a concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa, anche in modo indiretto, agevolare le attività criminose o esserne in qualche modo condizionata, nonché dall'accertamento delle

---

<sup>(54)</sup> Il punto si approfondisca in M. NAPOLI, *Imprese vittime della criminalità organizzata ed esclusione dalle pubbliche gare*, in *Urb. app.*, n. 12/2009, p. 1413 ss.

<sup>(55)</sup> Detta circostanza deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente alla prefettura competente (art. 84, comma 4-*bis*).

violazioni degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, commesse con la condizione della reiterazione prevista dall'art. 8-*bis*, legge 24 novembre 1981, n. 689 <sup>(56)</sup>.

Nonostante le previsioni fin qui sintetizzate debbano considerarsi tassative, la tipizzazione non può dirsi completa <sup>(57)</sup> (e non potrebbe essere diversamente dal momento che il fenomeno criminoso è proteiforme, soggetto a continui mutamenti, inafferrabile) ed evidente emerge la permanenza di una significativa discrezionalità del prefetto nel rilevare la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa. Ciò soprattutto con riferimento alle ipotesi di cui all'art. 84, 4° comma, lett. *d*) ed *e*) <sup>(58)</sup>.

Per evitare che questa degeneri in arbitrio, sembra opportuno riferirsi alla giurisprudenza maturatasi con riguardo alle informative prefettizie già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice.

Così, si può chiarire che la fase istruttoria del procedimento finalizzato a comunicare la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi di un'impresa, si concreta essenzialmente nell'acquisizione di tutte le informazioni di cui le autorità di pubblica sicurezza sono in possesso al fine di effettuare, sulla base di tali risultanze, una obiettiva valutazione sulla possibilità di un eventuale utilizzo distorto dei finanziamenti pubblici destinati ad iniziative private o delle risorse pubbliche devolute al settore degli appalti pubblici (utilizzo che la normativa di settore mira appunto ad evitare) <sup>(59)</sup>. A tal fine, «*se non è necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, non possono tuttavia ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, essendo pur sempre richiesta l'indicazione di circostanze obiettivamente sintomatiche di connessioni o collegamenti con le predette associazioni*» <sup>(60)</sup>. Sul punto la certezza del diritto è stata in qualche modo opportunamente recuperata a valle dalla giurisprudenza amministrativa, che in anni di applicazione della disciplina relativa

<sup>(56)</sup> In tali casi, entro il termine di cui all'art. 92, rilascia l'informazione antimafia interdittiva.

<sup>(57)</sup> Cfr. TAR Liguria, Sez. II, 29 febbraio 2012, n. 347.

<sup>(58)</sup> Con riferimento alle analoghe ipotesi previgenti, v. Cons. Stato, Sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2867.

<sup>(59)</sup> Così in Cons. Stato, Sez. III, 4 agosto 2011, n. 4682.

<sup>(60)</sup> Così in Cons. Stato, Sez. VI, 17 luglio 2006, n. 4574; Cons. Stato, Sez. VI, 10 dicembre 2009, n. 7777.

alla documentazione antimafia, ha costruito una serie di indici di rilevanza sui quali è possibile costruire informative negative <sup>(61)</sup>.

L'informazione antimafia deve essere richiesta <sup>(62)</sup> prima di stipulare, approvare o autorizzare contratti o erogazioni il cui valore, ai sensi dell'art. 91, 1° comma, sia:

a) pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di opere e lavori pubblici, servizi pubblici e pubbliche forniture, indipendentemente dai casi di esclusione ivi indicati;

b) superiore a 150.000 euro per le concessioni di acque pubbliche o di beni demaniali per lo svolgimento di attività imprenditoriali, ovvero per la concessione di contributi, finanziamenti e agevolazioni su mutuo o altre erogazioni dello stesso tipo per lo svolgimento di attività imprenditoriali;

c) superiore a 150.000 euro per l'autorizzazione di subcontratti, cessioni, cottimi, concernenti la realizzazione di opere o lavori pubblici o la prestazione di servizi o forniture pubbliche.

Onde evitare facili elusioni della previsione, il legislatore ha, altresì, previsto che sia vietato, a pena di nullità, il frazionamento dei contratti, delle

<sup>(61)</sup> Cfr. F. DI CRISTINA, *L'informativa prefettizia quale presupposto della revoca dell'aggiudicazione*, cit., p. 55 ss.

Così, ai fini dell'applicazione di una misura interdittiva si è ritenuto costituire elemento idoneo a palesare la possibilità di condizionamenti mafiosi dell'impresa «una serie reiterata e costante di frequentazioni da parte dell'imprenditore, non meramente occasionali, accompagnate da offerte di lavoro con esponenti della malavita locale», non «semplici relazioni di parentela, affetti ed amicizia», soprattutto se in «contesti territoriali ristretti», a meno che «la personalità dei soggetti fornisca concrete ragioni sull'illiceità dell'attività svolta in comune, come motivi di sospetto sufficienti per giustificare e indirizzare le indagini» (cfr. TAR Calabria, Catanzaro, 10 marzo 2010, n. 239; nello stesso senso anche TAR Emilia-Romagna, Parma, 26 luglio 2011, n. 271; C. reg. sic., 29 febbraio 2012, n. 227 e, di recente, TAR Campania, Salerno, Sez. I, 17 giugno 2013, n. 1348; Cons. Stato, Sez. III, 10 gennaio 2013, n. 96; C. reg. sic., 8 maggio 2013, n. 456).

Ancora: «nel caso in cui l'informativa prefettizia interdittiva antimafia, acquisita in procedimento di gara d'appalto, trova il suo presupposto nel rapporto di parentela dei soggetti che svolgono l'attività imprenditoriale con soggetti risultati appartenenti alla criminalità organizzata, deve essere accertata anche l'eventuale esistenza di ulteriori elementi (relativi al contesto familiare, territoriale ed ambientale in cui si opera) dai quali si possano ragionevolmente dedurre effettivi collegamenti tra i soggetti sul cui conto l'autorità prefettizia ha individuato l'esistenza di pregiudizi» (Cons. Stato, Sez. III, 14 settembre 2011, n. 5130).

<sup>(62)</sup> Nel regime previgente si ammetteva che la stazione appaltante, previa motivata valutazione discrezionale, potesse richiedere, in sede di bando, per tutte le imprese ammesse, l'obbligo di presentare l'informativa antimafia anche per contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria. Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. III, 26 luglio 2010, n. 28473. Con detta previsione, tuttavia, l'amministrazione si obbligava a tener conto in ogni caso della documentazione presentata.

concessioni e delle erogazioni compiuto al fine di evitare di soggiacere ai controlli (art. 91, 2° comma).

L'informativa antimafia deve essere comunque richiesta ed ottenuta:

*a)* dagli enti locali disciolti ai sensi dell'art. 143, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, nei primi cinque anni successivi allo scioglimento (art. 100 codice);

*b)* tutte le volte in cui ci si muova nell'ambito di una delle diverse attività indicate come suscettibili di infiltrazione mafiosa con regolamento, emanato ai sensi dell'art. 91, 7° comma.

La richiesta dell'informazione antimafia deve essere effettuata al momento dell'aggiudicazione o trenta giorni prima della stipula del subcontratto (art. 91, 3° comma).

## 10. I principali effetti ricollegati a comunicazioni e informazioni antimafia

I principali effetti ricollegati al rilascio di documentazione antimafia negativa, ossia attestante la presenza di una delle cause di decadenza, sospensione o divieto di cui all'art. 67 del codice, o di un tentativo di infiltrazione mafiosa *ex art.* 84, sono descritte all'art. 94. Quest'ultima previsione (con ogni probabilità per una svista del legislatore), in realtà, sembra riferirsi esclusivamente alle informazioni del prefetto, ma il portato complessivo della disposizione impone che si consideri riferito anche alle comunicazioni.

Qualora la documentazione a contenuto negativo sopraggiunga prima del perfezionamento del rapporto tra amministrazione e privato, questo viene radicalmente impedito e proprio in ciò si vede l'estrema anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa di cui già si è fatto cenno.

Quando, invece, le indicazioni circa la contiguità mafiosa dell'operatore economico privato siano rilevate dopo la stipulazione del contratto (nei casi previsti dall'art. 94, 2° comma), i soggetti pubblici «revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite» (art. 94, 2° comma).

La previsione appena ricordata rappresenta una delle novità più significative previste dal codice rispetto alle disposizioni precedenti, le quali rimettevano alla discrezionalità dell'amministrazione il proseguimento o meno del rapporto col privato <sup>(63)</sup>.

<sup>(63)</sup> Discrezionalità che la giurisprudenza amministrativa aveva provveduto a limitare, richiedendo, ad esempio, che il provvedimento di prosecuzione del rapporto fosse

## 1. La transazione

### 1.1. *Il divieto di transazione novativa come espressione del generale divieto di rinegoziazione*

Solo con il Codice è stata introdotta una specifica disposizione <sup>(19)</sup> che disciplina la transazione per le controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici, nonostante già in precedenza si ammettesse la definizione negoziale di tali questioni.

In particolare, la stessa Autorità di Vigilanza, con la delibera 13 settembre 2001, n. 308, si era espressa in favore dell'applicabilità dell'art. 1965 c.c. – dedicato appunto in via generale all'istituto – a patto che la transazione «fosse priva di carattere novativo e ragionevolmente motivata quanto alla funzionalizzazione rispetto all'interesse pubblico curato dall'Amministrazione».

La disposizione introdotta nel Codice dei contratti ha il pregio di dissipare ogni dubbio in merito e resta certo integrabile, in quanto compatibile, con le ulteriori e più numerose previsioni contenute nel Codice civile anche visto l'espresso riferimento, di cui all'art. 239 cod. contr., alla «transazione nel rispetto del codice civile».

Valgono, dunque, le regole generali in merito alle reciproche concessioni tra le parti – trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive e, di solito, a carattere oneroso – alla disponibilità dei diritti oggetto della lite e ai vizi rilevabili, tra i quali, si ricordi, l'art. 1969 c.c. esclude l'annullabilità per errore di diritto relativo alle questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti. Resta, inoltre, sempre necessaria l'esistenza di un conflitto

---

<sup>(19)</sup> Tra i commenti si segnalano N. PAOLANTONIO, *Art. 239*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato*, Milanofiori, 2013, 2385, M. DI CARLO, *Art. 239*, cit., p. 1457, R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La genesi e la gestione del contenzioso tra appaltatore e stazione appaltante*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, 976, C. POLIDORI, *La transazione in materia di appalti pubblici*, in *Corr. Merito*, 2009, fasc. 10, 941, F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, sul sito [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), G. TROPEA, *Transazione e accordo bonario*, cap. XXXVII, in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici, servizi e forniture*, Bassano del Grappa (VI), 2008, p. 1165, C. DEODATO, *La transazione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol. VI, Milano, 2008, p. 3763, G. FERRARI, *Commento all'art. 239*, in *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2008, p. 1471, M. BALDI, *Artt. 239-240 – Transazione e accordo bonario*, in M. BALDI - R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici (commentario al codice degli appalti)*, Milano, 2007, p. 1636, M. GOLLA, *Art. 239, La transazione*, in *Codice dei contratti pubblici, Le nuove leggi amministrative*, Milano, 2007, p. 2043.

di interessi – anche solo potenziale <sup>(20)</sup>, in quanto ancora non oggetto di lite giudiziaria – elemento tradizionalmente considerato presupposto della transazione <sup>(21)</sup>.

Certamente valido e attuale è il monito dell’Autorità quanto al divieto della transazione novativa.

Tale divieto è, infatti, il necessario portato del principio generale del divieto di rinegoziazione dei contratti pubblici <sup>(22)</sup>.

La transazione si distingue in semplice, laddove si modifichi il solo rapporto controverso, novativa, quando l’accordo sostituisca integralmente la pattuizione precedente, e mista, laddove si incida su rapporti anche diversi da quello oggetto della lite.

Già è emerso che, pur distinta da quella pubblicistica di scelta del contraente, la fase dell’esecuzione si pone in stretta correlazione con la medesima, consistendo nella concretizzazione delle prestazioni del contratto oggetto della procedura di evidenza pubblica.

Come noto, la pubblica amministrazione che intende stipulare un contratto è tenuta al rispetto delle regole del codice dei contratti che hanno carattere inderogabile e imperativo.

Da ciò deriva che non esiste al di fuori di tali regole uno spazio di autonomia privata della pubblica amministrazione e il contratto eventualmente stipulato in violazione delle regole sarebbe certo nullo per contrarietà a

---

<sup>(20)</sup> Ancora da ultimo Cass., Sez. I, 8 febbraio 2013, n. 3064 precisa il senso del requisito delle reciproche concessioni (da considerarsi in merito alla posizione assunta dalle parti non solo nella lite in atto, ma anche rispetto ad eventuali controversie future) e della *res dubia* (che non richiede che le parti abbiano esteriorizzato le contrapposte pretese in un formale e rigoroso dissenso, ma soltanto che una parte avanzi o possa avanzare una pretesa circa la titolarità di un diritto al quale siano correlati obbligazione e doveri dell’altra parte).

<sup>(21)</sup> La preesistenza della lite è infatti tipico presupposto della transazione, mentre più discusso in dottrina è la necessità o meno della concretezza del conflitto di interessi (come si legge nella voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, Milano, 1992, p. 816, qui p. 818 e L.V. MOSCARDINI - N. CORBO, voce *Transazione I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, vol. XXXI, Roma, 1994, p. 2) legittimandosi da taluni [S. PUGLIATTI, *Della transazione*, in D’AMELIO - FINZI (a cura di), *Commentario al cod. civ., Libro delle obbligazioni*, II, 2, Firenze, 1949, p. 460 e nello stesso senso F. D’ONOFRIO, *Della transazione*, in A. SCIALOJA - G. BRANCA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, art. 1960-1991, Bologna-Roma, 1974, p. 226] anche la transigibilità del conflitto potenziale.

<sup>(22)</sup> Ragiona sull’ammissibilità delle pratiche di rinegoziazione A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012. Precisato che manca una positivizzazione dell’istituto della rinegoziazione, l’Autrice riconosce l’esistenza di vincoli derivanti sia dalla declinazione contabilistica del pubblico interesse, sia dalla prospettiva pro concorrenziale, dai quali ricava un catalogo di modifiche consensualmente apposte al contratto antigiuridiche, distinte in ‘procedurali’, ‘discriminatorie’ e ‘monopolistiche’.

norme imperative, sicché «va negata la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o di realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione»<sup>(23)</sup>.

Allo scopo di evitare distorsioni al regolare svolgimento della concorrenza fra imprese le istituzioni comunitarie e nazionali, seguite dal giudice amministrativo ed europeo, hanno costantemente e ripetutamente affermato il principio del divieto di rinegoziazione delle offerte, da intendersi senz'altro esteso alla fase successiva all'aggiudicazione<sup>(24)</sup>.

La necessità di tutelare l'interesse finanziario contabile dell'amministrazione, in un primo tempo, e, con l'avvento del mercato europeo, la concorrenza e trasparenza delle gare spiegano le ragioni del divieto.

La rinegoziazione è una tecnica di gestione del rischio contrattuale nel caso di mutamento delle circostanze intervenuto nella fase di esecuzione del vincolo; essa, espressione della clausola di buona fede, permette di conservare il rapporto in essere, evitando il ricorso a rimedi risolutivi; l'art. 1467 c.c. lega la rinegoziazione del contratto a modificazioni straordinarie e imprevedibili.

Pare corretto, quindi, riferirsi alla rinegoziazione solo in presenza di sopravvenienza contrattuale<sup>(25)</sup>, idonea a creare uno squilibrio tra le prestazioni contrattuali: affinché non si violino le regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica occorre che si rispetti l'equilibrio economico giuridico originario, senza, cioè, che della rinegoziazione possa giovare l'aggiudicatario.

---

<sup>(23)</sup> Come si legge nella decisione Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, con il commento di B. MARCHETTI, *Atti di aggiudicazione e poteri di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Giornale dir. Amm.*, 2003, p. 505. L'Autrice ritiene ammissibile la rinegoziazione dell'offerta al ribasso dopo l'aggiudicazione provvisoria, posto che la stessa non potrebbe che giovare alla Pubblica Amministrazione. In particolare p. 508.

<sup>(24)</sup> In merito V. POLI, *Principi generali e regime giuridico dei contratti stipulati dalle pubbliche amministrazioni*, sul sito [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) che ricorda il parere della Commissione 23 marzo 1998 e il parere del Cons. Stato, comm. spec., 12 ottobre 2001, n. 1084, nonché le circolari della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie – del 15 novembre 2001 e del 23 febbraio 2000). In giurisprudenza Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281 e Cons. Stato, Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126. La Corte di giustizia si è occupata del tema nella causa C-91/08. Per un commento alla sentenza E. BOTTONE, *Il divieto di rinegoziazione dell'offerta nelle concessioni di servizi*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2010, p. 1222.

<sup>(25)</sup> In proposito V. LOPILATO, *Le clausole di rinegoziazione nei contratti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. 1911 precisa (in particolare al par. 3.1) che la giurisprudenza amministrativa pare invece intendere la rinegoziazione in termini più generali.

Attraverso la rinegoziazione del contratto aggiudicato nei casi di «naturali» sopravvenienze, l'impresa certo avrebbe modo di recuperare almeno parte dell'eventuale sconto del prezzo, falsando così il meccanismo dell'evidenza pubblica e legittimando, di fatto, una trattativa privata in corso di esecuzione contrattuale.

Il principio della necessaria evidenza pubblica nella scelta del contraente da parte dell'amministrazione comporta, dunque, l'impossibilità per la stessa di modificare le condizioni contrattuali sia prima sia dopo l'aggiudicazione <sup>(26)</sup>.

Tale affermazione andrebbe temperata secondo parte della dottrina <sup>(27)</sup>: se, infatti, anche dopo la stipula, l'Amministrazione certo non può aggirare con strumenti privatistici le regole inderogabili e imperative poste a tutela della scelta del contraente migliore, essa potrebbe tuttavia perseguire l'interesse pubblico, anche con strumenti privatistici, con il minor sacrificio possibili di altri interessi, tra cui certo quello finanziario dell'amministrazione. Di tale considerazione occorre tenga conto il giudice nella decisione del legittimo esercizio del potere di transigere nel caso concreto.

Le cause di rinegoziazione dei contratti sono molteplici; tuttavia solo alcune di esse possono essere fonte di abusi qualora portino a sovvertire l'economia del contratto, rendendo illusorie la trasparenza della procedura e la gara preliminare tra gli offerenti <sup>(28)</sup>.

La Corte di giustizia <sup>(29)</sup> ha dichiarato che le modifiche apportate ad un contratto pubblico di appalto nel corso della sua validità consistono in una nuova aggiudicazione di appalto quando siano atte a mostrare la volontà delle parti di definire nuovamente gli elementi essenziali del contratto.

---

<sup>(26)</sup> Cons. Stato, comm. spec., 12 ottobre 2001, in *Urb. app.*, 2002, p. 447 con nota di R. DAMONTE - G. PIAZZALUNGA, *È legittima la trattativa instaurata dall'amministrazione con l'aggiudicatario provvisorio di una gara d'appalto, volto alla rinegoziazione dell'offerta presentata?* Nota a TAR Lazio, Roma, Sez. III, 8 gennaio 2002, n. 106, in *Foro amm. TAR*, 2002, p. 161 e G. M., *Sulla rinegoziazione delle condizioni del contratto aggiudicato con la pubblica amministrazione*, nota a Cons. Stato, Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Giust. civ.*, 2003, p. 1144.

<sup>(27)</sup> A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1160 e, come già ricordato alla nota 23, B. MARCHETTI, *Atti di aggiudicazione e poteri di rinegoziazione della pubblica amministrazione nei contratti ad evidenza pubblica*, cit. e, da ultimo, il lavoro monografico di A. Giannelli, cit.

<sup>(28)</sup> Come si precisa al punto 48 delle Conclusioni del 27 ottobre 2009 nella causa C-91/08.

<sup>(29)</sup> Nella sentenza Commissione/Francia del 5 ottobre 2000, causa C-337/98.

In altra decisione <sup>(30)</sup> sono state individuate quattro ipotesi in cui le modifiche debbono ritenersi sostanziali: nel caso le nuove condizioni consentirebbe l'ammissione di offerenti od offerte diverse rispetto a quelle originarie; quando la modifica amplia il contenuto del contratto di appalto; se la modifica altera l'equilibrio in favore dell'aggiudicatario e, infine, laddove un nuovo contraente si sostituisca all'originario, salvo che la sostituzione non derivi da una pattuizione del contratto di appalto, in tema, ad esempio, di subappalto.

I limiti individuati dalla Corte valgono certo qualora le modifiche derivino dall'interpretazione della clausole contrattuali definita attraverso le reciproche concessioni oggetto della transazione.

Se pure l'aggiudicatario o concessionario si faccia carico dell'organizzazione e dei relativi rischi di gestione, il carattere complesso e a lungo termine dell'esecuzione del contratto fa sorgere l'esigenza di una particolare flessibilità e di uno spirito di cooperazione tra le parti al fine di limitare i danni legati alla patologia nello svolgersi della vicenda contrattuale <sup>(31)</sup>.

Se la transazione ha efficacia novativa nel caso di oggettiva incompatibilità tra il rapporto preesistente e quello originato con l'accordo transattivo, di guisa che dall'atto sorgano reciproche obbligazioni oggettivamente diverse da quelle preesistenti, allora è facile ravvisarvi una sorte di rinegoziazione «mascherata». L'istituto si presterebbe così a divenire la modalità per aggirare le regole dell'evidenza pubblica: situazione certo non ammessa nell'ordinamento.

La transazione non deve, cioè, rappresentare il mezzo per eludere le disposizioni cogenti contenute nel Codice dei contratti.

Del resto ogni volta che le concessioni reciproche delle parti determinano la violazione di una disciplina imperativa e inderogabile, ne deriva la nullità della transazione, in base all'art. 1418 c.c. <sup>(32)</sup> in quanto l'assetto con la stessa delineato è anti-giuridico.

<sup>(30)</sup> Nella sentenza Presse Text Nachrichtenaentur del 19 giugno 2008, causa C-454/06.

<sup>(31)</sup> F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 815 qui p. 824 ss.

<sup>(32)</sup> In giurisprudenza l'illegittimità dell'atto transattivo adottato in violazione della disciplina comunitaria o nazionale si trova chiaramente affermata nelle decisioni Cons. Stato, Sez. V, 12 maggio 2003, n. 2516 (che annulla l'atto transattivo di una controversia in un rapporto di concessione di pubblico servizio in virtù dell'illegittima proroga della concessione che ne deriverebbe) e Cons. Stato, 14 luglio 2003, n. 4167, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1156 con nota di A. MARRA, *Rinegoziazione del contratto dopo l'aggiudicazione e riparto di giuri-*

Il rapporto contrattuale, pur modificato o integrato a seguito delle reciproche concessioni, deve cioè permanere nella sua essenziale identità, sicché, come già precisava l'Autorità di vigilanza, la transazione è applicabile a condizione che nella stessa «non sia previsto un atto dispositivo diverso dall'attribuzione patrimoniale, come ad esempio un atto di alienazione con il quale si verrebbe a mutare non solo l'oggetto della prestazione ma anche l'oggetto dell'obbligazione per cui si verifica la transazione novativa».

Se ne ricava, ancorché non esplicitata, l'inapplicabilità della transazione novativa nell'ambito dei contratti pubblici: la transazione sarà ammessa in quanto e fintantoché modifichi – comunque entro i limiti che di seguito si preciseranno – l'oggetto del contratto precedente, non, invece, nel caso in cui le prestazioni siano nuove.

La disciplina dell'evidenza pubblica, allora, costituisce un ostacolo al realizzarsi del principale vantaggio del ricorso allo strumento negoziale per la soluzione delle controversie individuato nella atipicità del contenuto del contratto rispetto alla tipicità del lodo o della sentenza <sup>(33)</sup>. La previsione del secondo comma dell'art. 1965 c.c. di poter, con le reciproche concessioni, «creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti», non vale.

Così la giurisprudenza <sup>(34)</sup> ha precisato che certo non sia lecito che dalla transazione sulle controversie inerenti il precedente contratto derivi un nuovo affidamento senza gara dello stesso servizio, lavoro o fornitura. Le parti non sono cioè legittimate con la transazione a prolungare l'efficacia del contratto di durata <sup>(35)</sup> in palese violazione delle regole dell'evidenza pubblica.

La transazione, dunque, è legittima quando il risultato perseguito attraverso le reciproche concessioni è conforme al Codice dei contratti.

Il divieto di rinegoziazione impone, però, che quando il sinallagma oggetto dell'aggiudicazione si modifichi per sopravvenienze straordinarie, l'equilibrio contrattuale non possa ricomporsi attraverso la transazione, ma occorra risolvere il contratto originario e attraverso una nuova gara indivi-

---

*sdizione* (che annulla una transazione ritenendo la rinegoziazione del contratto – in cui era contenuta la clausola controversa in tema di cessione di quote di una società a partecipazione pubblica – elusiva dell'obbligo della gara per la scelta del socio privato).

<sup>(33)</sup> In merito F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, vol. V, Milano, 2011, 17.

<sup>(34)</sup> Cons. Stato, Sez. V, 2 febbraio 2010, n. 445.

<sup>(35)</sup> Cfr. TAR Liguria, Genova, Sez. II, 21 gennaio 2009, n. 81 confermata dalla decisione del Consiglio di Stato di cui alla nota precedente.

duare il soggetto cui affidare i lavori, servizi e forniture necessari per realizzare o, più verosimilmente, portare a termine l'intervento.

1.2. *Il peculiare regime della transazione nel codice dei contratti pubblici: forma scritta, parere obbligatorio e procedimento*

Pur richiamando il regime generale dell'istituto, l'art. 239 del codice introduce taluni requisiti peculiari e propri della sola transazione nei contratti pubblici.

Si tratta, in particolare, della necessaria forma scritta, del parere obbligatorio dell'Avvocatura e del procedimento per la definizione transattiva della controversia.

Anzitutto, mentre l'art. 1967 c.c. non richiede di per sé <sup>(36)</sup> la forma scritta *ad substantiam*, ma solamente *ad probationem*, il 4° comma dell'art. 239 richiede la forma scritta a pena di nullità.

La precisazione risulta necessaria perché se è vero che la forma scritta è, in ogni caso, sempre prescritta a pena di nullità per i contratti della pubblica amministrazione <sup>(37)</sup>, è vero altresì che tra le amministrazioni aggiudicatrice e gli enti aggiudicatori, potenziali parte dell'accordo negoziale, sono compresi soggetti privati non ascrivibili al novero delle amministrazioni pubbliche.

Il peculiare regime della forma scritta si giustificerebbe, inoltre, «per la rilevanza degli interessi coinvolti» tale da esigere un «regime di forma che assicuri, di per sé, quell'attenzione e quella cura che devono presidiare gli atti dispositivi di diritti connessi ad interessi pubblici» <sup>(38)</sup>.

Si è precisato <sup>(39)</sup> che il requisito della forma scritta debba ritenersi soddisfatto anche nel caso di manifestazioni del consenso non contestuali, ovvero quando le stesse siano contenute in una proposta ed accettazione distinte.

Tra i presupposti per la validità della transazione nei soli contratti pubblici, inoltre, si prevede il rilascio alle amministrazione o agli enti aggiudicatori del «parere dell'avvocatura che difende il soggetto o, in mancanza, del

<sup>(36)</sup> Salvo, naturalmente, che la transazione non verta su controversie che coinvolgano rapporti giuridici di cui all'art. 1350 c.c.

<sup>(37)</sup> Cfr. anche il parere Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., 6 febbraio 2006, n. 355/06.

<sup>(38)</sup> R. DE NICTOLIS, in M.A. SANDULLI - R. DE NICTOLIS - R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. IV, *Il contenzioso*, Milano, 2008, p. 3769.

<sup>(39)</sup> G. TROPEA, *Transazione e accordo bonario*, cit., p. 1169.

funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso», ogni volta che l'importo della definizione bonaria ecceda la somma di 100.000 euro. Il parere sarà dunque reso dall'Avvocatura dello Stato per le amministrazioni che ne hanno il patrocinio, dall'avvocatura interna ove esistente ovvero dall'organo di vertice della struttura.

Il parere dell'avvocatura deve qualificarsi obbligatorio, ma non vincolante, con la conseguenza della invalidità della delibera a contrarre nel caso di sua omissione, ma con la facoltà del dirigente competente di apprezzare la convenienza dell'accordo in termini difformi da quelli espressi nel parere legale, salva la necessità di esauriente ed argomentata motivazione in proposito.

L'opportunità del parere si coglie alla luce degli inevitabili riflessi che la transazione è in grado di produrre sulla finanza pubblica <sup>(40)</sup> e della conseguente necessità che sia correttamente «rappresentato il quadro problematico del contenzioso in essere (o potenziale), nonché lo scenario dei rischi che esso comporta e l'adeguatezza – anche sotto un profilo di proporzionalità – della soluzione proposta o accettata ...» <sup>(41)</sup>.

Si è affermato che il parere avrebbe natura tecnica in quanto «riferito agli aspetti giuridico legali della controversia – quali ad esempio l'ammissibilità della transazione in base ai presupposti della lite e la fondatezza della questione giuridica eccepita – e non al merito della fattispecie. In altri termini, il rafforzamento del giudizio maturato dall'amministrazione parte in causa non è richiesto sulla congruità dell'accordo raggiunto nella transazione, ma sulla convenienza della sua sottoscrizione dal punto di vista giuridico» <sup>(42)</sup>. Di conseguenza al parere si applicherebbe il regime di cui all'art. 17 della legge n. 241 del 1990 e non quello di cui all'art. 16 <sup>(43)</sup>. L'atto si collocherebbero nel procedimento amministrativo per l'adozione della delibera del dirigente competente ad esprimere il consenso dell'Amministrazione a transigere.

La previsione esplicita del parere dell'avvocatura non abroga le diverse disposizioni che richiedano, secondo il regime proprio delle diverse ammini-

---

<sup>(40)</sup> Lo stesso Consiglio di Stato ha sottolineato che «proprio perché tali contratti (n.d.r. di transazione) possono avere riflessi sulla finanza pubblica, l'ordinamento pubblicistico ha tradizionalmente circondato la relativa conclusione a particolari cautele». Così il parere Sez. cons. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355.

<sup>(41)</sup> G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, cit.

<sup>(42)</sup> M. GOLA, *Art. 239, Transazione*, cit., p. 2048.

<sup>(43)</sup> M. GOLA, *op. loc. ult. cit.*

strazioni, l'acquisizione di ulteriori atti consultivi o di controllo, anche previsti, ad esempio, nella disciplina regionale, ad opera del CO.RE.CO.

In concreto, quanto alle amministrazioni centrali, il parere del Consiglio di Stato di cui all'art. 14, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 è, peraltro, divenuto facoltativo secondo quanto previsto dall'art. 17, 25° comma, legge n. 127/1997, nonostante le Amministrazioni non rinuncino talora a chiederlo.

Infine, se l'art. 239 impone il parere obbligatorio per transazioni superiori all'importo di 100.000 euro, nulla vieta all'amministrazione di acquisire parere – facoltativo quindi – per gli accordi che non raggiungano la soglia prevista, consentendo una verifica preventiva sull'accordo, utile anche ai fini di escludere o temperare eventuali future responsabilità del dirigente per la stipula del negozio.

L'art. 239 tratteggia, inoltre, il procedimento per la definizione della controversia, distinguendo a seconda del soggetto che formuli la proposta di transazione. Qualora si tratti dell'impresa esecutrice, il dirigente dovrà sentire il responsabile del procedimento; se, invece, a formulare la proposta, è la stazione appaltante, nella persona del dirigente, allora si garantisce l'audizione dell'aggiudicatario <sup>(44)</sup>.

In merito alla scelta del legislatore si sono sollevate critiche <sup>(45)</sup>: mentre il primo adempimento risulta coerente con le funzioni assegnate al responsabile dal codice, il secondo «si appalesa inutile ed inopportuno, risolvendosi in una complicazione procedurale che anticipa, senza apprezzabile utilità, l'esame della convenienza della proposta da parte del soggetto destinatario, invertendo, così, lo schema civilistico di formazione dell'accordo».

Alla critica si risponde che l'aggravio che deriva dal previo confronto degli interessati corrisponde «all'impostazione che vede ancora una volta favorita la collaborazione tra pubblico e privato» <sup>(46)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> Così M. GOLA, *op. ult. cit.*, p. 2050, che arriva a proporre che «l'intervento del responsabile del procedimento sia richiesto anche nei casi in cui la formulazione della proposta sia disposta dal dirigente, per garantire la completezza dell'informazione richiesta dal principio di buona amministrazione».

<sup>(45)</sup> DE NICTOLIS, *op. cit.*, p. 3768.

<sup>(46)</sup> P. STELLA RICHTER - P. CHIRULLI, voce *Transazione (dir. amm.)*, cit., che ricordano come nel diritto pubblico la disciplina privatistica della transazione *ex art.* 1966 c.c. debba essere letta in relazione al particolare campo in cui riceve applicazione: nell'ottica pubblicistica, i requisiti dell'art. 1966 (capacità di disporre dei diritti oggetto della lite e la disponibilità stessa di tali diritti) attengono da un lato al profilo soggettivo della competenza dell'amministrazione contraente nella materia controversa, dall'altro alla transigibilità del rapporto formante oggetto del negozio; v. anche, F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione*

Altri <sup>(47)</sup>, invece, ritiene che la disposizione vada intesa nel senso che l'acquisizione dell'avviso del responsabile del procedimento e l'audizione dell'impresa appaltatrice siano entrambi sempre necessari, a prescindere dalla circostanza che la proposta provenga dalla stazione appaltante o dall'appaltatore. In entrambe le ipotesi, infatti, l'intervento sarebbe utile ad arricchire il materiale istruttorio, così da fornire un quadro quanto più completo in vista della determinazione del dirigente e del parere dell'avvocatura.

Il procedimento assai più snello di quello dell'accordo bonario lascia trasparire anche un maggior dialogo tra le parti, certo utile in vista della mediazione delle posizioni contrapposte necessarie per giungere all'accordo.

### 1.3. *Il tempo della transazione*

La disposizione non si esprime chiaramente quanto al momento in cui le parti siano legittimate a transigere, se non nel collocarlo sicuramente dopo l'inizio dell'esecuzione del contratto.

In proposito risulta poco chiara la necessità del previo tentativo di accordo bonario quale condizione preliminare alla transazione – ovviamente nei soli in casi in cui le riserve comportino la prescritta variazione «sostanziale» dell'importo contrattuale.

L'art. 239 indica le controversie «sempre» risolubili con la transazione e ciò induce a credere che l'incontro della volontà delle parti contrattuali legittimi la definizione negoziale in ogni tempo, senza l'ostacolo del previo

---

*bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, in *Giust. amm. it.*, che ricorda come l'oggetto della transazione non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la disconcorda valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o può dar luogo. Ciò che conta quindi ai fini della individuazione del negozio è la volontà di eliminare il contrasto mediante reciproche concessioni, che possono consistere anche in una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese, in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un «*quid medium*» tra le prospettazioni iniziali; sulla natura del contratto di transazione, v. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005, p. 886, per il quale la transazione è un contratto con il quale le parti decidono di comune accordo di chiudere una controversia già insorta o che sta per sorgere, anche concludendo nuovi rapporti o modificando o estinguendo rapporti diversi; per F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. trim. dir. priv.*, 1953, 187, la transazione non sarebbe un contratto in considerazione della mancanza dell'unità volitiva caratteristica del contratto stesso, trattandosi di una locuzione utilizzata per fare riferimento a due negozi tra loro reciprocamente condizionati, cioè la rinuncia ed il riconoscimento. Per una sintesi delle diverse posizioni in dottrina si permette di rinviare a M. DELSIGNORE, *La compromettibilità in arbitrato nel diritto amministrativo*, Milano, 2007, p. 174 ss.

<sup>(47)</sup> N. PAOLANTONIO, *Art. 239*, cit., p. 2389.

tentativo di accordo o della previa instaurazione di un giudizio o dell'intervenuto collaudo dell'opera.

Nelle ipotesi di accordo bonario l'art. 240 prevede l'avvio automatico della procedura al raggiungimento, nell'iscrizione delle riserve, della soglia del 10 per cento dell'importo contrattuale; in concreto, dunque, la volontà a transigere la controversia si formerà nel corso del procedimento di accordo bonario, senza che ciò significhi, si ritiene, che il tentativo di accordo, ovvero la formulazione di una proposta di accordo, rappresenti, come invece accade nel caso di ricorso giurisdizionale o di soluzione arbitrale <sup>(48)</sup>, condizione o preclusione per la transazione.

Del resto lo stesso accordo bonario ha, stando alla lettera della norma <sup>(49)</sup>, «natura transattiva».

Ne segue che ugualmente valida sarà la transazione nel caso di inerzia del responsabile del procedimento nell'avvio del procedimento di accordo bonario o prima che si giunga alla formulazione di alcuna proposta di accordo <sup>(50)</sup>.

#### 1.4. *La formazione della volontà delle parti nell'accordo transattivo e i poteri di autotutela dell'Amministrazione*

Per come si è individuato l'oggetto della transazione, ne risulta che l'accordo transattivo non è destinato ad incidere su di un atto o provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione, ma, invece, su singoli rapporti obbligatori derivanti da questioni di interpretazione delle clausole contrattuali o dal verificarsi di eventi sopravvenuti, non imprevedibili, nell'esecuzione del contratto.

La transazione costituisce, dunque, un accordo bilaterale di natura privata, un contratto secondo il paradigma di cui all'art. 1965 c.c., disciplinato come un contratto di diritto privato della pubblica amministrazione <sup>(51)</sup>.

<sup>(48)</sup> Stante il disposto di cui al 16° comma dell'art. 240. Si rinvia, in merito al par. 2.3.

<sup>(49)</sup> Cfr. 18° comma dell'art. 240 cod. contratti.

<sup>(50)</sup> Diversamente P. PISELLI, *Le riserve e il contenzioso amministrativo*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, tomo I, Torino, 2007, p. 708, qui p. 720, ritiene che la transazione operi «lì dove non vi siano i diversi presupposti, in base ai quali si possa ricorrere invece all'accordo bonario, di cui al successivo art. 240».

<sup>(51)</sup> Così inquadra la transazione, pur trattando in via generale dell'istituto, G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, cit., riprendendo la decisione del Cons. Stato, Sez. V, 28 dicembre 2001, n. 6443.

Trattandosi di un contratto, l'Amministrazione non è certo legittimata ad intervenire nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela <sup>(52)</sup>.

Diversamente, natura amministrativa ha l'atto con cui l'Amministrazione aderisce alla proposta transattiva, esprimendosi, nella motivazione, quanto all'idoneità ed efficienza della scelta per porre fine al contenzioso.

Come ricordato, infatti, una volta acquisito il parere dell'avvocatura e sentiti il responsabile del procedimento e l'impresa appaltatrice, la competenza alla firma dell'accordo scritto di transazione per l'amministrazione o l'ente aggiudicatore sta in capo al medesimo dirigente che ha stipulato il contratto, a mezzo dell'adozione di una delibera, determina o determinazione che anche il giudice amministrativo <sup>(53)</sup> qualifica provvedimento amministrativo.

Se, infatti, la transazione non verte sull'esercizio di un potere amministrativo, ma sui rapporti obbligatori originatisi con l'esecuzione del contratto, l'atto con cui la stazione appaltante aderisce alla transazione resta, invece, funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico cui mirava il contratto originario <sup>(54)</sup>. Come tale la determinazione del dirigente è atto di «evidenza pubblica interna», secondo la qualificazione dottrinale <sup>(55)</sup> fatta propria letteralmente nelle decisioni del Consiglio di Stato <sup>(56)</sup>.

In altre parole, se pure lo spazio di ricorribilità allo strumento della transazione è circoscritto alla fase di esecuzione e quindi al momento in cui, conclusa l'evidenza pubblica, l'amministrazione riveste una posizione di parità con il contraente privato, ciò non esclude che il procedimento relativo alla formazione della volontà della pubblica amministrazione che si conclude con la delibera a transigere debba essere assistito dalle garanzie proprie dell'attività amministrativa, e cioè accompagnato da atti di evidenza pubblica (interna) che assicurino comunque che la scelta sia adeguata e pro-

---

<sup>(52)</sup> In merito TAR Campania, Napoli, Sez. V, 4 febbraio 2004, n. 1590 e TAR Puglia, Bari, 6 agosto 1987, n. 596.

<sup>(53)</sup> In merito Cons. Stato, Sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1364 afferma che la delibera di approvazione della transazione può essere annullata d'ufficio o revocata in via di autotutela e la cognizione dei relativi atti di ritiro appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo.

<sup>(54)</sup> Come bene ha precisato F.G. SCOCA, in *Aggiudicazione e contratto: la posizione dell'adunanza plenaria*, in *Foro amm. CdS*, 2008, 12, p. 3286, «La realizzazione di un'opera, lo svolgimento di un servizio, l'effettuazione di una fornitura, l'elaborazione di un progetto, rispondono comunque ad interessi pubblici».

<sup>(55)</sup> Secondo l'espressione di G. GRECO, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva*, cit.

<sup>(56)</sup> Cons. Stato, 22 marzo 2007, n. 1364.

porzionale e che, dunque, escludano eventuali responsabilità dei soggetti che ne sono autori <sup>(57)</sup>.

In merito, l'art. 2, 1° comma, cod. contr. dispone che l'attività contrattuale in materia di lavori pubblici, servizi e forniture «deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza» non solo nella fase di «affidamento» del contratto, ma anche nella fase di «esecuzione» dello stesso.

Non solo è, pertanto, vietata la rinegoziazione del contratto, ma le modifiche del contratto ad esito della transazione debbono essere congrue e funzionali al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, che si concreta nella costruzione dell'opera pubblica o nel compimento di lavori, servizi e forniture.

La Corte dei conti ha, infatti, ripetutamente <sup>(58)</sup> affermato la responsabilità personale dei soggetti pubblici coinvolti nella transazione, e del RUP in particolare, in relazione al danno erariale derivante dall'invalido ricorso al rimedio. Si ricordi, infatti, che la transazione in quanto contratto è sottoposta al controllo della Corte dei conti <sup>(59)</sup>.

La dottrina <sup>(60)</sup> ritiene debba escludersi la responsabilità del funzionario pubblico ogni volta che esista una congrua motivazione della scelta di transigere.

È chiaro che tanto più la giurisprudenza contabile si assesti nel ritenere responsabile il dipendente pubblico in ipotesi di dubbia congruità della transazione, tanto meno frequente risulterà il ricorso ad uno strumento che mette a rischio il patrimonio personale del dipendente.

Questo elemento, insieme alla già citata assenza di atipicità del negozio transattivo, spiega la minor diffusione ed appetibilità del rimedio rispetto all'accordo bonario, o anche all'arbitrato, prima che la recente modifica con la legge c.d. anticorruzione introducesse analogo atto autorizzatorio.

Risulta, dunque, che «il procedimento di formazione della volontà contrattuale della p.a. non si svolge integralmente ed esclusivamente sul piano del diritto privato, articolandosi invece in due serie di atti, la prima (c.d.

<sup>(57)</sup> Così R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La genesi e la gestione del contenzioso*, cit., qui p. 977.

<sup>(58)</sup> Corte conti, Sez. II, n. 3/05; Corte conti, Sez. I, nn. 94/07 e 203/02; Corte conti, reg. Lombardia, Sez. giur., n. 569/05.

<sup>(59)</sup> L'art. 12, d.p.r. n. 207/2010 (come già l'art. 12, d.p.r. n. 554/1999) prevede l'accantonamento per transazione e accordo bonario attraverso la costituzione di uno specifico fondo in ciascun programma di intervento pari almeno al 3% delle spese complessive previste per l'attuazione degli interventi. All'accantonamento provvede il RUP.

<sup>(60)</sup> G. FERRARI, *Commento all'art. 239*, cit., p. 1290.

serie negoziale) costituita da atti civilistici, la seconda (c.d. serie procedimentale), composta da atti amministrativi, sindacabili di sicuro da parte del giudice amministrativo»<sup>(61)</sup>.

Se, infatti, anche secondo il giudice costituzionale, la fase dell'esecuzione del contratto si connota per «l'assenza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico ..., inerendo a rapporti di natura privatistica»<sup>(62)</sup>, l'affermazione vale in linea di massima, ma trascura di dar conto di eventuali attività successive alla stipula del contratto la cui funzione ultima, proprio in quanto «contratto pubblico», è garantire il rispetto del principio di funzionalizzazione dell'azione amministrativa, anche e soprattutto quanto alla sua efficienza ed economicità<sup>(63)</sup>.

La giurisprudenza<sup>(64)</sup> precisa che «l'amministrazione nel concludere una transazione non si trova nella stessa posizione del privato, che può liberamente disporre del suo patrimonio, ma deve rispettare le regole del diritto pubblico».

Rientra, senz'altro, nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la legittimità del provvedimento che autorizzi la stipula di una transazione<sup>(65)</sup>, ove la successiva transazione ancora non sia avvenuta.

---

<sup>(61)</sup> Come precisa Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6471, in *Foro amm. CdS*, 2008, 1586, con interessante nota di F. D'ANGELO, *Contratto ad evidenza pubblica, procedimento amministrativo, atti amministrativi negoziali*. Alla transazione è dedicato, in particolare, il par. 6.

<sup>(62)</sup> Corte cost., n. 401/2007.

<sup>(63)</sup> Come scrive F. D'ANGELO, cit., il quale precisa, inoltre, che il procedimento di formazione della volontà contrattuale della p.a. prevede momenti ascrivibili tanto al diritto pubblico quanto al diritto privato. «Il momento privatistico riguarda il contratto (e la sua esecuzione), le cui invalidità potranno essere fatte valere esclusivamente davanti al giudice civile ...; quello pubblicistico ha invece un contenuto bivalente o meglio bifasico: si verifica infettibilmente *ex ante*, cioè nella fase antecedente il contratto, ed i suoi effetti illegittimi saranno ordinariamente conoscibili dal g.a. in sede di giurisdizione esclusiva secondo le regole in essa operanti; ma può anche verificarsi *ex post*, ossia «dopo» la conclusione del contratto, ed in tali ipotesi, l'atto amministrativo adottato costituirà espressione del potere sempre rinvenibile in capo alla p.a. di verifica, pur *ex post*, della funzionalizzazione del contratto al fine pubblico, come tale giustiziabile, al pari di ogni atto (viziato) della p.a., avanti al g.a., ma...in sede di giurisdizione generale di legittimità».

<sup>(64)</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365.

<sup>(65)</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2007, n. 6471 ritiene rientri nella giurisdizione generale di legittimità una controversia avente ad oggetto un provvedimento di approvazione di un atto di transazione adottato per definire il contenzioso scaturito dall'esecuzione di un appalto di opere pubbliche. Nello stesso senso TAR Veneto, Sez. I, 19 gennaio, 2005 n. 129.

Nel caso sia già intervenuta la stipula della transazione resta certo praticabile la via del ricorso al giudice amministrativo per l'annullamento della delibera illegittima, ma essa coesiste con il diverso rimedio dell'azione di adempimento della transazione davanti al giudice ordinario, di cui si riferirà nel paragrafo successivo. La giurisdizione del giudice ordinario sul contratto di transazione non priva però di interesse il ricorrente davanti al giudice amministrativo <sup>(66)</sup>: se è vero che per ottenere una pronuncia sulla caducazione del contratto occorre adire il giudice ordinario, cioè è necessario solo ove si richieda una pronuncia con autorità di giudicato sul punto; resta fermo, però, che, una volta annullata la determina, dell'invalidità che si è verificata sarà comunque obbligata a tener conto la pubblica amministrazione nel rinnovare la propria attività.

Posta la qualificazione alla stregua di atto amministrativo della determina dirigenziale che autorizza la transazione, senz'altro deve riconoscersi all'Amministrazione il potere di annullare, sussistendo i presupposti di cui all'art. 21-*nonies* <sup>(67)</sup>, le determinazioni illegittime in cui si esprima la volontà di transigere.

Infatti, la delibera che autorizza la transazione, diversamente dall'accordo transattivo cui attribuisce efficacia obbligatoria, è, in quanto atto amministrativo, soggetta al tradizionale regime dell'annullamento d'ufficio <sup>(68)</sup>, nonché alla tutela giurisdizionale propria del giudice amministrativo.

Sorge, di conseguenza, l'annosa questione dei riflessi dell'annullamento del provvedimento amministrativo sulla sorte del successivo contratto, che riguarda qui non il tradizionale rapporto tra aggiudicazione contratto <sup>(69)</sup> (oggi finalmente risolto dal legislatore), ma il similare legame tra determinazione del dirigente di approvazione della transazione e transazione medesima.

<sup>(66)</sup> Così si esprime TAR Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 19 aprile 2013, n. 160.

<sup>(67)</sup> L'atto di autotutela che miri esclusivamente a conseguire l'obiettivo di rimuovere gli effetti di un contratto di diritto privato sarebbe a sua volta illegittimo, violando l'art. 21-*nonies*, legge n. 241. Sul punto TAR Puglia, Bari, Sez. I, 28 agosto 2007, n. 2053 ove il giudice valuta illegittimo l'atto di ritiro mancando una considerazione effettiva sull'interesse pubblico che si è voluto perseguire. Nella specie l'AUSL, dopo aver stipulato con l'impresa esecutrice una transazione che indicava un sito per la realizzazione delle opere pubbliche diverso da quello oggetto dell'originaria aggiudicazione, procedeva in autotutela all'annullamento degli atti posti a base della transazione, disponendo per la loro immediata sospensione.

<sup>(68)</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 12 febbraio 2008, n. 477, ritiene annullabile l'atto di approvazione del contratto di transazione.

<sup>(69)</sup> M. RAMAJOLI, *L'adunanza plenaria risolve il problema dell'esecuzione della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione in presenza di contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, p. 1165.

Pur assente il problema del contemperamento tra l'esigenza della piena ed effettiva tutela del mancato aggiudicatario e, di contro, la stabilità dei rapporti giuridici, la soluzione della questione richiama ugualmente il tema degli effetti della vicenda pubblicistica della formazione della volontà dell'amministrazione aggiudicatrice su quella privatistica del rapporto contrattuale, modificato secondo le reciproche concessioni oggetto di transazione.

È chiaro che se si riconoscesse l'eventuale annullamento della delibera dirigenziale privo di effetti sulla transazione, ciò equivarrebbe a privare di fatto l'amministrazione dell'esercizio dei propri poteri di autotutela e la sentenza del giudice amministrativo dei suoi propri effetti.

Tale soluzione pare insoddisfacente tanto più ove si osservi che con l'annullamento della deliberazione a transigere verrebbe meno, inoltre, uno degli elementi costitutivi della transazione, cioè l'atto espressione della volontà, dell'assenso dell'Amministrazione.

Ciò impone che la validità della transazione sia inficiata non solo dall'assenza del parere obbligatorio, come sancito nell'art. 239 cod. contr., ma tanto più dal legittimo annullamento della delibera dirigenziale di approvazione dell'accordo.

La caducazione dovrà ritenersi automatica (come precisato, pur con riguardo alla sorte del contratto, dalla nota decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2008), stante la presunta legittimità dell'atto espressione del potere di autotutela.

Del resto, diversamente dal caso del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, la controversia oggetto di transazione è tale da non coinvolgere, di regola, soggetti terzi, ma le sole parti contrattuali del rapporto in esecuzione, sicché il venir meno del consenso di una parte, stante l'invalidità del procedimento attraverso cui si è formato, non può che rendere vano l'accordo basato sulle reciproche concessioni.

Deve in questa sede darsi atto che in dottrina <sup>(70)</sup> vi è chi sostiene, invece, che se tutte le attività dell'amministrazione debbono essere ordinate alla cura dell'interesse pubblico, nonché risultare conformi ai principi costituzionali, molteplici possono essere le modalità individuate dalla legge per assicurare tale conformità. Spetta, infatti, al legislatore individuare le modalità di cura dell'interesse pubblico e dunque determinare il regime degli strumenti utilizzabili dall'amministrazione.

---

<sup>(70)</sup> A. MALTONI, *Considerazioni in tema di attività procedurali a regime privatistico delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2011, p. 97, par. 5 e 7.

In particolare, nella transazione, ma anche nell'accordo bonario, il procedimento serve ad acquisire gli elementi necessari per decidere, ancorché la decisione non sia adottata secondo le formule procedurali. I rimedi previsti dalla disciplina positiva per assicurare che l'amministrazione esegua gli adempimenti procedurali imposti *ex lege* sono individuabili essenzialmente nella configurazione di alcune fattispecie di responsabilità nelle quali posso incorrere i dipendenti pubblici; l'annullamento d'ufficio invece non sarebbe ammissibile.

Alla medesima soluzione, pur attraverso un diverso percorso, perviene chi <sup>(71)</sup> afferma che una volta stipulata la transazione non sarà più possibile per l'amministrazione incidere unilateralmente con un proprio provvedimento che, se adottato, sarà inficiato da carenza assoluta di potere <sup>(72)</sup>.

Non si ritiene, in proposito, come da altri invocato <sup>(73)</sup>, che la Cassazione abbia risolto univocamente la questione, sicché a nulla valga interrogarsi quanto alla natura amministrativa dell'atto di formazione della volontà a transigere dell'Amministrazione e della sussistenza di poteri di autotutela. Nella pronuncia <sup>(74)</sup> il giudice della giurisdizione, ha infatti, chiarito che spetta al giudice ordinario la cognizione della controversia avente ad oggetto «l'atto di annullamento della transazione e degli atti esecutivi, posto che tale atto incide sulle situazioni giuridiche di diritto soggettivo sorte dal contratto stipulato». Nel caso di specie l'atto impugnato non era propriamente un provvedimento di secondo grado, posto che la transazione era stata stipulata in assenza della determina dirigenziale e dunque la delibera direttoriale annullava l'autorizzazione implicita, al contempo con l'accordo transattivo, sospendendone l'esecuzione con richiesta di restituzione di quanto già versato.

Se, dunque, queste paiono le questioni quanto alla parte pubblica della transazione, competente alla firma dell'accordo con l'Amministrazione e controparte della transazione sarà il privato appaltatore.

La questione di legittimazione si pone in particolare quando la controversia coinvolga una A.T.I. <sup>(75)</sup>.

Come noto, la capogruppo è mandataria e ha la rappresentanza di tutte le altre imprese mandanti nell'esecuzione del contratto così da costituire l'unico interlocutore legittimo per l'amministrazione aggiudicatrice.

<sup>(71)</sup> M. DI CARLO, *Art. 239*, cit., p. 1463.

<sup>(72)</sup> Nello stesso senso si esprimono alcuni giudici di primo grado. TAR Puglia, Bari, Sez. II, n. 3719/2006, TAR Liguria, Sez. I, n. 656/2000, TAR Sicilia, Catania, Sez. II n. 48/2002.

<sup>(73)</sup> N. PAOLANTONIO, *Art. 239*, cit.

<sup>(74)</sup> Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19046.

<sup>(75)</sup> Si rinvia in merito alla trattazione di cui al cap. di questo volume.

Si osservi, però, che l'oggetto del mandato è la stipula del contratto di appalto o concessione, non necessariamente anche la facoltà di transigere le controversie che nell'esecuzione di tale contratto sorgano.

Ne risulta che, salvo il caso in cui il mandato includa la suddetta facoltà, si richieda un'ulteriore espressione di volontà di tutte le mandanti al fine della validità della transazione conclusa dall'Amministrazione aggiudicatrice con la capogruppo.

Del resto il fatto che il contratto sia stipulato con la capogruppo implica che in capo alla capogruppo sorgano le obbligazioni oggetto della controversia, sicché essa sola e non le singole mandanti sia legittimata a condurre la transazione inerente il contratto.

### 1.5. *L'inadempimento del contratto transattivo*

Per comprendere e delineare i limiti dell'oggetto della transazione occorre ripetere che si tratta di un contratto che mira a porre fine alla controversia o a prevenirla a prescindere dall'accertamento delle pretese in diritto in capo ai litiganti; in quanto tale, il negozio transattivo produce sempre effetti dispositivi, accompagnati, eventualmente, da effetti transattivi <sup>(76)</sup>. Non è sempre necessario che dall'accordo derivino aggravii economici, posto che entrambe le parti potrebbero semplicemente rinunciare alle pretese controverse, eventualmente anche compensando le spese.

Può porsi il caso in cui una delle parti non adempia all'accordo transattivo raggiunto.

Si prospettano, in merito, due diverse soluzioni: ovvero la promozione dell'azione di accertamento della risoluzione della transazione per inadempimento *ex art.* 1976 c.c., cumulata con l'azione derivante del rapporto precedente che rivive <sup>(77)</sup> ovvero, in alternativa, la diversa azione di adempimento e condanna al rispetto delle pattuizioni contenute nella transazione <sup>(78)</sup>, fatto salvo, in entrambe le ipotesi, la condanna al risarcimento dei danni.

<sup>(76)</sup> In merito E. DEL PRATO, voce *Transazione (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XLIV, p. 812.

<sup>(77)</sup> Come ritiene P. PISELLI, *Le riserve e il contenzioso amministrativo*, cit., p. 721. In base all'art. 1976 c.c. nel caso di inadempimento di una delle parti, la transazione si risolve: la situazione torna a essere quella preesistente e ogni parte potrà ricorrere in via giurisdizionale.

<sup>(78)</sup> In proposito G. D'ANGELO, *Accordi transattivi e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Urb. app.*, 2011, p. 663, ricorda, con riferimento a controversie relative ad accordi inquadrabili nel paradigma dell'art. 11, legge n. 241/1990, numerose sentenze in cui si ammette l'azione di adempimento di cui all'art. 1453, 1° comma, c.c., almeno con riferimento all'inadempimento del privato.

Si osservi, infatti, che la transazione non estingue (o per lo meno non estingue necessariamente) il rapporto che formava oggetto della lite, ma si sovrappone necessariamente al meccanismo negoziale che l'aveva creato e si sostituisce a questo come causa generatrice del rapporto nella nuova configurazione e come sua nuova norma regolatrice <sup>(79)</sup>.

Il giudice sarà in ogni caso il giudice ordinario, come di recente affermato anche dallo stesso Consiglio di Stato <sup>(80)</sup>. Alla luce del consolidato riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici, infatti, la transazione tra Amministrazione e privato che abbia avuto ad oggetto non solo il compenso revisionale ma anche, in una misura considerevole, lo stesso corrispettivo contrattuale originariamente previsto è devoluta alla cognizione del giudice ordinario, trattandosi di rapporti paritari nei quali l'Amministrazione è (ormai) priva di poteri autoritativi ed il privato è titolare di diritti soggettivi. Pertanto, un'eventuale azione di adempimento e condanna deve essere proposta dinanzi al giudice ordinario.

Infine si ricordi che se il debitore eccepisce l'effetto estintivo della sentenza derivante da una sopravvenuta transazione, il creditore che agisce per l'esecuzione della sentenza può limitarsi ad opporre l'eccezione di inadempimento della transazione senza chiedere la risoluzione del contratto al fine di eliminarne retroattivamente e definitivamente gli effetti <sup>(81)</sup>.

## 2. L'arbitrato

### 2.1. *La facoltatività dell'arbitrato e il nuovo presupposto dell'autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione*

L'arbitrato è da sempre una forma di soluzione delle controversie nell'ambito delle opere pubbliche. La tecnicità e specificità delle questioni controverse esaltano il ruolo e l'efficienza del giudice privato in possesso dell'esperienza e delle conoscenze professionali necessarie per la miglior comprensione dell'oggetto della contesa.

Già l'art. 349 dell'all. F della legge n. 2248/1865 rimetteva alle parti la facoltà di stabilire nelle clausole dei capitolati la competenza degli arbitri a decidere

---

<sup>(79)</sup> R. NICOLÒ, *Il riconoscimento e la transazione nel problema della rinnovazione del negozio e della novazione dell'obbligazione*, in *Raccolta di scritti*, Milano, 1980, I, p. 398.

<sup>(80)</sup> Cons. Stato, Sez. III, 7 luglio 2011, n. 4083.

<sup>(81)</sup> Cons. Stato, Sez. V, n. 3247/06 e Cass. n. 6733/2005.