



UNIVERSITA DEGLI STUDI SI SALERNO
**DIPARTIMENTO DI DIRITTO DEI RAPPORTI CIVILI
ED ECONOMICI NEI SISTEMI GIURIDICI CONTEMPORANEI**

DOTTORATO DI RICERCA

**Comparazione e diritti della persona
IX ciclo nuova serie**

TESI DI DOTTORATO

SOPRAVVENIENZE E CONTRATTO DI APPALTO.

**Coordinatore
Ch.mo Prof. Pasquale Stanzone**

**Dottoranda
Antonella Esposito**

**Tutor
Prof. Bruno Meoli**

Anno accademico 2009 - 2010

L'indagine prende le mosse dallo studio da un lato dell'intreccio delle regole civilistiche e pubblicistiche, partendo dall'assunto che l'attività amministrativa, volta alla cura di interessi pubblici, ben può essere esercitata attraverso istituti di diritto privato, nella considerazione che l'autonomia negoziale debba necessariamente innestarsi nell'autonomia funzionale della quale l'amministrazione è portatrice, e dall'altro lato dallo studio del fatto che il perdurare nel tempo del rapporto contrattuale e delle relative situazioni giuridiche possa venire intralciato da accadimenti esterni che possono ostacolare l'attuazione e la realizzazione degli interessi sottesi.

La scelta di esaminare proprio il contratto di appalto dipende dal fatto che trattasi di fattispecie in grado di coniugare i due momenti fondamentali della ricerca: per un verso infatti racchiude, quando si tratta di appalto pubblico, sia la fase pubblicistica contraddistinta dall'attività della pubblica amministrazione quale il soddisfacimento dell'interesse pubblico affidato alla sua cura, attraverso l'obbligo rispetto dei canoni fondamentali di trasparenza, efficienza, parità di condizioni nell'accesso al mercato ed economicità, sia la fase privatistica della stipulazione di un contratto, utilizzando tutti quegli strumenti posti a disposizione dei contraenti dal diritto civile e costituenti l'autonomia contrattuale (art. 1321 c.c.), secondo cui le parti sono libere di determinare il contenuto, ovviamente nei limiti imposti dalla legge e sempre che si realizzino interessi meritevoli di tutela secondo il nostro ordinamento. La stessa scelta del contraente dovrà avvenire secondo procedure di evidenza pubblica che, ai sensi dell'art 2, co. 1 d. lgs. 163/2006, dovranno "svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità". L'altro momento della ricerca riguarda un'analisi più strettamente privatistica dello schema negoziale del contratto di appalto, in cui l'interesse del committente e dell'appaltatore alla realizzazione del risultato pone in primo piano le vicende che intercorrono tra la conclusione del contratto di appalto ed il compimento dell'opera. Infatti l'appalto è suscettibile di subire nel corso del suo svolgimento una serie di trasformazioni mutamenti e alterazioni riconducibili alla nozione di modificazione.

La ricerca analizza la fase successiva alla stipulazione contrattuale, perché è proprio in questa fase che si fondono i due temi della ricerca. La conclusione del contratto rappresenta il momento finale attraverso il quale si esprimono e si consolidano gli effetti dell'atto negoziale, a sua volta comprendente il bilanciamento delle opposte aspettative controfattuali degli stipulanti. Successivamente alla conclusione, ognuno dei contraenti beneficia della tranne favorevole della stipula, ponendo conseguentemente in essere i comportamenti che, da soli o in concorso con quelli della propria controparte, hanno la funzione di eseguire il contratto.

Proprio dallo studio di questo momento si comprende come la stipulazione non sia idonea a cancellare il dna di autorità della pubblica amministrazione che, pur dopo la stipula del contratto, può tornare a valutare l'interesse pubblico per il quale si è determinata a contrarre, decidendo di annullare l'aggiudicazione per motivi di legittimità (entro un termine ragionevole e tenendo conto, ai sensi dell'art. 21 nonies, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati) o di revocarla, ai sensi dell'art. 21 quinquies, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse per mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario. Assumono, altresì, rilevanza giuridica quelle sopravvenienze in grado di alterare notevolmente sul piano qualitativo (impossibilità e presupposizione) o quantitativo (eccessiva onerosità) la prestazione. In linea di principio, secondo il diritto privato, non è in discussione che il contratto possa subire modifiche le quali possono intervenire o in esecuzione di una specifica clausola di rinegoziazione, inserita preventivamente nel contratto, oppure perché le parti si accordano per rivedere il regolamento contrattuale successivamente alla sua definizione.

Dopo una panoramica sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione, che conduce al riconoscimento per la pubblica amministrazione della piena soggettività giuridica e quindi la piena e generale possibilità di essere titolare di tutte le posizioni giuridiche tipiche del diritto privato; si analizza, brevemente, la procedura di aggiudicazione dei contratti di appalti pubblici al fine di ricostruire la stessa seguendo lo schema negoziale tipico del diritto privato. Da una siffatta analisi si deduce che soltanto la stipulazione e non l'aggiudicazione equivale ad accettazione dell'offerta, e per tali ragioni si affrontano le vicende modificative successive alla stipula del contratto.

Particolare rilievo è dato alla cessione del contratto e al sub-appalto, istituti osservati spesso con sfavore perché in grado di incidere in profondità lo stretto rapporto fiduciario insito nel rapporto tra committente ed appaltatore; da tale sfiducia ne è derivata, infatti, l'impossibilità di disporre mutamenti nella figura del privato contraente senza apposita adesione della stazione appaltante, che autorizzi la modifica soggettiva del rapporto contrattuale. Da tener presente sono anche i casi di successione di un soggetto giuridico nella titolarità di un'impresa appaltatrice, in cui il principio cardine su cui ruota tale interpretazione è quello dell'immodificabilità del soggetto partecipante alla gara, in quanto "l'immutabilità della persona dell'esecutore delle opere ha sempre rivestito per l'amministrazione particolare importanza, se non altro per il fatto che lo stesso viene scelto o dovrebbe essere scelto di regola al termine di un complesso procedimento concorsuale volto innanzitutto a consentire la più ampia partecipazione di imprese e poi ad individuare il soggetto meglio qualificato".

Le modifiche contrattuali affrontate nel lavoro comprendono anche il fenomeno del cd. jus variandi dell'amministrazione sui progetti di opere pubbliche già posti in esecuzione. La relativa disciplina

consente all'amministrazione, ove se ne verifichi il bisogno, di introdurre nei progetti di lavori, già in corso di esecuzione, "variazioni od aggiunte" che non siano previste dal contratto e di provvedere a tale scopo "mediante una perizia suppletiva che servirà di base ad una distinta sottomissione o ad un'appendice al contratto principale". Nel caso di varianti e addizioni oltre i limiti consentiti, l'interesse dell'appaltatore è tutelato mediante il diritto potestativo allo scioglimento del contratto. E da qui parte lo studio circa le fattispecie di estinzione dell'appalto diverse dalle cause tipiche di estinzione dell'appalto comuni ai altri contratti, quali l'adempimento, la risoluzione per inadempimento o per impossibilità sopravvenuta della prestazione dell'appaltatore, il mutuo consenso, il decorso del tempo. Infine, non può mancare un considerevole riferimento alla sorte del contratto nel caso di annullamento dell'aggiudicazione, ed il correlato tema del risarcimento dei danni.

Molti degli atti del procedimento amministrativo in tema di pubblici appalti sono infatti suscettibili di essere riguardati sia sotto l'angolo visuale del diritto pubblico, sia sotto quello del diritto privato. Si pensi, per esempio, al bando di gara, che può essere considerato come atto amministrativo, *lex specialis* della procedura selettiva, sia come invito a offrire; e così all'aggiudicazione, che può essere vista come l'atto conclusivo del procedimento amministrativo in cui la pubblica amministrazione esprime definitivamente la propria volontà (certamente impugnabile davanti al giudice amministrativo) o come accettazione della proposta contrattuale.

Dall'analisi effettuata si evidenzia l'impossibilità di descrivere compiutamente il fenomeno rappresentandolo nella rigida contrapposizione di due distinte fasi, senza tener conto degli effetti che ciascuna produce sull'altra, facendone sfumare peraltro i connotati anche in ragione della frequente possibilità di qualificare sotto il profilo privatistico le medesime fattispecie a seconda del particolare caso concreto che di volta in volta occorre affrontare e risolvere.