

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Appalti pubblici e capacità d'impresa. I requisiti economico finanziari e tecnico professionali negli appalti di servizi e forniture.

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1639649> since 2021-04-19T12:23:30Z

Publisher:

jovene

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

CAPITOLO QUARTO

CAPACITÀ E AGGIUDICAZIONE COME LEGITTIMAZIONE ALLA STIPULAZIONE DEI CONTRATTI CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE.

SOMMARIO: 1. – I requisiti di qualificazione e i criteri di valutazione dell’offerta. 2. – L’essenza dei requisiti di qualificazione. 3. – Il requisito reputazionale. 4. – La capacità in ragione dell’oggetto delle prestazioni contrattuali. 5. – Legittimazione a contrarre con la pubblica amministrazione dolo ed errore sulla qualità dell’offerente. 6. – Capacità e legittimazione a contrarre con la pubblica amministrazione tra diritto privato e diritto amministrativo.

1. *I requisiti di qualificazione e i criteri di valutazione dell’offerta.*

Nella scelta del contraente di una pubblica amministrazione si distinguono da tempo i requisiti di valutazione dell’offerta dai requisiti di “partecipazione” alla selezione¹, siano essi indicati in

¹ Sul divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e requisiti dell’offerta la giurisprudenza è articolata. Sui criteri di valutazione delle offerte: elementi e circostanze afferenti piuttosto alla professionalità e affidabilità dell’offerente: cfr., tra le tante, Cons. St., sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 726, e Cons. St., 15 maggio 2001, n. 2713, in *Foro amm - CdS*, 2001, 1203; TAR Puglia, Bari, sez. I, 10 gennaio 2006, n. 47, in *Giur.amm.*, 2006, n. 0, 89-90; TAR Campania, Napoli, sez. I, 23 maggio 2005, n. 6839, in *Foro amm. - TAR*, 2005, 1632; TAR Campania, Napoli, 14 gennaio 2005, n. 160, *ivi*, 179; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 21 marzo 2005, n. 1564, *ivi*, 847; Cons. St., sez. VI, 25 luglio 2006, n. 4649, in *Foro amm. - CdS*, 2006, 2267; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2006, n. 14446, *ivi*, 2006, 3, 881; Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5194, *ivi*, 9, 2629; Cons. St., sez. V, 16 aprile 2003, n. 1993, 2003, *ivi*, 1312; TAR Calabria, Reggio Calabria, 6 dicembre 2006, n. 1775, in *Foro amm. 2003 - TAR*, 2006, 12, 4044; TAR Lazio, Latina, 20 novembre 2006, n. 1729, *ivi*, 11, 3588; TAR Sicilia, Catania, sez. III, 5 giugno 2006, n. 861, *ivi*, 6, 2231; TAR Veneto, sez. I, 4 aprile 2002, n. 1270, in *Ragiusan*, 2003, 229-0 159.

modo puntuale oppure unicamente per categoria e poi precisati con atto successivo, quasi sempre con il bando di gara².

Certo la verifica dei requisiti di partecipazione precede quella della valutazione dell'offerta, ma come è evidente la peculiarità di ciascuna consiste nel fatto che la prima è finalizzata ad individuare e definire l'organizzazione chiamata ad adempiere ad un'obbligazione (o un onere) nei confronti della pubblica amministrazione, mentre la seconda va a descrivere le prestazioni oggetto del contratto che si andrà a stipulare con l'aggiudicatario, che in apertura di gara può dirsi almeno parzialmente indeterminato, seppure determinabile grazie alla sequenza procedimentale di valutazione dell'offerta.

La necessità di distinguere è più evidente nelle selezioni basate sull'offerta economicamente più vantaggiosa ove è chiaro che i criteri di idoneità debbono essere posseduti da tutti i partecipanti alla selezione, mentre all'opposto le offerte definiscono l'impresa vincitrice per la qualità della prestazione promessa.

In taluni procedimenti le diverse fasi vengono addirittura differenziate anche sotto il profilo nominalistico essendo indicate quali la "*fase di selezione*" e la "*fase di aggiudicazione*"³, sicché le norme e i criteri relativi alle due fasi non vanno affatto confusi⁴.

² Circolare del Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio dei Ministri, 1° marzo 2007, avente ad oggetto i «principi da applicare, da parte delle stazioni appaltanti, nella scelta dei criteri di selezione e di aggiudicazione di un appalto pubblico di servizi». G. VELTRI, *Criteri di selezione e di aggiudicazione negli appalti di servizi*, in *Corriere merito*, 2007, 1073 e ss., dove l'autore, commenta la Circolare del Dipartimento per le Politiche Europee della Presidenza del Consiglio del 1° marzo 2007; v. Procedura d'infrazione n. 2182 del 21 ottobre 2003 relativa ad una serie di disposizioni contenute nella l. n. 109 del 1994 cit., conclusasi con la sentenza C.G.C.E., sez. II, 8 novembre 2006, C-412/04.

³ Sin dal primo Libro verde sugli appalti pubblici del 1996, *Gli appalti pubblici nell'unione europea spunti di riflessione per il futuro*. Comunicazione adottata dalla Commissione il 27 Novembre 1996, su proposta del Commissario M. Monti. C.G.C.E., sez. I, 24 gennaio 2008, C-532/06, che espressamente stabilisce che se è vero la direttiva 92/50 non esclude, in teoria, che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avvenire contemporaneamente, ciò nondimeno tali operazioni costituiscono due operazioni distinte e sono disciplinate da norme diverse (v.,

La distinzione dei criteri nelle diverse fasi viene rimarcata anche dall'ordinamento dell'Unione europea dove è stato rilevato che molte amministrazioni aggiudicatrici continuano a prendere in considerazione, nella fase di aggiudicazione, elementi attinenti ai criteri di selezione.

La conseguenza è che a volte un appalto non viene così attribuito all'offerta migliore, bensì all'offerta presentata dal candidato che ha maggiore esperienza o più solidità economica e finanziaria rispetto agli altri⁵.

È da ritenersi senz'altro illegittima quella clausola di bando che introduca come criterio di valutazione dell'offerta un elemento già richiesto a tutti i partecipanti dal bando stesso come requisito minimo di partecipazione.

La separazione è conforme al principio di non contraddittorietà "intrinseca" degli atti di un medesimo procedimento, sia nel senso detto che una volta ammessi tutti a contrattare risulterebbe illogico per l'amministrazione pubblica valutare in modo più deteriore un'offerta rispetto ad un'altra per il sol fatto che il proponente non abbia un'adeguata organizzazione, sia nel senso di correlare i requisiti all'oggetto del contratto, proprio al fine di evitare eccessi nella preliminare delimitazione dei concorrenti⁶.

Imporre ai partecipanti una disponibilità di un'attrezzatura tecnologica, di materiale ed equipaggiamento (capacità tecnica o professionale) limita *ex ante* i possibili partecipi in ragione delle *potenzialità* d'organizzazione di ciascuno di essi.

in tal senso, in materia di appalti pubblici di lavori, sentenza 20 settembre 1988, causa 31/87)

⁴ C.G.C.E., 20 settembre 1988, C-31/87.

⁵ C.G.C.E., 19 giugno 2003, C 315-01 "la direttiva del Consiglio 14 giugno 1993, 93/36/CEE, ... osta a che, nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di forniture, l'amministrazione aggiudicatrice tenga conto delle diverse referenze relative ai prodotti proposti dagli offerenti ad altri clienti non già come criterio di verifica dell'idoneità dei primi ad eseguire l'appalto di cui si tratta, bensì come criterio di aggiudicazione dell'appalto stesso". Cons. St., sez. V, 13, maggio 2002, n. 2580; Cons. St., sez. I, 10 novembre 2004, n. 10577.

⁶ S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Digesto civ.*, vol. I, Torino, 1987, 1 ss.

La soluzione consente di semplificare la procedura di selezione, supplendo in taluni casi all'incapacità dell'amministrazione appaltante di superare le asimmetrie informative che sono naturalmente proprie dell'organizzazione committente, la quale si è appunto rivolta al mercato proprio per ottenere ciò che non ha nella sua organizzazione⁷.

La distinzione tra criteri di selezione dell'offerente e dell'offerta permane anche nel caso in cui l'amministrazione intenda usare come criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso.

Alla competizione potranno infatti prendere parte solo le imprese munite di un'adeguata capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, proprio perché tutte le componenti qualitative (tecniche ed economiche) indicate nel bando dovranno già essere possedute dalle imprese partecipanti, mentre ogni altro elemento tecnico-professionale o economico-finanziario non potrà che essere dedotto come oggetto dell'obbligazione⁸.

⁷ M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17-19 settembre 2015, in *www.Astrid.it*, 2015, 9, illustra la teoria del rapporto di agenzia sottolineando che le informazioni di cui dispone l' “agente” in relazione alle specifiche caratteristiche della prestazione sono di regola superiori a quelle del “principale” (asimmetrie informative) e ciò rende difficile la redazione dei bandi, la valutazione della qualità dell'offerta e il monitoraggio in sede di esecuzione delle prestazioni; secondo la teoria economica la corruzione nascerebbe dal rapporto di agenzia, cfr. G. NAPOLITANO, M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 95; A. NICITA-V. SCOPPA, *Economia dei contratti*, Bari, 2005; M. CLARICH, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in *Negoziazioni pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, Milano, 2013.

⁸ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 6 co. VII lett. n) secondo cui l'Autorità anticorruzione “su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione”. Reg. ANAC, 14 gennaio 2015, *Modalità operative per l'esercizio della funzione consultiva di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190 e decreti attuativi e, in materia di appalti pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 3 del “Regolamento sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del decreto*

I requisiti di partecipazione impongono all'amministrazione pubblica di predeterminare esattamente e predefinire nei documenti di gara quanto è necessario e sufficiente a tutti gli operatori economici per adempiere all'oggetto del contratto, limitando così la competizione unicamente al prezzo più basso⁹.

Al tempo stesso i requisiti di partecipazione evitano all'amministrazione committente di chiedere ad un'organizzazione produttiva di assumere un'obbligazione o un onere che non è neppure in potenza nella possibilità di adempiere¹⁰, con conseguente responsabilità dell'impresa stessa di scorrettezza nelle trattative¹¹, che di recente ha trovato ulteriore sanzione nel rischio in cui incorre il partecipante di vedersi escutere la cauzione.

Come in tutte le distinzioni, le stesse non vengono meno o non sono revocate in dubbio per il sol fatto che sussistano "zone grigie" o di confine indefinito¹², ma unicamente di una differente

*legislativo 12 aprile 2006, n. 163", adottato dall'Autorità nella seduta del 2 settembre 2014, stabilisce quali siano i soggetti legittimati a presentare l'istanza (oltre all'amministrazione e alle imprese partecipanti alla gara, anche "soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati"), le cause di inammissibilità delle richieste, la fase istruttoria, il ruolo delle parti, e le modalità di approvazione e comunicazione del parere. Cfr. B. MARCHETTI, *Le Adr nel contenzioso dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, n. 11, 2014.*

⁹ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 254.

¹⁰ Anac parere sulla normativa n. 33/2015, è illegittima, in quanto integra una violazione del divieto di commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, la clausola del bando di gara che introduce, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, il possesso delle certificazioni di qualità.

¹¹ Cfr. L. GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

¹² Cons. St., sez. V, 21 maggio 2010, n. 3208, ove il ricorrente, in primo grado, eccepeva, la previsione nei documenti di gara e l'utilizzo, ai fini dell'attribuzione del punteggio alle offerte, di elementi di valutazione che parevano riguardare i requisiti degli offerenti e non attinenti alla qualità delle offerte presentate. Tali elementi riguardavano la «struttura, organizzazione generale ed ubicazione dell'azienda ad effettivo supporto del personale residente a garanzia della continuità del servizio» (a cui il disciplinare di gara attribuiva un «peso» di 16 p.ti), e «ubicazione e logistica del magazzino ad effettivo supporto del servizio, modalità della gestione e reperimento parti di ricambio», (cui veniva attribuito un «peso» di 6 p.ti). Il Consiglio di Stato, confermando la pronuncia di primo grado, ritiene infondati i motivi di appello ed in particolare pur ribadendo l'orientamento di origine europea sulla base del quale, all'interno delle gare pubbliche, è

interpretazione della distinzione che nel tempo e nei diversi Stati membri è offerta dalla giurisdizione¹³.

Non sempre trattasi d'«eccezioni» al generale divieto di commistione tra requisiti soggettivi di pre-qualificazione degli operatori economici e requisiti oggettivi attinenti all'aggiudicazione della gara¹⁴.

Il peso attribuito ai criteri valutativi di tipo soggettivo, nel bando o in atti omologhi (come nella lettera di invito), non deve comunque assumere rilievo eccessivo. La stazione appaltante ha l'obbligo di dimostrare e specificare, perché e in che misura il requisito dell'esperienza, tipicamente soggettivo, posseduto dall'impresa, normalmente atto a qualificare la medesima, possa utilmente servire a valorizzare l'offerta sotto il profilo oggettivo¹⁵.

posto divieto di effettuare una commistione tra i criteri soggettivi di pre-qualificazione degli offerenti e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta ai fini dell'aggiudicazione, chiarisce che gli elementi investiti dalla censura qualificano sotto un profilo oggettivo la natura del servizio dedotta in gara; S. TREUMER, *The distinction between Selection and Award Criteria in EC Public Procurement Law: A Rule without Exception?*, cit., 103 e ss., nota a C.G.C.E., sez. I, 24 gennaio 2008, C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE e altri c. DimosAlexandroupolis e altri*.

¹³ Cons. St., sez. III, 21 dicembre 2011, n. 6777; D. GALLI; C. GUCCIONE, *La recente giurisprudenza sui contratti della pubblica amministrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 857.

¹⁴ Per alcune considerazioni relative alle esperienze di altri stati membri dell'U.E. in cui pare essersi sviluppato l'orientamento maggiormente flessibile si veda: A. RUBACH-LARSEN, *Selection and Award Criteria from a German Public Procurement Law Perspective*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 112 e ss.; W. TIMMERMANS E T. BRUYNINCKX, *Selection and Award Criteria in Belgian Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 128 e ss.; K. KRÜGER, *Superiorità in Experience and Skills may distinguish a Better Tender Bid! Critical Reflections from Norway on the Lianakis Ruling*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 138 e ss. Sul punto si segnala anche la diversa esperienza francese in cui pare essere recepita la netta distinzione tra i criteri/elementi di qualificazione dell'offerta e valutazione della qualità dell'offerente. Per un'analisi dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni francesi si veda: L. FOLLIOU-LALLIOT, *The Separation between the Qualification Phase and the Award Phase in French Procurement Law*, in *Public Procurement Law Review*, 2009, 155 e ss.

¹⁵ Cons. St., sez. V, 20 agosto 2013, n. 4191. ANAC Parere precontenzioso n. 36/2015, un'impresa ha interpellato l'Authority evidenziando che nel bando relativo a una procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di disinfezione e derattizzazione di aree territoriali comunali rinveniva, tra i criteri di valutazione dell'offerta, elementi

2. *L'essenza dei requisiti di qualificazione.*

La pubblica amministrazione può indicare quale oggetto di un appalto qualsiasi bene o servizio anche molto innovativo di cui possa avere necessità.

Quando l'oggetto si allontana dagli *standard* maggiormente noti appare crescente la necessità di indicare stringenti requisiti di partecipazione. I requisiti di partecipazione offrono all'amministrazione aggiudicatrice una posizione di vantaggio. L'amministrazione può individuare le capacità richieste ad un'organizzazione d'impresa con la quale intende stipulare un determinato contratto. Nella teoria dei giochi ciò è definito come vantaggio della "prima mossa", più in generale come strumento di economicità delle energie possibili in una selezione data¹⁶.

L'amministrazione arriva a definire l'oggetto dell'appalto ma cerca di tutelare la sua "incapacità" nel valutare l'offerta richiedendo capacità economiche e finanziarie e tecniche professionali superiori all'offerente.

Così soprattutto ove l'oggetto non sia un prodotto¹⁷, ma sia un'attività, un *facere*, la scelta tra qualità del prestatore e qualità dell'offerta può essere in concreto diversamente sussunta nella configurazione contrattuale: in uno stesso tipo di contratto astrattamente inteso possono infatti rientrare differenti ipotesi

«soggettivi attinenti alla formazione e all'esperienza pregressa del personale» da considerarsi, a suo dire, «restrittivi della partecipazione». L'Anac ricorda la rinnovata sensibilità sul tema anche da parte del giudice amministrativo che, oggi, fornisce una considerazione meno rigorosa del divieto. Così già l'Avcp con la determinazione n. 7 del 24 novembre 2011 sulle «Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture» e nel parere di precontenzioso 13 maggio 2010, n. 97.

¹⁶ M. M. CAFAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001 per la parte dedicata all'analisi economica; G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della costituzione*, in *Riv. Trim. di Dir. Pubbl.*, 2014, 691; «Designa la relazione fra le risorse impiegate (risorse umane e risorse finanziarie) e i risultati ottenuti. L'azione amministrativa è economica quando raggiunge i risultati col minimo mezzo ossia col minimo dispendio di risorse», G. CORSO, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Torino, 2013, 245.

¹⁷ Sui campioni: Cons. St., sez. III, 8 settembre 2015, n. 4191.

concrete ove un criterio è configurato come requisito di partecipazione oppure come elemento di valutazione dell'offerta¹⁸.

Lo stesso tipo astratto di contratto consente dunque di poter inserire indifferentemente elementi che possono riguardare l'organizzazione dell'offerente tra le caratteristiche richieste a tutti gli offerenti oppure come criterio che incide sull'offerta. Forse da qui scaturisce la confusione tra ciò che è indispensabile possedere a priori e ciò che invece può divenire qualità dell'offerta¹⁹, potendosi ravvisare una "stretta connessione" tra un criterio di valutazione dell'offerta riferito alle caratteristiche soggettive dell'offerente²⁰ e la rilevanza di tale elemento rispetto all'oggetto

¹⁸ In tal senso cfr. AVCP parere n. 5/2010, 97/2010; Cons. St., sez. VI, 18 settembre 2009, 5626; Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002, il divieto generale di commistione tra le caratteristiche oggettive dell'offerta e i requisiti soggettivi dell'impresa concorrente conosce un'applicazione attenuata laddove l'offerta tecnica non si sostanzia in un progetto o in un prodotto, ma nella descrizione di un *facere* che può essere valutato unicamente sulla base di criteri qualitativi e quantitativi». Si veda anche: Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808, ove si rilevano le peculiarità delle gare aventi ad oggetto l'affidamento di servizi raccomandando, in tali procedure, di applicare «*cum grano salis*» il principio concernente il divieto di commistione tra elementi riconducibili alle qualità soggettive dell'offerente rispetto a quelle inerenti alla qualità oggettiva dell'offerta. In dottrina si veda: M. E. COMBA, *Selection and Award Criteria in Italian Public Procurement Law*, cit., 125 e ss., ove l'autore procede all'ulteriore distinzione tra le gare aventi ad oggetto l'affidamento di servizi e le prestazioni d'opera intellettuale.

¹⁹ Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716, nel caso sia necessario valutare la procedura di gara di un appalto avente ad oggetto l'affidamento di servizi «il rischio di commistione non deve essere enfatizzato sulla base di formulazioni astratte ma valutato in concreto tenendo conto di come, nell'ambito di appalti (...) aventi ad oggetto non un progetto o un prodotto specifico ma un *facere*, determinate caratteristiche dell'impresa possono fatalmente proiettarsi sulla consistenza dell'offerta. Sul punto si veda anche: Cons. St., sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2770.

²⁰ Tribunale 3 marzo 2011, *Evropaiki Dynamiki c/ Commission*, T-589/08; Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3716, in relazione ad una gara, indetta dall'ESTAV per l'affidamento, con il metodo della licitazione privata e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, del servizio di pulizia e sanificazione presso alcune Aziende Sanitarie, ha ritenuto legittimo il criterio di valutazione dell'«organizzazione» (specificatamente riferito alla struttura aziendale, organizzativa, logistica ed informatica proposta per l'appalto) previsto all'interno dei documenti di gara.

del contratto²¹. La nuova Direttiva include ora tra i criteri per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa anche "l'organizzazione, qualifiche ed esperienza del personale incaricato di eseguire l'appalto"²². Tale scelta è motivata dalla convinzione che la qualità del personale addetto possa incidere sulla qualità dell'esecuzione dell'appalto e, di conseguenza, sul valore dell'offerta, tale criterio è applicabile a tutti i tipi di appalto (servizi, lavori e forniture), al fine di evitare abusi, è necessario che venga motivata la condizione della "influenza significativa" della qualità del personale incaricato sul livello di esecuzione dell'appalto. Si previene così il rischio di un eccessivo "soggettivismo" nella fase di aggiudicazione²³.

Oltre i limiti di proporzionalità e ragionevolezza molto dipende dalla struttura che al contratto si è voluto dare in relazione a ciò che la pubblica amministrazione determina²⁴.

In entrambi i casi la pubblica amministrazione trova il limite del *favor participationis* nel senso – come è noto – riferito ai requisiti di partecipazione, ma anche con quelli riferiti all'offerta, perché il carattere non necessario e eccessivo è anch'esso un limite in relazione alla disciplina sulla concorrenza²⁵.

Una precisazione ulteriore va posta in relazione al criterio di aggiudicazione prescelto²⁶.

²¹ Cons. St., sez. IV, 25 novembre 2008, n. 5808 sulla stessa linea si veda anche: Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2009, n. 6002, in cui il collegio ritiene legittima la valutazione, in sede di aggiudicazione, della pregressa esperienza dell'operatore, e la solidità ed estensione della sua organizzazione d'impresa, in ragione dalla considerazione che «dall'esperienza maturata da una concorrente possono trarsi indici significativi della qualità delle prestazioni e dell'affidabilità dell'impresa, qualora tali aspetti non risultino preponderanti nella valutazione complessiva dell'offerta».

²² Dir. 2014/24/UE, cit., art. 67, par. 2, lett. b); cons. 94.

²³ C. LACAVA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni - le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2014, 1135.

²⁴ P. PORTALURI, *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex d. lgs. n. 231/01*, in *Riv. giur. edilizia*, 2012, 91.

²⁵ Cons. St., sez. V, 13 maggio 2002, n. 2580, 2002, 1253; P. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2005, 746.

²⁶ Dir. 24/2014/UE, cit., art. 67 ed analogamente dir. 25/2014/UE, art. 82, privilegia il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa che

Se la pubblica amministrazione sceglie quello del prezzo più basso seppur i requisiti di selezione dell'offerente vadano indicati e accertati (almeno a campione) prima dei criteri di valutazione offerta, la mancanza di uno dei due elementi può portare all'esclusione *rectius* non aggiudicazione perché l'offerente o l'offerta non risulteranno conformi. Nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso infatti l'oggetto dell'obbligazione è predefinito dagli atti di gara via unilaterale dall'amministrazione committente, poiché in sede contrattuale non appare possibile alcuna integrazione – né, *a fortiori*, qualunque modificazione – dell'oggetto del contratto²⁷.

Invece se il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la scelta dell'amministrazione di inserire un elemento tra i requisiti di partecipazione oppure tra i requisiti di valutazione dell'offerta cambia. Nel primo caso comporterà l'esclusione dell'offerente, nel secondo caso l'assenza del requisito non comporterà l'attribuzione di un punteggio unicamente a quella voce, con la possibilità per l'offerente di aggiudicarsi comunque l'appalto.

Troviamo l'onere di immediata impugnazione del bando di gara pubblica quando le clausole escludenti riguardino i requisiti di partecipazione e impediscono la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto

diventa la regola. Il prezzo più basso rappresenta, invece, l'eccezione, le amministrazioni possono ricorrervi solo se contemplato da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative; R. CARANTA E C. DRAGOS, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb e app*, 2014, 493.

²⁷ La differenza, nell'operazione di valutazione del prezzo, che intercorre tra criterio del prezzo più basso e criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è che nel primo criterio l'offerta più bassa è aggiudicataria, senza necessità di attribuzione di un punteggio, dovendosi solo redigere la graduatoria delle offerte; invece nel secondo criterio il punteggio complessivamente previsto per l'elemento prezzo può essere variamente distribuito, per cui alle varie offerte economiche va attribuito un punteggio, che si somma con il punteggio previsto per le offerte tecniche. Cons. St., sez. V, 31 agosto 2015, n. 4040; Cons. St., sez. V, 8 giugno 2015, n. 3121; Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2014, n. 355; Cons. St., sez. VI, 15 novembre 2011, n. 6023; Cons. St., sez. V, 3 dicembre 2010, n. 8408.

all'oggetto della procedura²⁸. Le altre clausole, se ritenute lesive, tra le quali rientrano quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, possono essere impugnate con l'aggiudicazione ad altro concorrente quindi in ipotesi di effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare²⁹.

3. *Il requisito reputazionale.*

Talvolta si dimentica che agli ordinari requisiti correlati al tipo di contratto o prestazione s'aggiunge quello detto reputazionale, che dai primi si distingue per l'assenza appunto nel requisito di ogni carattere relazionale all'oggetto di una prestazione o di un determinato contratto.

Il requisito reputazionale è richiesto a chiunque intenda contrattare con la pubblica amministrazione, si afferma come generale e con riferimento alla possibilità stessa di poter contrarre con un'amministrazione pubblica.

Il concetto di reputazione si basa sulla valutazione delle *performance* passate e non deve essere confuso con il semplice

²⁸ Il principio è stato affermato con chiarezza da Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, *Urb. e app.*, 2003, 547, con nota di F. MARTINELLI, *L'adunanza plenaria interviene in materia di impugnazione immediata dei bandi di gara*; e di G. BACOSI, *Da Palazzo Spada conferme e smentite in tema di impugnative dei bandi di gara*, in *Giust. it, Rivista internet di diritto pubblico*, n. 1-2003; VAIANO, *L'onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 701; Cons. St., sez. IV, 5 aprile 2006, n. 1789). *In primis*: Cons. St., sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 261. R. VILLATA, *"Novità" in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, 912.

²⁹ Cons. St., sez. V, 1 agosto 2015, n. 3776, la clausola di un bando di gara contenente una formula matematica di calcolo del punteggio da attribuire all'offerta economica, non è suscettibile di essere riconosciuta a priori come lesiva della posizione del ricorrente, potendo, anzi, essere astrattamente suscettibile di determinare un risultato a lui favorevole, sicché in fase iniziale si presenta priva del carattere lesivo e non può che essere impugnata contestualmente al provvedimento di aggiudicazione ad altro concorrente; Cons. St., sez. III, 15 settembre 2014, n. 4698; Cons. St., sez. V, 25 giugno 2014, n. 3203; Cons. St., 8 aprile 2014, n. 1665; Cons. St., sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1243; Cons. St., sez. III, 1 agosto 2014, n. 4067.

possesso di requisiti tecnici, organizzativi e finanziari; questi ultimi infatti possono sicuramente indicare il grado di affidabilità di una impresa, ma sono irrilevanti ai fini della valutazione della sua lealtà³⁰.

Chi contrae con la pubblica amministrazione deve essere persona affidabile³¹; la disciplina sulla contabilità di Stato esclude dalla possibilità di presentare offerta chi “nell’eseguire altra impresa si è reso colpevole di negligenza o malafede”³². Dell’atto di esclusione è data comunicazione alle altre amministrazioni pubbliche e l’amministrazione può chiedere l’attestato “di perizia e

³⁰ G. PIGA, *Serve un rating dei fornitori*, in *Il Sole 24 Ore*, 25 luglio 2008.

³¹ P. TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, 2004; ID., *Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations*, 2005, in https://bvc.cgu.gov.br/bitstream/123456789/transparency_and_accountability_tools.pdf; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Oxford, 2011, 97 e ss. G. M. RACCA, *Collaborative Procurement and Contract Performance in the Italian Healthcare Sector: Illustration of a Common Problem in European Procurement*, in *Public Procurement Law Review*, 2010, 119; G. M. RACCA, *Le modalità organizzative e le strutture contrattuali delle aziende sanitarie*, in *Oltre l’aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, a cura di A. Pioggia – M. Dugato – G. M. Racca – S. Civitarese Matteucci, Milano, 2008, 274. La letteratura economica distingue fra *reputation for characteristics* e *reputation for past behavior*; su queste distinzioni e l’enfasi che pongono le circolari federali negli Stati Uniti, cfr. J.C. GUERRERO, e C.J. KIRKPATRICK, *Evaluating contractor past performance in the United States*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, n. 10, 243; N. DONI, *The importance of reputation in awarding public contracts*, in *Annals of Public and Cooperative Economics*, 2006; G.L. ALBANO, F. DINI, G. SPAGNOLO, *Strumenti a Sostegno della Qualità negli Acquisti Pubblici*, in *Quaderni CONSIP*, 1/2008.

³² R. d., 18 novembre 1923, n. 2440, *Nuove disposizioni sull’amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato*, art. 3 e r. d. 23 maggio 1924, n. 827, *Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato*, art. 67 e 68; A. IANNOTTA, *L’esclusione dalla gara delle imprese colpevoli di negligenza o malafede in precedenti contratti*, nota a Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6541, in *I Contratti dello Stato e degli Enti pubblici*, 2005, 93; M. AUDITORE, *La valutazione dei requisiti di affidabilità professionale nell’ambito della gare per l’aggiudicazione di appalti di forniture*, nota a Cons. St. sez. V 12 ottobre 2004, n. 6541, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, 2094.

sufficiente pratica nell'esecuzione di lavori consimili", salvi gli ulteriori certificati di ordine generale³³.

Assume così rilievo crescente³⁴ la previsione di un sistema di qualificazione delle imprese fondato sui parametri "reputazionali" per comportamenti tenuti in precedenza con qualsiasi amministrazione pubblica³⁵ affiancando - e non confondendosi - con i requisiti di capacità tecnica e professionale e quelli economico-finanziari che debbono possedere coloro che intendano addivenire alla stipulazione di un determinato contratto con la pubblica amministrazione, contribuendo a definire dell'organizzazione privata la relativa capacità a contrarre³⁶, non tanto con riferimento agli individui che ogni qualvolta sono chiamati ad impersonarla come avviene per molti requisiti soggettivi (d.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 38³⁷), ma con diretta attinenza alle esperienze dell'ente inteso come organizzazione che mantiene nel tempo una continuità a prescindere dalle persone fisiche che in un determinato tempo la definiscono.

La definizione della legge di contabilità di Stato contiene due enunciati di portata generalissima: l'uno relativo alla definizione stessa di pubblica amministrazione, l'altro relativo alla rilevanza dei tipi di rapporti che con la prima può instaurare un'organizzazione d'impresa.

³³ R. d. n. 2440 del 1923, cit., art. 3, co. 3°.

³⁴ F. SATTÀ, *Vento nuovo per gli appalti*, in www.apertacontrada.it, 27 aprile 2012. Libro Verde della Commissione UE 27 gennaio 2011 "sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti".

³⁵ G. PIGA, S. TREUMER, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, 2012, 59.

³⁶ G.L. ALBANO, R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *The Safeguard of Competition in the Execution Phase of Public Procurement: Framework Agreements as Flexible Competitive Tools*, Consip Working Paper, Roma, 2010; G.L. ALBANO, R. ZAMPINO, *The Integrity of Centralized Procurement Processes in Italy: What Do Data about the Management of National Frame Contracts Tell Us?*, Consip Working Paper, Roma, 2011.

³⁷ Cons. St., sez. III, 19 ottobre 2015, n. 4789; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4715; Cons. St., sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4711.

Tenere conto del comportamento intercorso con la stessa o con altre pubbliche amministrazioni significa pensare le amministrazioni pubbliche come sistema unitario (*pouvoir exécutif*), con soluzione che non è contraddetta dalla pluralità delle persone giuridiche che la compongono, così come la rilevanza giuridica della definizione di un gruppo societario³⁸ e dei poteri di direzione e coordinamento della capogruppo non è contraddetto dall'attribuzione della personalità giuridica a ciascuna delle controllate, pur subendone le attenuazioni che la teoria ha ormai imposto come vere e proprie norme di diritto positivo (art. 2249, c.c.).

Pubbliche amministrazioni intese sia nazionali di uno Stato membro dell'Unione europea³⁹ sia quelle che costituiscono le istituzioni dell'Unione europea⁴⁰.

La disciplina sugli appalti introduce una norma d'organizzazione che consente di dare effettività a quella principale sulla necessità di una reputazione delle imprese che contrattano con la pubblica amministrazione con soluzione che riunisce il patrimonio informativo di ciascuna di esse e che di recente sempre in materia di appalto ha dato origine ad una vera e propria banca dati cui sono legati in rete tutte le pubbliche amministrazioni e da cui dipende la partecipazione alla gara.

³⁸ Oltre a F. GALGANO, *I gruppi di società*, Torino, 2001; da ultimo: P. MONTALENTI, *Amministrazione e controllo nella società per azioni: riflessioni sistematiche e proposte di riforma*, in *Riv. soc.*, 2013, 42; G. CAMPOBASSO, *I gruppi di società*, in *Diritto delle società*, Torino, 2006, 286; A. JORIO, *Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principi e problemi*, in *Riv. soc.*, 52, 2007, 317; ID., *I gruppi*, in *La riforma delle società*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2003, 201; ID., *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance*, Padova, 1999, 35 ss.

³⁹ Cost. 28, 97 c. 1 e 3, 103 c. 1 e 113 c. 1 e 3 (nei quali si parla, variamente, di "uffici pubblici", "enti pubblici", "pubblica amministrazione", al singolare o al plurale); legge generale sul procedimento amministrativo (l. 7 agosto 1990, n. 241), il testo unico sul rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni (d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165), il regime relativo al sistema dei controlli interni (d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, la l. 14 gennaio 1994, n. 20), il codice sull'amministrazione digitale (d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82); Corte Cost., 22 ottobre 2015, n. 209.

⁴⁰ B. SPAMPINATO, *La nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento nazionale e in quello dell'unione europea*, in *Gior. Dir. Amm.*, 2011, 909.

E' quanto appare utile alle stazioni appaltanti per procedere alla gara e alla successiva stipulazione di un contratto, con un sistema capace di restituire al sistema stesso l'informazione sulla condotta imprenditoriale degli operatori economici, non solo con riferimento alla fase della selezione ma anche a quella successiva dell'esecuzione contrattuale⁴¹.

La reputazione rimanda, quindi, ad un processo d'interazione e di comunicazione tra una parte (singola p.a.) e il tutto cui la prima partecipa come sistema unitario, entro cui circolano valutazioni che partono come *soggettive* e che raggiunto un certo numero casistico si oggettivizzano come carattere comportamentale dell'operatore, con soluzione che – come è noto – negli ultimi tempi si è largamente diffusa anche tra privati, in particolare tra utenti e gestori di servizi alla persona (alberghi,

⁴¹ L'assunzione da parte delle imprese di strategie di "Responsabilità *sociale*" rileva ai fini dell'attribuzione del c.d. *rating* di legalità. Con questa espressione si intende un meccanismo di assegnazione di un punteggio-base alle imprese che soddisfano taluni requisiti e successivi incrementi di punteggio al ricorrere di circostanze sintomatiche dell'impegno delle stesse a realizzare obiettivi di trasparenza e di legalità. La finalità del meccanismo è quella di concorrere al superamento della corruzione e della illegalità nei comportamenti delle imprese. Le imprese beneficiarie del *rating*, per contro, ottengono vantaggi in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e di accesso al credito bancario (DI n. 1/2012, convertito con modificazioni dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 recante "Disposizioni *urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*" art. 5-ter). Cfr. Regolamento attuativo Agcm 14 novembre 2012, n. 24075. Il Regolamento prevede una progressione del punteggio attribuibile all'impresa richiedente fino a un massimo di 3 stelletto. Tra i requisiti richiesti per l'assegnazione del punteggio-base sono compresi l'assenza di condanne penali o relative ad accertamenti di evasione fiscale, il non essere destinatari di provvedimenti di condanna della stessa Agcm e della Commissione europea per illeciti *antitrust* gravi nel biennio precedente la richiesta. Il Regolamento detta, inoltre, le condizioni al verificarsi delle quali il punteggio-base viene incrementato. Tra queste condizioni, all'art. 4, comma 2, lett. *d*), figura l'adozione di processi volti a garantire forme di *Corporate social responsibility* anche attraverso l'adesione a programmi promossi da organizzazioni nazionali o internazionali e l'acquisizione di indici di sostenibilità. Cfr. Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2014, n. 2818.

università, ecc.) e che in tale sede ha registrato alcune controindicazioni (informazioni inveritiere o menzognere)⁴².

Sono ritenuti “*criteri reputazionali*” di un’impresa non solo l’apprezzamento da parte delle amministrazioni del risultato finale conseguito, ma anche l’efficienza della prestazione globalmente intesa, compresi i costi e i tempi di realizzazione. La reputazione di una impresa va oltre la semplice elencazione del numero di contratti già eseguiti, poiché il *quantum* riflette soltanto il grado di esperienza, ma nulla dice rispetto alla qualità delle prestazioni contrattuali passate⁴³.

Un primo criterio potrebbe essere quello del numero di penali a cui un contraente è stato sottoposto. Un secondo esempio è quello delle indagini di *customer satisfaction*: tali giudizi potrebbero giustificare una cattiva o buona reputazione dell’impresa nel momento dell’affidamento di contratti simili⁴⁴.

L’esperienza del *procurement* statunitense suggerisce alcune delle condizioni necessarie affinché i sistemi valutativi della reputazione siano efficaci⁴⁵. L’idea di fondo alla base della valutazione della *contractor performance*, fondata su una commistione di elementi oggettivi e soggettivi, è stata attuata negli anni Novanta negli Stati Uniti ad opera dell’*Office of Federal Procurement Policy*⁴⁶ e potrebbe rappresentare una soluzione

⁴² M. MONTEFIORI, *Reputazione come credibilità per comportamenti passati nei contratti tra acquirente e fornitore di servizi sanitari*, in *Politica economica*, 2004, XX, 1, 89.

⁴³ La letteratura economica distingue fra *reputation for characteristics* e *reputation for past behavior*; su queste distinzioni e l’enfasi che vi pongono le circolari federali negli Stati Uniti, cfr. J.C. GUERRERO, E C.J. KIRKPATRICK, *Evaluating contractor past performance in the United States*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, 243.

⁴⁴ N. DONI, *L’affidamento mediante gara di contratti pubblici: l’importanza della reputazione*, in *Politica economica*, n. 2, agosto 2005, 331.

⁴⁵ E. IOSSA, P. REY, *Building Reputation for Contract Renewal: Implications for Performance Dynamics and Contract Duration*, CEIS Research Paper, n. 155, 2010.

⁴⁶ Il *Federal Acquisition Streamlining Act* del 1994 ed il *Federal Acquisition Reform Act* del 1995 hanno completato l’opera di riforma del *procurement* statunitense. Si veda, *amplius*, L. Picci, *Reputation-Based Governance of Public Works*, in *Riv. pol. econ.*, n. 1, 2006, 174 ss.; N. DONI, *L’affidamento mediante gara di contratti pubblici: l’importanza della reputazione*, cit., 309.

facilmente recepibile dall'ordinamento italiano. Negli Stati Uniti ogni amministrazione pubblica predispone valutazioni degli appaltatori sulla base delle precedenti relazioni contrattuali⁴⁷. Tali valutazioni considerano alcuni criteri oggettivi (qualità della prestazione eseguita, rapporto tra costo complessivo finale e costo iniziale stimato, rapporto tra tempi effettivi di esecuzione e tempi iniziali presunti e, in parte minore, alcuni altri criteri soggettivi (comportamento complessivo dell'appaltatore). A questi elementi viene assegnato un certo punteggio ai fini dell'assegnazione dei futuri contratti. Questa specifica regola ha il vantaggio di affiancare all'oggettività del comportamento dell'appaltatore un parametro del suo contegno soggettivo e, parimenti, di rendere rilevanti entrambi questi aspetti ai fini dell'aggiudicazione del contratto⁴⁸. L'imprenditore che viene inserito nella *black list* non può contrattare con alcuna agenzia federale⁴⁹, la sanzione quindi è molto grave perché non limita – come attualmente accade in Italia – solo la possibilità di contrattare con quella specifica amministrazione presso la quale la propria reputazione risulti essere negativa. Il sistema statunitense quindi legittima l'imprenditore a “dialogare” con l'amministrazione per comprendere le cause del suo inadempimento e per evitare l'inserimento nella *black list* e questo può comportare anche

⁴⁷ G. VICICONTE, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei, Napoli, 2008, 165, in part. note 7 e 8; J. FREEMAN, M. MINOW, *Government by Contract, Outsourcing and American Democracy*, Harvard University Press, 2009, cap. 5.

⁴⁸ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 01, 177.

⁴⁹ Within the U.S. federal procurement system, cross-debarment is automatic: once a contractor is debarred by one agency, that contractor is listed on the Excluded Parties List System (EPLS) (now part of the consolidated online System for Award Management (SAM)), and no other federal agency may contract with the excluded party. FAR 9.401 (2011).

l'assunzione di *impegni* da parte dell'operatore economico che andranno monitorati dall'amministrazione⁵⁰.

Nel Regno Unito per rendere più efficiente ed efficace l'acquisto dei beni e la gestione dei servizi pubblici ha recentemente pubblicato una nota informativa che suggerisce alle stazioni appaltanti di prendere in considerazione nel procedimento di aggiudicazione di appalti pubblici le *past performance* ad esempio richiedendo certificati di corretta esecuzione degli appalti o, se esistono prove che questa non si è verificata, di dimostrare che i motivi di tale fallimento non si ripetano se all'offerente dovesse essere aggiudicato il nuovo appalto⁵¹. L'obiettivo è quello di assicurare la corretta esecuzione e di garantire una maggiore tutela per il contribuente e per i destinatari dei servizi forniti. Pertanto, la valutazione del rendimento passato è legata al contenuto dell'autodichiarazione dell'impresa e la sua valutazione è discrezionalmente valutata dalla stazione appaltante⁵².

La disciplina sulla reputazione colpisce l'imprenditore che si sia reso colpevole per negligenza e malafede nell'esecuzione di *altra impresa*, con una sanzione dunque che travalica la vicenda giuridica da cui trae origine, più precisamente la colpevole negligenza o mala fede nell'esecuzione è dedotta dalla legge come presupposto dell'esclusione dell'impresa dalla contrattazione con l'amministrazione pubblica.

⁵⁰ L. 10 ottobre 1990, n. 287, art. 14 *ter*. Nel nostro ordinamento è contemplato l'istituto dell'impegno che può essere assunto da un'impresa nei confronti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; si veda *ex multis* C. LEONE, *Gli impegni nei procedimenti antitrust*, Milano, 2012, e bibliografia ivi richiamata.

⁵¹ Uk Government, *Buying and managing government goods and services more efficiently and effectively*, published 20 February 2013, in <https://www.gov.uk/government/policies/buying-and-managing-government-goods-and-services-more-efficiently-and-effectively>; cfr. J. EGAN, *Rethinking Construction*, London, HMSO, 1998.

⁵² J. EGAN, *Rethinking Construction*, Department of the Environment, Transport and the Regions, 1998, London, cfr sul concetto di discrezionalità CODINI, *Scelte amministrative e sindacato giurisprudenziale. Per una ridefinizione della discrezionalità*, Napoli, 2008 e C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano 2008.

L'ipotesi più frequente è data dall'inesatto adempimento contrattuale con una pubblica amministrazione di cui si è reso colpevole l'imprenditore che vuole partecipare ad una nuova contrattazione con la stessa o altra amministrazione pubblica.

Nelle trattative (art. 1337) volte alla stipulazione di un contratto assume anzitutto rilievo ultracontrattuale (art. 1372, c.c.) la buona o mala fede nell'esecuzione di precedenti contratti con le amministrazioni pubbliche (art. 1375, c.c.), secondo un giudizio che ai fini dell'esclusione dalle trattative tiene conto della rilevanza qualitativa e quantitativa delle pregresse esperienze negative e positive, all'aumentare delle quali il giudizio stesso perde ogni carattere soggettivo⁵³ ed assume invece a giudizio l'intera attività contrattuale che un'organizzazione ha avuto con le pubbliche amministrazioni.

Anche letteralmente all'esecuzione di "altra impresa" si può intendere anche al di fuori di un rapporto contrattuale con l'amministrazione pubblica, non solo nel senso di includere qualsiasi obbligazione di fonte anche non contrattuale (art. 1173, c.c.) come nel caso di prestazioni patrimoniali (imposte, tasse, sovvenzioni, indennizzi, ecc.) o personali che trovano fondamento diretto in legge o in atti amministrativi emanati in base alla legge (art. 23).

Più in generale l'eseguire altra impresa può determinare un colpevole comportamento verso l'amministrazione pubblica anche per i vincoli ed obblighi imposti in base alla legge dagli atti amministrativi che tale *impresa* consentono, siano essi atti d'autorizzazione, licenze, concessioni o altri atti d'assenso comunque denominati cui la legge ha assoggettato l'esercizio d'impresa (art. 41 Cost.) non meno dei divieti, prescrizioni, o altri atti che per legge sono limitativi della stessa, convalidando – ove la si accolga – l'idea di una moralità oggettiva e di una correttezza

⁵³ P. RESNICK, R. ZECKHAUSER, J. SWANSON, E K. LOCKWOOD, *The Value of Reputation on e-Bay. A Controlled Experiment*, in *Experimental Economics*, 2006, 9, 2, 79; F. COLOMBO, G. MERZONI, *Reputazione, flessibilità e durata ottima dei contratti*, in *Economia politica*, 2004, XXI, 2, 233.

verso l'intero sistema delle relazioni con le amministrazioni pubbliche.

I fatti a presupposto dell'esclusione dalla contrattazione (malafede, negligenza o errore grave) possono essere accertati dall'amministrazione aggiudicatrice con qualsiasi mezzo di prova (Dir. 24/2014/UE, cit.).

Le *past performance* rilevano quindi nella fase di selezione dell'offerente e non nella fase di selezione dell'offerta. Il principale rischio associato a valutare *la performance* passata è quello di penalizzare i nuovi operatori economici, che potrebbero tuttavia essere ottimi imprenditori.

Nell'Unione europea, il Libro verde suggeriva di prendere in considerazione le *past performance*, ma salvaguardando il principio di parità di trattamento degli offerenti, ribadendo inoltre la non confusione con i criteri di aggiudicazione⁵⁴.

La conformità tra il contratto firmato e la *performance* è uno strumento per verificare l'efficienza delle scelte derivanti dalla procedura di aggiudicazione⁵⁵.

Trattandosi di un procedimento amministrativo in senso proprio sono legittimati ad una spontanea partecipazione sul requisito reputazionale (l. n. 241 del 1990, cit., art. 9) sia gli offerenti non selezionati e sia gli altri operatori economici del settore, sia gli utenti nel caso di prestazioni di servizi pubblici, per l'interesse ad una corretta competizione e a vedere sanzionata l'eventuale cattiva condotta o gli inadempimenti che possono verificarsi nello svolgimento di un appalto pubblico⁵⁶.

⁵⁴ Libro Verde della Commissione UE 27 gennaio 2011 “*sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*”. G. SPAGNOLO, F. DINI, *Meccanismi reputazionali e mercati elettronici: problematiche economiche e possibili soluzioni per il public procurement*, in Quaderni CONSIP, 2/2004.

⁵⁵ B. MARCHETTI, *Il sistema di risoluzione delle bid disputes nel modello federale statunitense di public procurement*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2009, 963.

⁵⁶ G.M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 2011, Vol. 41, n. 1, 105.

Le penali per mancato o ritardato adempimento del contratto sono applicate solo nel 3,66% dei casi di inadempimento contrattuale accertato⁵⁷. La mancata applicazione delle penali è connessa al fatto che di frequente la loro escussione viene “barattata” in compensazione di carenze progettuali, inadempimenti procedurali o altre mancanze di cui è responsabile la stazione appaltante⁵⁸.

La pubblica amministrazione, severa in gara o nella definizione del contratto, appare meno rigorosa nell’esercizio della vigilanza sull’esatto adempimento contrattuale, con effetti diretti sulla stessa definizione del requisito reputazionale dei futuri contraenti, assecondando un circolo vizioso che ha raggiunto ormai effetti di sistema negli appalti pubblici, ben al di là dei acclarati fenomeni di *curruption o maladministration*⁵⁹.

L’asimmetria - tra severità *ex ante* e magnanimità *ex post* - è favorita dalla stessa struttura organizzativa pubblica ove gli uffici deputati alla redazione del contratto e all’espletamento della gara

⁵⁷ Cons. St., sez. V, 11 dicembre 2014, n. 6094 la clausola penale – in quanto prevista in funzione di coercizione all’esatto adempimento e come tale svolgendo (secondo l’intenzione delle parti) anche una funzione sanzionatoria o di pena privata – è sempre suscettibile del sindacato del giudice sulla sproporzione in rapporto all’entità del contratto e al danno effettivamente subito dall’amministrazione.

⁵⁸ G. L. ALBANO, DINI, SPAGNOLO, *Strumenti a Sostegno della Qualità negli Acquisti Pubblici*, in *Quaderni CONSIP*, 1/2008.

⁵⁹ L. SACCONI, *Responsabilità Sociale come Governance Allargata d'Impresa: un'interpretazione basata sulla teoria del contratto sociale e della reputazione*, in *Liuc Papers n. 143, Serie Etica, Diritto ed Economia 11*, suppl. a febbraio 2004, alla base del meccanismo della reputazione sta una semplice situazione interattiva (detto *gioco della fiducia*) che rappresenta una transazione basata sulla relazione fiduciaria tra uno stakeholder A e l’impresa B. Lo stakeholder deve decidere se dare fiducia oppure no all’impresa, entrando oppure no in una relazione di scambio con essa e facendo, all’atto di entrare, un proprio investimento specifico. Poi l’impresa sceglie tra abusare o non abusare. Se dopo che lo stakeholder è entrato l’impresa non abusasse, vi sarebbe un esito piuttosto buono per entrambi. Se lo stakeholder dà fiducia, però, l’impresa ha interesse ad abusare, poiché questo nel gioco corrente la remunera maggiormente. Quindi lo stakeholder non darà fiducia e la transazione non avverrà. L’idea della teoria della reputazione è che ci possa essere una soluzione diversa, che permette la transazione tra le due parti, qualora il gioco base venga infinitamente iterato e si crei così incentivo per l’impresa di prendersi cura della sua reputazione.

sono spesso nettamente distinti da quelli che s'occupano dell'esatta esecuzione contrattuale, talora in addirittura instaurando un rapporto conflittuale o rivale che segna ulteriormente la separazione e l'incomunicabilità tra parti di uno stesso ente⁶⁰.

Il sistema così congegnato spinge i partecipanti verso offerte molto aggressive, utili ad assicurarsi la stipula contrattuale, ma al tempo stesso a recuperare nell'esecuzione "tagliando" soprattutto sugli aspetti della prestazione più difficilmente monitorabili⁶¹, oppure ottenendo varianti in corso d'opera alla cui autorizzazione non partecipano gli uffici competenti alla gara e alla successiva stipulazione. Un erroneo sistema di valutazione introduce una distorsione della concorrenza, riducendo le pressione competitiva sulle imprese "leali".

La reputazione di un'impresa non è certo un *asset* utilizzabile da altri, neppure nella forme tipiche consentite per i requisiti di partecipazione come l'avvalimento, o i raggruppamenti temporanei, anzi la partecipazione strutturale o convenzionale di taluni con pregresse cattive esecuzioni non può non influire – come vedremo (*infra* Cap. IV) - sul giudizio dell'amministrazione sulla partecipazione alla gara dell'intero raggruppamento⁶².

4 *La capacità in ragione dell'oggetto delle prestazioni contrattuali.*

I requisiti di selezione dell'offerente - prima ancora di quelli dell'offerta - debbono essere resi noti ai possibili partecipi alla

⁶⁰ R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 353.

⁶¹ C. H. YUKINS, *Cross-Debarment: A Stakeholder Analysis*, *GW Law Faculty Publications*, 2103.

⁶² Non va dimenticato che anche le imprese possono pretendere la correttezza dell'operato dell'amministrazione; C.G.U.E., sez. V, 12 marzo 2015, n. 538, nell'ambito dell'esame di un ricorso diretto all'annullamento della decisione di aggiudicazione a causa della parzialità degli esperti non si può richiedere all'offerente escluso di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti; G. IUDICA, *Le misure di integrità nell'affidamento di servizi pubblici*, in *Foro Amm.*, 2015, 1601; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2015, 325.

gara, sicché trovano normale indicazione nei bandi⁶³, da taluno ritenuti perciò “atti amministrativi preventivi”⁶⁴ mediante i quali la pubblica amministrazione regola l’attività che conduce all’individuazione dello stipulante e alla conclusione del contratto, consentendo alla pubblica amministrazione di rendere nota la propria volontà di procedere alla stipulazione di un determinato contratto e “provocare” l’individuazione dei soggetti interessati alla contrattazione, tra i quali scegliere lo stipulante⁶⁵. Atto amministrativo rivolto ad una pluralità indeterminata di soggetti interessati⁶⁶ anche aventi sede Stati diversi dall’Italia.

I contenuti prescrittivi della proposta contrattuale fissati dal bando di gara, e dai relativi allegati non possono dunque essere oggetto in senso proprio di una contrattazione con l’amministrazione pubblica, sicché per essa non è utile la prescrizione del codice civile “secondo la quale un’accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta” (art. 1326, co. 5° c.c.). Una proposta differente equivale – come si è detto - all’esclusione dell’offerente per aver presentato un’offerta non conforme. Forse non se l’offerta è migliorativa per la pubblica amministrazione, così la stazione appaltante può considerare l’offerta di svolgere con maggiore frequenza - rispetto a quella prevista dal bando - e senza incremento del corrispettivo un servizio come quello di raccolta dei rifiuti, anche se il bando stesso aveva previsto che per tale maggiore frequenza l’Amministrazione avrebbe corrisposto un corrispettivo ulteriore rispetto a quello base⁶⁷.

⁶³ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 70.

⁶⁴ C. VOLPE, *Bandi di gara ed inviti alla gara*, in *L’appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, cit., 336.

⁶⁵ Cons. St., Ad. Plen., 4 dicembre 1998, n. 1, la stazione appaltante è tenuta a indicare nel bando in modo chiaro i requisiti di partecipazione richiesti e le modalità di redazione delle offerte, al fine di evitare che sia compromesso il principio di massima concorrenza.

⁶⁶ C. VOLPE, *Bandi di gara ed inviti alla gara*, in *L’appalto di opere pubbliche*, a cura di R. VILLATA, cit., 338; G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, cit., 193.

⁶⁷ Cons. St., sez. V, 06 agosto 2015, n. 3859.

I bandi di gara sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei bandi-tipo approvati dall'ANAC⁶⁸. Lo scopo del bando-tipo è quello di regolare gli aspetti comuni alle molteplici e diversificate tipologie di appalto presenti nel settore, così da omogeneizzare i comportamenti delle stazioni appaltanti e semplificare l'attività di predisposizione della documentazione di gara, con benefici attesi in termini di maggiore partecipazione alle gare e riduzione del contenzioso⁶⁹.

Il bando, il disciplinare di gara e il capitolato d'appalto costituiscono - tutti insieme - la "*lex specialis*" della gara e assumono, dunque, carattere vincolante non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltanti⁷⁰. I documenti di gara devono essere applicati per quello che oggettivamente prescrivono, senza che possano acquisire rilevanza atti interpretativi postumi della stazione appaltante caso integrare della *lex specialis*⁷¹ volti a vincolare la commissione

⁶⁸ D.lgs. n. 163 del 2006, cit., art. 64, co. 4 bis.

⁶⁹ L. BERGONZINI, *Bando di gara e procedura di scelta*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sola, Padova, 2014, t. I, 587; sul punto v. Cons. St., 10 gennaio 2003, n. 35, in *Giust. civ.*, 2004, I, 525, con nota di P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*; in *Urb. e appalti*, 2003, 428 con nota di C.E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione e integrazione del bando di gara nei contratti della pubblica amministrazione: una pronuncia di assestamento*. Si veda anche C. VOLPE, *Bandi di gara ed inviti alla gara*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, cit., 339 ove si afferma che i bandi di gara, non avendo carattere normativo in ragione della mancanza della ripetitività si differenziano pure dai regolamenti.

⁷⁰ C.G.U.E., sez. V, 16 aprile 2015, C-278/14, ha ritenuto che successivamente alla pubblicazione di un bando di gara, l'amministrazione aggiudicatrice non può procedere a una modifica della specifica tecnica relativa ad un elemento dell'appalto, in violazione dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione, nonché dell'obbligo di trasparenza. Non rileva, al riguardo, che l'elemento cui si riferisce tale specifica non sia più fabbricato o disponibile in commercio; I. VIGLIOTTI GENNARO, *Il sindacato del g.a. sulla scelta dei criteri di aggiudicazione delle gare*, in *Corr. Merito*, 2012, 1173.

⁷¹ *Ex multis*: Cons. St., sez. IV, 28 febbraio 2005, n. 690; Cons. St., sez. V, 28 febbraio 2002, n. 1225; Cons. St., sez. V, 20 ottobre 2000, n. 5627; Cons. St., sez. VI, 17 luglio 1998, n. 1101; Cons. reg. sic., 9 giugno 1998, 335; Cons. St., sez. V 13 febbraio 1993, n. 250; TAR Campania, sez. II, 2 gennaio 2001, n. 7; TAR Sicilia, sez. I, 2 gennaio

aggiudicatrice⁷². Questi documenti hanno ciascuno una autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura. Il bando fissa le regole della gara, il disciplinare determina in particolare il procedimento di gara ed il capitolato integra le disposizioni del bando (con particolare riferimento - di norma - agli aspetti tecnici anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale)⁷³.

Per tali ragioni si vede comunemente affermato che il bando di gara costituisce *lex specialis* della gara, con denominazione che ad un tempo include la prescrittività verso gli ulteriori atti della procedura di gara e della stessa stipulazione contrattuale, il carattere amministrativo e autoritativo⁷⁴ dell'atto con effetti giuridicamente rilevanti sia verso i concorrenti sia verso i terzi controinteressati.

5 *Legittimazione a contrarre con la pubblica amministrazione ed errore sulla qualità dell'offerente.*

La legittimazione al negozio o a contrarre⁷⁵ è normalmente riferita nel diritto privato alla «competenza» del soggetto rispetto al negozio che può compiere, quasi sempre assume rilievo

2004, n. 34. G. M. RACCA, R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 1 del codice dei contratti pubblici*, in *Codice dei contratti pubblici Commentato*, a cura di L. R. Perfetti, Milano, 2013, 3 ss.; ID., *Commento all'art. 2 del codice dei contratti pubblici*, in *Codice dei contratti pubblici Commentato*, a cura di L. R. Perfetti, Milano, 2013, 20 ss.

⁷² Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441; Cons. St., sez. V, 22 settembre 2015, n. 4430, quando la formulazione letterale della *lex specialis* lascia spazi interpretativi, va prescelta l'interpretazione volta a favorire la massima partecipazione alla procedura.

⁷³ Cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 09 ottobre 2015, n. 4684; Cons. St., sez. V, 23 settembre 2015, n. 4441; Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9.

⁷⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *L'atto autoritativo*, in *Dir. amm.*, 2011, 665 ss.; ID., *L'articolo 1, comma 1 bis della legge n. 241 del 1990*, in *Foro amm., C.d.S.*, 2005, 947 ss.; F. LIGUORI, *La funzione amministrativa, l'autoritatività e il diritto privato*, Napoli, 2010, 18 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Esiste l'«atto autoritativo» della pubblica amministrazione? (In margine al recente convegno dell'AIPDA)*, in *Dir. amm.*, 2011, 769 ss.

⁷⁵ P. RESCIGNO, voce *Legittimazione*, in *Dig. Disc. Priv.*, X, Torino, 1993, 518 ss.; A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, 559.

l'oggetto del contratto o della prestazione, ed esprime la necessità che l'autore del negozio sia «soggetto di una posizione di competenza rispetto alla materia dell'atto, affinché questo produca determinate conseguenze giuridiche in suo confronto»⁷⁶.

Il negozio è viziato per difetto di legittimazione, allorché manchi alla parte – pur capace di agire⁷⁷, di disporre e di obbligarsi in linea generale – la facoltà di prescrivere un regolamento impegnativo in ordine ai fatti e agli interessi contemplati nel negozio. Il negozio compiuto da colui che non vi aveva legittimazione è viziato, non già per mancanza di una sua qualità personale, ma di una sua posizione rispetto all'oggetto e in confronto d'altri⁷⁸.

Così si afferma che, quando il rappresentante del minore agisce in proprio, senza manifestare la veste di rappresentante e senza dichiarare l'appartenenza al minore del diritto oggetto

⁷⁶ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino, 1950, 366 (nello stesso volume, a 219, nt. 1, sono indicati gli scritti precedenti dello stesso autore sul tema della legittimazione).

⁷⁷ Non unitaria è ritenuta la *ratio iuris* della disciplina sull'incapacità di agire. Quando il requisito si ricollega all'elemento soggettivo del negozio e consiste nell'esigenza che l'autore di questo sia in grado di rendersi conto di quanto fa e dichiara (minore), il requisito della capacità ha fondamento nel contenuto del negozio e consiste nella competenza al precetto dell'autonomia privata. In altre ipotesi (incapacità legale) la diversa *ratio iuris* risulta invece da un raffronto tra facoltà e capacità di disporre ove la capacità è qualità della persona, potenzialità valutabile rispetto a quanto può essere oggetto di disposizione (Corte Conti Lombardia, sez. giurisd., 14 luglio 2006, n.447 il vizio che inficia la procedura, è la carenza di legittimazione a contrarre da parte dell'organo amministrativo decidente il quale, agendo a discapito delle norme sulla concorrenza, avrebbe stipulato quale *falsus procurator*: A. CROSETTI, *Il danno alla concorrenza giudicato dalla Corte dei conti*, in *Foro amm. TAR*, 2006, 2735) e la facoltà di disporre, in ordine a diritti interessi determinati, risulta invece da una particolare posizione di competenza rispetto ad essi, dal fatto cioè che essi spettino in proprio a chi ne dispone e soggiacciono alla sua amministrazione in virtù di un conferimento di poteri (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. II edizione, Napoli, 1994, 367-368).

⁷⁸ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, 1940, 321: la legittimazione può dirsi consista nel dover essere la parte soggetto di una posizione di competenza rispetto alla materia dell'atto, affinché questo produca determinate conseguenze giuridiche in suo confronto.

dell'atto di disposizione, non manca la capacità di agire, cioè l'attitudine giuridica della parte a porre in essere atti giuridici, bensì la legittimazione al negozio, cioè la posizione di competenza caratterizzata dal potere di porre in essere atti giuridici che abbiano un dato oggetto, in virtù di una relazione in cui la parte si trova o si pone con l'oggetto dell'atto⁷⁹.

In tutta simmetria si può ritenere che coloro che non sono gli aggiudicatari, a fortiori coloro in difetto dei requisiti di partecipazione, risulterebbero non tanto degli incapaci a contrarre, ma persone senza legittimazione alla stipula di quel determinato contratto⁸⁰.

Se l'impresa è incapace di agire nessun contratto potrà essere stipulato dai suoi rappresentanti, sicché appare comprensibile che si affermi invece comunemente un difetto di legittimazione a contrarre un negozio determinato - quello oggetto di bando - ogni qualvolta l'impresa abbia dichiarato insufficienti requisiti di capacità tecnica e professionale, diversamente dal caso in cui l'impresa abbia dichiarato requisiti sufficienti ma non realmente posseduti, inducendo in errore l'amministrazione pubblica.

L'errore essenziale può infatti cadere sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso⁸¹ (art. 1429 c.c.).

⁷⁹ Cass. civ., sez. I, 11 maggio 1978, n. 2299.

⁸⁰ Cons. St., sez. IV, 06 marzo 2015, n. 1140 ricorda che è l'amministrazione, che è tenuta a verificare la legittimazione a contrarre del soggetto aggiudicatario.

⁸¹ In rapporto alla distinzione tra qualità ed identità della persona, la soluzione adottata dal codice civile del 1942 contempera le soluzioni previgenti in Francia ed in Germania. Effettivamente alla tematica dell'errore era rimasta estranea per lungo tempo la distinzione tra identità e qualità (non si riscontra nei testi romani); il principio volontaristico riteneva totalmente escluso il consenso e nullo l'atto in caso di errore sull'identità della persona (e, per lungo tempo, le due figure di errore sono state trattate differentemente). Il § 119 del BGB prevede solo la qualità della persona come oggetto di errore ed indica un criterio oggettivo per valutarne la rilevanza (siano, cioè, giudicate essenziali nella vita degli affari). L'art. 1110 del *Code civil* francese, invece, disciplina solo l'errore sulla persona (senza riferimenti alle qualità) ed indica un criterio di carattere soggettivo per valutarne l'essenzialità ("*cause principale de la convention*"). Il codice civile del 1942 ha contemperato le due ipotesi, indicando sia l'errore sull'identità che sulle qualità della persona dell'altro contraente.

L'identità indica l'insieme delle qualità per le quali un soggetto si distingue rispetto alla generalità dei consociati ed acquista una propria, autonoma e specifica individualità⁸². Rientra in tale ambito l'errore che cade sull'individuo, identificabile con la figura dell'*error in persona* della tradizione romanistica⁸³. Per identità si può intendere sia l'identità fisica e morale⁸⁴ (come insieme dei profili che caratterizzano la realtà della sua esistenza in tutti i suoi profili psichici e fisici), sia identità in relazione al gruppo di cui fa parte l'individuo (si parla di identità familiare, sociale, professionale), sia in termini di identità giuridica che è costituita dall'insieme dei segni identificativi e giuridicamente rilevanti della persona, che nel nostro ordinamento sono costituiti dal nome, dal luogo e dalla data di nascita⁸⁵.

Anche per l'errore sulle qualità è necessario accertare in via preliminare se la realtà falsamente rappresentata possa essere considerata una qualità della persona e solo successivamente si potrà procedere alla valutazione in merito all'essenzialità dell'errore stesso.

Le qualità dell'altro contraente⁸⁶ sono i singoli elementi che concorrono a caratterizzare una determinata persona⁸⁷ e diversi

⁸² Su questo discorso, cfr. M. BIANCA, *op. ult.*, cit., 58; F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, cit., 206 ss.; G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, cit., 11 ss., che esamina in particolare la diversa terminologia utilizzata dal legislatore codicistico.

⁸³ Tizio crede di aver stipulato un contratto con Caio e, invece, lo ha stipulato con Mevio. Il caso indicato concerne l'ipotesi dello scambio di persona.

⁸⁴ Cfr. paragrafo 3.3 sui requisiti reputazionali.

⁸⁵ Il procedimento con cui si accerta l'identità della parte si chiama identificazione, che, di regola, concerne l'identità giuridica. Negli atti pubblici l'accertamento dell'identità dei contraenti è posto in essere dall'ufficiale rogante. Sul problema dell'identificazione nei negozi formali, cfr. G. PIAZZA, *L'identificazione del soggetto nel negozio giuridico*, cit., 232 ss.. Per ulteriori approfondimenti cfr. M. ORLANDI, *La paternità delle scritture*, cit., 225 ss..

⁸⁶ Le discussioni inerenti la nozione di qualità della persona sono le medesime riscontrabili in ambito di errore sulle qualità della cosa.

⁸⁷ In chiave storica, il concetto ha subito un andamento altalenante. Si è passati da una nozione che poneva in rilievo solo le qualità idonee ad incidere sull'essenza della cosa o persona, ad altre teorie, di origine tedesca, che utilizzavano un concetto

sono i rilievi a seconda che ci si riferisca alle qualità strettamente materiali⁸⁸ o a tutti gli attributi rilevanti ai fini della qualificazione economico-sociale⁸⁹ o ancora a tutte le caratteristiche che concorrano in concreto a qualificare la cosa in base a specifiche, soggettive e concrete motivazioni del contraente.

La qualità per essere essenziale deve inerire alla persona ed essere durevole⁹⁰. L'inerenza esprime l'esigenza che un accidente si riferisca alla cosa in sé, contribuendo a determinarne il valore, ampliandone o limitandone le possibilità di godimento. La durevolezza implica che l'accidente presenti una connessione con la cosa, se non permanente, quantomeno di una certa durata; durata che deve essere intesa in senso relativo, cioè, con riguardo al modo con cui la cosa entra nel contenuto del contratto⁹¹. In ogni caso, le parti, nella loro autonomia privata, possono attribuire specifico rilievo a qualsiasi circostanza od elemento relativo alla persona che assuma valore rispetto al fine pratico perseguito⁹².

particolarmente ampio di qualità con riferimento a tutto ciò che della cosa o persona si può dire (tale concetto è particolarmente ampio in quanto in esso potrebbero in concreto rientrare anche elementi non caratterizzanti).

⁸⁸ In questo senso F. CARRESI, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, dir. da Cicu e Messineo, XXI, Milano, 1987, 448; è evidente che questa definizione sorge in tema di qualità della cosa, ma può essere adattata anche per le qualità della persona, in particolare sottolineando le capacità specifiche della persona.

⁸⁹ P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, 183; per una definizione di qualità in base alle caratteristiche reali della cosa in senso funzionale, economico e sociale, cfr. Cass. civ., 17 dicembre 1991, n. 13578.

⁹⁰ C. ROSSELLO, *L'errore nel contratto*, cit., 135, per il quale possono essere considerate qualità della persona tutti i connotati obiettivi e durevoli che nel linguaggio comune rientrano nella nozione di qualità della persona. Esclude, invece, rilevanza alle qualità morali, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 939 (di diverso avviso sembra V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, 9 e 452, nota 265).

⁹¹ Questa è l'opinione espressa da V. PIETROBON *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 407, il quale distingue tra circostanze intrinseche ed estrinseche e tra queste ultime tra un errore sulla situazione di fatto o di diritto in cui si trova la cosa o la persona. Cfr. Cass. civ., 15 aprile 1981, n. 2271, in *Mass. foro it.*, 1981, 497.

⁹² Così, soprattutto, Cass. civ., 21 marzo 1949, n. 620, in *Foro it.*, 1949, I, 789, secondo la quale le qualità rilevanti ai fini dell'errore non debbono necessariamente essere oggettivamente immanenti alla persona. "La restrizione della nozione di qualità

Non deve essere considerato, invece, un errore sulle qualità quello che incide sul momento valutativo (che va differenziato dal momento conoscitivo) e determina un semplice errore sul valore, come tale inidoneo a produrre l'annullabilità del contratto⁹³. Infatti, l'errore sul valore può essere il riflesso di un errore su una qualità essenziale, così dell'oggetto, come della persona e come tale idoneo ad integrare la fattispecie dell'errore essenziale⁹⁴. In ipotesi di questo tipo, l'errore sul valore diviene sintomatico dell'esistenza di un errore di altro tipo; non si attribuisce rilevanza all'errore sul valore, ma questo viene a costituire un indice dell'esistenza di un errore sulla qualità⁹⁵.

Bisogna considerare che il significato ed il valore da attribuire ad un determinato elemento caratterizzante della persona (e, quindi se possa essere indicato o meno come qualità rilevante ai sensi dell'art. 1429 n. 3 c.c.) richiede un esame strettamente coordinato

della persona agli attributi oggettivamente immanenti al soggetto è contraria al principio fondamentale che riconosce efficacia sovrana in materia contrattuale alla volontà delle parti (art. 1322 c.c.) e alla constatazione ovvia che al raggiungimento di determinate concrete finalità pratiche ha rilievo anche la valutazione che della personalità del soggetto altri possa fare”.

⁹³ L'inidoneità dell'errore sul valore ad integrare l'annullabilità del contratto costituisce massima consolidata in giurisprudenza. *Inter alia*, Cass. civ., 29 settembre 1954, n. 3157, in *Giur. it.*, 1955, I, pt. 1, p. 768; Cass. civ., 24 aprile 1968, n. 1249, in *Foro it.*, 1968, I, p. 1457; Cass. civ., 16 febbraio 1977, n. 721, in *Foro it.*, 1977, I, 2275; T. Ravenna 17 novembre 1989, in *Arch. civ.*, 1990, 618; Cass. civ., 2003 n. 5139, in *Foro it.*, 2003, I, 3047, secondo la quale l'errore sulla valutazione economica della cosa oggetto del contratto attiene alla sfera dei motivi in base ai quali la parte si è determinata a concludere un determinato accordo, non tutelabile con l'annullamento del contratto perché non è riconosciuto dall'ordinamento tutela rispetto al cattivo uso dell'autonomia contrattuale ed all'errore sulle proprie autonome valutazioni che rientrano nell'ordinaria ripartizione del rischio contrattuale. F. MERUSI, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm.T.A.R.*, 2004, 577.

⁹⁴ Il maggior numero di casi giurisprudenziali concerne l'errore sulle qualità dell'oggetto, ma lo stesso discorso si può ipotizzare in termini di errore sulle qualità dell'altro contraente (si pensi all'ipotesi in cui l'errore sul valore della prestazione professionale implichi un errore sulle qualità della persona dell'altro contraente)..

⁹⁵ Cfr. C. ROSSELLO, *Errore nel diritto civile*, cit., 516.

con il rapporto che si costituisce tra le parti e con il tipo di prestazione dedotta ad oggetto del rapporto⁹⁶.

A questo proposito, sembrano interessanti le conclusioni cui si è giunti in tema di edilizia residenziale pubblica: in particolare, è stata ritenuta qualità, rilevante ed idonea a determinare l'annullabilità dell'atto di assegnazione *ex art.* 1429 n. 3 c.c., la disponibilità del beneficiario di altro immobile nell'ambito dello stesso comune. La non disponibilità di altro immobile nel medesimo comune costituiva un presupposto di applicabilità della normativa in tema di assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica; la falsa conoscenza in ordine all'esistenza di tale presupposto costituisce quindi un errore essenziale su qualità della persona determinante per l'atto di assegnazione⁹⁷.

Ove si tratti di qualità giuridiche dell'altro contraente assume rilievo l'errore di diritto che, secondo l'opinione dominante, consiste nell'ignoranza o falsa conoscenza di una norma giuridica⁹⁸ che invalida il negozio solo se l'errore di diritto sia

⁹⁶ Sul punto cfr. in particolare, A. GALASSO, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, cit., 38.

⁹⁷ Cass. civ., 18 gennaio 1988, n. 315. Precedenti simili, ma che applicano la revoca dell'assegnazione e non il suo annullamento: Cass. civ., 17 giugno 1985, n. 3641; Cass. civ., 26 marzo 1986, n. 2137; Cass. civ., 12 novembre 1982, n. 6000. Sull'art. 21 *octies* si veda: A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e vizi procedurali*, in *www.giustamm.it*; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La revoca tra antichi privilegi e nuove codificazioni*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di F. Liguori, Bologna 2007, 117 ss.; F. LUCIANI, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 377; F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e articolo 21 octies l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*; D.U. GALETTA, *L'art. 21 octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria a costituzione e al diritto comunitario*, in *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo*, a cura di M.A. Sandulli, in *Foro amm., T.A.R., supplemento al n. 6 del 2005*, 91.

⁹⁸ V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, cit., 447; A. TRABUCCHI, *Errore (diritto civile)*, cit., 667; M. BIANCA, *op. ult. cit.*, 655; R. SACCO, *Il contratto*, cit., 512. Secondo un orientamento, la norma appena citata andrebbe coordinata con quanto stabilito nei precedenti numeri dell'articolo 1429 c.c., cioè l'errore di diritto produrrebbe l'annullabilità del contratto solo qualora ricada sugli elementi

stato “la ragione unica o principale del contratto” (art. 1429, co. 1, n. 4 c. c.).

La selezione dell’offerente può essere viziata per dolo quando i raggiri usati da uno dei contraenti siano stati tali che, senza di essi, l’altra parte non avrebbe contrattato (art. 1439, co. 1°, c.c.)⁹⁹. I raggiri possono anche provenire da un terzo e determinare l’annullamento del contratto solo se erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio (art. 1439, co. 2°, c.c.)¹⁰⁰.

La questione si è posta anzitutto con riferimento all’analogia selezione concorsuale ad un posto di pubblico impiego per le reticenze del vincitore di concorso manifestate al momento della costituzione del rapporto di lavoro¹⁰¹.

Senonché l’applicazione della disciplina di diritto civile assume un diverso significato ove la stessa sia riferita al contratto oppure al negozio unilaterale chiamato aggiudicazione, in ragione

indicati ai numeri antecedenti dell’art. 1429 c.c. stesso. Tuttavia, la maggior parte degli interpreti segue la concezione estensiva, considerando l’errore di diritto essenziale in tutti i casi in cui possa ritenersi ragione unica o principale dell’atto di volontà. A. TRABUCCHI, *Errore (diritto civile)*, cit., 668; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 161; C. ROSSELLO, *Errore nel diritto civile*, cit., 517; R. SACCO, *Il contratto*, cit., 513.

⁹⁹ Il dolo quindi vizia la volontà del soggetto inducendolo in errore e per questo è sempre rilevante, indipendentemente dal fatto che l’errore in cui il contraente ingannato incorre sia riconoscibile o meno, di fatto o di diritto, essenziale o meno.

¹⁰⁰ Cass. civ., sez. III 20 febbraio 2014, n. 4065; Trib. Torino, 20 giugno 2014; Trib. Lecce, sez. II, 17 maggio 2013, n. 1633.

¹⁰¹ Per possesso di un titolo di studio superiore a quello richiesto dal bando: Cass. civ., sez. lav. 15 aprile 1981 n. 2271; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Vassalli, XV, Torino, 1952, 442; il quale osserva “Un errore che si produca nella sfera interna della coscienza dell’una delle parti, senza essere rilevabile né controllabile dalla controparte, è irrilevante di fronte ad essa; e in verità non potrebbe avere rilevanza giuridica senza mettere in pericolo la certezza dell’affidamento creato nella controparte con la emessa dichiarazione – affidamento che la legge mostra di tenere in conto anche con altre norme”. Ed ancora, “Il precetto dell’autonomia privata, impegnativo per entrambe le parti in conflitto, non può essere paralizzato da un errore unilaterale e incontrollabile, senza che siano messi in pericolo la sicurezza degli affidamenti e la stabilità dei rapporti giuridici. Allorché, invece, l’errore sia riconoscibile, l’autoresponsabilità della parte che in esso versa, è controbilanciata dall’onere di rilevarlo e dall’obbligo di buona fede che incombono alla controparte (art. 1337)”.

del rinvio alla disciplina contrattuale prevista dal codice civile per gli atti unilaterali (art. 1324 c.c.)

Quanto al primo l'applicazione della disciplina prevista dal codice civile per il dolo (raggiri determinanti del consenso) o per l'errore sulle qualità personali dell'altro contraente consentirebbe all'amministrazione di chiedere l'annullamento del contratto stipulato con chi è poi risultato privo dei requisiti di partecipazione economico finanziari e tecnico professionali.

La tesi sull'annullamento del contratto è stata negli ultimi anni sostenuta come rilievo critico a quella tradizionale e prevalente della nullità del contratto conseguente all'annullamento dell'atto di aggiudicazione.

Nullità del contratto per mancanza dell'accordo (art. 1418, co. 2°, c.c.; art. 1325 c.c.) venuto meno per annullamento della manifestazione di volontà dell'amministrazione data con l'atto di aggiudicazione, oppure per violazione di norme imperative (art. 1418, co. 1 c.c.).

Senonché le due costruzioni di ordine generalissimo sono ora da riconsiderare alla luce della disciplina – seppur di diritto processuale – sui poteri del giudice in ordine alla dichiarazione di inefficacia nei casi prescritti dalla legge (art. 121, c.p.a.¹⁰²) oppure - tenuto conto degli interesse delle parti, dello stato di esecuzione del contratto, e della possibilità di subentro del ricorrente - come potere del giudice di scelta tra l'inefficacia o al contrario di mantenere gli effetti del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva (art. 122, c.p.a.).

Se la disciplina sull'annullabilità del contratto fa dipendere il pronunciamento del giudice dalla domanda di parte (art. 1441 c.c.) diversa è la disciplina che assegna al potere del giudice amministrativo – e al suo prudente apprezzamento – se riconoscere l'inefficacia del contratto o al contrario lasciare che la vicenda

¹⁰² P. CHIRULLI, *Inefficacia del contratto pubblico d'appalto, autonomia procedurale degli stati membri e interpretazione conforme della normativa processuale*, nota a: C.G.U.E., sez. V, 11 settembre 2014, n.19, in *Riv. It. di Dir. Pubbl. Com.*, 2015, 594.

giuridica dalla stessa scaturita giunga a compimento in conformità al titolo contrattuale medesimo (artt. 121 e 122, c.p.a.)

La sanzione d'inefficacia del contratto riecheggia invece la sanzione d'invalidità che si è nel tempo ricostruita come nullità, il cui accertamento non dipende da una domanda delle parti poiché è rilevabile d'ufficio dal giudice (1421, c.c.), un potere del giudice amministrativo che tuttavia non si risolve in un suo libero apprezzamento degli interessi delle parti, dello stato di esecuzione del contratto, o della possibilità di subentro del ricorrente nel medesimo. Nella tradizione l'azione e la sentenza che acclara la nullità è da sempre considerata dichiarativa, sia del presupposto legale d'invalidità sia della mancata produzione di effetti da parte dell'atto nullo.

Se anche può dirsi dichiarativa la sentenza del giudice amministrativo che accerta l'inefficacia del contratto nei casi previsti dalla legge (art. 121, c.p.a.) non è tale quella che attribuisce al potere del giudice amministrativo la sanzione d'inefficacia o al contrario riconosca la produzione d'effetti al contratto, considerati gli interessi coinvolti (art. 122, c.p.a.).

La sequenza nullità inefficacia del negozio giuridico è ineludibile tuttavia per le sole nullità che dipendono dalla mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto (art. 1418, co. 2°, c.c.; 1325 c.c.), non altrettanto invece può dirsi ove si configurino le norme procedurali come norme imperative, poiché per la violazione delle stesse è sanzionata la nullità del contratto, "salvo che la legge disponga diversamente" (art. 1418, co. 1° c.c.) come nel caso del contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione dell'amministrazione pubblica, poi annullata dal giudice amministrativo perché non ha osservato le norme di derivazione europea sulla concorrenza e in particolare la disciplina sugli appalti di lavori servizi e forniture (dir. n. 24 del 2014, cit.).

La configurazione della disciplina sugli appalti come norme imperative la cui violazione determina la normale inefficacia dell'atto che sia stato ciò nonostante compiuto è stata derivata sia

da una diversa considerazione degli interessi tutelati, sia indirettamente dai rapporti tra atti di diversi ordinamenti.

La disciplina dell'Unione europea ha posto le norme sulle procedure di aggiudicazione avendo di mira la tutela della concorrenza, del mercato o più esattamente delle imprese in concorrenza per aggiudicarsi il bene "appalto pubblico", così innovando profondamente la *ratio* solo patrimoniale cui attendeva la legge sulla Contabilità di Stato, che proteggeva l'interesse della pubblica amministrazione come persona giuridica, che deve disporre del suo patrimonio con efficienza ed economicità non minore a quella di qualsiasi altra persona giuridica pubblica o privata (art. 97, co. 2; l. n. 241 del 1990, art. 1, co. 1°).

A consimile conclusione d'inefficacia degli atti compiuti in violazione della disciplina posta dall'ordinamento dell'Unione europea si perviene anche in considerazione della potestà normalmente attribuita ai giudici nazionali in applicazione delle norme degli Stati membri. Se va inapplicata la legge nazionale che sia d'ostacolo alla disciplina dell'Unione europea in materia di appalti pubblici, a fortiori deve subire eguale sorte l'atto amministrativo o il contratto che realizzino eguale difformità, "salvo che la legge disponga diversamente in conformità alla disciplina dell'Unione", cioè salvo che la disciplina dell'Unione europea consenta di disporre diversamente (Dir. ricorsi, 66/2007)¹⁰³.

¹⁰³ M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *www.giustamm.it.*, 2010; A. BARTOLINI, G. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. App.*, 2010, 638 ss.; F. ASTONE, *Interesse pubblico, contratti delle pubbliche amministrazioni e tutela giurisdizionale: la prospettiva comunitaria (e quella in tema), dopo il recepimento della direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*, in *Scritti in onore di A. Romano*, vol. I, Napoli, 2012; D. PONTE, *L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso*, in *Urb. app.*, 2010, 762; R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice degli appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in *www.giustiziaamministrativa.it*, luglio 2010; M. DEL SIGNORE, *Le ADR nell'attuazione della dir. 2007/66/CE*, in *Dir. Proc. amm.*, 2012, 1519 ss..

A riguardo appare particolarmente significativo il fatto che l'atto amministrativo, a differenza di quello di diritto privato, è l'esito della estrinsecazione di un potere unilaterale finalizzato a curare interessi (quello pubblico specifico fissato in astratto nella norma attributiva del potere, e quelli pubblici e privati che con il primo interagiscono di volta in volta) che trascendono la 'personalità' di chi lo adotta. Proprio l'assenza del consenso da parte di coloro che subiscono gli effetti dell'atto (non solo i suoi diretti destinatari, ma anche i terzi) pare indurre a ritenere che la determinazione del contenuto non sia da sola in grado di 'costituire' la esecutività, a tal fine essendo necessaria pure la sua esternazione (a prescindere dalle modalità attraverso le quali si manifesta)¹⁰⁴.

Nel diritto privato le scelte del soggetto sono caratterizzate dall'autonomia negoziale¹⁰⁵.

Nel diritto amministrativo si assiste invece alla procedimentalizzazione delle scelte dell'amministrazione¹⁰⁶. Il dibattito dottrinario risultava, infatti, tutto incentrato sull'idea di attribuire una rilevanza giuridica alla formazione della volontà dell'Amministrazione che «diveniva 'processo', aperta al contraddittorio e alla cognizione dei diversi interessi in conflitto¹⁰⁷».

6 *Capacità e legittimazione a contrarre con la pubblica amministrazione tra diritto privato e diritto amministrativo.*

¹⁰⁴ Sulla distinzione tra esternazione e forma si v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 255 s.

¹⁰⁵ P. RESCIGNO, *L'autonomia privata*, in *Persone e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, II, 426 ss.

¹⁰⁶ F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Padova, 1914, 1083-1084; secondo l'autore "si può parlare di procedimento amministrativo nel caso di produzione di effetti giuridici dipendenti di una serie di fatti giuridici collegato fra loro da un ordine logico o legale nel tempo"; A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

¹⁰⁷ L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 464.

La capacità tecnica e professionale è comunemente definita come l'attitudine dell'appaltatore a "spiegare" organizzazione e gestione dei mezzi di produzione, la comprovata capacità che è richiesta in coloro che intendono stipulare contratti con la pubblica amministrazione¹⁰⁸, distinguendo i requisiti soggettivi – individuali o d'organizzazione - che l'ordinamento normalmente richiede per svolgere una certa attività rispetto a quando la stessa attività sia rivolta ad un ente pubblico.

Nel diritto civile per la validità contrattuale l'errore essenziale sulle qualità della persona dell'altro contraente assume rilievo unicamente qualora tali qualità possano dirsi determinanti del consenso alla stipulazione contrattuale (art. 1429, c. c.), delimitando per il singolo contratto il carattere professionale richiesto a ciascun imprenditore (art. 2082, c. c.).

La capacità tecnico professionale ed economico finanziaria è data dall'organizzazione di beni (art. 2555, c. c.), siano essi tangibili (risorse materiali e finanziarie) o intangibili (a tecnologia-brevetti, *copyrights*, reputazione, *corporate sustainability*), nonché dalle risorse umane che a diverso titolo (lavoro subordinato, autonomo, d'appalto, per avvalimento, ecc.) sono nella disponibilità all'offerente.

La procedimentalizzazione dei comportamenti che deve seguire la pubblica amministrazione per addivenire alla scelta del contraente impone a quest'ultima di definire le *qualità minime* che le organizzazioni debbono possedere per potere trattare, cioè per presentare un'offerta utile alla stipulazione di un determinato contratto con l'amministrazione medesima.

Più esattamente la pubblica amministrazione deve predeterminare nel bando di gara i requisiti delle organizzazioni individuali o collettive che sono ammesse a trattare sull'oggetto del contratto (art. 1346, c. c.) anch'esso già in parte delimitato nel bando o capitolato: sia nel senso che la prestazione dell'aggiudicatario trovi in esso integrale definizione, limitandosi

¹⁰⁸ S. CARBONE, A. TARASSO, *Appalti pubblici di forniture*, in *Enc. Dir.*, III, Agg., Milano, 1999, 148.

unicamente al prezzo più basso la contrattazione con la pubblica amministrazione, sia nel senso che la trattativa abbia anche ad oggetto la qualità della prestazione dell'aggiudicatario come avviene nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Se in diritto amministrativo si afferma comunemente che i requisiti di ammissione sono l'oggetto principale degli atti della fase preliminare del procedimento volto all'individuazione del "giusto contraente", nei rapporti tra individui o organizzazioni private¹⁰⁹ i requisiti di qualità dell'altro contraente assumono rilievo in diritto civile sia come mala fede oggettiva nelle trattative (art. 1337, c. c.) cui non è seguita la stipulazione del contratto, sia come responsabilità per i danni causati (art. 1338, c. c.) da chi ha indotto in errore l'altra parte su una qualità essenziale della propria organizzazione (art. 1429, co. 1°, n. 3, c. c.).

Le analogie con gli enti pubblici sono state viste per i soli casi in cui le organizzazioni private abbiano disciplinato in un contratto "preliminare" (art. 2932, co. 1°, c. c.) i comportamenti di contrattazione utili alla conclusione di una serie di contratti di fornitura (es. materie prime o semilavorati), di servizi (es. commercializzazione o trasporto di beni) o di lavori (sub appalti), poiché in tal caso i comportamenti precontrattuali prescritti tra le parti sono già oggetto di un'obbligazione contrattuale, la cui violazione determina una responsabilità per inadempimento (art. 1218, c. c.).

Superata la pre-qualificazione, nel procedimento di scelta del contraente disciplinato dal diritto amministrativo si apre come è noto la fase di valutazione delle offerte, nella quale - si è detto - che la qualità della prestazione promessa all'amministrazione è interamente predefinita dagli atti di gara oppure diventa parte della contrattazione.

¹⁰⁹ Dal quali occorre escludere coloro che sono ritenuti pubblici a vario titolo come gli organismi di diritto pubblico e gli enti in *house providing*; C. G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/96 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*, conclusioni poi riprese nella più nota sentenza Teckal: C.G.C.E., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal c. Com. Viano e AGAC*, cfr anche C.G.C.E., 7 dicembre 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz c. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*.

La prestazione dell'aggiudicatario unitamente al prezzo o controprestazione dell'amministrazione pubblica, definiscono l'oggetto del contratto (art. 1346, c. c.) nella sua qualità e quantità, che la stipulazione non può modificare essenzialmente.

Da ciò che precede risulta evidente che la qualità della preselezione si riferisce al soggetto contraente mentre nella valutazione delle offerte all'oggetto del contratto, più precisamente all'oggetto della prestazione che si vuole assumere verso l'amministrazione, dunque nei due casi la qualità essendo è ben altrimenti riferita: al *soggetto* oppure all'*oggetto* del contratto, dunque a due diversi elementi di quest'ultimo.

In diritto amministrativo la capacità nella disciplina sui contratti è espressamente riferita alle qualità tecnico-professionali o economico-finanziarie, sicché non pare possa essere correlata alla disciplina che nel diritto privato sanziona con l'annullabilità del contratto l'incapacità a contrarre delle parti (art. 1425, c. c.).

La differenza si afferma non solo perché l'annullabilità nel diritto amministrativo è dell'aggiudicazione e non del contratto, ma perché la stessa può essere domandata dal controinteressato non per un'incapacità propria ma dell'aggiudicatario.

Anche chi ha ritenuto che l'aggiudicazione sia l'atto-fatto che legittimi il vincitore della gara a contrarre con la pubblica amministrazione, ha riferito la legittimazione - dunque la capacità a contrarre che ne costituisce il *genus* - al solo atto terminale del procedimento e non agli atti preliminari di segno contrario e che sono propri della fase di prequalificazione.

A diversa conclusione si può pervenire solo ove si ritenga che una legittimazione a contrarre possa essere preceduta dalla legittimazione a contrattare, sia perché quest'ultima può manifestarsi non solo con comportamenti ma anche in atti giuridici (proposta e controproposta, invito a proporre e proposta) sia per il richiamo della disciplina dei contratti agli atti unilaterali (art. 1324, c. c.) il compimento dei quali deve essere compiuta da persona capace.