

## **APPALTI**

### **Varie**

Inviato da : Avv. Luigi Ciambrone

Pubblicato il : 15/3/2008 9:30:00

## **APPALTI : FRODE CONTRATTUALE E TUTELA DELLA P.A..**

### **L'INDIRIZZO DEI MANAGER**

### **E L'INDIRIZZO POLITICO.**

Articolo a cura di: **STUDIO LEGALE**

**CIAMBRONE - MASCARO**

**Avvocati**

**CATANZARO** sito internet : [www.avvocaticiambronemascaro.com](http://www.avvocaticiambronemascaro.com)

posta elettronica : [info@avvocaticiambronemascaro.com](mailto:info@avvocaticiambronemascaro.com)

Appare necessario premettere che, come nel caso che ci vede occupati, nell'ipotesi di pendenza di un procedimento penale direttamente collegato alla stipulazione di un contratto per l'esecuzione di opere pubbliche (il nuovo Ospedale), **debbono essere adottate dai competenti organi amministrativi idonee iniziative intese a porre le premesse per l'applicazione dell'art. 340, legge 20 marzo 1865 n. 2248 all.F** il quale – ponendo l'amministrazione contraente in una posizione di privilegio, in quanto portatrice di interessi meritevoli di una tutela più incisiva e immediata rispetto a quella fornita dalle comuni norme civilistiche – prevede la possibilità **di rescindere** (ossia di risolvere unilateralmente in via amministrativa) **il contratto di appalto** nell'ipotesi di coinvolgimento dell'appaltatore (come nel caso che ci vede occupati) in un procedimento penale, con addebiti di svariati reati. L'attribuzione alla P.A. del potere di autotutela trova, nell'appalto di oo.pp., la sua causa nella necessità di provvedere alle esigenze dell'interesse pubblico collegato al negozio ed impedire i danni che dall'osservanza del diritto comune potrebbero derivare ad esso. Com'è noto così recita l'art. 345, della legge 2248/1865, *"E' facoltativo all'Amministrazione di risolvere in qualunque tempo il contratto mediante il pagamento dei lavori eseguiti e del valore dei materiali utili esistenti in cantiere, oltre al decimo dell'importo delle opere non eseguite"* (così anche l'art. 122, comma 1, del d.P.R. n. 554 del 1999). L'art. 1671 cod. civ. così recita : *"Il committente può recedere dal contratto, anche se è*

*iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno".* Si è dedotto da queste norme che la sorte del contratto resta a discrezione dell'Amministrazione, alla quale risulta attribuito un potere di disposizione tale da distruggere l'essenza stessa del vincolo contrattuale. Nel caso di appalto di oo.pp. non si ravvisa, a parere della scrivente difesa, una diversità di funzione e di struttura tra l'atto di recesso ai sensi dell'art. 1671 cod. civ. e l'atto di recesso ai sensi dell'art. 345 legge II.pp.. Il punto in cui il recesso ex art. 1671 cod. civ. e quello ex art. 345 legge II.pp. differiscono, concerne solo la disciplina delle conseguenze economiche. Sia l'art. 1671 cod. civ. che l'art. 345 legge II.pp. attribuiscono all'appaltatore il corrispettivo per i lavori eseguiti al momento della risoluzione del contratto. Sotto questo punto di vista le due norme non determinano alcuna differenza di trattamento. Differenza sussiste, invece, per quanto concerne il rimborso delle spese sostenute (e non ammortizzate nei lavori già eseguiti) e del mancato guadagno. In virtù dell'art. 1671 cod. civ. le spese sostenute e il mancato guadagno sono rimborsati di volta in volta, con riferimento alla singola fattispecie e con l'onere della prova a carico dell'appaltatore; in virtù dell'art. 345 legge II.pp. sono rimborsati, invece, in un'aliquota fissa, valevole per ogni ipotesi, senza bisogno di alcuna prova, rapportata all'importo delle opere non eseguite. Il mancato guadagno di cui parla l'art. 1671 cod. civ. non è quello prevedibile al momento della stipulazione del contratto, ma quello che in realtà il Consorzio avrebbe conseguito ove effettivamente avesse eseguito la costruzione del nuovo ospedale e che perciò, non solo può essere inferiore al decimo, ma può anche non esservi affatto. Se ne deduce che il decimo comprensivo delle spese sostenute e del mancato guadagno, corrisposto in caso di recesso da parte della P.A. costituisce nient'altro che una misura media, preventivamente forfettizzata, per commisurare con un sistema semplice l'indennizzo dovuto. Esso è suggerito dalla necessità di cautelare la P.A. dalle sorprese di liquidazioni eccessive, da indagini probatorie, quanto mai delicate e aleatorie, o da manovre e pressioni speculative. L'atto di recesso ex art. 345 legge II.pp. può essere posto in essere per qualsiasi motivo, né l'Amministrazione è tenuta a dichiararlo; è atto (di diritto privato) di esercizio di una facoltà contrattuale, non provvedimento amministrativo; non è impugnabile innanzi la giurisdizione amministrativa né è sindacabile dall'autorità giudiziaria ordinaria o arbitrale. Interpretando la rescissione e/o risoluzione contrattuale come una patologia che si inserisce sugli effetti del contratto di appalto già stipulato, nessuna impugnativa innanzi il Giudice amministrativo è consentita al Consorzio dalle norme vigenti per come interpretate. Infatti, di recente, lo stesso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 08 marzo 2005 n. 950 ha stabilito che *"... sussiste il difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo quando viene in rilievo una controversia sulla risoluzione di un contratto d'appalto di lavori pubblici. Disposta unilateralmente dalla P.A., poiché la questione involge posizioni di diritto soggettivo"*. E' quanto ha precisato la Quinta Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza precitata, evidenziando, inoltre, che bisogna guardare, al fine di considerare competente il Giudice Ordinario, la fase meramente esecutiva del contratto di appalto. Diversamente, se ne ravvisa traccia in Dottrina e in Giurisprudenza, se la rescissione e/o risoluzione del contratto di appalto si dovesse interpretare come un fenomeno patologico, che si inserisce nella fase genetica del rapporto, allora si avrebbe il fenomeno c.d. della regressione dell'appalto alla fase preliminare dell'aggiudicazione e quindi di competenza del Giudice Amministrativo. Passando, ora, all'ipotesi ex art. 340 II.pp. del 1865 per il caso di frode, com'è noto, la norma così recita: *"L'Amministrazione è in diritto di rescindere il contratto, quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate. In questi casi l'appaltatore avrà ragione soltanto al pagamento dei lavori eseguiti regolarmente, e sarà passibile del danno che provenisse all'amministrazione dalla stipulazione di un nuovo contratto, o dalla esecuzione d'ufficio"*. Al concetto di frode si riferisce anche l'art. 118 del d.P.R. n. 554 del 1999, che accomuna le altre ipotesi dell'intervenuta applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, nonché della violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro. Com'è noto, a differenza che per il passato, l'art. 118

richiede che l'accertamento della frode sia contenuto in una sentenza passata in cosa giudicata (in relazione al principio di non colpevolezza sancito nell'art. 27 della Costituzione). Il tutto, ovviamente, deve essere preceduto da un regolare contraddittorio, attraverso la notificazione di un formale avvio del procedimento amministrativo e relative contro deduzioni del Consorzio. Infine, tenendo presenti i contrasti in Giurisprudenza sulla questione della giurisdizione (che ebbe inizio con la c.d. "legge BASSANINI" 59/1997), non vi è dubbio, lo si ribadisce, che anche una impugnazione della delibera di revoca dell'appalto innanzi al T.A.R. sarebbe sfornita dei requisiti per l'ottenimento di una sospensiva. In ogni caso, tenendo presente la Sentenza della Corte Costituzionale 204/04 nonché la 191/2006 e le Ordinanze a Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione (13659/06, 13660/06 e 13911/06), che hanno sancito, com'è noto, lo stop alla pregiudiziale amministrativa, il Consorzio potrebbe avanzare la sola richiesta risarcitoria senza dover, necessariamente, impugnare la delibera di revoca. Il Consorzio si è aggiudicato l'appalto ingannando la P.A. ed ottenendo l'aggiudicazione sulla base di presupposti in ordine alla composizione del Consorzio medesimo e di requisiti di capacità professionale ed organizzativa, di fatto inesistenti. In altri termini, nella vicenda in esame, ed oggetto del parere *pro veritate*, il Consorzio che doveva eseguire i lavori aveva consorziato delle ditte senza che quest'ultime ne avessero mai fatto richiesta. Eppure le ditte fraudolentemente consorziate rappresentavano il 50% dei lavori di edilizia ed il 50% dei lavori di impiantistica. E' di tutta evidenza che la P.A. è stata indotta fraudolentemente all'aggiudicazione dell'appalto e alla stipulazione del consequenziale contratto. Al *manager* della P.A. non rimane altro che dare corso all'avvio del procedimento amministrativo di revoca, concedendo giorni quindici per le contro deduzioni. A seguito di quest'ultime la P.A. potrà emettere delibera decisoria a conclusione del procedimento avviato. Delibera che non potrà essere se non di annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto con caducazione automatica del relativo contratto nei confronti del Consorzio che ha posto in essere atti fraudolenti. Tale soluzione risulta aderente al principio della "celere realizzazione dell'opera pubblica" (di recente ribadito dal T.A.R. Calabria, Sezione II, nell'Ordinanza nr. 86 dell' 08 febbraio 2007) consentendo di salvare la gara di appalto ed evitare una nuova gara che comporterebbe, per la P.A., un dispendio di tempo e di denaro. Si pensi, oltre al normale decorso del tempo, ai costi aggiuntivi del nuovo Bando, ai costi per la nuova progettazione, ai costi per la ricerca del nuovo sito, ai costi per i nuovi espropri, ai costi per il ripristino dell'area di cantiere ove alcuni lavori erano già stati svolti e così via discorrendo. Costi aggiuntivi che ammontano, su una opera da 120 milioni di euro, ad almeno cinque milioni di euro. Se si vuole ben amministrare il denaro pubblico, avendo come "luce polare" l'interesse pubblico, non si può non condividere la superiore impostazione. A volte i *manager* della P.A. devono segnare il passo di fronte allo stop pregiudiziale dell'indirizzo politico (difficile da "deglutire") nonostante siano supportati da dati oggettivi e da pareri *pro veritate* che affondano le loro radici nella conoscenza concreta delle carte e degli atti. Le radici politiche, di contro, affondano le loro radici in terreni sabbiosi e, per loro natura, instabili e sempre mutevoli. In conclusione di questo lavoro un auspicio : che si realizzi un intreccio di radici (quello del *manager* e quello dell'indirizzo politico) che porti ad un solo albero carico di frutti per la P.A. ovvero la celere realizzazione dell'importante Opera Pubblica. **(Avv. Antonella MASCARO e Avv. Luigi CIAMBRONE)**  
**Avvocati del Foro Libero di Catanzaro.**