

I contratti per la realizzazione delle infrastrutture: in particolare, il cd. *general contractor*

Marco Magri

Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università degli Studi di Ferrara

I. I DUE CONTRATTI TIPICI: CONCESSIONE E *GENERAL CONTRACTOR*

Una nuova disciplina delle *infrastrutture*, cioè di “grandi opere” che il legislatore ha voluto assoggettare ad un regime differenziato da quello dei *lavori pubblici* comunemente intesi, non poteva non soffermarsi sui tipi di contratto che le pubbliche amministrazioni possono concludere ai fini della realizzazione e della gestione di questi beni.

A tale obiettivo è rivolto principalmente l'articolo 6 del Decreto legislativo 20 agosto 2002 n. 190, che individua due fattispecie: la prima, scelta dal novero dei contratti enumerati all'articolo 19 della legge quadro sui lavori pubblici (11 febbraio 1994, n. 109), è la *concessione di costruzione e gestione* (affidabile anche con il sistema del *promotore*), la seconda, introdotta *ex novo* – almeno per i lavori pubblici – è l'*affidamento unitario a contraente generale*, definito, in riferimento all'art. 1 della direttiva 93/37/CEE del Consiglio, come esecuzione con qualsiasi mezzo di un'opera rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore.

Si noterà che sotto il profilo dei contenuti del contratto la concessione di costruzione e gestione è sostanzialmente oggetto di un mero rinvio. L'art. 7 del Decreto n. 190 del 2002 rimanda agli articoli 19, 20, 21 e dal 37-bis al 37-nonies della legge n. 109 del 1994, a cui sono apportate solo una serie di “modificazioni ed integrazioni” (lo stesso deve dirsi per la figura del “promotore” di cui all'art. 8); ma questa è proprio la conferma della centralità della legge quadro, dove lo schema della concessione di lavori pubblici si trova già disciplinato (art. 19, comma 2).

L'affidamento a contraente generale vorrebbe invece sottendere uno schema negoziale nuovo rispetto alla legislazione nazionale sui lavori pubblici. Il Decreto del 2002, nella disposizione ad esso dedicata (art. 9), comprende 13 commi, in cui si distinguono le prestazioni oggetto dell'affidamento da quelle riservate all'amministrazione committente, le responsabilità del *general contractor* verso l'amministrazione stessa e verso i terzi (inclusi gli esecutori delle infrastrutture), le modalità di costituzione e di gestione della società di progetto.

Il tutto in attuazione dei principi direttivi contenuti nella legge-delega 21 dicembre 2001 n. 443 (cd. *legge obiettivo*), tra cui preme sottolineare quello di “massima

flessibilità degli strumenti giuridici” (art. 1 comma 2 lettera *f*), da perseguire attraverso “l’introduzione di specifiche deroghe alla vigente disciplina in materia di aggiudicazione di lavori pubblici e di realizzazione degli stessi” (lettera *h*). Specifiche deroghe, quindi, non solo alla disciplina delle procedure di “aggiudicazione” ma anche, in senso più ampio, per rapporto alla “realizzazione” di lavori pubblici¹.

2. LA “DEROGA” ALL’ARTICOLO 19 DELLA LEGGE-QUADRO; L’OBBLIGO DI PROCEDERE “ESCLUSIVAMENTE” MEDIANTE I CONTRATTI TIPICI

L’art. 6 comma 1 specifica però – senza in verità esservi obbligato dai principi direttivi della legge delega n. 443 del 2001 – che i due contratti sopra illustrati siano ammessi “in deroga alle previsioni di cui all’art. 19 della legge quadro”.

Per le infrastrutture, viene quindi istituito un sistema di esecuzione non autonomo, ma derivato da quello dei lavori pubblici, in forza del quale, ove non diversamente stabilito, le norme della legge n. 109 del 1994 continuano a trovare diretta applicazione². È da questa applicabilità residuale della legge quadro che la disciplina riceve elementi di forte ambiguità.

¹ Le più importanti di queste deroghe – il che ovviamente non precludeva al Governo di introdurne altre, in sede di emanazione del Decreto delegato – erano già contenute nella stessa legge obiettivo (lettera *h*), proprio con riferimento al caso di ricorso ad un contraente generale. Si tratta della libertà di affidamento ai terzi dei lavori da parte del *general contractor* (nel rispetto delle normativa antimafia e di quella sui requisiti degli appaltatori) e di regole in materia di Società di progetto e di strumenti finanziari di investimento sull’infrastruttura strategica.

Nel testo non si vorrebbe insistere sui contenuti di queste norme, ma solo evidenziare come, fin dall’*incipit* del sistema della legge obiettivo, sussista un nesso tra “tipo” contrattuale ed esigenze di elasticità delle forme. Proprio questo è il punto che, come si ribadirà più avanti, poteva anche suggerire al Governo di non introdurre, per le infrastrutture, una disciplina derogatoria di stampo analogo a quella derogata e, per di più, solamente parziale: tale da diventare altrettanto “tipizzata” e, in fondo, tanto rigida quanto quella dei lavori pubblici generalmente intesi.

² In generale, tale disegno è intuibile anche da altre norme del Decreto legislativo n. 190 del 2002. La più esplicita è l’art. 1, comma 6, il quale prevede che “per quanto non previsto dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443, dal presente decreto legislativo e dai regolamenti di cui all’art. 15, alle opere di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui alla legge 11 febbraio 1994, e successive modificazione e relativi regolamenti [...]”.

Meno esplicito, ma non meno importante, è il collegamento con la legge quadro stabilito dall’art. 9 comma 1, laddove è prescritto che, con il contratto di affidamento a contraente generale, il soggetto aggiudicatore assegni la realizzazione delle infrastrutture ad un soggetto “dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere”. La qualità di costruttore e la relativa qualificazione, che non può essere provata, ovviamente, se non nei modi della legge n. 109 del 1994, non è a rigore indispensabile per il *general contractor* nel suo significato più autentico. Che il Decreto legislativo del 2002 l’abbia imposta, evidenzia dunque un restringimento dell’ambito di applicazione soggettivo della disciplina, che di fatto (dal lato dell’esecutore) coincide con quello della legge quadro.

Nel precisare che i contratti per la realizzazione delle infrastrutture siano ammessi quale “deroga” all’art. 19 della legge n. 109 del 1994, il legislatore del 2002 arricchisce, da un lato, lo strumentario della contrattazione pubblica in materia di infrastrutture, ma dall’altro dimostra anche di non voler ridiscutere la natura tassativa dell’elenco di cui all’art. 19 e, più in generale, l’ostracismo che questa norma dimostra verso le tipologie contrattuali create dalle amministrazioni aggiudicatrici sulla base della propria capacità generale di diritto privato.

Si allude, in specie, al divieto di cui al comma 01 dell’art. 19 della legge n. 109 del 1994, introdotto dall’art. 3 della legge 18 ottobre 1998, n. 415, a norma del quale “i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici”. Questo divieto è rafforzato dall’art. 6, comma 1 del D.Lgs. n. 190 del 2002, il quale, nel definirsi in termini di “deroga”, conferisce a sé medesimo il carattere di norma di stretta interpretazione, creata proprio per disporre che fuori dal suo ambito di applicazione il divieto stesso torni a farsi “inderogabile”.

La decisione di circoscrivere l’operatività dei modelli contrattuali per le infrastrutture entro uno spazio giuridico di “deroga”, dunque, corrisponde ad una scelta del legislatore. La previsione e la disciplina della concessione e del *general contractor* – che come tutte le operazioni di tipizzazione di schemi negoziali sarebbe un fenomeno in sé e per sé del tutto normale – acquista il rango di una autorizzazione legale all’uso di tali strumenti giuridici, corredata di un effetto “preclusivo” alla utilizzazione di mezzi non conformi a quelli che la legge permette.

Dall’avverbio “esclusivamente” si desume, volgendo lo sguardo alla norma derogatoria, che per le infrastrutture, fuori dai due tipi di cui all’art. 6 del D.Lgs. n. 190 del 2002, nessun contratto può essere concluso; un negozio con prestazioni diverse da quelle descritte nell’art. 9 del Decreto (che regola l’affidamento a contraente generale), ricadrebbe in automatico sotto il divieto di cui all’art. 19 della legge quadro, vigente proprio perché *non derogato in punto di tassatività dei sistemi di realizzazione*.

Si potrebbe affermare che, così come i lavori pubblici possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici, le infrastrutture possono essere realizzate “esclusivamente” mediante contratti di concessione di costruzione e gestione o di affidamento unitario a contraente generale. A rigore, non solo il contratto innominato ma nemmeno l’appalto di opere pubbliche e la concessione di lavori pubblici *strictu sensu* potrebbero più essere utilizzati. Procedendo in questa direzione, ragionevoli dubbi di liceità (per causa di “atipicità”) potrebbero porsi in concreto di fronte ad atti semplicemente “incompleti” rispetto al modello legale: si pensi ai contratti stipulati senza prefinanziamento, che è una delle prestazioni tipiche del *general contractor* (ad esempio, perché l’amministrazione dispone già dei finanziamenti necessari e non ritiene necessario né opportuno indebitarsi per il pagamento degli interessi sulla somma anticipata); oppure ai contratti in cui non venga delegata al *general contractor* l’acquisizione delle aree di sedime mediante espropriazione, come previsto dall’art. 9 comma 2 lettera *b* (ad esempio perché l’amministrazione intende procedere mediante i propri ordinari poteri di espropriazione per pubblica

utilità); o a contratti in cui l'amministrazione non intenda garantire il pagamento delle obbligazioni emesse dal *general contractor*, come stabilisce l'art. 9 comma 12 del D.Lgs. n. 190 del 2002.

Si considerino poi, oltre alle situazioni ora immaginate di contratti privi di prestazioni prescritte nel Decreto, alle ipotesi diametralmente opposte di contratti con prestazioni aggiuntive, ugualmente non previste, i quali potrebbero essere tacciati della medesima (non legittima) "atipicità", stando al rigore che caratterizza il sistema in esame. Basti por mente ai contratti di affidamento a contraente generale con prestazioni accessorie aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture, funzionali all'opera finita o semplicemente aggiunte per ragioni di opportunità: è il caso della realizzazione di opere di mitigazione o di compensazione ambientale o della conduzione iniziale dei mezzi e/o della fornitura di materiali nelle infrastrutture di trasporto a rete³.

In tutti questi esempi, molti riconosceranno le difficoltà che si presentano all'amministrazione già in sede di predisposizione degli atti di gara, dove l'amministrazione stessa può sentire come un formalistico aggravio l'obbligo di riprodurre nel dettaglio la morfologia del "tipo"; ancor più quando, volgendo l'attenzione al mercato, si ricavi chiaramente l'impressione che il settore merceologico di riferimento sarebbe pronto al dialogo competitivo anche su di un progetto di contratto non corrispondente perfettamente al suo paradigma legale.

Ma rimanendo a quanto si diceva poco fa, se la tipicità del sistema contrattuale pubblico si intende nel suo significato più rigoroso ed ampio, ossia tale da produrre la invalidità del contratto incompleto di tutte le prestazioni stabilite per legge, quel formalistico aggravio sarà, nondimeno, un obbligo giuridico non superabile in sede amministrativa. Nemmeno, si noti, con il consenso del contraente privato e perfino con l'assenza di contestazioni in fase di aggiudicazione; fermo restando che non è comunque sull'acquiescenza dei concorrenti che l'amministrazione deve fare affidamento nel procedere, mediante contratti, alla realizzazione delle opere pubbliche.

3. SU ALCUNI PROFILI PROBLEMATICI DELLA TIPICITÀ DEI SISTEMI DI ESECUZIONE DELLE INFRASTRUTTURE

Il problema è allora la "tipicità" dei sistemi di esecuzione delle infrastrutture, o meglio, il modo in cui la rigidità di quei modelli – a partire dalla norma da cui deriva

³ Alcune delle quali soggette al regime dei cd. settori speciali: il che, lungi dal semplificare il lavoro dell'interprete, lo complica notevolmente, poiché la normativa sui settori speciali, richiamata espressamente dall'art. 9, comma 4 del D.Lgs. n. 190 del 2002 (ai sensi del quale i rapporti con il contraente generale sono regolati in via sussidiaria dal D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 158), non sembra affatto vietare, di per sé, il contratto atipico o innominato. In questo senso, è ancora più stridente l'attrito con l'ordinamento complessivo di un sistema di esecuzione basato sulla inderogabilità del tipo, del nome o dei contenuti negoziali.

(art. 19 della legge quadro sui lavori pubblici) – si potrebbe (o si sarebbe potuta) attenuare, prendendo l'occasione proprio dalla legge obiettivo e del D.Lgs. n. 190 del 2002.

Dall'art. 19, comma 01 della legge n. 109 del 1994 traspare chiaramente la volontà del legislatore di istituire, per i lavori pubblici, un sistema contrattuale non solo “tipico”, ma anche caratterizzato da un divieto legale di contrarre mediante schemi negoziali innominati. Non si tratta di una semplice tipizzazione del negozio giuridico ma di una vera e propria incapacità speciale (o di un difetto di legittimazione⁴) della pubblica amministrazione a concludere contratti diversi dall'appalto o dalle concessioni. Lo esemplificano le recenti vicissitudini del *leasing* immobiliare o dell'acquisto di cosa futura, la cui ammissibilità è stata negata o sottoposta a gravi condizioni proprio in conseguenza della disposizione di legge ora in esame.

Il che rendeva necessaria – non vi è dubbio – una modifica legislativa espressa per autorizzare l'affidamento delle infrastrutture a contraente generale. Il dubbio rimane semmai, in primo luogo, circa la necessità che questa modifica legislativa assumesse proprio le forme della “deroga alle previsioni della legge quadro” e non potesse invece volgere, con l'occasione, nella direzione esattamente contraria, ovvero verso l'abolizione del divieto di concludere contratti innominati, superando la presunzione che la pubblica amministrazione sia incapace di agire secondo norme di diritto privato che non predeterminino interamente il suo comportamento.

In secondo luogo, interrogativi vi sono anche in una prospettiva diciamo più “indulgente” verso la scelta del legislatore: circa il fatto che la modifica legislativa necessaria per autorizzare l'affidamento a contraente generale – anche ammesso che dovesse essere concepita come “deroga” al divieto posto dalla legge quadro – dovesse essere accompagnata dalla disciplina dettagliata delle singole prestazioni oggetto dell'affidamento, anziché lasciare alle amministrazioni la determinazione dei contenuti del contratto, nel rispetto delle regole, queste sì realmente inderogabili, delle procedure ad evidenza pubblica che precedono la stipulazione del contratto (e che non necessariamente sono incompatibili col contratto innominato).

Tutto ciò richiederebbe un supplemento di riflessione anche in merito all'idea che il legislatore, in materia di contratti pubblici, possa sempre appropriarsi, solo perché uno dei contraenti è la pubblica amministrazione, della potestà di tipizzare le fattispecie, attribuendo poi, alla forza imperativa dei tipi nominati, il ruolo di discriminare il contratto valido ed invalido.

Le disposizioni sull'affidamento unitario a contraente generale non sono, da questo punto di vista, modifiche ponderate al sistema contrattuale degli affidamenti. Si tratta di disposizioni che acquistano carattere derogatorio solo laddove – e nella misura in cui – prescrivono alle pubbliche amministrazioni di agire tramite schemi diversi da quelli previsti nella fattispecie normativa derogata. Con il che, a ben vedere, viene

⁴ Qualora così – cioè come difetto di legittimazione (non come incapacità) – si volesse intendere il divieto. Dibattere su questo profilo giuridico non può, ovviamente, essere compito delle presenti note.

accuratamente sottolineata, per il settore delle infrastrutture, l'efficacia preclusiva del ricorso a forme di contrattazione più flessibili e rispondenti alle reali esigenze delle amministrazioni stesse, quali potrebbero configurarsi se si riconoscesse a queste ultime una limitata capacità di autodeterminazione.

Si profila così un terzo ed ultimo problema: restituire alla pubblica amministrazione quella libertà di stipulare contratti *atipici* o *innominati* che è invece garantita, a tutti gli altri soggetti dell'ordinamento (ed alla stessa pubblica amministrazione, in altri settori della propria attività contrattuale) dall'art. 1322 del Codice civile. Il legislatore italiano lo ha vietato, si noti, appositamente per il settore dei lavori pubblici; non si tratta di un carattere immanente al sistema, né di un principio generale dell'ordinamento: nella normativa italiana sugli appalti pubblici di servizi e di forniture, dove non esiste una disposizione analoga all'art. 19, comma 01 della legge n. 109 del 1994, la pubblica amministrazione si stima libera di concludere contratti atipici o innominati valendosi della clausola di cui all'art. 1322 c.c. Altro è, semmai, l'indagine che compete al giudice, sul rispetto dei principi di concorrenza e *par condicio*, a cui il contratto atipico non può mai derogare (nel che si sostanzia un giudizio di liceità della "causa" contrattuale).

Il divieto di concludere contratti atipici o innominati, che ora vediamo per rapporto alle infrastrutture, è l'estensione lineare di una preoccupazione relativamente recente – e per nulla sedimentata – della nostra esperienza giuridica: che l'amministrazione pubblica non debba mai determinare da sé il tipo contrattuale, ma debba trovare nella legge la fonte di attribuzione del potere, nonostante l'area in cui opera sia il diritto privato e non il diritto pubblico.

4. LA "TIPICITÀ" DELL'APPALTO NELLA EVOLUZIONE STORICA DELL'ORDINAMENTO DEI LAVORI PUBBLICI

Si è giunti, come si vede, ad un punto della riflessione che non tocca solamente il tema dei contratti per la realizzazione delle infrastrutture ma si aggancia a quello della tipicità e nominatività dei contratti per la realizzazione dei lavori pubblici generalmente intesi.

La legge-obiettivo ha guardato a questo principio come ad un archetipo, tanto da avvertire la necessità di qualificare come "deroga" il proprio scostamento dalle classificazioni tipologiche della legge quadro per quanto concerne la denominazione dei contratti ammessi.

Tuttavia, è proprio il principio di tipicità contrattuale, nel momento in cui acquista il significato di divieto di concludere contratti innominati – come nel comma 01 dell'art. 19 della legge n. 109 del 1994 – a dover essere radicalmente posto in discussione.

In sé e per sé, il fenomeno della tipicità dei contratti o, meglio, della tipizzazione legale di contratti sorti dalla prassi commerciale, ha sempre caratterizzato l'evoluzione della legislazione italiana sui lavori pubblici. Ma se questo è un dato di fatto,

altrettanto non può dirsi del divieto legale di concludere contratti innominati, ovvero dell'obbligo della pubblica amministrazione di procedere "esclusivamente" mediante contratti nominati.

Nell'impianto della legge 20 marzo 1865 n. 2248 allegato F, che reggerà il sistema dei lavori pubblici per più di un secolo, perfino il contratto che tutti possiamo ricondurre all'origine del sistema – l'appalto di lavori pubblici – non deve la sua affermazione al fatto di essere "tipico". Alla realizzazione dei lavori pubblici si provvede mediante contratti, recita la legge n. 2248 del 1865, che diffusamente parla anche di "appalto" e di "appaltatore". Ma non è questo, almeno in senso giuridico, che conferisce alle amministrazioni pubbliche la capacità di stipulare contratti di appalto, così come non sarebbe corretto sostenere che l'appaltatore di opera pubblica nasca, quale figura giuridica, con la legge di unificazione del Regno.

Sono le esigenze connaturate alle ideologie di fine secolo XIX che spingono l'appalto di lavori pubblici ad archetipo dei sistemi di realizzazione. L'immagine, estrapolata dal codice civile del 1865, di un prestatore di lavoro che contratta "a prezzo fatto", valendosi della propria impresa ed assumendo il rischio dell'esecuzione, è voluta, dalla legge n. 2248 del 1865, perché rispecchia le "nuove" condizioni commerciali del rapporto tra privati e pubblica amministrazione, relegando sullo sfondo il sistema della esecuzione "in economia", che proprio da questo momento incomincia il suo irreversibile declino verso il rango di istituto ammesso solo in via eccezionale.

La funzione tipica dell'appalto – scambio di lavoro contro prezzo – si adatta senza fatica agli elementi giuridici specializzanti dell'ordinamento dei lavori pubblici: non è un caso che la dottrina dominante, già negli anni '30 del secolo scorso, vedesse senza imbarazzo nell'appalto di opere pubbliche un contratto di diritto privato e non un contratto di diritto pubblico. Lo schema della "locazione di opere e d'industria" del codice civile del 1865 (articoli 1627 e ss.) dava già, tal quale, la suggestione di quella soggezione del privato alla persona giuridica pubblica su cui di lì a poco si sarebbe costruita la nuova scienza del diritto amministrativo.

Se nell'allegato F della legge n. 2248 del 1865 la disciplina degli appalti di lavori pubblici "presenta una analiticità sconosciuta alle scarse norme codicistiche in materia di locazione di opere ed appalto" (B. Sordi), è anche perché l'appalto, come nessun altro contratto, reca in sé il germe di un rapporto non paritario: nella prestazione dell'esecutore prevale l'elemento del "lavoro" inteso come produzione della *res nova* (*face-re*) e non il trasferimento della cosa prodotta. Il rapporto con l'amministrazione non è un confronto "ad armi uguali" tra titolari di diritti reali preesistenti al contratto, come è invece nello schema della vendita. Anche l'appaltatore "di opera pubblica" fornisce di regola i materiali, ma la proprietà del suolo su cui si realizza l'opera – e dell'opera stessa, una volta eseguita – resta rigorosamente dell'amministrazione committente, salvaguardando la demanialità della cosa e del suolo su cui essa sorge. L'obbligazione è prevalentemente di "lavoro", teso alla produzione della *res*; ciò favorisce l'innesto di speciali poteri di direzione del committente, che difficilmente potrebbero essere esplicitati se l'esecutore fosse anche il proprietario del suolo, come nella vendita di cosa futura. La proprietà del suolo genera concettualmente, in capo alla pubblica ammi-

nistrazione, quella posizione di supremazia speciale in cui si cela l'interesse pubblico all'esecuzione del contratto. La presenza di un "prezzo" in denaro, inoltre, converge verso il principio del finanziamento pubblico del corrispettivo, che per la legge del 1865 deve valere sul bilancio dello Stato, agevolando la fase della scelta del contraente mediante incanti. La sottomissione dell'appaltatore allo *ius variandi* dell'amministrazione ricorda i poteri del committente previsti nel codice civile del 1865, dove pure la *locatio operis* è impostata sui principi della auto-organizzazione e del rischio economico dell'impresa.

L'appalto, in quanto figura speciale di locazione di opera, ruota già da sé attorno all'endiadi potere-soggezione: la sua tipicità rende quasi "naturale" il connubio con la legge del 1865. Nell'idea di procedere "per appalti" e non più "in economia" alla realizzazione di lavori pubblici, si nasconde un passaggio epocale – dallo Stato "in azione" allo Stato "regolatore" – in cui la tipicità dell'appalto gioca un ruolo ancor più importante del (pur proficuo) ancoraggio al diritto comune dei contratti. Non è tanto per l'essere un contratto di diritto privato, ma l'essere quel "tipo" di contratto, che l'analisi della natura giuridica dell'appalto di opere pubbliche avrà un esito molto precoce e tale da collocarlo ben al di qua della linea di confine con il diritto pubblico.

Certo, la captazione del tipo e la sua traduzione, da parte della legge n. 2248 del 1865, in un contratto che vuole essere "della pubblica amministrazione" – cioè servire alla garanzia di interessi collettivi – non è indolore per il sistema, sia sotto il profilo delle garanzie giurisdizionali che sotto l'aspetto delle partizioni teoriche. La copiosa produzione normativa che si innesta sull'appalto e le riserve di amministrazione che la stessa legge appone sulle controversie con l'appaltatore sono la testimonianza di un disegno improntato all'idea di un "contratto speciale per un soggetto speciale": non a caso stimato dalla dottrina, per certi aspetti, in controtendenza rispetto alla coeva abolizione del sistema del contenzioso amministrativo.

Nemmeno in questo quadro, peraltro, la tipicità dell'appalto è assistita dal divieto per le pubbliche amministrazioni di stipulare contratti atipici. Pur attribuendo all'appalto un *regime juridique exorbitant*, tipico dei *contrats administratifs*, la legge del 1865 non vuole affatto porsi come fonte riservata nella identificazione di fattispecie negoziali. Non è attraverso il divieto di stipulare contratti innominati che il legislatore del 1865 ammantava di specialità il settore dei lavori pubblici. Le garanzie degli interessi pubblici sottesi al sistema si trovano altrove: nelle regole di contabilità sull'affidamento mediante incanti, anzitutto; ma anche nelle norme sull'esecuzione, dove sono i momenti della formazione e della circolazione delle risorse pubbliche (opera e denaro) a supportare un regime di salvaguardia fondato su norme imperative.

Va da sé, anzi, che il sistema contrattuale del 1865, quasi a voler rendere ossequio alle origini di diritto comune dell'appalto di opera pubblica, goda di una sua "flessibilità": sia nell'interpretazione della legge che nella delimitazione del confine tra quest'ultima e l'area degli atti bilaterali atipici non nominati. A parte la giurisprudenza di fine '800, pronta ad attribuire a sé stessa il potere di sindacare i patti del contratto e l'intelligenza da darsi ai medesimi, nonché a configurare l'appalto di lavori pubblici come atto di commercio (sottoposto al codice ed alla giurisdizione commerciale), val-

ga per tutti l'esempio del contratto di concessione di opera pubblica, la cui tipicità si afferma nei traffici commerciali, sotto il vigore della legge del 1865, ben prima che nel diritto positivo. Il *test* a cui la dottrina ha sottoposto la validità di questo "contratto" non è stato certo ricercato nel suo essere tipico o nominato, ma nel dover essere, il relativo rapporto, strutturato in guisa tale da non violare garanzie imprescindibili di concorrenza e *par condicio*.

Lo stesso può valere per i contratti associativi, per l'affidamento di opere di urbanizzazione "sopra soglia", per i contratti di sponsorizzazione, per la finanza di progetto in tutte le sue articolazioni, per gli stessi contratti cd. "misti" di lavori, servizi e forniture. Sono la prassi, gli usi commerciali di un mercato dei lavori pubblici in continua evoluzione, non la legge, ad aver "tipizzato" queste fattispecie negoziali. La legge, a partire proprio dall'appalto, ha semmai "nominato" alcuni contratti, allo scopo di assistere il tipo con la previsione di doveri di comportamento, in modo tale da sottoporre l'azione amministrativa ad un regime giuridico vincolistico (il che, d'altronde, è accaduto per contratti di diritto privato e commerciale che nulla hanno a che vedere con la pubblica amministrazione e con il sistema dei lavori e delle opere pubbliche).

Nella più recente prospettiva di incentivazione della finanza di progetto, la legge ha talvolta "autorizzato" alla conclusione di specifiche operazioni economiche o finanziarie da parte di alcune pubbliche amministrazioni, senza darsi carico di formulare il nome (contratti, quindi, tipici, ma non nominati). Ma anche questi effetti autorizzativi sono, in fondo, il riflesso di una insofferenza per la rigidità delle forme, tanto che, difatti, essi non sono (anche) estintivi del diritto della pubblica amministrazione di effettuare con altri strumenti l'operazione autorizzata.

Lo stesso *general contractor*, se non fosse previsto "in deroga" alle previsioni dell'art. 19 della legge quadro, andrebbe collocato in questa prospettiva.

Tutto ciò conferma, in conclusione, che il processo di "tipizzazione" dei contratti innominati sia un tratto caratterizzante dell'esperienza giuridica italiana in materia di lavori pubblici, non meno che della prassi commerciale e del diritto privato in genere. Ad uno sguardo retrospettivo, quindi, l'obbligo delle amministrazioni di procedere alla realizzazione dei lavori pubblici "esclusivamente" mediante contratti di appalto o di concessione, imposto dal comma 01 dell'art. 19 della legge n. 109 del 1994, evidenzia un elemento di discontinuità con l'evoluzione storica del principio contrattuale nell'ordinamento del settore.

5. SUL FONDAMENTO COMUNITARIO DELLA "ATIPICITÀ" CONTRATTUALE NEL SETTORE DEI LAVORI PUBBLICI

Il divieto di concludere contratti innominati è un fenomeno nazionale, nel senso che non ha alcun rapporto di derivazione con i principi dell'ordinamento comunitario: né in materia di lavori pubblici, né di appalti pubblici in generale. Sebbene chiaramente improntata alla *ratio* di evitare pratiche collusive (in senso economi-

co), cioè trattative private “mascherate” da contratti atipici, l’idea che una pubblica amministrazione non possa aggiudicare un contratto di lavori pubblici solo perché quest’ultimo non è “tipico” secondo la legislazione nazionale, o perché non riproduce integralmente le prestazioni oggetto del suo paradigma legale, si pone, anzi, in tensione con i principi fondamentali del diritto europeo dei contratti.

A livello comunitario, un problema di ammissibilità di “tipi” contrattuali si può porre, ovviamente; ma non in termini analoghi a quelli, astratti, sin qui esaminati, bensì in una prospettiva connessa al principio di effettività della concorrenza: che non fa leva sulla tipicità del negozio come misura della sua validità, ma assume le due polarità della libera determinazione dei contenuti contrattuali e, all’estremo opposto, del rispetto delle norme pubblicistiche sugli affidamenti. Il tutto in una logica che potremmo indicare come indagine sulla meritevolezza dell’operazione economica compiuta dalla pubblica amministrazione attraverso il contratto.

La nozione comunitaria di appalto non descrive il profilo civilistico di un contratto nominato, come quello di cui all’art. 1655 del nostro codice civile, ma assoggetta a regole inderogabili l’aggiudicazione di una serie indeterminata di contratti. Ciò che identifica l’appalto è un intento, a cui si connettono situazioni di dovere – prima tra tutte, l’obbligo della “gara” – che abbraccia qualsiasi contratto a titolo oneroso concluso dalle pubbliche amministrazioni per la realizzazione di lavori pubblici, secondo la definizione di cui all’art. 1 lettera a) della Direttiva CEE n. 93/37.

È appalto, per il diritto comunitario, qualsiasi atto di disposizione della proprietà pubblica immobiliare mediante erogazione di pubbliche risorse, ovvero, rovesciando l’assunto, qualsiasi erogazione di pubbliche risorse – non necessariamente costituite da denaro – che si prefigga l’acquisizione o la trasformazione di beni immobili pubblici.

La rilevanza pubblicistica del risultato, a scapito della forma del mezzo impiegato per raggiungerlo, dà volto, scopertamente, all’obiettivo di allargare l’area dei rapporti giustiziabili mediante le norme inderogabili poste a tutela della concorrenza e del mercato, eliminando le zone franche rappresentate da contratti che abbiano lo stesso risultato dell’appalto, senza essere, tecnicamente, un appalto o che addirittura ambiscano a sottrarsi alle regole della gara proprio perché atipici.

Per il che, beninteso, non vi è alcun bisogno di forzare la mano sul diritto privato e affermare che, sotto il profilo civilistico, il contratto diverso dall’appalto si trasformi in un contratto di appalto. Assumere che un acquisto di cosa futura, un *leasing* immobiliare o un acquisto “gratuito” di opere di urbanizzazione (con scomputo sopra soglia) è un appalto, significa soltanto riconoscere che sotto il profilo pubblicistico la scelta del contraente deve (o avrebbe dovuto) avvenire secondo le norme della Direttiva 93/37/CEE. Ciò, com’è evidente, non significa per nulla vietare il contratto atipico o innominato, ma, al contrario, ammetterlo, in linea generale, salvo poi giudicare in concreto sulla sua conformità ai principi comunitari sopra menzionati.

L’inciso di cui all’art. 1, comma 1 lettera a) della Direttiva 93/37/CEE, a norma del quale si considera appalto anche la “esecuzione con qualsiasi mezzo di un’opera rispondente alle esigenze specificate dall’amministrazione aggiudicatrice”, potrebbe benissimo – lungi dal suggerire agli Stati membri di prevedere con legge un nuovo “ti-

po” di contratto – intendersi come regola che si rivolge immediatamente proprio alla fattispecie del *contratto di lavori pubblici atipico o innominato*, allo scopo di attribuirgli il regime giuridico uniforme previsto dalla Direttiva stessa.

Esecuzione “con qualsiasi mezzo” sarebbe, in altri termini, una formula *self-executing*, con la quale si estrinsecerebbe una nozione “che non poggia sulle caratteristiche proprie un tipo contrattuale, [...] ma si riferisce a qualsiasi tipo di negozio che contenga nel suo oggetto l’esecuzione di un’opera rispondente alle esigenze specificate dall’amministrazione aggiudicatrice. [...] Tale interpretazione, peraltro, sarebbe suffragata dalla disposizione contenuta nella direttiva 50/92/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi [...] ed esclude, dal proprio ambito di applicazione, i contratti aventi ad oggetto l’acquisizione o la locazione di edifici esistenti, esclusione che secondo una lettura sistematica, si spiegherebbe con il fatto che l’acquisto di edifici non ancora esistenti non è lasciata alla libera determinazione dei singoli Stati, ma disciplinata dall’altra direttiva comunitaria sui lavori”.

Tuttavia – come ha lucidamente sottolineato l’Adunanza generale del Consiglio di Stato nel parere sulla ammissibilità dell’acquisto di cosa futura (17 febbraio 2000, n. 2), da cui si è tratto il passo che precede – “l’ulteriore analisi lungo tale strada, al momento, appare preclusa dalla normativa nazionale, la quale, dettando una disciplina di maggior rigore rispetto a quella comunitaria, restringe il campo dei tipi contrattuali utilizzabili all’appalto ed alla concessione”.

L’art. 19, comma 01 della legge n. 109 del 1994, nel prevedere che alla realizzazione dei lavori pubblici si possa provvedere “esclusivamente” mediante appalto o concessione, pone a base del sistema una regola priva di cittadinanza nel diritto comunitario, che costringe l’interprete, ai fini del giudizio sulla validità del contratto di lavori pubblici (e sulla legittimità delle relative procedure di aggiudicazione) ad un sillogismo piuttosto angusto: controllare se il negozio effettivamente concluso rientri nell’elenco dei tipi astrattamente previsti.

6. L’ANOMALIA DELL’ARTICOLO 19 DELLA LEGGE N. 109 DEL 1994 NELL’ORDINAMENTO INTERNO

La norma in esame, per la verità, diverge anche dalla legislazione italiana, a cui il concetto di appalto – nel significato ampio e “comunitario”, a cui si è ora accennato – non sembra estraneo, proprio a partire dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109.

Quest’ultima, all’art. 2, comma 1, definisce il proprio ambito di applicazione cd. “oggettivo”, non con riferimento a tipi di contratto, ma a tipi di attività produttive di un’opera o di una sua modificazione materiale, che la legge medesima qualifica come “lavori pubblici”, senza riferirsi al tipo di contratto concluso per il loro affidamento. Dispone l’art. 2, comma 1 che “si intendono per lavori pubblici, se affidati dai soggetti di cui al comma 2 del presente articolo, le attività di costruzione, demolizione, recu-

pero, ristrutturazione, restauro e manutenzione di opere e impianti, anche di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica”.

Se la n. 109 del 1994 è una legge sui *lavori pubblici* e non sugli *appalti*, è appunto perché attraverso il suo ambito di applicazione si è voluta assicurare la prevalenza dell'elemento materiale su quello giuridico e formale. Anche questa indifferenza verso il “tipo”, a paragone del risultato, mostra l'intenzione del legislatore di garantire una disciplina uniforme dei contratti, ispirata ai principi del diritto comunitario e della libera concorrenza tra operatori (art. 1).

Se non si va errati, è proprio muovendo da questa stessa “indifferenza” della forma rispetto alla sostanza, che, sebbene con riferimento all'ambito cd. “soggettivo” di applicazione della legge quadro, la dottrina, la giurisprudenza e la legislazione si sono impegnate nella definizione della figura dell'organismo di diritto pubblico. Non vi è bisogno di ricordare come ciò sia accaduto proprio per “catturare” dalla prassi, assoggettandoli alla normativa comunitaria, i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che prima ne erano sottratti solo perché appannaggio di soggetti non appartenenti alla pubblica amministrazione in senso stretto (il che, andando perfino oltre, ha finito per modificare la nozione stessa di pubblica amministrazione).

Con riferimento all'ambito cd. “oggettivo”, un simile percorso, pur astrattamente percorribile – in linea con le definizioni della Direttiva 93/37/CEE – è stato bruscamente interrotto nel 1998, proprio dall'aggiunta del comma 01 all'art. 19, che, restringendo a due i tipi contrattuali ammessi, espunge dall'applicazione legge quadro i negozi non rispondenti, sotto il profilo civilistico, ai paradigmi dell'appalto e della concessione di lavori pubblici.

Sarebbe come, per intenderci, se oggi il legislatore stabilisse che i lavori pubblici possono essere affidati “esclusivamente” dalle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, dagli enti pubblici compresi quelli economici, dagli enti e dalle amministrazioni locali e dalle loro associazioni o consorzi. La riaffermazione, per legge, della tipicità degli enti pubblici: non sarebbe questo un passo a ritroso rispetto ai principi del diritto comunitario?

In ogni caso, non è soltanto la preferenza accordata al concetto di “lavori pubblici”, nell'ambito di applicazione della legge quadro a rendere deviante la disposizione appena citata, rispetto all'ordinamento nazionale. Lo stesso art. 2, comma 1, nella sua parte finale, coordinandosi con le identiche disposizioni degli altri decreti legislativi in materia di servizi e forniture, contempla (così riconoscendone l'ammissibilità) i contratti “misti di lavori, forniture e servizi”; i quali restano, in fondo, anch'essi atipici e innominati, poiché la legge vi si accosta solo per dirimere un potenziale conflitto interpretativo sull'individuazione della disciplina applicabile.

Infine, paradossalmente, non meno divergenti dal comma 01 sono le disposizioni contenute nel medesimo art. 19: laddove la legge quadro, nei periodi (ora diventati) successivi, prima della modifica del 1998 si era limitata a dettare disposizioni attuative della Direttiva n. 93/37/CEE sulle prestazioni oggetto dell'appalto e della concessione di lavori pubblici. Si noterà che questi tipi legali descrivono non tanto il contratto, ma l'operazione economica sottostante, dove si combinano la progettazione (nelle sue

varie fasi), l'esecuzione e la gestione con il pagamento del corrispettivo (anch'esso, ora, disciplinato secondo diversi modelli giuridici).

L'appalto e la concessione di lavori pubblici sono contratti "nominati", ma, forse, non esattamente "tipici": il loro *nomen iuris* può rendere applicabile la legge quadro ad un corpo indistinto di atti giuridici, in cui si possono identificare diversi "tipi" di contratto di diritto privato, atti amministrativi o di accordi ad oggetto pubblico (si pensi alle convenzioni di lottizzazione, in rapporto al regime delle opere di urbanizzazione "sopra soglia"). Cosicché, in ultima analisi, sono le stesse figure giuridiche delimitanti il divieto di cui al comma 01 a rivelarsi difficilmente applicabili ad "esclusione" di altre: il comma 01 dell'art. 19 non rende soltanto inoperanti i principi comunitari recepiti dall'art. 2, comma 1 sull'ambito di applicazione della legge quadro, ma rende anche assai arbitraria la propria interpretazione, all'atto di operare il distinguo tra le figure giuridiche tipiche (ammesse) e quelle atipiche (vietate).

7. L'ANTINOMIA TRA DIVIETO DI PROCEDERE CON CONTRATTI INNOMINATI E PRINCIPIO DI CONCORRENZA EFFETTIVA

È forse il caso, ora, di tirare le fila di questo discorso. La legge obiettivo ha avvertito la necessità di specificare che i contratti per la realizzazione delle infrastrutture sono ammessi "in deroga" all'art. 19 della legge quadro sui lavori pubblici. La concessione ed il *general contractor* sono quindi contratti tipici e nominati, ma inderogabili, proprio come lo sono i contratti di lavori pubblici (appalto e concessione) ammessi dalla norma appena citata.

Il divieto di concludere contratti innominati si è visto, però, non avere radici nell'evoluzione storica del sistema italiano dei lavori pubblici; non avere cittadinanza nel diritto comunitario; essere contraddittorio con l'impostazione della stessa legge quadro.

Leggendo queste note, vi sarà chi ha pensato che il fatto che quella regola non abbia riscontro nell'ordinamento comunitario non significa che essa sia (anche) incompatibile con il diritto comunitario. Alcuni avranno ricordato che il legislatore nazionale possa legittimamente restringere il campo di applicazione delle direttive e, quindi, anche precisare una nozione ampia come quella di appalto di lavori pubblici. Altri avranno percepito un certo disagio nel seguire un discorso che in qualche modo rivaluta il contratto atipico, in un settore come quello dei lavori pubblici, dove fino alla metà degli anni Novanta l'epifenomeno culturale è stato la lotta anticorruzione ed il recupero della legalità, di cui la tipicità è il primo corollario. L'art. 19 della legge quadro, si dirà, prevede sistemi di esecuzione di cui, almeno, non è discutibile la concorrenzialità e la compatibilità al diritto comunitario. Infine, si potrebbe aggiungere, verso la pubblica amministrazione il legislatore non conosce limiti nel vincolare comportamenti e attività, per cui non stupisce che la legge quadro abbia concepito la tipicità dei contratti in modo analogo a come normalmente si intende la tipicità del provvedimento amministrativo.

Però, vi sarà chi ha condiviso che non sempre le leggi nazionali devono essere più dettagliate delle direttive, solo perché queste ultime vanno attuate; che il principio della “esecuzione con qualsiasi mezzo” sia una clausola *self-executing* sulla ammissibilità del contratto atipico, equivalente a quella di “organismo di diritto pubblico” e che, pertanto, la nozione di appalto debba restare “ampia” anche nell’ordinamento interno. Quanto al senso di “tranquillità” che può infondere il divieto per la pubblica amministrazione di stipulare contratti innominati, va osservato che esso è, a ben vedere, piuttosto mal riposto. I tipi astrattamente previsti possono garantire, ma non necessariamente garantiscono, una concorrenza “effettiva” del settore: la presunzione che la loro conclusione sia sempre, in concreto, conforme al diritto comunitario, è alquanto azzardata.

Anche a sorvolare sulla complessità tecnologica di talune opere o lavori pubblici, per cui l’appalto o la concessione possono rivelarsi inadeguati a soddisfare il rapporto con il mercato, basti pensare, tornando rapidamente al *general contractor*, alla prestazione del “prefinanziamento”, che dipende solo dalla capacità di indebitamento dell’impresa (e della pubblica amministrazione) e che può essere, nei casi di infrastrutture largamente “prefinanziabili”, fortemente anticoncorrenziale od eccessivamente oneroso, anche per il committente pubblico. Più in generale, se si considera che ogni gara crea, a suo modo, un mercato rilevante, può non meravigliare che, per le pubbliche amministrazioni, il dover traslare nel negozio tutti i contenuti previsti dalla legge possa generare distorsioni della concorrenza, più o meno gravi, in quel medesimo “mercato”.

Arriviamo così al punto fondamentale: deve o non deve sussistere, in capo alle amministrazioni aggiudicatrici, un margine di apprezzamento delle esigenze del caso concreto, nel momento della determinazione del tipo di contratto da porre a base di gara?

Dietro l’illusione che il mercato e le sue regole possano essere “cristallizzate”, solo quando e perché uno dei contraenti è la pubblica amministrazione (e che il legislatore possa sempre demarcare *a priori* la sfera della capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni), sta *l’idea di una concorrenza effettiva nel settore dei lavori pubblici, che possa essere raggiunta tanto con un contratto pubblico tipico quanto con un contratto atipico o innominato*.

Che il legislatore nazionale possa limitare *a priori* la libertà dell’amministrazione di predisporre progetti di contratto con caratteristiche peculiari, prescrivendo che essa agisca “esclusivamente” mediante alcuni “tipi” negoziali, è assai discutibile. Se alla mancanza di un divieto di concludere contratti atipici nel diritto comunitario non si guarda più come ad uno spazio vuoto, ma come ad una libertà dell’amministrazione di decidere, in concreto, quale sia il tipo più idoneo a garantire la libera concorrenza e la selezione della migliore offerta, l’art. 19, comma 01 della legge n. 109 del 1994 si vedrà navigare in acque per nulla tranquille.

Esattamente questa, del resto, è la massima ispiratrice della sentenza della Corte di Giustizia 7 ottobre 2004, C-247/02, con cui si è stimato che l’art. 30 della Direttiva 93/37/CEE (criteri di aggiudicazione) “osti ad una normativa nazionale che imponga,

in termini generali ed astratti, alle amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere unicamente al criterio del prezzo più basso” (così dispone l’art. 21 della legge quadro), per l’affidamento degli appalti pubblici di lavori, anziché lasciarle libere di utilizzare, ove del caso, il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

In motivazione, la Corte ha affermato che “la direttiva, come emerge dal suo secondo considerando, mira a promuovere lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici” (richiamando la propria giurisprudenza) e “ad organizzare l’attribuzione degli appalti in modo tale che l’amministrazione aggiudicatrice sia in grado di comparare diverse offerte e scegliere la più vantaggiosa in base a criteri obiettivi”. Vero è che, in questo caso, la direttiva poneva espressamente (con l’art. 30) una libertà di scelta in capo all’amministrazione; per cui il lavoro della Corte è stato certo più sbrigativo del percorso interpretativo qui proposto. Nondimeno, se si trascura quest’ultimo argomento, non si può fare a meno di notare una impressionante rassomiglianza tra l’obbligo stimato dalla Corte non conforme alla Direttiva – quello di procedere soltanto con il criterio del prezzo più basso – e l’obbligo di procedere alla realizzazione dei lavori pubblici “esclusivamente” mediante contratti di appalto o di concessione.

8. L’ESISTENZA DI STRUMENTI GIURISDIZIONALI DI TUTELA CONTRO IL CONTRATTO ATIPICO O INNOMINATO

Se la “concorrenza effettiva” è un principio generale dell’ordinamento comunitario; se tale principio è vulnerato dalla imposizione “generale ed astratta” di utilizzare solo parte degli strumenti giuridici ammessi dalla Direttiva, allora è chiaro che il distinguo tra contratto valido ed invalido non si può più collocare sul confine tra il tipico e l’atipico: decisiva è la verifica di compatibilità tra l’intento negoziale perseguito dall’amministrazione (quale che esso sia, in concreto) e le regole che impongono l’affidamento concorrenziale dei contratti pubblici di lavori.

Si arriva così ad un ulteriore elemento di riflessione. Solo immaginando che tale verifica sia preclusa al giudice – cioè che sussista una riserva di amministrazione (quindi un merito amministrativo) sulla scelta del tipo di negozio da affidare – si può accogliere favorevolmente una norma come l’art. 19 della legge n. 109 del 1994. In effetti, il legislatore, prevedendo che i lavori pubblici possano essere realizzati “esclusivamente” con contratti di appalto o concessione, deve aver immaginato che il suo intervento fosse necessario per rendere l’autonomia contrattuale della pubblica amministrazione sindacabile negli stessi limiti dei poteri discrezionali: cioè che la legalità dell’agire per contratti della pubblica amministrazione sia tanto più garantita, quanto più la legge interponga sé stessa tra l’amministrazione ed il giudice.

Ma pure questa prospettiva culturale è, in ultima analisi, frutto di un equivoco. Ricordando sempre che non è in discussione l’intervento del legislatore *tout court* in materia di contratti pubblici, ma solo l’intervento volto alla predeterminazione dei tipi

di contratto ammessi, con contestuale divieto di stipulazione di quelli non preveduti (ergo non ammessi, solo perché tali), si può affermare che oggi il giudice, anche quello nazionale, non abbia alcun bisogno della legge per verificare se attraverso il contratto atipico o innominato la pubblica amministrazione persegua pratiche collusive, trattative private “anomale” o altre operazioni anticoncorrenziali.

La legge è necessaria quando il giudice, senza di essa, non può assicurare l'interesse che si vorrebbe tutelato dall'ordinamento. Di fronte al contratto pubblico avente effetti distorsivi della *par condicio*, questa poteva essere – e fu, probabilmente – la situazione nel sistema a giudice unico derivante dall'abolizione del contenzioso amministrativo, dove un contratto “atipico” concluso per eludere la regola degli incanti avrebbe beneficiato, sebbene invalido, del divieto per il giudice ordinario di annullare, revocare o modificare gli atti amministrativi (art. 4 legge n. 2248 del 1865, allegato E), tra i quali ultimi non si sarebbe esitato ad includere il “contratto”.

Analogo problema si è posto in tempi più recenti, di fronte alla prassi delle pubbliche amministrazioni di adottare atti “atipici” (nel senso di non previsti dalla legge), spesso qualificati come provvedimenti amministrativi ad efficacia traslativa o costitutiva (concessioni di opere pubbliche o di committenza) per affidare l'esecuzione di opere pubbliche senza previa gara, sul presupposto che questa fosse indispensabile solo per i contratti di appalto. Il tutto in parallelo ad un orientamento giurisprudenziale che negava, in linea di principio, l'interesse al ricorso contro la deliberazione a contrarre a trattativa privata, spesso dovuta anche e proprio alla “atipicità” dell'atto bilaterale che la pubblica amministrazione si apprestava a concludere.

Si noterà che quei tempi, oggi, ci appaiono lontani. L'irrompere dei principi comunitari legati alla *par condicio* tra imprese, almeno dalla Direttiva n. 93/37/CEE, ha non solo reso uniforme la disciplina dei contratti pubblici, allargandone la nozione (nei termini che si sono già illustrati), ma ha negato rilevanza alla distinzione tra contratto e provvedimento, quindi alla possibilità che le amministrazioni trovino nel regime di diritto pubblico un facile *escamotage* per sottrarre l'atto all'effetto imperativo delle regole sulla concorrenza. Per altro verso, la giurisprudenza riconosce già da diverso tempo l'interesse al ricorso contro la deliberazione a contrarre, nonché contro qualsivoglia atto ad essa consequenziale (compresi gli atti della gara ufficiosa, se effettuata), in capo all'impresa che lamenti la lesione del proprio diritto di iniziativa economica quale effetto della trattativa privata, ancorché non partecipante alla negoziazione posta in essere dall'amministrazione; alla sola condizione che l'affidamento abbia riguardato un settore merceologico di comprovata attinenza a quello in cui opera l'impresa ricorrente.

L'ordinamento non è privo degli strumenti che rendono azionabile il diritto delle imprese contro il negozio di affidamento di lavori pubblici diverso dall'appalto o dalla concessione, che si stimi lesivo delle procedure concorsuali imposte dalla legge quadro e dalla Direttiva 93/37/CEE. L'obbligo imposto dall'art. 19, comma 01, di procedere “esclusivamente” mediante contratti di appalto o di concessione, ci appare, rispetto all'interesse pubblico che essa vorrebbe salvaguardare, logicamente priva di utilità. La sua rilevanza esiste solo laddove si faccia questione di un contratto non lesivo dei

principi comunitari (e quindi lecito rispetto alla Direttiva), ma ciononostante illegale, si direbbe, solo perché “atipico” o “innominato”.

9. LA VICENDA DELL'ACQUISTO DI COSA FUTURA, NEL PARERE DEL CONSIGLIO DI STATO 17 FEBBRAIO 2000, N. 2

Sorprenderà, forse, che l'acquisto di cosa futura, nel parere dell'Adunanza generale sopra citato, venga alla fine stimato ammissibile, sia pure a condizioni “eccezionaliissime” e con l'obbligo di seguire uno schema procedurale paradigmatico. Se l'art. 19, comma 01 della legge n. 109 del 1994 fosse stato interpretato in senso letterale, la possibilità per l'amministrazione di ricorrere a quel contratto avrebbe dovuto essere drasticamente esclusa.

Il Consiglio di Stato ha quindi compiuto un processo interpretativo più articolato e tale da relativizzare l'ambito di applicazione della norma in esame, di cui, pure, non ha esitato ad affermare l'impossibilità di una interpretazione diversa da quella letterale.

L'art. 19, comma 01 – si afferma nel parere – restringe i tipi utilizzabili all'appalto ed alla concessione, chiudendo la strada al criterio di interpretazione “comunitario”, tale per cui ogni contratto, se rispondente alla nozione data dalla Direttiva, può esservi sottoposto quale “appalto”, ai fini del giudizio sulla legalità delle procedure con cui è stato affidato.

Eppure, la decisione del Consiglio di Stato, che come detto propende per un ammissibilità “condizionata” dell'acquisto di cosa futura, esemplifica, paradossalmente, proprio quel criterio. Il contratto di cui all'art. 1472 del codice civile viene stimato utilizzabile a patto che non degeneri in abuso del diritto: da qui una serie di limiti al potere di contrattare, tradotti in doveri *istruttori, procedurali e negoziali* (cioè localizzati nella fase del “rapporto”).

L'ammissibilità della compravendita di cosa futura è definita “specialissima e marginalissima”, ma non è negata in linea di principio. Con la precisazione che, anche quando è eccezionalmente ammessa, non è perché sia assimilabile all'appalto di cui agli articoli 1655 ss. del codice civile, il cui schema negoziale resta sempre differente da quello della vendita.

Ma se si ripercorre più e più volte l'*iter* argomentativo dell'Adunanza generale, non si troverà traccia del motivo per cui tale contratto non è stato perentoriamente escluso, come vorrebbe un'applicazione fedele al testo dell'art. 19, comma 01 della legge quadro.

Se questa decisione non è un paradosso, allora, è proprio perché forse l'art. 19 della legge n. 109 del 1994 può già, *de iure condito*, essere oggetto di una interpretazione conforme alla Direttiva, quanto meno nel senso di eliminare il significato che preclude, in via “generale ed astratta”, l'ammissibilità del contratto di lavori pubblici atipico o innominato.

In sostanza, il Consiglio di Stato non avrebbe fatto altro che accreditare l'articolo 19 di una possibile interpretazione letterale, salvo poi far intendere che esso si interpreti e si applichi, nonostante ciò, compatibilmente ai principi della Direttiva n. 93/37/CEE: in specie, nel senso che il contratto di lavori pubblici atipico o innominato è vietato solamente in linea di principio, mentre è ammesso quando siano rispettate, nonostante il difetto di tipicità, le regole pubblicistiche sulla scelta del contraente e sulle modalità dell'affidamento. Per il contratto atipico non vi sarebbe presunzione di invalidità, ma varrebbe lo stesso meccanismo di raffronto con i principi comunitari che possono subire anche le norme interne sui contratti tipici.

Almeno nel caso dell'acquisto di cosa futura, l'art. 19, comma 01 della legge n. 109 del 1994 sembra essere stato applicato in modo "temperato", come se vietasse non già i contratti diversi dall'appalto e dalla concessione di lavori pubblici, ma i possibili *abusi* di tali contratti. Le preoccupazioni per questo secondo fenomeno, tuttavia, "non possono risolversi [...] nell'eliminazione di una forma giuridica (quella della compravendita di cosa futura), che mantiene intatte le sue caratteristiche nella sua perdurante vigenza giuridica".

Occorre, naturalmente, guardarsi dal far dire a questa pronuncia più di quanto essa effettivamente non dica. Ma da queste affermazioni al riconoscimento che il dovere di procedere "esclusivamente" mediante contratti di appalto o di concessione non opera, nei lavori pubblici, quando il contratto, sebbene atipico o innominato, non metta, in concreto, a repentaglio il principio della concorrenza effettiva tra operatori, il passo non pare così azzardato.

10. CONCLUSIONI

È difficile pensare che legge obiettivo fosse l'occasione per ripensare il tema della tipicità contrattuale nel settore dei lavori pubblici. Certo, se ciò fosse accaduto il legislatore si sarebbe accorto, per prima cosa, che non necessariamente la "esecuzione con qualsiasi mezzo" di cui parla la Direttiva 93/37/CEE sottende un "nuovo" contratto tipico e nominato, ben potendo questa frase simboleggiare, all'opposto, il principio secondo cui vanno assoggettati alla disciplina comunitaria (ed alle norme interne di attuazione) anche i contratti atipici e innominati, qualora questi abbiano per oggetto la realizzazione di lavori pubblici dietro corrispettivo.

In ogni caso, la modifica legislativa finalizzata alla introduzione del *general contractor* poteva anche non assumere la forma della "deroga alle previsioni dell'art. 19 della legge quadro". Si è recepito, con ciò, uno degli aspetti più discutibili della legge del 1994, ossia il divieto, posto in via "generale ed astratta", di concludere contratti atipici o innominati quand'anche essi si rivelino rispettosi delle regole pubblicistiche, nazionali e comunitarie, sulla scelta del contraente.

Senza l'inciso sopra citato ("in deroga alle previsioni dell'art. 19 della legge quadro"), la norma avrebbe avuto un contenuto più coerente ai principi della Direttiva

n. 93/37/CEE. Ma anche nell'ottica della "deroga" – anzi proprio per questa – disciplinare le prestazioni del *general contractor* può invertire il percorso e far gravare sulle pubbliche amministrazioni il peso della "inderogabilità" degli schemi negoziali, nuovamente tipizzati.

Se ora si ripensa alle ipotesi abbozzate nel corso della presente esposizione, di contratti per realizzazione delle infrastrutture privi dei loro contenuti tipici o comprensivi di contenuti estranei a quelli tipici, si può convenire che, anche nei loro confronti, il divieto di concludere contratti innominati disegni zone d'ombra rispetto ai principi della Direttiva 93/37/CEE. Peraltro, anche i contratti "atipici" per la realizzazione delle infrastrutture potrebbero stimarsi già ammessi, *de iure condito*, contro la norma interna, per effetto della diretta applicazione del diritto comunitario da parte delle pubbliche amministrazioni; sulla scorta di un ragionamento non dissimile da quello sviluppato dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato a proposito dell'acquisto di cosa futura (art. 1472 c.c.) nell'ordinamento generale dei lavori pubblici.

Male non sarebbe, comunque, se intanto fosse il legislatore ad allentare la morsa della tipicità contrattuale, abrogazione di quel comma 01 dell'art. 19 della legge quadro (e tutte le auto-qualificazioni di "deroga" a tale disposizione), che – come si è detto – vige "solo" nel settore dei lavori. In periodo di armonizzazione delle varie discipline, i tempi sono maturi per l'abolizione dell'obbligo di procedere "esclusivamente" mediante certi tipi di contratto e per la restituzione alla pubblica amministrazione di una propria libertà di stipulare contratti *atipici* o *innominati*. Una volta preso sul serio il dovere di rispettare le regole inderogabili sulla scelta del contraente, questa libertà contrattuale sottopone l'amministrazione ad una responsabilità ben più effettiva di quella derivante dal formalistico raffronto tra l'atto e il suo tipo legale, frutto di una persistente confusione tra tipicità del provvedimento amministrativo e tipicità del contratto.