

# LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO D'APPALTO PER GRAVE NEGLIGENZA O GRAVE RITARDO AI SENSI DELL'ART. 136 DEL D. LGS 163/06

dell'Ing. Andrea Di Stazio

*Guida per le amministrazioni alla risoluzione del contratto per inadempienza dell'appaltatore*

Help for government to cancel the contract for default of the contractor

*Sommario: 1. Premessa; 2. Fase pubblicistica del procedimento e fase privatistica inerente la gestione del contratto; 3. Strumenti per la gestione del contratto da parte della PA.*

## **1. Premessa.**

L'attuale fase di crisi economica induce gli operatori economici ad eseguire ribassi sempre più elevati nelle gare per l'aggiudicazione di contratti di appalti per l'esecuzione di lavori pubblici. I partecipanti alle gare d'appalto aspirano - per una innumerevole serie di ragioni - ad ottenere il contratto di appalto e per fare ciò offrono ribassi sul prezzo a base d'asta spesso irragionevoli. La conseguenza di ciò è che spesso il prezzo contrattuale non copre che in minima parte i costi che l'impresa deve sostenere per eseguire i lavori. A questo punto la strategia che l'impresa mette in campo per tirare fuori l'utile dal contratto d'appalto è il contenzioso: ricerca della perizia di variante e suppletiva, richiesta di nuovi prezzi, iscrizione di riserve nei registri di contabilità, il tutto spesso condito da una "nutrita e fitta corrispondenza" con la stazione appaltante.

## **2. Fase pubblicistica del procedimento e fase privatistica inerente la gestione del contratto.**

A questo punto occorre fare un passo indietro. E' pacifica giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione<sup>1</sup> l'individuazione, nell'ambito degli appalti pubblici, di due fasi: la prima fase è la cosiddetta fase pubblicistica nella quale si forma la volontà dell'amministrazione, che si snoda attraverso una serie di procedimenti vincolati e che termina con il

provvedimento di aggiudicazione con il quale viene scelto il contraente. La seconda fase ha inizio con l'incontro della volontà tra amministrazione e soggetto appaltatore; in tale fase l'incontro delle volontà, che avviene con la stipulazione del contratto, avviene sul piano della piena parità ed è pertanto completamente retto dal diritto civile. Il provvedimento di aggiudicazione pertanto costituisce il confine estremo della fase pubblicistica, nella quale il soggetto pubblico agisce nell'esercizio di poteri autoritativi, mentre successivamente subentra una seconda fase retta interamente dal diritto privato il cui primo atto è rappresentato dall'incontro delle volontà delle parti (pubblica amministrazione e privato aggiudicatario) volto alla stipulazione del contratto<sup>2</sup>.

Ovviamente se amministrazione ed appaltatore sono formalmente su un piano di piena parità, la stazione appaltante conserva tuttavia nel corso della conduzione dell'appalto ancora alcuni poteri "coercitivi" nei confronti dell'appaltatore finalizzati alla rapida esecuzione delle opere pubbliche d'interesse per l'intera collettività; potremmo dire che la stazione appaltante è ancora un gradino più su rispetto all'appaltatore e che il "gradino" è finalizzato alla pronta realizzazione delle opere necessarie alla collettività.

La normativa europea in materia di con-

<sup>1</sup> Da ultimo Cassazione, SS.UU., n. 27169 del 28.12.2007

<sup>2</sup> Fatte salve le questioni della sorte della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, definite dalla Direttiva 2007/66/Ce che ha trovato recepimento nel nostro ordinamento con il d. lgs. 20.3.2010 n. 53

tratti pubblici<sup>3</sup> è tutta incentrata sulle procedure di scelta del contraente e sulle procedure di ricorso; quello che succede conclusa la gara e stipulato il contratto non interessa al legislatore europeo ma è qui che cominciano spesso i guai per le stazioni appaltanti.

Il legislatore nazionale, al contrario, ha una lunga tradizione per quanto riguarda l'individuazione di strumenti idonei per la "gestione" del contratto. La prima legge in materia è stata la l. 20.3.1865, n. 2248<sup>4</sup>; tale legge dotava l'amministrazione di numerosi poteri "coercitivi"; ad esempio all'art. 340 stabiliva che l'amministrazione potesse "rescindere" il contratto "quando l'appaltatore si renda colpevole di frode o di grave negligenza, e contravvenga agli obblighi e alle condizioni stipulate". Il successivo art. 341 prevedeva che "nel caso in cui per negligenza dell'appaltatore il progresso del lavoro non fosse tale, a giudizio dell'ingegnere direttore, da assicurare il compimento nel tempo prefisso dal contratto, l'amministrazione, dopo una formale ingiunzione data senza effetto, sarà in diritto di far eseguire tutte le opere, o parte soltanto delle medesime, d'ufficio, in economia, o per cottimi, a maggiori spese dell'impresa". L'art. 342 infine stabiliva che "non può l'appaltatore sotto verun pretesto introdurre variazioni o addizioni di sorta al lavoro assunto senza averne ricevuto l'ordine per iscritto dall'ingegnere direttore, nel qual ordine sia citata la intervenuta superiore approvazione. Mancando una tale approvazione gli appaltatori non possono pretendere alcun aumento di prezzo od indennità per le variazioni od addizioni avvenute, e sono tenuti ad eseguire senza compenso quelle riforme che in conseguenza l'amministrazione credesse opportuno

<sup>3</sup> Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, modificata ed integrata dalla Direttiva 2007/66/Ce

<sup>4</sup> L'anno 1865 è estremamente delicato per il neonato Regno d'Italia. E' in pieno svolgimento il trasferimento della capitale del regno da Torino a Firenze, in un pesante clima di sommosse di piazza; al sud infuria il brigantaggio mentre la completa unità d'Italia non è stata ancora realizzata in quanto lo Stato Pontificio, che comprende il Lazio, è tuttora indipendente e protetto dall'imperatore di Francia mentre il Veneto è ancora occupato dagli austriaci. L'economia del paese non può certo dirsi florida, oppressa com'è dalle tasse necessarie per sostenere le spese militari.

di ordinare, oltre il risarcimento dei danni recati". Il legislatore dello stato unitario si era già dotato in embrione di alcuni potenti strumenti "coercitivi" nei confronti delle imprese:

- risoluzione del contratto quando l'appaltatore si rendesse colpevole di frode o negligenza;
- esecuzione d'ufficio quando l'appaltatore ritardasse nell'esecuzione delle opere;
- esecuzione di varianti ai lavori solo se dette variante sono state preventivamente approvate dalla stazione appaltante.

L'amministrazione era quindi dotata degli idonei strumenti per fronteggiare le classiche strategie di contrapposizione messe in campo dall'appaltatore:

Strategia appaltatore	Disposto di legge	Misura coercitiva
Negligenza nell'esecuzione dei lavori, eseguiti difformemente dal contratto	Art. 340 l. 2248/65	"Rescissione" del contratto
Ritardo nell'esecuzione dei lavori	Art. 341 l. 2248/65	Esecuzione d'ufficio a spese dell'appaltatore
Richiesta di variante nell'esecuzione dei lavori	Art. 342 l. 2248/65	Le varianti devono essere preventivamente approvate dalla stazione appaltante

La legislazione nel campo degli appalti pubblici - ovviamente - dal 1865 ad oggi si è enormemente evoluta, soprattutto per effetto del recepimento delle direttive europee. Inoltre si è inserita, tra la figura del Direttore dei Lavori e quella della stazione appaltante, quella del Responsabile Unico del Procedimento che funge da "perno" sia nella fase della procedura della scelta del contraente sia

in quella successiva di esecuzione del contratto.

### 3. Strumenti per la gestione del contratto da parte della PA..

Il Codice dei Contratti prevede vari strumenti “*speciali*” per permettere l'esecuzione del contratto che trovano la loro fonte giuridica nella necessità della stazione appaltante di realizzare le opere pubbliche richieste dalla collettività. Per una certa parte della giurisprudenza, soprattutto quella dei lodi arbitrali, tali poteri speciali costituiscono una sorta di autotutela assegnata alla pubblica amministrazione; in particolare Autorevole Dottrina<sup>5</sup> afferma che tali poteri possono essere assimilati ai poteri di autotutela contrattuale, che regolano anche i rapporti tra privati, che consentono all'amministrazione di incidere sul rapporto contrattuale, anche con effetto risolutivo dello stesso. Si parla nello specifico di autotutela *interna* al contratto per differenziarla da quella esterna al contratto, la quale si esercita sul provvedimento amministrativo che è presupposto del contratto, ovvero sull'aggiudicazione. L'autotutela esterna infatti si basa sull'art. 21 *quinquies* della l. 241/90 che prevede la possibilità di revoca da parte della PA. del provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, salvo indennizzo per i soggetti che dovessero subire un pregiudizio a causa della revoca del provvedimento stesso.

I primi strumenti speciali sono previsti dall'art. 136 del d. lgs 163/06 e distinguono i due casi di grave negligenza nell'esecuzione dei lavori ovvero di grave ritardo. Nel primo caso il direttore dei lavori, qualora accerti che il mancato adempimento delle obbligazioni contrattuali sia tale da compromettere la buona riuscita dei lavori invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore. Il Rup valuta la relazione e se del caso da indicazioni al Direttore dei Lavori di formulare la contestazione degli addebiti all'appaltatore,

<sup>5</sup> R. Chieppa – R. Giovagnoli *Manuale breve di diritto amministrativo*, editore Giuffrè, 2009.

assegnando un termine non superiore a giorni quindici per la presentazione delle controdeduzioni al Rup. La stazione appaltante, su proposta del Rup, acquisite e valutate negativamente le controdeduzioni dell'appaltatore dispone la risoluzione del contratto. Per quanto riguarda il procedimento di risoluzione del contratto la Dottrina<sup>6</sup> evidenzia che tale provvedimento viene adottato all'esito di un procedimento all'interno del quale trovano luogo le garanzie fissate dalla l. n. 241/1990, in specie quella del contraddittorio e che la norma trova la sua *ratio* nella necessità di tutelare l'interesse pubblico minacciato, vale a dire la buona riuscita dei lavori. Dall'esame letterale del disposto di legge emerge che il provvedimento - d'ufficio - ha inizio quando il Direttore dei Lavori - organo deputato a valutare la buona riuscita dell'opera - accerta la sussistenza di comportamenti dell'appaltatore atti a concretare grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori ed invia pertanto una relazione particolareggiata al responsabile unico del procedimento. Emergono quindi due motivazioni per l'avvio del procedimento: la motivazione di carattere soggettivo che si manifesta nel comportamento dell'appaltatore e quella di carattere oggettivo che si manifesta nell'inadempimento delle obbligazioni. Il disposto normativo recepisce quella che è la più recente giurisprudenza<sup>7</sup> sulla valutazione dell'inadempimento contrattuale<sup>8</sup>. Per la Suprema Corte<sup>9</sup> il giudice deve applicare in primo luogo un parametro oggettivo, verificando se l'inadempimento abbia inciso apprezzabilmente nell'economia complessiva del rapporto, in astratto per la sua entità e in concreto in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente, tanto da dare luogo a uno squilibrio sensibile del sinal-

<sup>6</sup> G. Guzzo, *L'appalto pubblico: fisiologia e patologia della vicenda contrattuale nel nuovo schema legislativo e giurisprudenziale*, in *Giustizia-Amministrativa*, 2010.

<sup>7</sup> Cassazione Civile Sez. III, 28.3.2006, n. 7083.

<sup>8</sup> Per la dottrina dominante (Bianca) la risoluzione del contratto, in campo civilistico, è essenzialmente finalizzata alla tutela del sinallagma, cioè del rapporto di corresponsività necessariamente esistente tra prestazione e controprestazione.

<sup>9</sup> Cassazione Civile Sez. II, 7.2.2001, n. 1773.

lagma negoziale; il giudice - prosegue la suprema corte - deve inoltre completare l'indagine, mediante la considerazione di eventuali elementi di carattere soggettivo. In un'altra sentenza<sup>10</sup> la Suprema Corte ha affermato che la gravità dell'inadempimento non deve essere dedotta aprioristicamente dalla sola astratta rilevanza della singola obbligazione violata, ma è il risultato di una valutazione specifica, che tenga conto di tutte le peculiarità del caso concreto, apprezzate, oltre che in ordine alla vicenda obiettiva in cui si concreta l'inadempimento, anche con riferimento al correlato elemento soggettivo. Inoltre - prosegue la Suprema Corte<sup>11</sup> - il giudizio della gravità dell'inadempimento deve essere ispirato ad un criterio di relatività che permetta di coordinare la valutazione dell'elemento obiettivo della mancata o inesatta prestazione, nel quadro dell'economia generale del contratto, con l'elemento soggettivo e cioè con l'interesse in concreto dall'altra parte all'esatta e tempestiva prestazione. In presenza di pluralità di inadempimenti<sup>12</sup> la Corte di Cassazione afferma che la gravità degli stessi non va singolarmente e autonomamente valutata, bensì in maniera unitaria e globale in modo da poter evincere la prova di un comportamento che complessivamente sia tale da costituire un importante e rilevante ostacolo alla prosecuzione del rapporto. Pertanto nella valutazione della gravità dell'inadempimento dovrà prescindere dalla sola importanza in astratto della singola obbligazione che si assume violata, occorrendo anche una valutazione dell'elemento soggettivo che si sostanzia nella volontà di sottrarsi ingiustamente alla prestazione dovuta. Si ricorda infatti che<sup>13</sup> l'appaltatore ha l'obbligo di mettere a disposizione della stazione appaltante la sua diligenza e la sua cooperazione onde eseguire le prestazioni contrattualmente previste e che in caso contrario si ha inadempimento contrattuale.

La dottrina ha però giustamente osservato<sup>14</sup> che mentre in campo civilistico il giudice è chiamato a ristabilire l'equilibrio sinallag-

matico patologicamente alterato, al contrario, nel campo degli appalti pubblici è prioritaria la buona riuscita dei lavori.

Da ultimo si ricorda che la giurisdizione circa le controversie sulla risoluzione di un contratto d'appalto di lavori pubblici, disposta unilateralmente dalla PA., per inadempimento dell'appaltatore, è dell'A.G.O. poiché la questione involge posizioni di diritto soggettivo<sup>15</sup>.

La breve disamina compiuta dalla giurisprudenza ci permette ora di interpretare adeguatamente l'art. 136 co. 1 del d. lgs 163/06: "Quando il Direttore dei Lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto..... in questa prima parte della frase il legislatore afferma che il Direttore dei Lavori, organo deputato alla buona riuscita dei lavori, deve accertare non una ma una pluralità di inadempienze che configurano un comportamento dell'appaltatore (elemento soggettivo) che si tramuta in adempimento delle obbligazioni di contratto (elemento oggettivo). Il Direttore dei Lavori deve quindi riscontrare una pluralità di negligenze da parte dell'appaltatore (*elemento soggettivo*) che hanno come conseguenza un grave inadempimento nell'esecuzione delle opere (*elemento oggettivo*); si ricorda la citazione del contratto da parte del legislatore avviene *latu sensu* e che essa va interpretata alla luce dell'art. 43 del d.P.R. 207/2010, che stabilisce i requisiti minimi che il contratto stesso deve avere. Tale articolo prevede infatti che al contratto debba essere quanto meno allegato il capitolato speciale d'appalto<sup>16</sup> che contiene le pre-

<sup>15</sup> CdS, V, n. 950 del 8.3.2005 n. 950; si veda anche TAR Campania, sez. di Salerno, Sez. I, 8.11.2002 n. 2003.

<sup>16</sup> Il capitolato speciale d'appalto è diviso in due parti, l'una contenente la descrizione delle lavorazioni e l'altra la specificazione delle prescrizioni tecniche; esso illustra in dettaglio: a) nella prima parte tutti gli elementi necessari per una compiuta definizione tecnica ed economica dell'oggetto dell'appalto, anche ad integrazione degli aspetti non pienamente deducibili dagli elaborati grafici del progetto esecutivo; b) nella seconda parte le modalità di esecuzione e le norme di misurazione di ogni lavorazione, i requisiti di accettazione di materiali e componenti, le specifiche di prestazione e le modalità di prove nonché, ove necessario, in rela-

<sup>10</sup> Cassazione Civile Sez. III, 8.8.1997, n. 7356

<sup>11</sup> Cassazione Civile 3.6.1981, n. 3592

<sup>12</sup> Cassazione Civile n. 5776/83

<sup>13</sup> Cassazione Civile, sezione II, n. 2115 del 24.2.1995

<sup>14</sup> G. Guzzo, cit.

scrizioni *tecniche* da applicare all'oggetto del singolo contratto.

E' compito quindi del Direttore dei Lavori:

- verificare la presenza di inadempienze tecniche nell'esecuzione delle opere causate da negligenze dell'appaltatore;

- accertare se tali inadempienze siano trascurabili perché la giurisprudenza ci ricorda che non tutte le inottemperanze possono dare luogo all'azione di risoluzione del contratto; infatti si ricorda che in base all'art. 167 c. 6 del d.P.R. 207/2010 il Direttore dei Lavori può "autorizzare..." l'impiego di materiali o componenti aventi qualche carenza nelle dimensioni, nella consistenza o nella qualità, ovvero lavorazioni di minor pregio, applicando una adeguata riduzione del prezzo in sede di contabilizzazione, sempre che l'opera sia accettabile senza pregiudizio e salve le determinazioni definitive dell'organo di collaudo; accertare, se le inadempienze non sono trascurabili, che esse possano essere tali da mettere a rischio la buona riuscita dei lavori.

La seconda parte dell'art. 136 co. 1 del d. lgs prevede che il Direttore dei Lavori provveda ad inviare "al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore". La relazione, dettagliata ed esaustiva, deve quindi contenere la stima dei lavori eseguiti che possono essere accreditati all'appaltatore; è tautologico che i lavori *non* regolarmente eseguiti *non* possono essere accreditati all'appaltatore.

Il Responsabile unico del procedimento, ricevuta la relazione, è posto innanzi ad un bivio:

- il Rup concorda con le valutazioni fatte dal Direttore dei Lavori e contesta – sempre per il tramite del Direttore dei Lavori - formalmente gli addebiti all'appaltatore, ai sensi dell'art. 136 c. 2 del codice; in tal caso viene assegnato all'appaltatore un termine non superiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdedu-

zioni alle caratteristiche dell'intervento, l'ordine da tenersi nello svolgimento di specifiche lavorazioni.

zioni;

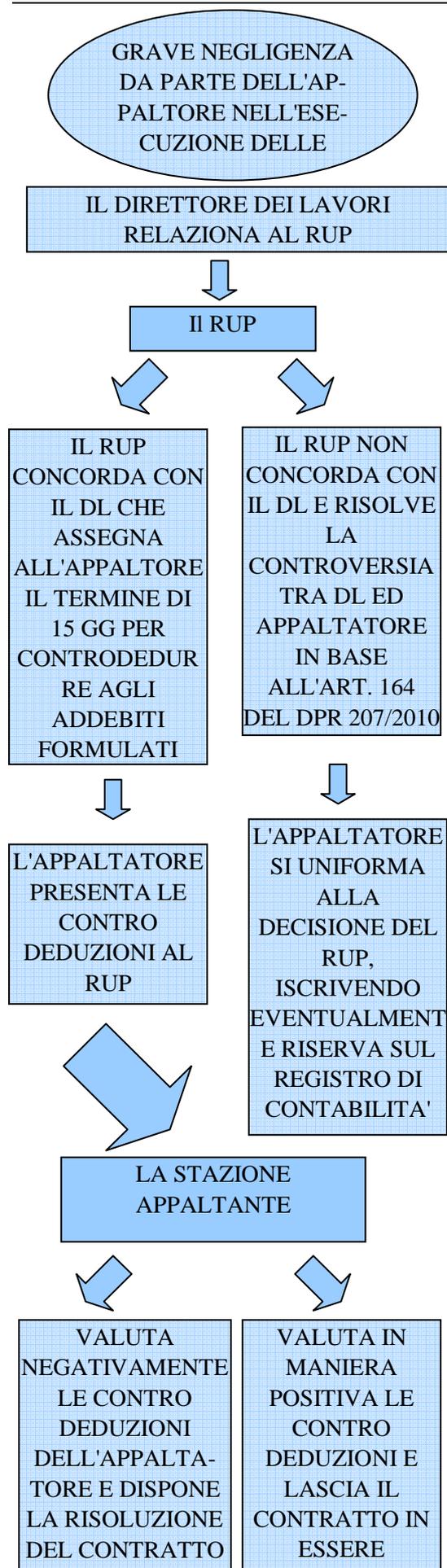
- qualora il Rup non concordi sulle valutazioni eseguite dal Direttore dei Lavori può utilizzare lo strumento di risoluzione delle controversie previsto dall'art. 164 del d.P.R. 207/2010; in tal caso la decisione presa dal Rup sulla controversia è comunicata all'esecutore, il quale ha l'obbligo di uniformarsi, salvo il diritto di iscriverne riserva nel registro di contabilità in occasione della sottoscrizione.

A questo punto entra in gioco la stazione appaltante, che deve acquisire e valutare le controdeduzioni formulate dall'appaltatore circa le contestazioni messe dal Rup. La stazione appaltante valuta in piena autonomia sia gli addebiti che le controdeduzioni. Anche la stazione appaltante ha due possibilità:

- valutare negativamente le controdeduzioni formulate dall'appaltatore e quindi provvedere alla risoluzione del contratto;
- valutare positivamente le controdeduzioni formulate dall'appaltatore, valutando le inadempienze dell'appaltatore di scarsa rilevanza e non in grado alterare la buona riuscita dei lavori.

Il fatto che la stazione appaltante possa esprimere un parere discordante rispetto a quello del Rup ovvero a quello del Direttore dei Lavori deve essere considerato un vero presidio di legalità, finalizzato ad evitare eventuali intese illegali tra il Direttore dei lavori, il Rup e l'impresa che ha formulato la prima migliore offerta, escluso l'aggiudicatario; questa infatti, per effetto dell'art. 140 c.1 del d.lgs 163/06, in caso di risoluzione del contratto, deve essere interpellata per ottenere l'affidamento del contratto alle medesime condizioni di quelle già proposte dall'originario aggiudicatario ed è pertanto spettatore tutt'altro che disinteressato all'azione di risoluzione del contratto di cui all'art. 136. Il presidio di legalità serve quindi ad evitare che il "secondo" arrivato alla gara tenti fraudolentemente di riottenere il contratto d'appalto.

Per effettuare quindi la risoluzione del contratto sono necessari i seguenti passaggi:



Alcune considerazioni sulla procedura in questione: - ogni organo in questione – Direttore dei Lavori, RUP, stazione appaltante – esprime il proprio parere discrezionale nella procedura in questione; per ottenere la risoluzione del contratto occorre che via sia una granitica unità d'intenti tra i tre organi in questione; la procedura - a modesto giudizio dello Scrivente – deve pertanto essere avviata solo se i tre soggetti in questione sono assolutamente concordi sul suo esito; - ovviamente il consenso tra le tre parti si fonda sulla comune ed inoppugnabile valutazione sulle gravi negligenze da parte dell'appaltatore.

I co. 4, 5 e 6 dell'art. 136 sono dedicati alla risoluzione del contratto per ritardo nell'esecuzione dei lavori a causa della negligenza dell'appaltatore. Lo strumento legislativo prevede la possibilità per la stazione appaltante, qualora i lavori ritardino per negligenza dell'appaltatore, di risolvere il contratto. In tal caso il Direttore dei Lavori, qualora i lavori ritardino “rispetto alle previsioni di programma”, assegna all'appaltatore il termine non superiore a 10 giorni per eseguire i lavori in ritardo. Decorso tale termine il direttore dei lavori verifica in contraddittorio con l'appaltatore, ovvero in sua assenza in presenza di due testimoni, quanto eseguito e compila il relativo processo verbale. Qualora dalla base del processo verbale si evinca inequivocabilmente che l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto. Anche in questo caso per deliberare la risoluzione del contratto occorre un elemento soggettivo, la negligenza dell'appaltatore, ed un elemento oggettivo, il ritardo nell'esecuzione delle opere; tale ritardo deve essere oggettivamente misurato rispetto al cronoprogramma di cui all'art. 40 del d.P.R. 207/2010, cronoprogramma che non deve essere confuso con il programma esecutivo dettagliato di cui all'art. 43 co. 10 del regolamento<sup>17</sup>, che afferma chiaramente al co. 11 che in caso di “sospensione o di ritardo dei lavori per fatti imputabili all'esecutore, resta fermo lo sviluppo esecutivo risultante dal cronopro-

<sup>17</sup> Il programma esecutivo dettagliato che l'appaltatore deve presentare ha la funzione di determinare le scadenze per la liquidazione dei certificati di pagamento.

gramma di cui all'art. 40”.

«.....GA.....»

## LA LEGITTIMAZIONE ALL'ACCESSO AGLI ATTI DI GARA DA PARTE DELL'OPERATORE ECONOMICO CHE NON ABBAIA PRESO PARTE ALLA PROCEDURA AD EVIDENZA PUBBLICA

dell'Avv. Livio Lavitola

*Il TAR Lazio, con la sentenza 5.9.2012, n. 213, ha chiarito alcuni principi in materia di accesso agli atti di gara, ex artt. 13, co. 6, d.lgs. n. 163/2006 e 22 l. n.241/90, in particolare con riferimento al problema della legittimazione del soggetto che, pur non avendo partecipato ad una procedura ad evidenza pubblica, chieda di accedere agli atti relativi ad essa*

The TAR of Lazio, with the 5.9.2012 judgment, no. 213, clarified some principles regarding access to acts, ex art. 13, co. 6, d.lgs. No. 163/2006 and 22 law No. 241/90, in particular with regard to the problem of the legitimacy of the subject who, despite not having attended a public procedure, ask for access to documents concerning to it

*Sommario: 1. Il caso sottoposto al TAR Lazio; 2. Gli orientamenti giurisprudenziali in materia di accesso agli atti di gara; 3. La decisione del Giudice Amministrativo.*

### **1. Il caso sottoposto al TAR Lazio e alcune considerazioni generali.**

Un operatore economico presenta domanda di accesso agli atti di una gara alla quale, tuttavia non aveva partecipato. L'istanza viene presentata per conoscere alcune condanne pronunciate a carico di un partecipante a quella procedura di gara, aggiudicatario in altra gara alla quale il ricorrente aveva preso parte.

L'interesse, in sostanza, consiste nella conoscenza di un elemento che, se confermato, sarebbe spendibile al fine di contestare l'ammissione del soggetto contro interessato alla seconda gara.

La stazione appaltante, tuttavia, ha negato l'accesso, in quanto il soggetto richiedente l'accesso sarebbe privo della legittimazione richiesta dall'art. 13, co. 6 del codice dei contratti pubblici, non essendo lo stesso partecipante alla procedura di gara.

Viene quindi in rilievo il tema dei limiti del diritto di accesso agli atti di gara, quando l'istante non abbia preso parte alla procedura ad evidenza pubblica “contestata”.

Come “specificazione” di tale problema vi è la questione dei rapporti tra la disposizione speciale di cui all'art. 13, co. 6, del codice dei contratti pubblici e la regola generale dettata dall'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo.

Infatti, se la prima disposizione sembra circoscrivere la legittimazione ai soli concorrenti, al fine di contestare i risultati della gara, la disposizione “generale” (peraltro espressamente richiamata dal co. 1, art. 13, d.lgs. n. 163/2006) considera “interessati”, «tutti i soggetti (...) che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso» (così l'art. 22, co.1, lett. b).

Senza voler sin d'ora anticipare le conclusioni cui è pervenuta la decisione in rassegna, può rilevarsi come la dottrina abbia avuto modo di osservare che il diritto di accesso agli atti di gara, come configurato dall'art. 13 cit. costituisce «una sorta di ‘microsistema’ normativo, collegato all'idea della peculiarità del settore considerato, all'interno delle