

La transazione in materia di appalti pubblici

di Carlo Polidori

Il presente contributo mira ad illustrare, alla luce della speciale normativa posta dall'art. 239 del decreto legislativo n. 163/2006 e della più recente giurisprudenza, la disciplina del contratto di transazione in materia di appalti pubblici. In particolare l'autore si sofferma sull'inquadramento di tale negozio nella categoria dei contratti ad evidenza pubblica e sulle peculiari limitazioni che l'autonomia negoziale dell'amministrazione incontra laddove si tratti di definire in via transattiva controversie relative ai contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, con particolare riferimento ai limiti alla c.d. transazione mista ed alla c.d. transazione novativa.

La disciplina della transazione nell'art. 239 del codice degli appalti

L'art. 239 del decreto legislativo n. 163/2006 contiene una disciplina piuttosto scarna del contratto di transazione in materia di appalti pubblici. Innanzi tutto vengono precisati l'ambito di applicazione del contratto ed i rapporti con l'accordo bonario prevedendo, al comma 1, che "Anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario ai sensi dell'articolo 240, le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono sempre essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile". Inoltre l'art. 239 contiene due disposizioni relative al procedimento che l'Amministrazione deve seguire per addivenire alla stipula di una transazione. In particolare il comma 2 prevede che "Per le amministrazioni aggiudicatrici e per gli enti aggiudicatori, se l'importo di ciò che detti soggetti concedono o rinunciano in sede di transazione eccede la somma di 100.000 euro, è necessario il parere dell'avvocatura che difende il soggetto o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso", mentre il comma successivo precisa che "Il dirigente competente, sentito il responsabile del procedimento, esamina la proposta di transazione formulata dal soggetto aggiudicatario, ovvero può formulare una proposta di transazione al soggetto aggiudicatario, previa audizione del medesimo". Infine il comma 4, in deroga alla norma generale dell'art. 1967 cod. civ., richiede che il contratto di transazione venga redatto in forma scritta, a pena di nullità. Ne consegue che spetta all'interprete affrontare delicate questioni ermeneutiche come, ad esempio, quelle attinenti ai rapporti tra la disciplina generale della transazione posta dall'art. 1965 cod. civ. e quella speciale posta dall'art. 239 del decreto legislativo n. 163/2006 e, ancor prima, alla natura della transazione in materia di appalti pubblici.

La capacità negoziale della P.A. - L'ammissibilità della transazione in materia di contratti pubblici di appalto prima dell'entrata in vigore del codice degli appalti

Come noto l'amministrazione, per il perseguimento di specifici obiettivi di pubblico interesse può avvalersi, in

aggiunta o in luogo dell'esercizio dei pubblici poteri ad essa attribuiti, degli strumenti del diritto privato e, in particolare, dei negozi giuridici disciplinati dal codice civile. Anzi si può sostenere che l'attività amministrativa di diritto privato costituisca il naturale modo di operare della p.a. nei casi in cui essa non si trovi ad agire nell'esercizio dei suoi poteri pubblicistici. Del resto, la capacità di diritto privato rappresenta un attributo indefettibile della p.a., per il semplice fatto che essa, in quanto persona giuridica, possiede anche una sfera di autonomia privata, al pari di ogni altro soggetto dell'ordinamento giuridico. Proprio sulla base di tali considerazioni, anche prima dell'entrata in vigore del codice degli appalti si tendeva ad ammettere la possibilità di ricorrere alla transazione per definire, in via negoziale, le controversie insorte nella fase di attuazione dei contratti pubblici di appalto. In particolare l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, nella delibera n. 308 del 13 settembre 2001 era pervenuta ad affermare l'applicabilità dell'istituto della transazione alle liti relative alla fase di attuazione dei contratti di appalto di opere pubbliche in base alle seguenti considerazioni: a) l'esplicita previsione degli istituti dell'accordo bonario e dell'arbitrato nelle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto (artt. 31 bis e 32 della legge Merloni) non pregiudicano la possibilità di utilizzare lo strumento transattivo nella materia dei lavori pubblici; b) l'ammissibilità della transazione si fonda, in via generale e nel silenzio del legislatore, sull'esercizio della libertà contrattuale dell'amministrazione; c) gli artt. 8, comma 1, lett. z), e 119 del d.P.R. n. 554 del 1999, nelle parti in cui prevedono la competenza del responsabile del procedimento di proporre, rispettivamente, la definizione bonaria, in via generale, delle controversie e la risoluzione autoritativa del contratto, in via solo facoltativa e discrezionale, costituiscono indici significativi della sussistenza in capo alla stazione appaltante di una potestà generale di transigere le liti insorte in occasione dell'esecuzione dei lavori, in alternativa sia all'accordo bonario, sia all'arbitrato, sia, ancora, alla risoluzione del rapporto.

La formazione della volontà della P.A. - La transazione dell'art. 239 come contratto ad evidenza pubblica

Avendo l'art. 239 del decreto legislativo n. 163/2006 definitivamente risolto il problema della ammissibilità de-

gli accordi transattivi, seppure limitatamente alla risoluzione delle "controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture", la prima questione che oggi si pone all'attenzione dell'interprete attiene alla natura del contratto di transazione in materia di appalti pubblici. In altri termini, si tratta di stabilire se la transazione di cui all'art. 239 sia *tout court* riconducibile alla transazione di cui all'art. 1965 ss. cod. civ., ovvero se la natura pubblica di una delle parti contraenti riverberi i suoi effetti sulla natura del contratto. A ben vedere tale problema riguarda tutta l'attività di diritto privato della p.a., la quale, pur essendo in linea di principio abilitata a concludere ogni tipo di negozio giuridico, allo stesso tempo è limitata nella sua autonomia negoziale, in quanto tutta la sua attività, ivi compresa quella di diritto privato, deve essere sempre e comunque finalizzata al perseguimento interesse pubblico. In tal senso si è chiaramente espressa anche la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365), evidenziando che, quando l'amministrazione agisce *iure privatorum*, essa "non si trova nella stessa posizione del privato che può disporre liberamente del suo patrimonio, ma deve rispettare le regole del diritto pubblico", in quanto "la qualificazione pubblicistica di un ente comporta l'assoggettamento ad uno speciale regime giuridico della sua attività che abbia connessione o riferimento con un interesse pubblico". Ne consegue che lo statuto dell'attività contrattuale della p.a. non è costituito soltanto dal diritto comune, ma anche dal diritto speciale che costituisce il risultato di un processo di adattamento della disciplina generale del codice civile alle esigenze tipiche dell'attività amministrativa. Del resto l'esistenza di uno statuto speciale dell'attività contrattuale della p.a. trova oggi una generale conferma nell'art. 1, comma 1 bis, della legge n. 241/1990, il quale dispone che l'attività non autoritativa della p.a. (ossia l'attività contrattuale) "debba necessariamente esplicitarsi nelle forme del diritto privato, salvo tuttavia le diverse ipotesi dalla legge disciplinate in modo differente". Un'evidente applicazione di tali principi si rinviene proprio in materia di contratti pubblici di appalto, ove il perdurante collegamento funzionale del contratto con l'interesse pubblico e con i generali principi di economicità, efficienza e pubblicità dell'attività amministrativa, limita l'autonomia negoziale della p.a., imponendo il rispetto di precise regole procedurali nell'iter formativo della sua volontà contrattuale. La garanzia del collegamento funzionale del contratto con l'interesse pubblico è costituita dalla necessaria proceduralizzazione delle fasi che precedono e seguono la conclusione del contratto, ossia dal c.d. procedimento di "evidenza pubblica". Infatti la conclusione del contratto costituisce non solo l'atto conclusivo di un procedimento finalizzato alla pubblicizzazione della scelta negoziale della p.a., ma costituisce anche il termine di riferimento di successivo procedimento di controllo volto ad accertare la rispondenza del negozio stipulato ai principi di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa. In tale contesto specifico rilievo assumono le novità introdotte dal decreto legislativo n. 163/2006 e, in particolare la codificazione delle fasi del procedimento di affidamento che precede la stipula del contratto di appalto (determinazione a contrarre, selezione dei partecipanti alla gara, selezione della migliore offerta, aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva, verifica del possesso dei requisiti), contenuta nell'art. 11, e la disciplina dei controlli sugli atti delle procedure di affidamento dei contratti di appalto, contenuta nell'art. 12. Ne consegue che il contratto concluso

dalla p.a. se, da un lato, assume esclusivo rilievo per il diritto privato per ciò che riguarda la sua validità e la sua esecuzione, dall'altro mantiene una rilevanza pubblicistica in ordine alle fasi che precedono (determinazione a contrarre e scelta del contraente privato) e seguono la conclusione dello stesso (approvazione e registrazione). Inoltre giova evidenziare che in materia di appalti pubblici l'esistenza di uno statuto speciale dell'attività contrattuale della p.a. trova, ancor più a monte, un significativo riconoscimento nelle disposizioni dei commi 1 e 3 dell'art. 2 del D.Lgs. n. 163/2006. In particolare primo comma ribadisce quanto affermato in termini generali dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990, prevedendo che l'attività contrattuale in materia di lavori pubblici, servizi e forniture "deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza" non solo nella fase di "affidamento" del contratto, ma anche nella fase di "esecuzione" dello stesso. Il successivo comma 3, ponendosi come vera e propria norma di chiusura del sistema, dispone poi che "Per quanto non espressamente previsto nel codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni", tra le quali particolare rilievo assume, come noto, l'obbligo di motivare le scelte compiute dalla p.a. (art. 3 della legge n. 241/1990).

Poste tali premesse, non possono sussistere dubbi in merito alla riconducibilità della transazione in materia di appalti pubblici alla categoria dei contratti ad evidenza pubblica. In tal senso depongono innanzi tutto il secondo ed il terzo comma dell'art. 239 che, nel disciplinare il procedimento da seguire per addvenire alla stipula della transazione, impongono alcuni adempimenti evidentemente finalizzati a garantire un apprezzamento consapevole, trasparente ed informato della convenienza della transazione, in funzione della effettiva soddisfazione dell'interesse pubblico. In particolare, per la definizione degli accordi transattivi nell'ambito dei quali la parte pubblica concede o rinuncia ad importi superiori a 100.000 euro, il comma 2 prescrive l'acquisizione del parere dell'avvocatura che la difende o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado, competente per il contenzioso. Si tratta di un parere obbligatorio, ma non vincolante, con la duplice conseguenza dell'invalidità della delibera a contrarre non preceduta dall'acquisizione del parere e della possibilità di apprezzare la convenienza dell'accordo in termini difformi da quelli espressi nel parere stesso. Inoltre il terzo comma dell'art. 239 disciplina le trattative che precedono la conclusione dell'accordo transattivo, distinguendo il caso in cui la proposta di transazione sia formulata dal soggetto aggiudicatario da quello in cui l'accordo venga proposto dal competente dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice: nella prima ipotesi quest'ultimo deve prima sentire il responsabile del procedimento, mentre nella seconda deve procedere alla previa audizione dell'impresa appaltatrice. Si noti che la norma non chiarisce la competenza alla stipulazione del contratto di transazione, ma risulta agevole attribuirlo al medesimo dirigente che, secondo l'ordinamento interno dell'amministrazione, ha sottoscritto il contratto di appalto e ne ha, quindi, assunto la gestione (che comporta anche la capacità di disporre dei diritti da esso nascenti). Non è un caso, dunque, se i commi 2 e 3 dell'art. 239 ribadiscono l'obbligo di proceduralizzare l'iter con cui l'amministrazione si determina a transigere con il privato.

Del resto, l'obbligo di procedimentalizzare l'attività amministrativa precedente e successiva alla stipula del contratto costituisce un precetto già da tempo consolidatosi in ambito comunitario, ancor prima che in ambito interno. Esso infatti risponde a precise esigenze di trasparenza dell'azione amministrativa, avvertite come necessarie dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia CE, sez. VI, 28 ottobre 1999, in causa C-81/98), secondo la quale "in merito alla decisione dell'autorità aggiudicatrice che precede la conclusione del contratto gli Stati membri sono tenuti a prevedere in ogni caso una procedura di ricorso che consenta al ricorrente di ottenere l'annullamento di tale decisione in presenza delle relative condizioni", con ciò lasciando intendere un esplicito *favor* per la generale giustiziabilità degli atti amministrativi preordinati alla formazione della volontà contrattuale della p.a. Merita quindi, a giudizio di chi scrive, piena condivisione l'orientamento del giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1364; 17 dicembre 2007, n. 6471; 12 febbraio 2008, n. 477) secondo il quale è possibile sindacare innanzi al giudice amministrativo (in sede di giurisdizione di legittimità) la delibera di approvazione di una transazione relativa ad un contratto pubblico di appalto, nonché i provvedimenti di autotutela che abbiano ad oggetto tale delibera. In particolare il giudice d'appello, chiamato ad affrontare la questione attinente alla possibilità di ricondurre alla giurisdizione giudice amministrativo il sindacato sull'atto con il quale, a seguito di rilievi formulati dalla Corte dei conti, l'amministrazione dispone l'annullamento del decreto di approvazione di una transazione intervenuta a chiusura di una controversia giudiziale sorta nella fase di esecuzione di un appalto di lavori pubblici - nel riformare le sentenze con le quali il giudice di primo grado aveva declinato la propria giurisdizione (sul presupposto che nella fase di esecuzione del contratto di appalto sussistono solo diritti soggettivi, ai quali non si estende la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che l'art. 244, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006 prevede solo per le controversie relative alle procedure di affidamento dei contratti) - ha posto in rilievo che il giudice di prime cure aveva "omesso di considerare che il procedimento di formazione della volontà contrattuale della p.a. non si svolge integralmente ed esclusivamente sul piano del diritto privato, articolandosi invece in due serie di atti, la prima (c.d. serie negoziale) costituita da atti civilistici; la seconda (c.d. serie procedimentale), composta da atti amministrativi, quali la deliberazione a contrarre, l'approvazione od il diniego o la revoca dell'approvazione, la registrazione ed il visto, ovvero il diniego degli stessi: atti che, avendo natura provvedimentale, sono di certo sindacabili da parte del giudice amministrativo". Pertanto, secondo il giudice di Palazzo Spada, "la circostanza che gli atti di approvazione e controllo si pongano, sul piano negoziale, come *condiciones juris* di efficacia del contratto, con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie risarcitorie, connesse con il mancato avveramento di dette condizioni, non esclude la loro rilevanza o sindacabilità anche come atti amministrativi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo".

L'ambito applicativo della transazione dell'art. 239 - Le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture

Passando alle ulteriori questioni ermeneutiche relative

all'art. 239 del decreto legislativo n. 163/2006, si deve innanzi tutto evidenziare che il primo comma prevede la possibilità di definire mediante una transazione tutte "le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture". Dal chiaro tenore di tale disposizione si desume che sono transigibili anche liti diverse da quelle definibili con l'accordo bonario (ovvero non derivanti dalla iscrizione di riserve o contestazioni sui documenti contabili), con la conseguenza che anche queste ultime possono essere comunque definite mediante una transazione e che la transazione può, quindi, essere utilizzata come strumento alternativo rispetto all'accordo bonario. Inoltre nell'art. 239 non sono rinvenibili limiti riferiti all'oggetto del contratto d'appalto o al suo valore, sicché sono transigibili le controversie relative a tutte le tipologie di appalti contemplate nel codice (lavori, servizi e forniture) ed aventi ad oggetto diritti di qualsiasi importo (rilevando quest'ultimo solo ai fini dell'acquisizione del parere di cui al secondo comma dell'art. 239). Peraltro, il duplice riferimento alle controversie relative ai soli diritti soggettivi e che insorgano nella fase di esecuzione dei contratti induce ad escludere dal novero delle liti transigibili sia quelle relative a diritti soggettivi che insorgano nel corso delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sia le controversie relative a interessi legittimi. Quanto alle prime, trattasi evidentemente delle controversie aventi ad oggetto le richieste di risarcimento del danno connesse all'accertamento della responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi o per violazione del dovere di buona fede nelle trattative (artt. 1337 e 1338 cod. civ.). Ne consegue che l'unica transazione possibile in relazione alla pretesa risarcitoria conseguente all'accertamento della illegittimità della mancata aggiudicazione del contratto di appalto è quella prevista dall'art. 35, comma 2, del decreto legislativo n. 80/1998, secondo il quale il giudice amministrativo, quando dispone il risarcimento del danno ingiusto, può stabilire i criteri in base ai quali la p.a. deve proporre, a favore dell'avente titolo, il pagamento di una somma entro un congruo termine, con la possibilità di attivare il rimedio dell'ottemperanza in caso di mancato raggiungimento di un accordo tra le parti. In tal senso si esprime anche la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6063), secondo la quale la disposizione di cui trattasi, "proprio perché evoca termini quali proposta e accordo, postula in via preferenziale che la soluzione della controversia sia raggiunta mediante un contratto di stampo sostanzialmente transattivo, per la cui conclusione si fa affidamento (oltre che sui principi di buona amministrazione, efficacia ed efficienza cui deve doverosamente improntarsi l'agere amministrativo degli organi preposti) sul corretto e leale comportamento delle parti". Inoltre, quanto al divieto di transigere controversie relative a interessi legittimi, riecheggia il divieto di deferire ad arbitri la cognizione di tali controversie (Cass. Civ., Sez. Un., 30 novembre 2006, n. 25508; Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 2003, n. 3447), che si desume sia dall'art. 6 comma 2, della legge n. 205/2000, secondo il quale "Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto", sia dall'art. 241 del decreto legislativo n. 163/2006, secondo il quale possono essere deferite ad arbitri "Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese

quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240''.

Gli elementi essenziali del contratto di transazione - I limiti alla transazione mista e la forma scritta

Come già accennato, il primo comma dell'art. 239 contiene una disciplina piuttosto scarna degli accordi transattivi in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, limitandosi, per gli aspetti non diversamente disciplinati (ad es. la forma del contratto), ad un generico rinvio alle disposizioni del codice civile in materia di transazione. Tale rinvio, a ben vedere, non è altro che una (superflua) specificazione della disposizione dell'articolo 2, comma 4, del codice degli appalti, secondo il quale "Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile". Ciò posto, pur non essendo questa la sede per una trattazione completa della disciplina civilistica della transazione, occorre comunque rammentare che, secondo l'art. 1965, comma 1, cod. civ., "La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro". Trattasi di un contratto a prestazioni corrispettive (stante la reciprocità delle concessioni), oneroso, a carattere dispositivo e non di accertamento, come si desume dall'art. 1966, comma 1, secondo il quale "Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite". Gli elementi essenziali del contratto sono costituiti: a) dalla disponibilità dei diritti oggetto della transazione; b) dalla sussistenza di una controversia (c.d. *res litigiosa*), giudiziale o stragiudiziale, attuale o potenziale, ossia di un contrasto sulla misura dei diritti o delle prestazioni che ciascuna parte ritiene spettanti o dovute; c) dalla reciprocità delle concessioni che le parti deliberano di disporre (c.d. *aliquid datum, aliquid retentum*); d) dalla finalizzazione delle rinunce alla definizione di una lite già insorta od alla prevenzione di una controversia che può instaurarsi; e) dalla forma scritta *ad substantiam*. Quanto all'oggetto, occorre ricordare che - pur essendo configurabile (accanto alla transazione semplice) la c.d. transazione mista, che interviene quando le parti con le reciproche concessioni creano, modificano o estinguono "anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione" (art. 1965, comma 2, cod. civ.) - l'art. 1966, comma 2, sanziona con la nullità la transazione che verte su diritti indisponibili. Tale aspetto appare particolarmente rilevante in questa sede perché la giurisprudenza ha in più occasioni rilevato la nullità, ai sensi del secondo comma dell'art. 1966, della transazione con la quale l'amministrazione disponga di un suo potere pubblicistico costituendo un nuovo rapporto giuridico con il soggetto con il quale è insorta la controversia. Particolarmente significativo appare in tal senso l'orientamento del giudice amministrativo (T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, 12 marzo 2002, n. 1278 e n. 1279; Cons. Stato, sez. VI, 2 agosto 2004, n. 5365), formatosi in materia di concessioni di beni pubblici, ma da ritenersi valido per la scelta dell'aggiudicatario di un contratto di appalto di lavori, servizi o forniture, secondo il quale - posto che con la concessione viene attribuita al privato la possibilità di utilizzare a proprio vantaggio un bene pubblico che, per sua natura, è oggetto di godimento collettivo - l'individuazione del beneficiario della

concessione di un bene pubblico deve avvenire nel rispetto delle regole di un corretto esercizio dell'azione amministrativa sancite dall'art. 97 Cost., e deve quindi essere realizzata attraverso l'espletamento di una procedura di evidenza pubblica e non in virtù di negozi di diritto privato, come una transazione. Pertanto, se è vero che secondo l'art. 239 decreto legislativo n. 163/2006 le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono essere sempre risolte mediante transazione, si deve comunque ritenere che tale disposizione riguardi soltanto la definizione dei rapporti tra la stazione appaltante e il soggetto affidatario del contratto di appalto e che la transazione intervenuta tra questi soggetti non possa essere opposta all'impresa del settore che contesti la transazione in quanto si risolva in un nuovo affidamento senza gara. Del resto l'impresa terza non fa valere un diritto soggettivo, bensì un interesse legittimo relativo al non corretto esercizio di un potere del quale la stazione appaltante non può legittimamente disporre.

Quanto poi alla *res litigiosa*, valgono anche nel caso della transazione in materia di appalti pubblici le conclusioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza formatasi sull'art. 1965, cod. civ.. Non è quindi necessario che la controversia alla cui risoluzione a transazione risulta finalizzata sia già insorta e che si sia tradotta in una iniziativa giudiziaria, potendosi riferire l'accordo transattivo anche ad una lite potenziale o, ancora, ad un contrasto rimasto su un piano stragiudiziale (Cass. civ., sez. III, 10 giugno 2005, n. 12320). Inoltre, anche in questa sede si deve evidenziare che l'altro elemento tradizionalmente considerato presupposto della transazione, ossia la *res dubia*, che consiste nella situazione di incertezza in ordine ai diritti e agli obblighi delle parti, assume in realtà contorni più sfumati. Infatti nella giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 6 maggio 2003, n. 6861) l'incertezza non viene configurata come un attributo proprio della situazione su cui le parti vanno ad incidere, ma deriva piuttosto dalle discordanti valutazioni delle parti stesse sulle rispettive posizioni di diritto e di obbligo, per cui l'eventuale accertamento *ex post* della assoluta infondatezza delle pretese di una delle parti non avrebbe alcuna incidenza sulla validità della transazione al di fuori di quanto previsto dall'art. 1971 cod. civ., secondo il quale "Se una delle parti era consapevole della temerarietà della sua pretesa, l'altra può chiedere l'annullamento della transazione". Particolare attenzione merita, invece, in questa sede il requisito delle reciproche delle concessioni, che assicura la necessaria corrispettività del contratto di transazione. Tale requisito, secondo la giurisprudenza (Cass. civ., sez. II, 11 giugno 2003, n. 9348), deve essere apprezzato non con riferimento alla misura effettiva dei diritti ai quali le parti hanno rinunciato, bensì tenendo conto delle pretese che hanno dato luogo alla lite. Inoltre, considerato che per i contratti per i quali è prescritta la forma scritta *ad substantiam* la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma per tutti gli elementi essenziali e che l'art. 239, comma 4, prevede l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*, le reciproche concessioni devono essere ben evidenziate nei contratti di transazione relativi a controversie in materia di appalti pubblici. Non può quindi trovare applicazione in materia di appalti pubblici l'orientamento (Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2007, n. 13389) secondo il quale, posto che l'art. 1967 cod. civ. richiede la forma scritta solo *ad probationem*, il giudice può ricavare *aliunde* quali sono le rinunce reciproche concordate dalle parti, laddove le stesse siano solo genericamente indicate nella scrittura

privata che documenta la transazione. Infine, giova evidenziare che la disposizione dell'art. 239, comma 4, è preordinata al conseguimento dei due effetti tipici, la responsabilizzazione del contraente pubblico e la garanzia della certezza del contenuto dell'atto, e non costituisce una novità per le amministrazioni pubbliche, perché la giurisprudenza (Cass. civ., sez. I, 2 aprile 2009, n. 8044) reputa necessaria la forma scritta per tutti i contratti della P.A.. Occorre quindi verificare se l'obbligo della forma scritta possa ritenersi assolto nel caso in cui il contratto di transazione in materia di appalti pubblici sia stato concluso a distanza, a mezzo corrispondenza. La tesi negativa pare da preferire alla luce della giurisprudenza (Cass. civ., sez. I, n. 8044/2009 cit.) che esclude la possibilità di concludere a distanza, a mezzo corrispondenza, il contratto di appalto di opere pubbliche.

L'obbligo di motivazione ed i limiti alla transazione novativa

Fermo restando quanto precede, la peculiare posizione rivestita nell'ordinamento dalle amministrazioni pubbliche e la specifica rilevanza degli interessi pubblici dalle stesse curati implicano ulteriori vincoli per l'amministrazione che intenda definire in via transattiva una controversia in materia di appalti pubblici. Si deve infatti rammentare che nella citata delibera n. 308 del 13 settembre 2001 l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, nell'affermare l'applicabilità dell'istituto della transazione alle liti relative a contratti di appalto di opere pubbliche, ha avuto cura di specificare innanzi tutto che la particolare situazione delle amministrazioni aggiudicatrici implica un pregnante dovere di esplicitazione delle ragioni in base alle quali si reputa soddisfatto l'interesse pubblico con la transazione. Infatti, mentre i contraenti privati sono liberi di apprezzare i motivi di convenienza dell'accordo transattivo (restando, anzi, del tutto irrilevanti le ragioni di tale convincimento), le amministrazioni aggiudicatrici, in quanto vincolate al perseguimento dell'interesse pubblico, sono tenute a dar conto degli elementi, di fatto e di diritto, sulla cui base reputano di disporre di quest'ultimo nei termini cristallizzati nel contratto di transazione. La convenienza dell'accordo transattivo deve evidentemente essere apprezzata sia in relazione all'equilibrio tra le reciproche concessioni concordate tra le parti, sia in relazione all'opportunità di una definizione stragiudiziale della controversia rispetto all'alternativa di una definizione della stessa in sede giurisdizionale o arbitrale. Inoltre la stessa Autorità di vigilanza ha evidenziato che il carattere imperativo ed indisponibile dei sistemi di affidamento degli appalti pubblici preclude ogni accordo transattivo che, alterando sostanzialmente e radicalmente l'assetto negoziale definito con l'aggiudicazione, si ponga come fonte nuova del rapporto e si atteggi, pertanto, come un diverso titolo dell'affidamento dell'appalto, in violazione delle disposizioni inderogabili che regolano la scelta del contraente e la definizione del contenuto del contratto. Quest'ultima affermazione trova oggi conferma nella unanime giurisprudenza dei giudice comunitari e nazionali. In particolare il giudice comunitario (Corte di Giustizia CE, sez. III, 19 giugno 2008, in causa C- 454/06) ha affermato che "al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto..., quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimo-

strare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto", precisando che "la modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata" e che "una modifica può altresì considerarsi sostanziale allorché altera l'equilibrio economico contrattuale in favore dell'aggiudicatario dell'appalto in modo non previsto dai termini dell'appalto originario". Ad analoghe conclusioni è pervenuto il giudice amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 25 marzo 2003, n. 1544), evidenziando la "illegittimità, anche dal punto di vista comunitario, della rinegoziazione di elementi fondamentali del contratto (quali il prezzo) con i soggetti partecipanti alla gara, dal momento che tale rinegoziazione finisce per vanificare la procedura espletata, introducendo elementi oggettivi di distorsione della concorrenza, con conseguente alterazione del risultato della gara". Ne consegue, secondo la giurisprudenza (Cons. Stato, sez. V, 14 luglio 2003, n. 4167), che rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici la controversia nella quale si discute della validità di una transazione con la quale sono state modificate talune (rilevanti) condizioni dell'aggiudicazione (prima che del contratto), dell'omesso esercizio da parte dell'amministrazione dei poteri assegnatili da una clausola risolutiva espressa e del conseguente pregiudizio patito da un'impresa concorrente che ha formulato l'offerta confidando nella stabilità delle clausole del contratto ed impegnandosi al loro rispetto.

La disciplina transitoria

Il segnalato riconoscimento dell'applicabilità della transazione alla materia dei lavori pubblici già prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 163/2006, il riferimento contenuto nella disposizione dell'art. 239 alla fase esecutiva dei contratti di appalto e la stessa collocazione sistematica di tale disposizione consentono di escludere la sussistenza di qualsivoglia problema di diritto transitorio. Pertanto devono ritenersi transigibili, oltre (ovviamente) alle liti insorte successivamente all'entrata in vigore del codice degli appalti, anche le controversie relative a contratti stipulati prima di tale momento e già, allora, formalizzate, sia perché tale possibilità era già stata ammessa in via generale dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, sia perché la nuova previsione si applica alla fase attuativa di tutti i contratti di appalto, non rilevando in alcun modo, ai fini dell'applicazione della norma, il momento di stipulazione del contratto. Non può quindi essere condivisa la tesi di chi, facendo leva sulla disciplina transitoria posta dall'art. 253, comma 1, del decreto legislativo n. 163/2006, ritiene che la disposizione dell'art. 239 si applichi soltanto alle procedure di gara i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del codice o i cui inviti a presentare le offerte siano stati trasmessi successivamente a tale data. Infatti dal tenore letterale dell'art. 253, comma 1, si desume che tale norma transitoria si riferisce solo alle disposizioni del codice che regolamentano l'affidamento del contratto e la sua esecuzione, ma non anche alle disposizioni lato sensu processuali (ivi compreso l'art. 239), per le quali la regola generale di diritto transitorio è quella *tempus regit actum*, con la conseguenza che le stesse sono di immediata applicazione.