

CONTRATTO PUBBLICO E PRINCIPI DI DIRITTO PRIVATO

a cura di
Cristiano Cicero



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2011

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Copyright 2011 Wolters Kluwer Italia S.r.l.

ISBN 978-88-13-30769-1

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento totale o parziale, con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche), sono riservati per tutti i Paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5 della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le riproduzioni diverse da quelle sopra indicate (per uso non personale – cioè, a titolo esemplificativo, commerciale, economico o professionale – e/o oltre il limite del 15%) potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, Corso di Porta Romana, n. 108, 20122 Milano, e-mail segreteria@aidro.org e sito web www.aidro.org

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali involontari errori o inesattezze.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Fotocomposizione: Progetto Stampa di Pizzato Giuseppe - Bassano d.G. (VI)

Stampa: L.E.G.O. S.p.A., Lavis (TN)

INDICE SOMMARIO

<i>Presentazione</i>	pag. XIII
----------------------------	-----------

CRISTIANO CICERO

INTERESSE PUBBLICO E ANAMORFOSI DEL CONTRATTO. I PRINCIPI DI DIRITTO PRIVATO NEL CONTRATTO DELL'ENTE PUBBLICO

1. Le fonti e la capacità di diritto privato degli enti pubblici	pag. 1
2. Concetto di autonomia privata e ente pubblico	» 5
3. Principio contrattuale e ente pubblico	» 7
4. La responsabilità contrattuale e precontrattuale dell'ente pubblico .	» 8
4.1. Ambito di operatività della responsabilità precontrattuale	» 13
5. La forma	» 14
6. L'interpretazione del contratto	» 16
7. Condizioni generali di contratto	» 18
8. Il problema: l'applicabilità in concreto all'ente pubblico della norma di diritto privato	» 19

RICCARDO FERCIA

LA FIGURA LEGISLATIVA DELLA CADUCAZIONE DEL CONTRATTO ED IL MODELLO DELLA *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

1. «Caducazione» e «inefficacia» del contratto pubblico dal codice dei contratti pubblici al codice del processo amministrativo: una distinzione necessaria <i>in ambigua voce legis</i>	pag. 21
2. La caducazione del contratto pubblico come figura legislativa d'invalidità derivata integrante una causa d'inefficacia a presidio invalidabile dell'eventuale necessità di riattivazione della procedura ad evidenza pubblica	» 30
3. Caducazione del contratto pubblico e riparto di giurisdizione	» 38
4. La <i>restitutio in integrum</i> pretoria classica: linee generali e profili di rilevanza diacronica del modello	» 42
5. Il giudizio rescindente davanti al giudice amministrativo: demolizione del provvedimento, risarcimento del danno consequenziale ed accertamento incidentale della caducazione	» 46

6. Il giudizio rescissorio davanti al giudice ordinario: vincolo esterno della demolizione del provvedimento, rimedi restitutori ed accertamento in via principale della caducazione	pag.	55
7. La potenziale <i>vis expansiva</i> della caducazione: il problema del contratto concluso a pena di 'astreinte'	»	57

STEFANIA LECCA

OSSERVAZIONI SULL'INEFFICACIA CONTRATTUALE
DI DIRITTO PUBBLICO

1. Premessa	pag.	65
2. Contratto pubblico, principio di legalità e rilevanza dell'interesse pubblico. L'inefficacia automatica	»	67
3. Il d.lgs. n. 53/2010. Breve descrizione della nuova disciplina	»	70
3.1. Violazioni gravi della procedura di evidenza pubblica	»	72
3.2. La natura dell'inefficacia ed eventuali eccezioni. Azione risarcitoria e sanzioni alternative	»	75
3.3. Inefficacia del contratto negli altri casi e sanzioni alternative ...	»	82
4. Conclusioni	»	85

ANNA MARIA MANCALEONI

BUONA FEDE ED AFFIDAMENTO
NELLE PROCEDURE AD EVIDENZA PUBBLICA:
LA RESPONSABILITÀ PRECONTRATTUALE DELLA P.A.

1. Premesse	pag.	87
2. L'evoluzione storica: dalla negazione all'affermazione della responsabilità	»	90
3. Trattative e modalità di formazione del contratto	»	95
4. La natura giuridica della responsabilità precontrattuale	»	102
4.1. (<i>Segue</i>). Responsabilità precontrattuale e indennizzo <i>ex art. 21-quinquies</i> l. n. 241/1990	»	106
5. Il <i>quantum</i>	»	110
6. Considerazioni di sintesi	»	114

ENRICO MARIA MASTINU

SULLA C.D. INVALIDITÀ DERIVATA DEL CONTRATTO
DI LAVORO CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE
A SEGUITO DELL'ANNULLAMENTO O DELLA REVOCA
DELLA GRADUATORIA CONCORSUALE

1. Il tema: i vizi della procedura amministrativa di scelta del contraente e la sorte del contratto di lavoro	pag.	119
2. Tre premesse di metodo	»	122

3. Il quadro normativo	pag. 125
4. Annullamento o revoca della graduatoria concorsuale e invalidità del contratto di lavoro. La tesi della nullità. Critica	» 126
4.1. (<i>Segue</i>). Le ipotesi di nullità testuale del contratto di lavoro	» 131
5. (<i>Segue</i>). La tesi dell'inefficacia. Critica	» 133
6. (<i>Segue</i>). La soluzione preferibile: l'annullabilità del contratto di lavoro	» 135
7. Le i rimedi proposti dall'autonomia collettiva: la risoluzione del contratto di lavoro	» 140

SILVIA ORRÚ

L'INEFFICACIA DEL CONTRATTO AD EVIDENZA PUBBLICA
TRA VECCHI PROBLEMI E NUOVE SOLUZIONI NORMATIVE

1. Premessa. Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto stipulato <i>medio tempore</i> alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 e dal codice del processo amministrativo	pag. 143
2. L'inefficacia del contratto ad evidenza pubblica in caso di «gravi violazioni»	» 150
2.1. (<i>Segue</i>). La funzione sanzionatoria dell'inefficacia e le sanzioni alternative all'inefficacia	» 156
3. L'inefficacia del contratto ad evidenza pubblica «negli altri casi»	» 158
4. La tutela del ricorrente fra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente	» 162
5. L'inefficacia del contratto ad evidenza pubblica come categoria concettuale autonoma	» 167

NICOLETTA ORTU

ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE
E RISARCIMENTO IN FORMA SPECIFICA

1. Annullamento dell'aggiudicazione e soggetti lesi dal provvedimento	pag. 179
2. La posizione del concorrente illegittimamente pretermesso dalla gara alla luce del d.lgs. n. 53/2010 e del d.lgs. n. 104/2010	» 181
3. L'istituto della reintegrazione in forma specifica e la sua introduzione nel sistema della giustizia amministrativa con. il d.lgs. n. 80/1998	» 183
4. (<i>Segue</i>). La difficile configurazione dell'istituto nell'ambito del giudizio amministrativo	» 185
5. Dubbi sul carattere risarcitorio del rimedio. Le tesi sulla natura della reintegrazione in forma specifica	» 186
6. Reintegrazione in forma specifica e azione di adempimento	» 194
7. Reintegrazione in forma specifica e giudizio di ottemperanza	» 197
8. La tutela in forma specifica quale rimedio risarcitorio <i>ex artt.</i> 2058 c.c. e 12 del d.lgs. n. 53/2010. I requisiti della possibilità e della non eccessiva onerosità	» 200

- 8.1. (*Segue*). Le condizioni per la concessione della reintegrazione in forma specifica *ex* artt. 9 e 10 del d.lgs. n. 53/2010 (artt. 121 e 122 d.lgs. n. 104/2010) pag. 202

MARIA GIULIA PIRASTU
AGGIUDICAZIONE E CONTRATTO
MEDIO TEMPORE STIPULATO

1. Premessa pag. 207
2. L'annullamento dell'aggiudicazione avvenuto a contratto non ancora stipulato » 208
3. Contratto stipulato ma non ancora eseguito e contratto in corso di esecuzione: le ipotesi prospettate » 210
4. La caducazione *ex* art. 246 codice dei contratti pubblici e 125 3° co. del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, come soluzione ottimale » 223
5. Conclusioni » 229

MARIANNA RINALDO
LA CADUCAZIONE DEL CONTRATTO
AD EVIDENZA PUBBLICA

1. Impostazione della problematica pag. 231
2. Il concetto storico di caducazione del contratto » 234
3. L'evoluzione della tesi della caducazione. L'inefficacia del contratto » 239
4. La caducazione alla luce del codice dei contratti pubblici e del più recente codice del processo amministrativo » 244
5. La caducazione del contratto quale nuova figura normativa » 245

ELENA SEDDA
L'INEFFICACIA DERIVATA DEI CONTRATTI
DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

1. L'applicabilità alla p.a. delle regole di diritto privato. L'autonomia contrattuale della p.a. ed il limite della funzione pubblica pag. 255
2. L'evidenza pubblica » 256
3. La disciplina applicabile alle varie fasi del procedimento di formazione del contratto » 257
4. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 53/10: l'inefficacia del contratto ... » 258
5. Le posizioni *ante* riforma della dottrina e della giurisprudenza » 259
6. La sorte del contratto ad evidenza pubblica: il codice del processo amministrativo opta per l'inefficacia » 264
7. L'inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni » 265
7.1. (*Segue*). L'inefficacia del contratto in casi diversi dalle violazioni gravi » 268

8. Le sanzioni alternative	pag. 270
9. La natura dell'inefficacia	» 271
10. Brevi considerazioni conclusive	» 273

SABRINA SITZIA

UNA RIFLESSIONE SULLA SPECIALITÀ DEL DIRITTO DI ACCESSO
NEI CONTRATTI AD EVIDENZA PUBBLICA

1. Premessa	pag. 275
2. L'accesso ai documenti amministrativi nella contrattualistica pubblica	» 278
3. Una <i>speciale</i> ipotesi di accesso informale	» 287
4. Conclusioni	» 289

MANUELA TOLA

VICENDE SOGGETTIVE DELL'IMPRESA
E PARTECIPAZIONE ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO
DEI PUBBLICI APPALTI

1. Il problema della variabilità dell'impresa contraente o partecipante alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico	pag. 291
2. Il presupposto della modificazione soggettiva: la verifica dell'idoneità dell'impresa subentrante	» 296
3. Le ipotesi di subentro ammesse. Il principio di continuità dei rapporti giuridici	» 301
4. L'applicabilità dell'art. 51 del codice dei contratti pubblici ad ulteriori vicende dell'impresa	» 307

MANUELA TOLA

VICENDE SOGGETTIVE DELL'IMPRESA
E PARTECIPAZIONE ALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO
DEI PUBBLICI APPALTI

SOMMARIO: 1. Il problema della variabilità dell'impresa contraente o partecipante alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico. – 2. Il presupposto della modificazione soggettiva: la verifica dell'idoneità dell'impresa subentrante. – 3. Le ipotesi di subentro ammesse. Il principio di continuità dei rapporti giuridici. – 4. L'applicabilità dell'art. 51 del codice dei contratti pubblici ad ulteriori vicende dell'impresa.

1. *Il problema della variabilità dell'impresa contraente o partecipante alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico.*

Con l'art. 51 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, recante il cd. *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (d'ora in avanti Codice), il legislatore ha affrontato una volta per tutte il problema relativo alla variabilità della posizione di contraente o partecipante alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, ponendo fine ad una *vexata quaestio* che, in passato, ha fatto tanto discutere gli operatori del diritto ⁽¹⁾. Il dibattito si è incentrato essenzialmente sull'inter-

⁽¹⁾ Si rinvia, senza pretesa di esaustività, a G. VIRGA, *Le modificazioni soggettive nell'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1990; G. PRESTI, *Il divieto di cessione del contratto di appalto di opere pubbliche (art. 18, co. 2 della l. n. 55/1990) e la successione nei contratti ex artt. 2558 c.c.*, in *Contr. imp.*, 1993, 209; F. ASTONE, *Immutabilità del soggetto ammesso alla gara, trasformazione del tipo societario e fusione per incorporazione*, in *Riv. trim. app.*, 1994, 710; A. BIAGINI, *Subentro dell'impresa cessionaria d'azienda in corso di gara per l'aggiudicazione di pubbliche forniture*, in *Contr. st. enti pubbl.*, 1999, 80; P.A.M. CARBONE, *Cessione di ramo d'azienda e opere pubbliche*, in *Riv. trim. app.*, 1995, 23; M.B. CHITO, *La cessione di azienda in pendenza del procedimento per la scelta del contraente*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 377; A. VARLARO SINISE, *Cessione di ramo d'azienda: natura ed effetti nell'appalto di opere pubbliche*, in *Urb.*

pretazione della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. *Legge quadro sui lavori pubblici*) che, all'art. 35, consentiva al cessionario di azienda ovvero al soggetto risultante da operazioni di trasformazione, fusione e scissione di subentrare, previo consenso della stazione appaltante, nella posizione di contraente privato nel contratto di appalto di lavori pubblici.

Tale norma, nel riferirsi espressamente alla successione nel *contratto*, secondo la giurisprudenza amministrativa più risalente doveva considerarsi di stretta interpretazione in quanto derogativa del generale principio di immodificabilità del contraente – affermato rispetto al contratto pubblico dall'art. 18, 2° co., l. 19 marzo 1990, n. 55 – che ne rendeva possibile l'applicabilità ai soli casi da essa contemplati ed inerenti alla cd. fase privatistica dell'appalto relativa all'esecuzione dell'opera⁽²⁾. Le sue prescrizioni, pertanto, non potevano costituire una base normativa in grado di supportare ipotesi di modificabilità soggettiva dell'offerente o del privato concorrente rispetto alla stazione appaltante, non potendo interessare le vicende dell'impresa destinate a verificarsi durante lo svolgimento della gara, ossia nel corso della cd. fase pubblicistica finalizzata alla scelta del contraente⁽³⁾.

app., 1998, 939; B. DE ROSA, *Le problematiche connesse alla qualificazione delle imprese nelle gare di appalto a seguito delle operazioni societarie di fusione, incorporazione e cessione d'azienda*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, 3, 462; G. GIAMPAOLO, *La cessione del ramo d'azienda nelle more della procedura di gara*, in *Urb. app.*, 2000, 538; N. DI LEO, *Cessione d'azienda e subentro nel contratto d'appalto di forniture e servizi*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 135; S. SACCHETTO, *La cedibilità della posizione di concorrente in una gara d'appalto pubblica all'esito di fusione*, in *Contr. st. enti pubbl.*, 2003, 255; G. FISCHIONE, *La cessione dell'azienda e la partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici*, in *Giust. amm.*, 2004, 1287; M. GENTILE - A. VARLARO SINISI, *Art. 35 l. 109/1994: sua inapplicabilità all'affitto di azienda?*, in *Urb. app.*, 2004, 1101; F. ACERBONI, *Tra conferimento di azienda in società, cessione d'azienda e requisiti di partecipazione alla gara*, in *Contr. st. enti pubbl.*, 2005, 592; P. CORTESE, *La partecipazione alla gara dell'impresa derivante dalla fusione nel rispetto dei principi di trasparenza e di par condicio*, *ivi*, 455; G.M. LIGNANI, *Cessione d'azienda in corso di gara: la possibilità di subentro nella posizione di partecipante*, in *Foro amm. Cds*, 2005, 1, 183. Per la giurisprudenza si rinvia alle indicazioni di cui alle note successive.

⁽²⁾ Cons. Stato, Sez. II, parere 3 febbraio 1993, n. 53, in *Cons. Stato*, 1994, I, 1450; Cons. Stato, Sez. III, parere 5 luglio 1994, n. 649, *ivi*, 1996, I, 344; Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 1995, n. 761, *ivi*, 717; Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754, in *Urb. app.*, 2000, 537 e, in *Riv. giur. ed.*, 2000, I, 459. In dottrina, per il carattere eccezionale dell'art. 18, co. 2 l. 19 marzo 1990, n. 55, v. G. PRESTI, *op. cit.*, 212.

⁽³⁾ Cons. Stato, Sez. V, 11 febbraio 1999, n. 150, in *Foro amm.*, 1999, 324; Cons.

La rigidità di siffatta impostazione ha subito un primo temperamento da parte della giurisprudenza successiva che, pur negando la sussistenza di un principio generale in materia, ha ammesso che la cedibilità della posizione di partecipante alla gara debba essere valutata caso per caso, in considerazione delle circostanze concrete e tenendo conto della rilevanza o meno delle specifiche qualità soggettive dell'originario partecipante (4). Per cui, una volta venuta a conoscenza della modifica, l'Amministrazione non potrebbe esimersi dall'attivare un apposito *sub*-procedimento, inteso a valutare la posizione di chi aspira a subentrare all'impresa che ha originariamente preso parte alla gara (5).

Nell'ambito di tale ultima impostazione si è delineato un orientamento più permissivo che, negando qualsivoglia fondamento al carattere personale dei requisiti richiesti per l'aggiudicazione del contratto, ha affermato la totale irrilevanza, nella materia dei pubblici appalti, delle vicende soggettive relative ai partecipanti alla gara. Si è ritenuto, così, che prima dell'aggiudicazione definitiva della gara e del contratto, la variazione della persona dell'offerente o del privato contraente sarebbe sempre ammissibile a condizione che l'operazione da cui sca-

Stato, Sez. V, 10 febbraio 2000, n. 754, cit.; Cons. giust. sic., ord. 4 novembre 2004, n. 896; Cons. giust. sic., 29 settembre 2005, n. 636; Tar Campania - Napoli, Sez. I, 7 ottobre 1997, n. 2471, in *TAR*, 1997, I, 4479; Tar Trentino Alto Adige - Trento, 10 novembre 1997, n. 349, in *TAR*, 1998, I, 102; Tar Puglia - Lecce, Sez. II, 15 dicembre 1998, n. 829, *ivi*, 1999, I, 715; Tar Campania - Napoli, 25 febbraio 2003, n. 1701, in *Contr. st. enti pubbl.*, 2003, 254; Tar Calabria - Reggio Calabria, 12 febbraio 2004, n. 141, in *Foro amm. TAR*, 2004, 515; Tar Sicilia - Catania, Sez. I, 21 aprile 2005, n. 697.

(4) Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7802, in *Foro amm. Cds*, 2005, 181 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2002, n. 4940; Cons. giust. sic., 4 novembre 2004, n. 896, cit., secondo il quale ai fini della cedibilità della posizione di partecipante alla gara occorre valutare: a) il tipo di operazione societaria che è stata posta in essere; b) il tipo di appalto e la rilevanza o meno dell'*intuitus personae* oltre gli specifici requisiti che l'originario partecipante possiede e che non si ravvisino in capo al subentrante (in applicazione di tale principio è stata riconosciuta la legittimità dell'assenso al subentro in gara della società cessionaria dell'azienda appartenuta ad un soggetto partecipante alla stessa, atteso che la relativa operazione si era realizzata nell'ambito del medesimo gruppo societario ed era stato ceduto tutto il ramo di azienda che si occupava delle forniture oggetto della gara).

(5) Così, Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7802, cit., che ammette la possibilità che il subentro possa avvenire anche nella fase anteriore all'aggiudicazione definitiva, a conclusione della fase di verifica dell'anomalia delle offerte.

turisce la successione nel rapporto negoziale con l'Amministrazione appaltante, sia stata a questa comunicata in modo consentirle la verifica circa l'idoneità soggettiva del subentrante ⁽⁶⁾.

A sostegno di siffatta affermazione si è invocata innanzitutto la tendenziale attenuazione dell'elemento soggettivo nel contratto di appalto pubblico, rinvenibile proprio nell'art. 35, l. 11 febbraio 1994, n. 109 ⁽⁷⁾. Tale norma, infatti, sebbene riferita alla sola fase esecutiva dell'appalto sarebbe applicabile anche alla precedente fase dell'aggiudicazione, ritenendosi espressione di un principio generale la cui validità, in assenza di ostacoli di ordine normativo o fattuale, sarebbe destinata ad andare ben oltre la sfera degli appalti di lavori pubblici da essa espressamente contemplati, per investire anche quelli di fornitura di beni e servizi, ossia i cd. «appalti esclusi» di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158 ⁽⁸⁾.

Agli stessi fini, si è altresì richiamata l'ammissibilità, già sulla scorta della dir. 2004/18/CE, della circolazione oggettiva delle referenze degli operatori economici che, in quanto non strettamente attinenti alla sfera personale, possono essere utilizzate da diverso soggetto che sia in grado

⁽⁶⁾ Tar Puglia - Lecce, 2 aprile 2004, n. 2770; Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2003, n. 4151; Cons. Stato, Sez. IV, sent. 4 ottobre 1999, n. 1515; Tar Sicilia - Catania, Sez. I, 10 marzo 1997, n. 408, in *Foro amm.*, 1997, 3257. Siffatto principio trova giustificazione nell'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al precipuo fine di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti ed all'ulteriore scopo di impedire che tale verifica venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate.

⁽⁷⁾ Sul punto, la norma modificava l'art. 18, 2° co., l. n. 19 marzo 1990, n. 55 (a sua volta già sostituito dall'art. 12, l. 12 luglio 1991, n. 203), che prevedeva l'incidibilità del contratto a pena di nullità. V., tuttavia, l'art. 13, 5° co. *bis*, della stessa l. 109/94 che vietava qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee e dei consorzi rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

⁽⁸⁾ Cons. Stato, Sez. V, 24 aprile 2002, n. 2208, in *App. urb edil.*, 2002, 649. Nello stesso senso v., da ultimo, Tar Campania - Napoli, Sez. I, 27 dicembre 2010, n. 28051. In dottrina, cfr. N. DI LEO, *op. cit.*, 152; S. SACCHETTO, *op. cit.*, 257. La l. 11 febbraio 1994, n. 109 si riferiva al solo settore degli appalti pubblici, con conseguente esclusione di quelli di forniture o di servizi.

di dimostrarne l'effettiva disponibilità e provveda a darne comunicazione alla stazione appaltante (cd. principio dell'avvalimento) ⁽⁹⁾.

Sulla base delle suddette argomentazioni, l'impostazione in esame è riuscita nell'intento di dare un «affondo» al principio dell'immodificabilità assoluta dell'offerente, evitando quella pericolosa condizione di staticità che dalla sua rigida affermazione sarebbe derivata alla vita delle imprese. Queste, infatti, al fine di evitare l'esclusione dalla gara o dall'offerta sarebbero sicuramente indotte ad astenersi da qualsivoglia modificazione delle strutture organizzative, sovente rinunciando ad un più efficiente conseguimento dei propri fini produttivi che, su un piano generale, si ripercuoterebbe negativamente sullo sviluppo e sulla crescita dell'economia.

Il problema, allora, diventa quello di trovare un giusto compromesso tra l'interesse privato dell'impresa e l'interesse – sotteso al procedimento di evidenza pubblica – di garantire l'imparzialità in senso oggettivo e soggettivo delle gare per l'affidamento degli appalti pubblici ⁽¹⁰⁾.

Se la prima esigenza può trovare compiuta realizzazione prevalentemente nella libertà contrattuale delle imprese e nel valore della concorrenza, funzionali all'adeguamento dell'organizzazione produttiva alle mutevoli occorrenze del mercato la seconda, invece, risulta convenientemente soddisfatta dalla previsione del potere della pubblica Amministrazione di procedere al controllo e alla verifica circa la sussistenza dei necessari requisiti in capo al subentrante. Pertanto, una volta individuate le condizioni in presenza delle quali l'interesse pubblico può realizzarsi, non vi è più motivo di circoscrivere l'affermazione dell'interesse privato.

⁽⁹⁾ Cfr. artt. 47, 3° co., e 48, 4° co., dir. 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, ai sensi dei quali «un raggruppamento di operatori economici [...] può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti». Sul medesimo principio, che trova oggi espresso riconoscimento nell'art. 49 del codice, e sulla sua applicabilità alle modifiche soggettive dei partecipanti alla gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5197, in *Urb. app.*, 2008, 3, 361, con nt. De Carolis.

⁽¹⁰⁾ P. ALBERTI, *Le vicende soggettive del candidato, dell'offerente e dell'aggiudicatario*, in *Tratt. contr. pubbl.*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, t. II, Milano, 2008, 1240.

In questi termini, la libertà dell'impresa trova il suo limite fisiologico nella previsione dell'obbligo di comunicare all'Amministrazione l'occorrenza di una modifica soggettiva; l'obbligo, il cui inadempimento, ai sensi dell'art. 116 del codice, determina l'inefficacia, rispetto alla stazione appaltante, dell'operazione che ha dato luogo al trasferimento della posizione di concorrente o offerente ⁽¹¹⁾.

Sebbene la norma abbia l'intento di evitare che l'Amministrazione possa concludere il contratto con operatori economici che, non avendo partecipato alla gara, non abbiano subito la verifica circa il possesso dei requisiti di ordine generale, tecnico ed economico-finanziario richiesti dal bando ⁽¹²⁾, è innegabile come la stessa riesca, al contempo, a tutelare l'interesse alla continuità dell'organizzazione aziendale che, nel settore degli appalti pubblici, sembrerebbe integrare una garanzia del buon andamento dell'azione amministrativa ⁽¹³⁾.

2. *Il presupposto della modificazione soggettiva: la verifica dell'idoneità dell'impresa subentrante.*

Il punto di equilibrio propugnato dall'orientamento da ultimo esaminato ha trovato affermazione nell'art. 51 del codice che nel caso di cessione, affitto di azienda o di un suo ramo ovvero di trasformazione, fusione o scissione della società, posta in essere da parte dei candidati o dei concorrenti ad una gara per l'assegnazione di un appalto pubblico, consente al cessionario, all'affittuario ovvero al soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione di subentrare nella gara, nell'aggiudicazione o nella stipulazione, previo accertamento dei requisiti di ordine generale e speciale nonché di quelli necessari in base agli eventuali criteri selettivi indicati nel bando.

⁽¹¹⁾ Sull'applicabilità degli artt. 166-188 del codice alle fattispecie disciplinate dall'art. 51, cfr. D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese e disciplina dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2008, 366.

⁽¹²⁾ Cons. Stato, Sez. V, 23 luglio 2010, n. 4849; Tar Sardegna - Cagliari, 29 agosto 2003, n. 1047.

⁽¹³⁾ G. SALA, *Il subappalto e le altre modificazioni soggettive nell'appalto*, in *L'appalto di opere pubbliche*, a cura di R. Villata, Padova, 2001, 619.

La norma si applica a tutti i contratti disciplinati dal codice (lavori, servizi e forniture) oltre che ai contratti inclusi nei settori speciali⁽¹⁴⁾, e riguarda le variazioni delle persone dei «candidati», dei «concorrenti» e degli «aggiudicatari» che dovessero insorgere tra l'apertura della fase cd. pubblica del procedimento e la stipulazione del contratto, ossia nel lasso temporale in cui si susseguono le diverse fasi della pre-qualificazione, della presentazione delle offerte e dell'aggiudicazione⁽¹⁵⁾. La stessa, invece, non riguarda le modificazioni soggettive che si realizzano nel corso della cd. fase privata, ossia durante l'esecuzione del contratto, rispetto alle quali trova applicazione il già menzionato art. 116 del codice.

Negli anzidetti segmenti procedurali, la circolazione della posizione di concorrente od offerente, correlata ad una delle vicende contemplate dall'art. 51, risulta opponibile all'amministrazione solo previa instaurazione del *sub*-procedimento. La relativa iniziativa spetta al soggetto che intenda subentrare nella gara, il quale deve comunicare alla stazione appaltante la variazione soggettiva intervenuta, allegando la relativa documentazione.

Ricevuta la comunicazione, quest'ultima è tenuta a verificare l'idoneità del subentrante soprattutto in ordine alla sussistenza delle prescritte referenze⁽¹⁶⁾. Lo scopo del controllo, infatti, è fondamentalmente quello di accertare se il nuovo soggetto conservi i requisiti di ordine generale previsti dall'art. 38 del codice, oltre che quelli di ordine speciale relativi alla capacità professionale di cui all'art. 39, alla sussistenza di idonea qualificazione di cui all'art. 40, nonché alla ca-

⁽¹⁴⁾ Arg. *ex* art. 206 del codice dei contratti pubblici. Ricomprende nell'ambito di applicazione dell'art. 51 anche le gare per l'affidamento delle concessioni di opera pubblica e, nonostante l'esclusione disposta dall'art. 30, anche le concessioni di servizi, P. ALBERTI, *op. cit.*, 1243.

⁽¹⁵⁾ P. ALBERTI, *op. cit.*, 1243-1244, il quale sottolinea altresì come la rubrica dell'art. 51 del codice menzioni le vicende soggettive dei «candidati», dei «concorrenti» e degli «aggiudicatari», mentre la norma contenga un riferimento soltanto alle prime due categorie. Sul punto v. anche D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese, obblighi del partecipante e poteri della stazione appaltante*, in *Urb. app.*, 2009, 331. Ai sensi dell'art. 3, 23° e 24° co. del codice, l'«offerente» è l'operatore economico che ha presentato un'offerta mentre il «candidato» è l'operatore economico che ha chiesto di partecipare a una procedura ristretta o negoziata o a un dialogo competitivo. L'aggiudicatario, invece, è colui che si aggiudica un contratto di appalto pubblico.

⁽¹⁶⁾ Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2008, n. 6205 e 5 dicembre 2008, n. 6046.

pacità economica, finanziaria e tecnica prescritta, rispettivamente, dagli artt. 41 e 42.

Nel compiere la valutazione, la stazione appaltante deve altresì tenere conto delle specifiche clausole del bando o dell'avviso nonché della fase della procedura in cui è avvenuta la modificazione. A tale momento, infatti, devono rapportarsi i requisiti generali e speciali di partecipazione che dovranno essere semplicemente confermati dal subentrante, posto che le vicende organizzative delle imprese e delle società «non possono essere utilizzate a regime per integrare o addirittura acquisire requisiti non posseduti dall'impresa "cedente"»⁽¹⁷⁾.

Si comprende così la rilevanza pratica del relativo incombente il cui espletamento integra per l'Amministrazione un vero e proprio obbligo, funzionale non solo al perseguimento dell'interesse pubblico insito nella correttezza del procedimento, ma anche alla tutela della *par condicio* dei concorrenti e della continuità dell'impresa⁽¹⁸⁾.

Sotto quest'ultimo profilo, nel valutare la modificazione soggettiva l'Amministrazione non sembra godere di spazi di discrezionalità nel senso che, ove il subentrante sia in grado di comprovare la sussistenza dei requisiti richiesti, deve essere ammesso alla gara⁽¹⁹⁾. La mancata esecuzione della verifica da parte della stazione appaltante non può, perciò, tradursi in un'automatica esclusione dalla procedura di evidenza pubblica sicché al soggetto istante deve essere in ogni caso riconosciuta la possibilità di avvalersi delle referenze in possesso del partecipante originario⁽²⁰⁾.

Siffatte argomentazioni sono state sovente richiamate dalla giurisprudenza amministrativa al fine di ammettere il subentro nella gara di operatori interessati da vicende di mutamento della soggettività giuridica non ancora formalmente perfezionatesi secondo le regole del diritto societario. Al riguardo si è affermato che, poiché in questi casi

⁽¹⁷⁾ D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese e disciplina dei contratti pubblici*, cit., 368.

⁽¹⁸⁾ P. ALBERTI, *op. cit.*, 1250; D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese, obblighi del partecipante e poteri della stazione appaltante*, cit., 331.

⁽¹⁹⁾ P. ALBERTI, *op. cit.*, 1250; D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese, obblighi del partecipante e poteri della stazione appaltante*, cit., 332.

⁽²⁰⁾ Cons. Stato, Sez. V, 15 dicembre 2008, n. 6205; Cons. Stato, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 6046, in *Urb. app.*, 2009, 327.

non potrebbe prendere parte alla procedura né l'originario concorrente, oramai estinto o inattivo, né il nuovo soggetto, l'esclusione assumerebbe «evidenti connotati di irragionevolezza, sproporzione, distorsione della concorrenza» (21).

Ogni questione inerente al titolo di prosecuzione della gara deve allora rapportarsi anche alle problematiche inerenti al tipo di operazione posta in essere dalle parti la cui rilevanza, ai fini della spendibilità della variazione soggettiva, non può certamente apparire trascurabile (22). Di conseguenza, nel compiere il *sub*-procedimento non si potrà prescindere dalla valutazione globale della vicenda modificativa, finalizzata a soppesarne il maggiore o minore effetto pratico sul piano della continuità (in senso soggettivo e oggettivo) dell'attività di impresa.

Tale adempimento, d'altro canto, sembra trovare conferma nell'art. 51 del codice, ai sensi del quale l'attività di accertamento dei requisiti necessari deve realizzarsi «anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione». L'Amministrazione, pertanto, è tenuta innanzitutto a verificare che le modalità di volta in volta prescelte per dare corso alla modifica soggettiva consentano l'univoco accertamento del possesso dei suddetti requisiti anche da parte del nuovo soggetto (23). Inoltre, poiché la norma sembra voler estendere il controllo agli aspetti più strettamente civilistici del negozio traslativo o modificativo, il relativo accertamento dovrebbe tendere altresì all'individuazione dell'effettiva volontà in ordine all'oggetto del trasferimento o della variazione organizzativa (24).

La suddetta esigenza si manifesta in modo particolare nelle ipotesi in cui le parti intendano conseguire l'effetto di un trasferimento parziale del complesso aziendale, come nel caso di scorporo o cessione di ramo di azienda. In tali eventualità, si ritiene necessaria l'acquisizione,

(21) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5197, cit., 362, nel caso di specie si trattava del conferimento di un'impresa individuale in una srl, rispetto alla quale non si erano ancora definiti tutti gli adempimenti tra i quali, in particolare, quelli preordinati al concorso nella procedura di evidenza pubblica. Nello stesso senso, da ultimo, Tar Sicilia - Catania, Sez. IV, 23 marzo 2009, n. 529.

(22) Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5197, cit., 363.

(23) D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese e disciplina degli appalti pubblici*, cit., 368.

(24) P. ALBERTI, op. cit., 1250.

da parte della stazione appaltante, del relativo contratto la cui stipulazione non è di per sé sufficiente a conferire al nuovo soggetto la titolarità dei requisiti richiesti né a decretarne l'affidabilità in relazione alle specifiche caratteristiche dell'oggetto della gara ⁽²⁵⁾.

Non può perciò presumersi che l'impresa conferitaria o incorporante abbia la stessa idoneità ad operare nel settore dei pubblici appalti riconosciuta al concorrente originario al quale intende subentrare ⁽²⁶⁾. A tale scopo, occorrerà preliminarmente valutare se l'attività oggetto di trasferimento e la parte del complesso dei beni organizzati funzionale al suo esercizio, possano consentire al cessionario di continuare l'attività già esercitata dall'imprenditore trasferente ⁽²⁷⁾.

Ad una differente valutazione, invece, deve pervenirsi nell'ipotesi in cui, nel corso di una gara, una o più società concorrenti procedano alla fusione con un'altra società. Simile operazione, infatti, dando luogo all'assunzione dei diritti e degli obblighi della società incorporata o fusa, da parte della nuova società o della società incorporante, ne determina la continuazione dei rapporti giuridici eventualmente sussistenti rispetto all'Amministrazione appaltante ⁽²⁸⁾.

Quest'ultima, pertanto, si troverà nella condizione di dover proseguire la procedura di aggiudicazione già in essere, con un soggetto diverso per denominazione o forma societaria, ma nei cui confronti il rapporto giuridico instaurato con la partecipazione alla gara della società incorporata o fusa è destinato a proseguire senza alcuna modificazione sostanziale ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ V. la Determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici del 5 giugno 2002, n. 11, in G.U. n. 143 del 20 giugno 2002; Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2002 n. 4940, cit.; Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7802, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 211.

⁽²⁶⁾ Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2002, n. 4940, cit.

⁽²⁷⁾ Cfr. Determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici del 5 giugno 2002, n. 11, cit. Per l'insostituibilità dell'azienda rispetto all'esecuzione dei contratti che costituiscono oggetto di trasferimento *ex art. 2558 c.c.*, cfr. Cass., 25 gennaio 1979, n. 564, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 156.

⁽²⁸⁾ Sul punto, si rinvia al par. successivo.

⁽²⁹⁾ Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7276; Tar Lazio, Sez. I, 3 novembre 2009, n. 10719.

3. *Le ipotesi di subentro ammesse. Il principio di continuità dei rapporti giuridici.*

Nel consentire la modificazione soggettiva dei candidati o dei concorrenti, l'art. 51 del codice tutela l'interesse del ceto imprenditoriale a realizzare con la massima efficienza il riassetto organizzativo dell'impresa senza subire il pregiudizio derivante dallo svolgimento delle gare per l'aggiudicazione degli appalti pubblici⁽³⁰⁾. Vengono così in rilievo, rispetto alla stazione appaltante, le vicende relative all'organizzazione produttiva e alla natura giuridica del concorrente o dell'offerente, per effetto delle quali l'ammissione alla procedura, l'aggiudicazione o la stipulazione del contratto è subordinata alla verifica dei requisiti relativi al nuovo soggetto.

Tra le modificazioni *in progress* che possono legittimare il subentro nella posizione di concorrente od offerente, la norma contempla espressamente la cessione, l'affitto d'azienda o di un suo ramo, la trasformazione, la fusione e la scissione delle società.

Si tratta di fattispecie che, sebbene distinte sul piano formale, nella sostanza presentano la medesima valenza pratica insita nell'idoneità ad incidere «sulle potenzialità di sviluppo e sulla competitività dei soggetti che esercitano attività di impresa e talora sulla stessa loro sopravvivenza in un sistema economico sempre più complesso e globale»⁽³¹⁾. Risulta perciò quanto mai necessario consentirne l'attuazione in un'ottica che, privilegiando la dimensione oggettiva dell'impresa, garantisca non soltanto la conservazione dei diritti e degli obblighi ma anche la prosecuzione delle situazioni giuridiche ed economiche in atto o in potenza.

In questo modo trovano riconoscimento, anche nella materia della partecipazione alle gare pubbliche, le esigenze che fanno da sfondo al

⁽³⁰⁾ In questo senso v., da ultimo, Tar Lazio - Roma, Sez. III, 5 marzo 2009, n. 2279, che si richiama alla libertà contrattuale dell'impresa riconosciuta dall'art. 41 Cost. In precedenza, Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873 in *Dir. giust.*, 2006, 1981; Tar Sardegna - Cagliari, Sez. I, 29 agosto 2003, n. 1047, cit.; Tar Sardegna - Cagliari 7 febbraio 2003, n. 156; Tar Calabria - Reggio Calabria, 9 settembre 1998, n. 1023, in *I Tar*, 1998, I, 4263. In dottrina, cfr. N. DI LEO, op. cit., 153; G.M. LIGNANI, op. cit., 183.

⁽³¹⁾ Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5197, cit., p. 363.

principio di continuità dei rapporti giuridici formalizzatosi in seguito alla riforma delle società di capitali e menzionato espressamente nella rubrica dell'art. 2498 c.c. ⁽³²⁾.

Nel prevedere che «con la trasformazione l'ente trasformato conserva i diritti e gli obblighi e *prosegue in tutti i rapporti* anche processuali dell'ente che ha effettuato la trasformazione», la norma sembra voler affermare, quale effetto essenziale dell'istituto, la conservazione in capo ad un unico soggetto della titolarità delle proprie situazioni giuridiche ⁽³³⁾. Ne consegue che l'organizzazione dell'impresa può modificarsi senza necessità di una preventiva estinzione della precedente veste formale, che implicherebbe la risoluzione e la successiva ricostituzione dei rapporti giuridici in capo ad una nuova entità così come il disinvestimento e il contestuale reinvestimento, da parte della stessa, dei mezzi finanziari relativi all'iniziativa ⁽³⁴⁾.

Il medesimo principio trova accoglimento anche nella disciplina della fusione, come risulta chiaramente dall'art. 2504-*bis*, 1° co., c.c., ai sensi del quale «la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, *proseguendo in tutti i loro rapporti*, anche processuali, anteriori alla fusione».

Anche in questo caso, la dissoluzione, sotto il profilo soggettivo ed organizzativo, delle società che si fondono o vengono incorporate, non necessita di una definizione e successiva ricostituzione dei rapporti con i terzi. Questi continuano all'interno di un nuovo contesto giuridico rappresentato dalla società che risulta dalla fusione o incorporante alla quale, pertanto, andranno imputati gli effetti discendenti dalla partecipazione alla gara ⁽³⁵⁾.

⁽³²⁾ In questo senso, Cons. Stato, Sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5197, cit., 363.

⁽³³⁾ Sul punto, cfr. A. CETRA, *Le trasformazioni «omogenee» ed «eterogenee»*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, Torino, 2007, 4, 136; P. JAEGER, F. DENOZZA, A. TOFFOLETTO, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 2010, 567 ss.

⁽³⁴⁾ Sul punto cfr. A. BELLO, *Appunti in tema di trasformazione riformata*, in *Riv. not.*, 2004, I, 939; G. MARASÀ, *Nuovi confini delle trasformazioni e delle fusioni nei contratti associativi*, in *Contratti associativi e impresa. Attualità e prospettive*, Padova, 1995, 211 *sub* nt. 24.

⁽³⁵⁾ M. PERRINO, *sub* art. 2504-*bis*, in *Società di capitali, Commentario* a cura di G. Niccolini, A. Stagno d'Alcontres, vol. 3, Napoli, 2004, 1934. In giurisprudenza v., da

Si realizza, così, una modificazione del contratto sociale funzionale all'evoluzione della struttura societaria e della sua organizzazione, da attuarsi secondo modalità atte a consentire la continuazione dell'attività.

È questo, del resto, il tratto comune anche al fenomeno inverso alla fusione, ossia la scissione di cui, quantomeno sul piano dell'organizzazione, risulta oramai largamente condivisa la natura modificativa⁽³⁶⁾. È pacifico, infatti, che il frazionamento del patrimonio e la sua successiva imputazione ad una o più società «non costituisce il fondamento di una interruzione del legame impresa-azienda (o ramo di azienda), ma solo una sua nuova e diversa organizzazione»⁽³⁷⁾. Le società beneficiarie, infatti, provvedono a conformare il proprio statuto in modo

ultimo, Cass. 22 marzo 2010, n. 6845, che considera l'istituto «una mera modifica che lascia sopravvivere tutte le società partecipanti alla fusione, sia pure con un nuovo assetto organizzativo reciprocamente modificato, e senza alcun effetto successorio ed estintivo».

⁽³⁶⁾ La qualificazione giuridica della scissione rappresenta un tema particolarmente dibattuto. Ad un primo orientamento che ravvisa nell'istituto un'ipotesi di successione delle società beneficiarie nei rapporti giuridici della società scissa (così, Cass. 27 aprile 2001, n. 6143), si contrappone quell'impostazione che inquadra lo stesso nell'ambito delle modificazioni del contratto sociale (A. SERRA, in A. SERRA, M.S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società*, Torino, 1994, 204; CIVERRA, *Le operazioni di fusione e scissione*, Milano, 2003, 199; M. IRRERA, voce *Scissione delle società*, in *Digesto comm.*, XIII, Torino, 1996, 269; P. LUCARELLI, *La scissione di società*, Torino, 1999, 92 ss.; ID., *Scissione e circolazione dell'azienda*, in *Il nuovo diritto delle società*, diretto da P. Abbadessa e G.B. Portale, vol. 4, Torino, 2007, 442 ss.; Cass. 11 dicembre 2000, n. 15599, in *Notariato*, 2000, 275). Non mancano, tuttavia, quanti ritengono che entrambe le interpretazioni conservino una loro validità a seconda dell'ottica di considerazione dell'istituto. Si afferma così, che mentre con riguardo all'organizzazione societaria la scissione svolgerebbe una funzione modificativa, con riguardo alla destinazione del patrimonio, invece, la stessa avrebbe natura traslativa (G. OPPO, *Fusione e scissione delle società secondo il d. leg. 1991 n. 22: profili generali*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, 507; U. BELVISO, *La fattispecie della scissione*, in *Giur. comm.*, 1993, I, 538; M. MAUGERI, *L'introduzione della scissione di società nell'ordinamento italiano: prime note sull'attuazione della VI^a direttiva CEE*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 746; A. MAGRÌ, *Natura ed effetti delle scissioni societarie: profili civilistici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 12; A. PICCIAU, *Scissione di società e trasferimento di azienda*, in *Riv. soc.*, 1995, 1201; ID., *sub art. 2506*, in *Commentario alla riforma delle società*, diretto da P.G. Marchetti, L.A. Bianchi, F. Ghezzi, M. Notari, *Trasformazione - Fusione - Scissione*, artt. 2498-2506-*quater*, Milano, 2006, 1040 ss.

⁽³⁷⁾ P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., 452-453.

da consentire, attraverso l'organizzazione originaria modificata, la prosecuzione dell'attività svolta dalla società scissa⁽³⁸⁾.

Si assiste, così, ad un'ulteriore manifestazione del principio di continuità dei rapporti giuridici che, a dispetto di qualsivoglia formula sacramentale, risulta pacificamente connaturato alla scissione così come alla trasformazione e alla fusione⁽³⁹⁾. La sua applicazione evita il prodursi di qualsivoglia fenomeno estintivo, sia in relazione al soggetto sia in relazione all'oggetto dell'attività, di cui viene legittimata la prosecuzione seppure nell'ambito di un differente schema organizzativo.

Su un diverso piano formale si pone, invece, l'ipotesi del trasferimento dell'azienda o di un suo ramo contemplata sempre nell'art. 51 del codice⁽⁴⁰⁾.

Tale fattispecie, cui il legislatore nell'art. 2112, 5° co., c.c. assimila la fusione⁽⁴¹⁾, viene sovente accostata dalla dottrina alla scissione che di essa condivide l'effetto circolatorio del complesso di beni costituen-

⁽³⁸⁾ A. SERRA, *op. cit.*, 204, il quale ravvisa nella deliberazione di scissione «lo strumento per garantire la prosecuzione dell'attività della società che si scinde anche attraverso l'integrazione dei contratti delle diverse società».

⁽³⁹⁾ Così, P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., 453, la quale evidenzia la diversa terminologia usata dal legislatore nell'art. 2498 c.c. e nell'art. 2504-bis c.c. – da giustificarsi in ragione del riferimento, rispettivamente, all'ente trasformato e alla società risultante dalla fusione – ed il mancato richiamo dell'art. 2504-bis c.c. nella disciplina della scissione «che si spiega solo per la non adeguatezza della relativa formulazione».

⁽⁴⁰⁾ La norma, nel considerare anche l'affitto dell'azienda o di un suo ramo, si è conformata all'orientamento interpretativo formatosi relativamente all'applicazione dell'art. 35, l. 109/94, nelle determinazioni della giurisprudenza (v. Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873, *cit.*) e dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, secondo la quale «la disciplina di cui all'art. 35 della legge 11 febbraio 1994, n.109 e s.m., pur facendo esclusivo riferimento alla cessione d'azienda, in virtù della equiparazione effettuata, ai fini della disciplina applicabile, dall'articolo 2558 c.c. tra la cessione d'azienda e le fattispecie ad essa assimilate dell'affitto e dell'usufrutto, deve intendersi riferita anche all'affitto di ramo d'azienda» (v. Deliberazione del 18 dicembre 2001, n. 422 e 5 settembre 2001, n. 301, reperibili su *www.avcp.it.*)

⁽⁴¹⁾ P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., 453, *sub* nt. 27, secondo la quale l'assimilazione della cessione d'azienda alla fusione, operata dalla norma sotto il profilo del mutamento della titolarità di un'attività economica organizzata, non deve affatto stupire. Infatti, «al di là della tecnica utilizzata, il legislatore ha inteso introdurre una disciplina speciale concernente il settore dei rapporti di lavoro con riferimento, fra gli altri, al profilo dei crediti vantati dal lavoratore».

ti l'azienda (42). Tuttavia, mentre fusione e scissione risultano improntate al principio di continuità dei rapporti giuridici, la cui applicazione, come si è già visto, rende possibile la prosecuzione dell'attività nell'ambito di una differente struttura organizzativa, la fattispecie in esame determina una successione «nella titolarità di un'attività economica organizzata», ossia di un complesso di beni atto a consentire lo svolgimento di una determinata attività di impresa. Conseguentemente, ferme le strutture e l'unicità organizzativa, cambia il soggetto cui vanno imputati i relativi effetti (43).

In linea generale, il mutamento che investe la titolarità dell'impresa non assume rilievo di fronte all'insostituibilità dell'azienda che, nella sua dimensione oggettiva, rimane sempre la stessa (44). Infatti, al trasferimento del complesso di beni che la compongono, segue come effetto *ex lege* il trasferimento dei rapporti giuridici che ne determinano l'inerenza al compendio aziendale (45).

L'acquirente subentra nei rapporti sorti in capo all'alienante in virtù dell'attitudine produttiva dell'azienda che ne rappresenta non solo la ragione giustificatrice ma anche di regola lo strumento necessario alla loro esecuzione. Per questo motivo, la fattispecie ricorre normalmente solo ove nel trasferimento vengano ricompresi *assets* in grado di consentire all'acquirente l'esercizio dell'attività di impresa (46).

(42) Senza pretesa di esaustività si rinvia a G. PALMIERI, *Scissione di società e circolazione dell'azienda*, Torino, 1999; G. SCOGNAMIGLIO, *Sulla «circolazione» dell'azienda per scissione*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, 443; ID., *Scissione e trasferimento d'azienda: il profilo degli effetti*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 7**, 2, Torino, 2004, 264; A. PICCIAU, *Scissione di società*, cit., 1192 ss.; ID., *La scissione come negozio produttivo di effetti traslativi e la fattispecie del trasferimento di azienda: appunti in margine a recenti interventi della giurisprudenza e della dottrina*, in *Riv. soc.*, 1999, 1413.

(43) Cfr. Cass. 2 settembre 2010, n. 19000, in *Lavoro nella giur.*, 2010, 1139.

(44) Sul punto, G. PRESTI, *op. cit.*, p. 215.

(45) Sebbene i rapporti giuridici che fanno capo all'imprenditore si collochino all'esterno del nucleo aziendale, è pacifico che gli stessi pertengano ed accedano all'azienda ponendosi rispetto ad essa in una posizione di strumentalità. Sul punto, cfr. G. COTTINO, *L'imprenditore, Diritto commerciale*, vol. 1, t. 1, Padova, 2000, 230-231.

(46) In generale sul punto, cfr. Cass. 9 dicembre 2005, n. 27286; Cass. 23 luglio 2002, n. 10761; Cass. 28 aprile 1998, n. 4319; Cass. 17 aprile 1996, n. 3627; Cass. 21 ottobre 1995, n. 10993. La dottrina è concorde nel ritenere che perché si abbia trasferimento di azienda occorre adottare un criterio oggettivo «rappresentato dalla permanenza, nel complesso trasferito, dei beni essenziali per l'attuazione del progetto

La vicenda traslativa riguarda anche le situazioni giuridiche in essere o destinate ad evolversi ulteriormente, nelle quali «può esplicitarsi l'idea organizzativa dell'imprenditore»⁽⁴⁷⁾. Questi può efficacemente realizzarla avvalendosi dell'azienda acquisita la quale, in seguito al trasferimento, non risulta interessata da un fenomeno di sostituzione ma subisce un mero passaggio sul piano dell'utilizzazione che finisce per imputarsi ad un soggetto diverso⁽⁴⁸⁾.

Non vi è quindi ragione per impedire a chi acquisisce l'azienda di subentrare eventualmente nella gara, atteso che nel campo delle opere pubbliche la scelta del contraente, lungi dal ricadere sulle qualità personali dell'appaltatore, avviene sempre in base alla convenienza economica dell'offerta formulata. Conseguentemente, ogni verifica della relativa serietà non potrà prescindere dalla valutazione della consistenza dei mezzi e dei rapporti giuridici trasferiti e, dunque, dall'attitudine dell'organizzazione a stipulare ed eseguire un eventuale contratto d'appalto in caso di aggiudicazione della gara⁽⁴⁹⁾.

aziendale, idonei a mantenere inalterata la natura e qualità dei beni e servizi prodotti e/o intermediati, mentre resta irrilevante l'esclusione dal trasferimento di elementi atti solo a ridurre i costi o ad incrementare la produttività, e quindi incidenti solo sulla redditività e, quindi, sul valore dell'azienda». Così, F. MARTORANO, *L'azienda*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. Buonocore, Torino, 2001, 572. V. anche G. COTTINO, *L'imprenditore*, cit., p. 237; G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Tratt. di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. 1, Padova, 2001, 632.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. F. MARTORANO, *op. cit.*, 570. In giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. VI, 29 novembre 2004, n. 7802, cit., 178.

⁽⁴⁸⁾ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 aprile 2006, n. 1873, cit.

⁽⁴⁹⁾ Cfr. F. ANCORA, *sub artt. 35 e 36*, in *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, a cura di A. Carullo e A. Clarizia, II, Padova, 2001, 1626. Osserva come nel settore degli appalti pubblici, l'interesse al buon andamento dell'azione amministrativa sia garantito anche dall'organizzazione dell'appaltatore, G. SALA, *op. cit.*, 619. Sul punto merita di essere segnalata la decisione di Tar Sicilia - Catania, 21 aprile 2005, n. 706, in *Foro amm. Tar*, 2004, I, 1269, che ha dichiarato nullo un contratto di cessione di ramo d'azienda avente ad oggetto «non già (...) un complesso organizzato di beni e persone dotato di autonomia produttiva» bensì soltanto «l'avviamento inteso come attitudine, *rectius*, capacità a stipulare contratti di appalto nel ramo di cui alla qualificazione SOA» riferita alla cedente. V. anche A. CIANFLONE, G. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 353, i quali osservano che la cessione di ramo d'azienda impone all'Amministrazione «accurate verifiche circa il suo effettivo ricorrere, onde impedire che per suo tramite si miri ad eludere il divieto di cessione del singolo rapporto inerente all'effettuazione dei lavori pubblici».

4. *L'applicabilità dell'art. 51 del codice dei contratti pubblici ad ulteriori vicende dell'impresa.*

L'elemento comune alle fattispecie contemplate dall'art. 51 del codice, insito nella modificazione soggettiva dei concorrenti o dei partecipanti alla gara, consente di fare luce sulle possibili ricadute che talune altre vicende dell'impresa potrebbero avere sulle procedure di evidenza pubblica. Si consideri, infatti, che le operazioni di trasformazione, fusione e scissione non esauriscono il novero delle modificazioni organizzative degli organismi produttivi, così come la cessione e l'affitto dell'azienda o di un suo ramo non rappresentano le uniche evenienze da cui può scaturire la circolazione dei complessi produttivi.

Risulta perciò quanto mai opportuno individuare il «fisiologico» ambito di applicazione della norma al fine di stabilire se la stessa debba ritenersi rigidamente limitata alle fattispecie espressamente previste o se ne sia consentita l'estensione al di là di esse.

Il riferimento dell'art. 51 del codice a fattispecie che determinano la modifica delle persone dei concorrenti o dei partecipanti alle procedure di affidamento degli appalti pubblici porta ad escludere dalla relativa previsione tutte le vicende della vita dell'impresa che, essendo prive di riflessi sulla dimensione soggettiva, formalmente non pongono alcun problema di «subentro» nella partecipazione alla gara.

Tra queste va considerato, innanzitutto, il mutamento della ragione o della denominazione sociale che, comportando soltanto la variazione dell'elemento identificativo dell'impresa, non ha alcuna incidenza sulla sua natura e sulla sua struttura⁽⁵⁰⁾. Del pari, deve escludersi ogni rilevanza anche del trasferimento della partecipazione totalitaria o di controllo, il cui compimento non vale certo a modificare il centro di imputazione dell'attività d'impresa (e dei rapporti giuridici che ne conseguono) né la struttura organizzativa deputata al suo svolgimento.

Alla medesima conclusione dovrebbe pervenirsi anche rispetto alla creazione, da parte della società concorrente o partecipante alla gara, di un patrimonio destinato, ai sensi dell'art. 2447-*bis* e ss. c.c., comprensivo dei beni e delle utilità tecniche funzionali all'esecuzione del-

⁽⁵⁰⁾ P. ALBERTI, *op. cit.*, 1245; D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese, obblighi del partecipante e poteri della stazione appaltante*, cit., 332.

l'opera in ipotesi di aggiudicazione dell'appalto. La fattispecie, infatti, pur configurandosi come una modalità di «riorganizzazione dell'impresa»⁽⁵¹⁾, non ne determina il mutamento sotto il profilo soggettivo, risolvendosi in una mera separazione, nell'ambito di un unico patrimonio, di beni sociali e rapporti già in essere «con vincolo degli stessi a beneficio di diverse categorie di creditori»⁽⁵²⁾.

Non integrando ipotesi di circolazione della posizione assunta rispetto alla gara, le vicende appena esaminate dovrebbero essere oggetto di mera comunicazione alla stazione appaltante «che potrà pretendere, ad esempio la voltura dei contratti ovvero delle garanzie di esecuzione dell'appalto»⁽⁵³⁾. La stessa, invece, a rigore, non dovrebbe essere tenuta all'attivazione del *sub*-procedimento inteso all'accertamento dei requisiti generali e speciali, non essendo formalmente occorso alcun mutamento soggettivo del concorrente o del partecipante alla gara, tale da modificare l'esito della prequalificazione.

Siffatta conclusione, se può ritenersi valida per il caso di modifica della ragione o della denominazione sociale, risulta certamente incongrua in riferimento alle altre due ipotesi. Le variazioni della compagine sociale o la segregazione patrimoniale, infatti, sebbene non incidenti sulla dimensione soggettiva dell'impresa, nel rapporto con la stazione appaltante possono avere un effetto dirompente pari a quello di una cessione di azienda ovvero di un'operazione di trasformazione, fusione o scissione di società⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ P. LUCARELLI, *Scissione e circolazione dell'azienda*, cit., 444.

⁽⁵²⁾ Così M. RUBINO DE RITIS, *La costituzione dei patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Il nuovo diritto delle società*, cit., 1, 818. In generale sull'istituto cfr. A.D. SCANO, *Gli atti estranei allo specifico affare*, Torino, 2010.

⁽⁵³⁾ Cfr. D. DE CAROLIS, *Vicende soggettive delle imprese, obblighi del partecipante e poteri della stazione appaltante*, cit., 332, il quale ritiene che la comunicazione sia funzionale ad «evitare le spiacevoli conseguenze o ritardi ad esempio nell'ipotesi di escussione della cauzione ovvero nei confronti dei terzi».

⁽⁵⁴⁾ Va rilevato come i riflessi delle due fattispecie siano stati oggetto di attenta valutazione da parte del legislatore che, nel prevederne la disciplina, ha riconosciuto forme di tutela dei soci e dei terzi realizzabili a diversi livelli. Cfr. art. 2497-*quater*, 1° co., lett. c) c.c., che riconosce al socio di una società soggetta a direzione e coordinamento di un'altra società, il diritto di recesso «all'inizio ed alla cessazione dell'attività di direzione e coordinamento, quando non si tratta di una società con azioni quotate in mercati regolamentati e ne deriva un'alterazione delle condizioni di rischio dell'investimento e non venga promossa un'offerta pubblica di acquisto». Per le so-

Il passaggio del controllo azionario, in considerazione del mutamento della struttura del capitale ovvero della composizione degli organi amministrativi o direttivi che ne rappresentano la normale conseguenza, sul piano effettuale, può comportare il conseguimento di un risultato economico sostanzialmente coincidente con la cessione dell'azienda⁽⁵⁵⁾. La sua realizzazione, pertanto, può influire sulla sussistenza dei requisiti soggettivi del concorrente o del partecipante alla gara, che sono aspetti bisognevoli di controllo durante tutto il corso della procedura di affidamento dell'appalto⁽⁵⁶⁾.

In una simile evenienza, non può revocarsi in dubbio la necessità di un'ulteriore verifica dell'Amministrazione intesa a valutare se l'inseadimento del nuovo socio di maggioranza possa negativamente riflettersi su quei requisiti di affidabilità e moralità dell'impresa che esulano da qualsivoglia aspetto tecnico⁽⁵⁷⁾.

Analogo controllo si ritiene opportuno anche in relazione alla fattispecie di cui all'art. 2447-*bis* c.c. che, comportando l'isolamento del complesso dei beni destinati alla realizzazione dell'opera in caso di aggiudicazione della gara, oltre che una limitazione della responsabilità per l'esecuzione del relativo contratto, sul piano funzionale, si rivela

cietà quotate, si rinvia all'artt. 106 ss. Tuf, che prevede l'attivazione dell'opa obbligatoria a beneficio degli azionisti di minoranza in caso di trasferimento di una partecipazione superiore al 30% di una società con titoli ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato italiano, rappresentata da azioni dotate del diritto di voto nelle deliberazioni di nomina o revoca degli amministratori o del consiglio di sorveglianza. V. altresì l'art. 2447-*ter* c.c. che riconosce ai creditori il diritto di opporsi alla costituzione del patrimonio destinato nel termine di 60 giorni dall'iscrizione della relativa deliberazione nel registro delle imprese.

⁽⁵⁵⁾ n questo senso cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, 151; G.E. COLOMBO, *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. III, Padova, 1979, 191 ss.; G. PRESTI, *op. cit.*, 228.

⁽⁵⁶⁾ Sul punto, Tar Sicilia - Catania, 8 febbraio 2007, n. 221.

⁽⁵⁷⁾ G.M. LIGNANI, *op. cit.*, p. 192, la quale osserva come nessuno abbia mai messo in dubbio che le modificazioni che possono intervenire nella struttura azionaria «possano essere oggetto di una nuova verifica da parte dell'Amministrazione al fine di valutare la necessità di una esclusione o meno» dalla procedura di affidamento degli appalti pubblici. In generale, sui riflessi negativi che le modificazioni dei concorrenti o partecipanti alla gara possono avere sulla qualificazione soggettiva formulata in sede di prequalificazione, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5511, in *Foro amm.*, 2001, 2815.

equivalente alla costituzione di una nuova società⁽⁵⁸⁾. Per questo motivo, la relativa operazione non può sottrarsi ad una verifica che, focalizzandosi sulla consistenza organizzativa e produttiva dei beni e dei rapporti destinati alla specifica attività, sia intesa a valutare la persistenza o meno dei requisiti tecnici individuati nella fase di prequalificazione.

La prospettata opportunità di un nuovo accertamento dei requisiti generali e speciali, in conseguenza del compimento delle operazioni esaminate, evidenzia il ruolo fondamentale dell'amministrazione quale controparte di un rapporto in cui le vicende dell'impresa sono destinate ad intersecarsi con la gestione delle risorse pubbliche. In tale contesto, si ritiene che l'art. 51 del codice debba fungere da parametro di riferimento generale anche al di fuori dei suoi confini applicativi, riconoscendogli una forza attrattiva rispetto a tutte quelle ipotesi che, pur non integrando i presupposti formali delle fattispecie regolate, nella sostanza potrebbero dare luogo ad una circolazione anomala della posizione di partecipante alla gara⁽⁵⁹⁾.

Quanto appena osservato non sembra porsi in contrasto con l'orientamento interpretativo dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, secondo la quale l'art. 51 del codice contiene «ipotesi tassative, di stretta applicazione perché derogatorie del principio di non modificazione del contraente individuato con procedura ad evidenza pubblica»⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁸⁾ V. A. MAFFEI ALBERTI, *sub art. 2447-ter*, in *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, vol. II, Padova, 2005, 1678. Poiché ai patrimoni destinati non è stata attribuita una soggettività giuridica distinta da quella della società quest'ultima resta l'unico centro di imputazione dei rapporti giuridici confluiti nelle varie articolazioni patrimoniali. Sul punto, cfr. B. INZITARI, *I patrimoni destinati ad uno specifico affare*, in *Società*, 2003, 300; ID., *I patrimoni destinati ad uno specifico affare (art. 2447 bis, lett. a)*, in *Contr. imp.*, 2003, 164 ss.; C. COMPORZI, *sub art. 2447 bis - 2447 novies*, in *La riforma delle società. Le nuove leggi del diritto dell'economia*, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003, 958 ss.

⁽⁵⁹⁾ Sotto questo profilo la norma merita una rilettura che tenga conto del fatto che il passaggio del controllo societario ovvero la frammentazione del patrimonio e la destinazione ad attività diverse pur nello stesso ambito formale della soggettività giuridica potrebbero celare degli intenti fraudolenti maggiori di quelli perseguibili mediante la realizzazione di canoniche operazioni di circolazione e riorganizzazione dell'impresa.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Deliberazione del 28 giugno 2007, n. 220.

Il senso di tale affermazione, infatti, non pare essere quello impedire l'estensione della norma (*rectius* degli effetti derivanti dalla sua applicazione) alle operazioni che per le modalità di realizzazione dovrebbero collocarsi al di fuori del suo ambito, bensì quello di limitare alle sole ipotesi espressamente previste i casi di subentro nella procedura di gara.

Se siffatta interpretazione dovesse rivelarsi corretta, la modificazione soggettiva dell'offerente o del partecipante dovrebbe escludersi nel caso di trasferimento dell'azienda *mortis causa*, eventualità consentita dall'art. 2565 c.c.

Rispetto a tale ipotesi, infatti, non risultano ancora ben definiti i limiti di applicabilità della disciplina della cessione di azienda e, quindi, la conseguente riconducibilità alla previsione degli artt. 2556 ss. c.c. ⁽⁶¹⁾. Indubbia, però, è la coincidenza funzionale tra le due fattispecie e, segnatamente, l'effetto circolatorio del complesso aziendale e delle relative situazioni giuridiche, quali la posizione nella gara per l'affidamento di un appalto pubblico.

Ciononostante, ai sensi dell'art. 51 del codice, il cessionario può subentrare al cedente nella procedura di evidenza pubblica mentre analoga possibilità non può essere riconosciuta all'erede che intenda proseguire l'attività del *de cuius*.

Tale situazione sconta i limiti del richiamato orientamento restrittivo che, ancorandosi rigidamente al dato formale, in nome di una (forse eccessiva) affermazione dell'interesse pubblico, sembra trascurare il fatto che l'impresa è una realtà fisiologicamente proiettata verso la continua ricerca di soluzioni di adattamento al mercato e che in un contesto economico sempre più dinamico e competitivo, la possibilità di operare mutamenti soggettivi nel corso delle gare per l'affidamento degli appalti pubblici consente di coniugare la libertà di iniziativa economica con l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione agli appalti ⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Risulta pacifica, invece, l'applicabilità degli artt. 2556 ss. c.c. al trasferimento coattivo dell'azienda che avvenga in esito ad esecuzione forzata, con eccezione della norma relativa alla successione dei debiti aziendali. In arg., si rinvia a F. MARTORANO, op. cit., 571 ss.

⁽⁶²⁾ Tar Umbria, 3 settembre 2003, n. 718, reperibile all'indirizzo www.giustizia-amministrativa.it.

Il tutto anche nell'ottica di «conservazione dei valori giuridici e di economia delle attività», che si rivela oramai un'esigenza insopprimibile nella gestione degli organismi produttivi e per il benessere del mercato ⁽⁶³⁾.

⁽⁶³⁾ Tar Lombardia - Milano, Sez. III, 23 maggio 2006, n. 1234, reperibile all'indirizzo *www.giustiziamministrativa.it*.

IL GIURISTA EUROPEO

Collana diretta da Luigi Garofalo

PERCORSI FORMATIVI

1. V. MANNINO (a cura di), *Strutture e forme di tutela contrattuali*, 2004.
2. L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Saggi*, 2005.
3. P. LAMBRINI, *La novazione. Lineamenti romanistici e dottrine attuali*, 2006.
4. L. VACCA, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, 2006.
5. C.A. CANNATA, *L'inadempimento delle obbligazioni*, 2008.
6. L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, 2008.
7. L. VACCA, *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, 2010.
8. P. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correttezza*, 2010.
9. L. GAROFALO, *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, 2011.

APPROFONDIMENTI TEMATICI

1. A. RODEGHIERO, *L'imputazione del pagamento. Fondamenti e disciplina*, 2005.
2. L. MANNA, *La disciplina del commercio elettronico*, 2005.
3. L. GAROFALO (a cura di), *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, 2006.
4. A. BURDESE, *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, 2007.
5. L. MANNA, *Le obbligazioni 'propter rem'*, 2007.
6. E. BILOTTI, *La confusione di debito e di credito*, 2008.
7. C. CICERO (a cura di), *Contratto pubblico e principi di diritto privato*, 2011.