

Appalto di servizi

Controlli e monitoraggio del Comune verso gli appaltatori di un servizio

di Alberto Pierobon - Assessore all'Energia e pubblica utilità della Regione Siciliana

L'attività di controllo e monitoraggio di un servizio pubblico può costruirsi e leggersi sotto vari punti di vista. Le metodologie utilizzabili e/o richiamabili sono varie, ma esse possono prestarsi - essere volte - ad artificiosità tese, ad esempio, a "scudare" l'attività fraudolenta posta in essere non solo dal gestore, ma pure dal controllore. Qui si esamina la tematica sotto il profilo metodologico e giuridico, come pure contrattuale e, infine, negli eventuali risvolti di responsabilità disciplinare, erariale e penale.

Comportamenti amministrativi e penali: cenni

In sede penale, un comportamento amministrativo discrezionale (1) anche se formalmente regolare può essere controllato *ex post*. Mentre per il giudice amministrativo la valutazione deve risultare immune da vizi logici, da manifesta erroneità o da sviamento (2), per il giudice penale si devono ricostruire le "vicende" amministrative per come esse si sono svolte "storicamente" (3).

Qui ci si deve allora chiedere: quanto attenta e imparziale è stata l'attività svolta dai funzionari preposti al servizio? v'è stato un uso distorto della

discrezionalità amministrativa? un pregiudizio all'imparzialità e alla correttezza delle valutazioni? una valutazione disinteressata della situazione concreta? c'è stato (o non) un inquinamento ai procedimenti posti in atto? c'è stata (o non) una soggezione del pubblico nei confronti del privato? i funzionari hanno agito e/o operato con trasparenza nell'interesse esclusivo del Comune?

Controlli da parte del funzionario comunale su un servizio appaltato: metodologia

Nell'ambito di una qualsivoglia ricostruzione fattuale bisogna chiedersi se ciò che è reale corrisponde

(1) Sulla differenza tra attività vincolata e discrezionale che porta al sindacato sulla discrezionalità (e alla delimitazione della riserva di amministrazione: cfr. il "merito amministrativo" e quindi i "limiti" del sindacato) abbiamo: 1) la c.d. discrezionalità tecnica (vincolata); 2) il giudizio sul silenzio (l'obbligo di provvedere); 3) l'evoluzione del giudicato amministrativo (cfr. l'istituto dell'ottemperanza). Specificatamente, l'azione di adempimento deriva da una attività vincolata, oppure da una attività discrezionale che si è esaurita senza che residuino altre attività e/o adempimenti istruttori, talché si emana un provvedimento amministrativo. La comprensione e il giudizio necessitano della contestualizzazione e di una miglior definizione, abbracciando tutto il rapporto amministrativo nella sua complessità. Così il sindacato dall'eccesso di potere si trasforma in ragionevolezza e proporzionalità, tenendo conto della complessità degli interessi in gioco (pubblici e privati). La sindacabilità sulle valutazioni tecniche è ammessa quale sindacato estrinseco in base alle regole del comune buon senso, come pure (tramite ad es. una CTU) un sindacato intrinseco per il giudizio, sotto il profilo tecnico.

(2) I tre limiti generali dell'attività amministrativa sono: 1) il perseguimento (*rectius*, soddisfacimento) dell'interesse pubblico; 2) il perseguimento delle cause (ossia del fine specifico) per il quale il potere è stato o viene conferito; 3) il rispetto dei principi di logica, di ragionevolezza e di imparzialità. Lo stesso dicasi per la cosiddetta "patologia degli atti amministrativi" (che emerge dai cosiddetti "vizi") che riguarda, invece: 1) l'incompetenza; 2) l'eccesso di potere; 3) la violazione di legge. Qui siamo nella competenza del giudice amministrativo.

(3) Ma il giudice penale non si limita a ragionare da storico, dovendo rispondere allo "oltre ogni ragionevole dubbio". Ecco allora che pei comportamenti causali, la spiegazione va sussunta entro una legge scientifica di copertura, che nella stragrande maggioranza dei casi ha carattere probabilistico, ed è limitata la legge statistica. Ed ecco perché, oltre al giudizio su base statistica, soccorre il giudizio di probabilità logico-razionale (una sorta di *test* successivo) per escludere, in base al *dossier* processuale specifico, l'incertezza.

(o non, e come) a ciò che è vero. Va messo in discussione “quel che è stato”, cambiando la realtà nei suoi vari aspetti (soggetti, oggetti, cause, effetti, etc.).

Cominciamo a dire se un funzionario che, nell'ambito delle competenze attribuite, esplica le proprie funzioni e/o attività, secondo diritto e in modo diligente e imparziale, deve tenere (come pensa il mediocre) un comportamento asettico e avalutativo?

Piuttosto, per noi, quel funzionario potrà/dovrà manifestare - a seconda dei casi - delle scelte “forti”, financo arrivando all'esito della risoluzione contrattuale del rapporto contrattuale posto in essere tra l'ente locale (appaltante) e il gestore del servizio (appaltatore).

Quest'ultima scelta è peraltro rimessa all'organo politico, dal responsabile/funzionario che sulla base di quanto accaduto/accade (es. ripetuti e gravi inadempimenti contrattuali) conseguentemente - a un certo punto - deve attivarsi, formulando una propria proposta-parere al predetto organo.

Del resto l'attività di controllo consiste, tra altro, in una serie di atti “relazionali”, quindi soggettivi nella dinamica del rapporto controllore/controlato, come pure tra i vari organi del controllore.

I vari episodi (es. violazioni al capitolato d'appalto e/o contrattuali) vanno ricondotti a un contesto e diacronia che può ben “mostrare” tutto questo.

Assumono altresì importanza, assieme agli “errori”, anche le “regolarità” del servizio, appunto per rappresentare il vero/falso di una situazione e comportamenti.

L'interpretazione diventa quindi un fatto, proprio perché dà luogo ad una lettura (tra altre). La verità non è infatti una cosa, un oggetto, bensì un evento costituito da rapporti, nei/tra i quali tutti noi siamo iscritti come osservatori/osservato. E, nemmeno la procedura prevista o adottata (o, come vedremo, adulterabile) rimane indipendente dalla realtà/verità potendo con essa creare altro.

Alla fine dei conti non siamo neutrali, né innocenti. Limitandosi ai soli aspetti analitici (ad es. l'elencazione di episodi o fatti, colorati dalla soggettivazione rappresentativa) quello che si dice (o si fa dire nell'obiettivo di produrre una certa interpretazione)

equivale a quello che si sa (o che si vuole indurre a sapere), spacciandolo per quello che c'è (la realtà dei fatti, ovvero una verità) (4). Non va poi trascurato che nel concreto si nasconde l'astratto del pensiero che l'ha ordinato, coerentizzato e rappresentato.

Andando al pratico: il funzionario/responsabile, nell'ambito della propria attività di controllo sulle prestazioni rese dall'appaltatore, mostra e “registra” le proprie operazioni (accertamento, contestazione, valutazione delle controdeduzioni: si giustifica o si sanziona) riferite ai singoli episodi (particolarismi). Il funzionario “conta” (nell'accezione anfibologica: enumera, ordina, sistematizza, etc. e, altresì, confida, congegna, progetta, etc.) seguendo la propria narrazione e ricostruzione, pensando soprattutto a “difendersi” da chi lo guarda da “fuori” (5).

Si mostra così una spiegazione e rappresentazione nella collezione (ma si deve guardare anche alla “non-collezione”!) di atti e fatti, rispetto a quello che avviene nella realtà.

Il funzionario guardando sia all'attualità (istantaneità), sia al potenziale dei particolarismi della gestione di un servizio, ad es. strutturalmente inadeguato e difettoso, dovrebbe - stante la proliferazione degli inadempimenti - quantomeno indicare se sussistono, o meno, i presupposti per una risoluzione del rapporto.

Difatti, è la frammentazione degli atti/fatti che fa smarrire l'unità e/o l'insieme della situazione e/o del complessivo comportamento (storico) costituito anche dalle singole molteplicità, da ricollocarsi in un insieme, non come sommatoria di episodi (mero aggregato matematico), bensì a più livelli “sociali” (l'oggetto è qui infatti “sociale”).

Ecco perché si deve ricorrere al criterio storico-temporale, ravvicinante le diverse fasi (es. quando emerge un fatto? quando viene censito? etc.) come pure la fonte-autore (chi ha segnalato/lamentato quel fatto? Chi ha chiesto di attivarsi, sollecitato, attenzionato? Chi poi si è attivato? Come?).

I “pezzi” contribuiscono a un fare e a un racconto, essi possono - anche per convenzione - venire compattati in una sorta di apparente indivisibilità per categorie e/o per vicende (ad es.: sotto la casistica dello svuotamento dei cestini portacarte (6) del mancato

(4) Per dirla più dottamente: la verità non è un mero constatare, bensì si fa (*veritas facere*). Ecco perché sembra preferibile alla mera verifica (su base automatica o meccanica, diciamo cartesiana) il falsificazionismo popperiano.

(5) È una narrazione che sostiene e giustifica una lettura dal “fuori” delle proprie attività, alla ricerca di una valutazione positiva (comunque non accusatoria) da parte di altri. Si pensi ad un servizio svolto con numerose e gravi inadempienze (parziali o totali)

dell'appaltatore, in collusione con il funzionario pubblico. Questo ultimo vuole (deve) creare un “teatro” per occultare questa *mala gestio* e la propria attività collusiva. Il dirigente nel “contare” e mostrare i “conti”, rappresenta nella finalità criminale entrambi (il contare e i conti) in un esito che sarebbe stato diverso.

(6) Ad es., si tratta di quanti cestini non svuotati dall'appaltatore? La zona e l'ubicazione assumono una loro rilevanza sotto profili sociali, ambientali e igienici? Con che reiterazione

passaggio in una via per una tipologia di rifiuti, etc.) che però rischiano di togliere il “movimento” al dinamico e continuo reale, nonché alla sua qualità. Ove il funzionario abbia contraffatto la realtà, entro una relazione causa-effetto e in un ambito spaziale-temporale, ritagliando i fatti da un *input* (7), è la velocità di generazione e di risposta (*input/output*) che assume rilevanza ai fini di analisi del complessivo comportamento tenuto dai vari soggetti (8).

In un siffatto contesto, i singoli fatti/atti, nell’aspetto “atomico” della situazione, non sono affrontabili asetticamente, bensì cogliendoli simultaneamente in un colpo d’occhio, nella molteplicità-sistema di atti/fatti, ossia come senso di completezza, fuori dalla convenzionalità (9).

È proprio fuori dal convenzionale che si può trovare altro. Assumendo per vera, ad es., l’affermazione che il funzionario sia un criminale, si potrà assurdamente arrivare al contrario, tramite argomentazioni altrimenti inammissibili.

A monte la scelta voluta/attuata dal funzionario è stata quella di falsare, sia i dati/informazioni che dovevano trovare ingresso (*input*) sia l’insieme dei fatti/atti, cambiando gli esiti? Ad es. un insieme di dati potrebbe essere stato ridotto nella sua analisi (che viene limitata) per consentire al medesimo funzionario di far apparire il proprio comportamento (come da lui ricostruito) col timbro dell’inecepibilità.

È per questo che i singoli-molteplici episodi vanno riletti alla luce della complessiva situazione, non cioè quale mera elencazione (cioè numerazione asettica) di atti/fatti (10), con ciò assumendo anche per assurdo un diverso presupposto.

In ogni caso l’amministrazione, nella sua organizzazione concreta, deve assumere posizione (assiologica, giammai neutrale) collocandosi fuori dai postulati e dalle finzioni (11).

Occorre pertanto (paradossalmente) situarsi oltre alla formalizzazione (struttura e forma) come fornita dal responsabile/funzionario, onde consentire una lettura e un’interpretazione di sistema, talché (appunto) le operazioni assumono una diversa colorazione (e orientamento), a seconda della scelta e della volontà (obiettivo) che gli sono state impresse. Essendo la verità “un processo, una creazione” (12), gli elementi non vanno isolati (atomizzati) bensì guardati (appunto) nel complesso e nei suoi legami, collocandoli all’interno di una totalità.

Il percorso burocratico potrebbe infatti essere artificioso, un montaggio artificiale, oppure seguire una ripetizione che tenta di “idealizzare” il comportamento del funzionario, secondo quanto ci si attende dal punto di vista del guscio formale.

Ed è mostrando l’assenza o il togliimento dei fatti/atti che si porta alla luce quanto è stato falsamente formalizzato come “specchio” di un reale desunto da fatti/atti rimpastati nel vuoto.

l’inadempienza è avvenuta in quel luogo? Con quali conseguenze? Si tratti di eventi risolvibili? Hanno causato quali danni? I responsabili si sono attivati e come? Trattasi di elementi minimi che non vanno opacizzati e sussunti nell’unico giudizio che porta all’unica sanzione contrattuale del “mancato svuotamento cestini”, senza spingersi a valutare la gravità e la intensità di una inadempienza (soprattutto in materia di servizio pubblico di raccolta e trasporto rifiuti) richiedente delle valutazioni “caso per caso”. Ad es., si verifica l’abbandono di rifiuti per sversamento dei cestini? Per quale dimensione e tipologia di rifiuti? Ricorre l’applicazione di sanzioni nei confronti dell’autore e pure l’ecotassa regionale? E così via.

(7) Da dove nascono i controlli effettuati? Da una attività pianificata e poi calendarizzata *ex ante* di controlli (ancorché “a sorpresa”)? da segnalazioni di altri uffici (es. polizia municipale)? da segnalazioni esterne (chiamate telefoniche, notizie di stampa o altre)? da segnalazioni interne (dell’apparato burocratico o da altri, es. dai consiglieri comunali)?

(8) A fronte di una richiesta esterna (es. segnalazione di una chiamata che lamenta mancata raccolta del rifiuto umido nella stagione estiva, dove i fenomeni odorigeni, di attiramento dei randagi, proliferazione di insetti, etc. sono maggiori, mettendo a rischio la salubrità pubblica) ci si deve attivare tempestivamente (es. basta una telefonata all’appaltatore, facendola seguire da una comunicazione scritta inoltrata via fax, mail, etc.). Il punto cruciale è se lo *input* esterno sia stato esattamente “registrato” (ufficializzato) sia come fonte, che nei dettagli (data, ora, luogo, circostanze, etc.). Lo stesso vale per l’*output* da parte della struttura che si attiva (chi, come, a che ora, dove, etc.).

(9) Ove solitamente risulta necessario (se si vuole stare alle informali prassi/regole della comunità) scrivere in un certo modo, stile, linguaggio, ponendo attenzione a taluni particolari a seconda del destinatario (di chi legge e controlla i dati), del suo ruolo e competenza. Nella consapevolezza che nel mondo della pubblica amministrazione (ma non solo) si suole seguire e ricalcare una linearità logico-probabilistica, nell’aspettativa del susseguirsi logico-lineare di dati, di informazioni, di ragionamenti, di cause-effetti, della prevedibilità, artificializzati e come attesi dalla normativa.

(10) Guardando all’universale (insieme di tutti i singoli episodi) che è un concreto determinato e determinabile, percepibile dalla coscienza, si riesce specificatamente a rileggere il singolo concreto facendo ivi notare la compresenza di questo universale. Si potrebbe anche dire che una ricostruzione porta a una lettura “in un qualche modo” - che è un indeterminato - ma, alla fine si deve consentire di ragionevolmente arrivare a “è proprio così” - che è un determinato.

(11) Come è stato provocatoriamente osservato (oscuramente, ma condivisibilmente) “il reale è l’*impasse* della formalizzazione” (J. Lacan), per cui guardando all’impossibile della formalizzazione (e/o al suo eccesso e/o alla sua strumentalizzazione) si trova quel punto che è situato “fuori” dalla medesima formalizzazione (che rimane una strutturazione, una forma), tale da consentire al lettore/interprete/osservatore di accedere ad un reale diverso, più vero, si veda: A. Badiou, *Alla ricerca del reale perduto* (a cura di G. Tusa), Milano-Udine, 2016, pag. 30 ss.

(12) A. Badiou-S. Žižek, *Hegel o l’immanenza delle verità. Le due finitudini, la scissione soggettiva e la felicità* (a cura di A. Riponi), Milano, 2017, pag. 9.

Integrando le “fonti”, aggiungendo il “tolto” quanto serve per rappresentare e interpretare i dati/fatti reali come desunti/desumibili *extra* apparato.

Nella relazione dialettica tra l'esistente - come rappresentato e reso reale, cioè falsamente “vero” - e l'inesistente si dà un senso, al “vero” grazie alle fonti *extra* che mostrano l'assente/tolto, utilizzando ulteriori ricostruzioni con criteri logico-storici.

Questa altra realtà/verità dei fatti/atti e dei comportamenti, consentono la rilettura complessiva della situazione, recuperando una “dimensione universale”, che deve incontrare quella “concreta”.

Un concreto che si vede meglio nei suoi “momenti eccezionali” (ad es. rilevanti sotto il profilo igienico-sanitario, nei gravi inadempimenti che portano alla risoluzione, etc.).

È proprio quel “vuoto” (quel che non è stato fatto, scritto, etc.) che da “fantasma” va rivitalizzato a “zombie”, consentendo, in tal modo, a noi tutti, di incontrare quella complessiva realtà (fatta di vuoti e di pieni, di visibile e di invisibile, etc.) degli oggetti e dei fatti.

Sindacabilità della discrezionalità amministrativa connessa al controllo: cenni

La Cass. (SS.UU. civ., sent. 19 gennaio 2018, n. 1408) afferma, tra altro, che la insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali della PA, non comporta la sottrazione dei soggetti a ogni possibile controllo della Corte dei conti. Ciò perché oltre la conformità alla legge dell'attività amministrativa, va verificato anche l'aspetto funzionale, in ordine alla congruità dei singoli atti compiuti rispetto ai fini imposti, in via generale o in modo specifico, dal legislatore.

Per cui il limite all'insindacabilità *de qua* sta nell'esigenza di accertare che l'attività svolta sia ispirata a criteri di ragionevole proporzionalità tra costi e benefici, nella compatibilità delle scelte amministrative con i fini dell'ente pubblico (13).

Si ricorda che il responsabile del servizio nel determinare i termini di adempimento deve tener conto della tipologia, della categoria, dell'entità e della complessità dell'intervento, nonché del suo livello qualitativo.

Rieccoci alla necessità di una valutazione complessiva e unitaria delle casistiche (*rectius*, del servizio come gestito/valutato anche per come doveva essere soddisfatto l'interesse pubblico), non ricadenti nell'elencazione atomistica, ossia particolaristica (che offusca l'astratto che sta a monte, nei principi e nel rispetto della normativa) che viene fatta passare per un tutto che “redime” i singoli fatti/atti.

Applicabilità dei principi generali e delle penali nell'attività di controllo dei contratti pubblici: comportamenti e loro discrezionalità/responsabilità

Nel comportamento formale tenuto dall'apparato (funzionario/responsabile) l'insegnamento giurisprudenziale (*ex aliis*, Cass., SS.UU., 16 gennaio 2014, n. 774; Cons. Stato, 6 agosto 2012, n. 4449; TAR Lombardia-Milano, 11 ottobre 2017, n. 1951; TAR Puglia-Bari, 8 marzo 2015, n. 205) ha ripetutamente messo in luce che “Il dovere di buona fede, previsto dall'art. 1175 Cod. civ. alla luce del parametro di solidarietà, sancito dall'art. 2 della Costituzione e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, si pone, secondo i più recenti approdi di dottrina e giurisprudenza, non più solo come criterio per valutare la condotta delle parti nell'ambito dei rapporti obbligatori, ma anche come canone per individuare un limite alle richieste e ai poteri dei titolari di diritti, anche sul piano della loro tutela processuale”.

Dunque, i principi di buona fede (artt. 1175, 1366 e 1375 Cod. civ.), con i connessi principi di ragionevolezza e proporzionalità (art. 1, Legge n. 241/1990 e art. 97 Cost.) connotano l'operato della PA e debbono essere di guida non solo nell'interpretazione degli accordi e/o delle convenzioni e/o dei contratti con la PA, sibbene anche nella valutazione dell'esecuzione delle obbligazioni operata dai contraenti.

È appena il caso di aggiungere come il principio di proporzionalità sia “da riferire al senso di equità e giustizia” (Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964), al quale ultimo deve uniformarsi non solamente la PA in ogni suo operato, sibbene anche il giudice amministrativo nel sindacare quest'ultimo. Sono poi pienamente condivisibili le affermazioni contenute nella sentenza della Corte dei conti, sez. giurisd. Lazio, 25 febbraio 2009, n. 245 (dec. 13

(13) Precisa la Cass., SS.UU., sent. 16 gennaio 2014, n. 774 che “anche sulla spinta evolutiva dell'ordinamento comunitario i confini tra limiti della discrezionalità amministrativa, non sindacabile, e limiti della giurisdizione, si sono ormai definitivamente aperti ad un cammino improntato al rispetto dei due principi fondamentali:

della pienezza della tutela giurisdizionale (*full jurisdiction*, art. 6 CEDU e art. 47 dei diritti fondamentali dell'Unione) e dei limiti di proporzionalità, finalizzati a restringere l'area del merito amministrativo, insindacabile”.

novembre 2008) in ordine all'obbligatorietà dell'applicazione delle penali contrattuali. I fatti/atti oggetto del controllo venivano confermati dalle segnalazioni agli atti e dalle dichiarazioni acquisite dalla PA.

I rapporti di regolare esecuzione delle prestazioni, in quanto firmati, venivano considerati affidabili, ma non inficiavano la portata probatoria delle comunicazioni e delle segnalazioni emesse da altri sulle inadempienze (nel netto contrasto tra i rapporti e segnalazioni).

Né era da considerarsi affidabile il sistema di controllo della esecuzione sul contratto nella sua interezza, mancando una organizzazione nella procedura di verifica della regolarità delle prestazioni non può ritenersi valida con la semplice produzione di rapporti. Già così sussistevano sufficienti elementi di certezza di gravità dei fatti per costituire causa di risoluzione del contratto.

Del resto la gravità delle commissioni va valutata anche in relazione al contesto specifico in cui la prestazione contrattuale incide, talché (conclude la sentenza) gli inadempimenti erano ancor più rilevanti tenuto conto della situazione, perché la mancata prestazione (nel caso: di pulizia) è da considerarsi, di per sé, inadempimento grave, poiché in nessun modo il danno causato può essere eliminato da una prestazione successivamente effettuata.

Invero, la discrezionalità tecnica deve ponderare la sola discrepanza della esecuzione del contratto e la valutazione della gravità delle inadempienze dalle ordinarie modalità previste dal capitolato o costituenti obbligazioni derivanti da normali doveri di correttezza e buona fede nella esecuzione delle obbligazioni: ponderazione sulla quale la presenza dell'interesse pubblico sotteso alla esecuzione del contratto medesimo impedisce, anzi, una riduzione o una personalizzazione delle conclusioni sul punto, per essere l'interesse pubblico preconstituito alla stessa sussistenza del contratto (e tutelata da più generali norme di legge).

Risulta quindi evidente che i principi generali di buona fede, ragionevolezza e proporzionalità debbono sempre governare l'attività pubblica e/o privata della PA, anche nella fase esecutiva degli accordi, convenzioni o contratti; attività che deve essere comunque diretta a conseguire l'interesse pubblico, come individuabile nella stipulazione del singolo contratto.

Ma se il contratto (capitolato speciale d'appalto, disciplinare, etc.) prevede l'applicazione di penali al verificarsi di determinate inadempienze (ritardi e/o altre irregolarità esecutive) le penalità debbono venire applicate nella misura prestabilita, non essendovi alcuna discrezionalità da parte della PA committente (come nell'applicazione delle penali per il ritardo nell'esecuzione dei lavori pubblici).

Una discrezionalità potrebbe esistere se fossero previsti un minimo e un massimo, e fosse quindi necessaria la valutazione della gravità della singola inadempienza per determinare l'entità della sanzione da applicare; ma si tratterebbe pur sempre di una discrezionalità tecnica (come tale sindacabile dal Giudice) e non di una discrezionalità amministrativa.

La stessa regola vale anche quando la PA committente deve valutare la gravità delle inadempienze del contraente privato, ai fini della risoluzione del contratto o del recesso dal contratto (14).

Se il contratto (capitolato, etc.) prevede che al verificarsi di determinate inadempienze il contratto si intende risolto (c.d. clausola risolutiva espressa), la risoluzione dovrà essere necessariamente dichiarata, essendo già stati preventivamente valutati (in sede di predisposizione del contratto) l'interesse pubblico da tutelare e la gravità dell'inadempienza; altrimenti può esistere una discrezionalità, ma solamente tecnica.

L'art. 298 del D.P.R. n. 207/2010 si occupa delle penali e del premio di accelerazione per gli appalti di servizi e forniture, stabilendo che i contratti debbono precisare le penali da applicare nel caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, in relazione alla tipologia, all'entità ed alla complessità della prestazione, nonché al suo livello qualitativo, mentre, in ordine ai soggetti coinvolti e all'organo competente a comminare le penali, il medesimo articolo precisa che il direttore dell'esecuzione riferisce immediatamente al responsabile del procedimento in merito agli eventuali ritardi nell'esecuzione rispetto alle prescrizioni contrattuali: "il responsabile del procedimento è comunque tenuto ad informare l'organo competente ad irrogare le penali all'inadempimento".

L'art. 2 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) ricorda che nelle parti non diversamente ed espressamente regolate dal Codice l'attività contrattuale dei soggetti pubblici "si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile".

(14) Che ha i suoi fondamenti giuridici nell'art. 134, D.Lgs. n. 163/2006 e nell'art. 1671 Cod. civ. Entrambi gli istituti sono espressione di una potestà di ripensamento del committente in

ordine alla opportunità o convenienza dell'appalto: trattasi di uno *jus poenitendi* basato sulla rinnovata valutazione di circostanze contestuali o sopravvenute alla stipulazione del contratto.

In ogni caso, come detto, rimane comunque un vincolo di scopo, ossia dei condizionamenti pubblicistici sulla disciplina del contratto, donde la necessità della conformità dell'azione amministrativa al vincolo dell'interesse pubblico specifico da perseguire (principio generale di legalità); nonché a quello di buona amministrazione (nel rispetto delle regole di correttezza e di convenienza economica); ancora, della diligenza (con l'obbligo di lealtà e di correttezza), in capo ai funzionari pubblici; infine, quello della parità di condizione degli operatori economici, a tutela dei soggetti privati.

La natura della responsabilità dell'appaltatore richiama il rispetto del principio di buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1375 e 1175 Cod. civ.) e deve essere svolta con una diligenza che si ponga superiore a quella media del buon padre di famiglia (art. 1176, comma 1, Cod. civ.), mentre la diligenza qualificata in senso tecnico (art. 1176, comma 2, Cod. civ.), ossia la diligenza del caso concreto, implica una responsabilità dell'appaltatore anche per colpa lieve.

L'attività posta in essere dall'appaltatore va valutata alla stregua del comportamento complessivo da questi tenuto, anche nella fase preparatoria della prestazione e finalizzata al perseguimento dell'interesse del committente, come definito in contratto e risultante dal globale assetto negoziale.

Si tratta di una obbligazione di risultato avendo il committente interesse non solo al comportamento professionalmente adeguato dell'appaltatore e all'impiego di mezzi idonei, ma anche al conseguimento del concreto obiettivo individuato in contratto.

Rimane in capo all'amministrazione committente un dovere di collaborazione ai fini dell'esatto adempimento della prestazione da parte dell'appaltatore (si veda il principio dell'art. 1206 Cod. civ., discendente dai principi di correttezza e buona fede oggettiva).

L'ipotesi di risoluzione del contratto per grave inadempimento (art. 136, D.Lgs. n. 163/2006, coordinata con la disciplina sull'inadempimento generale) impone una valutazione in relazione alla "buona riuscita dei lavori".

Si noti che il responsabile del procedimento (ex art. 118 del Codice dei contratti) ha "la scelta di promuovere la risoluzione del contratto", rimanendo però la regola generale (art. 119) per la quale la risoluzione è deliberata dalla stazione appaltante.

L'art. 119 detta le norme del procedimento finalizzato all'assunzione della decisione della stazione appaltante di risolvere il contratto: quando il direttore dei lavori accerta la sussistenza del comportamento dell'appaltatore, concretanti un grave inadempimento alle obbligazioni di contratto idoneo a compromettere la buona riuscita dei lavori, egli invia al responsabile del procedimento una apposita relazione, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati dall'appaltatore.

La finalità della norma mira a porre il responsabile del procedimento in condizione di effettuare l'analisi di costi-benefici indispensabile per decidere se promuovere o non la risoluzione.

Se si accerta che l'inadempimento permane, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto oppure se continuare il rapporto.

Ai fini del riscontro dell'esistenza delle condizioni che rendono legittima la risoluzione pronunciata dalla PA oppure ai fini della sentenza di risoluzione per inadempimento, il giudice deve compiere un'indagine globale e unitaria, coinvolgente nell'insieme il comportamento di ciascuna delle parti e l'influenza che esso ha avuto su quello dell'altra, anche con riguardo alla durata del protrarsi degli effetti dell'inadempimento. Infatti l'unitarietà del rapporto obbligatorio, cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite, non tollera una valutazione frammentaria e settoriale del comportamento del contraente, ma esige (come più volte abbiamo sottolineato) un apprezzamento complessivo (15).

Disservizi e/o inadempienze (parziali e/o totali): gravità e rilevanza ai fini dell'attività di controllo e sanzionatoria

Come dianzi osservato (nella parte metodologica) va apprezzata anche la qualità (non solo la quantità) degli inadempimenti posti in essere dall'appaltatore, per cui, ad es., l'inosservanza delle leggi in materia di lavoro e degli obblighi, ove accertati, possono determinare la risoluzione di diritto del contratto.

Si tratta della c.d. clausola sociale diretta a recepire sul piano contrattuale, nel rapporto tra committente ed appaltatore, gli obblighi di quest'ultimo in ordine al trattamento (soprattutto economico, ma anche normativo) dei dipendenti ed all'assolvimento dei

(15) La decisione finale della risoluzione oltre gli automatici effetti (da condanna penale o applicazione misura di prevenzione *ex lege*) deriva dall'apprezzamento discrezionale della gravità e della fondatezza delle eventuali giustificazioni addotte

dall'impresa, nonché dalla analisi comparata del rapporto costi-benefici della risoluzione e il rapporto costi-benefici del mantenimento del contratto.

conseguenti oneri contributivi (nonché degli obblighi in materia di sicurezza sul lavoro).

La clausola sociale non ha soltanto la funzione di proteggere i dipendenti dell'appaltatore da eventuali inadempienze di quest'ultimo, ma anche di garantire il regolare svolgimento dell'appalto (evitando l'insorgere di contenziosi fra l'appaltatore e i propri dipendenti), nonché di salvaguardare l'amministrazione da eventuali azioni direttamente esperibili verso la stessa (nei limiti di "quanto è loro dovuto" e fino alla concorrenza del debito del committente) da parte dei dipendenti dell'appaltatore ai sensi dell'art. 1676 Cod. civ.

Ciò è tanto più vero dopo l'entrata in vigore dell'art. 25, secondo comma del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, che ha stabilito la solidarietà del committente (senza più il limite dell'art. 1676 Cod. civ.) e dell'appaltatore per il pagamento di quanto dovuto ai lavoratori per il trattamento retributivo, nonché per il pagamento dei contributi previdenziali.

Sono disposizioni che vanno interpretate privilegiando l'interpretazione che consenta la migliore e più tempestiva realizzazione degli interessi pubblici perseguiti.

Sotto altro angolo visuale, si possono valutare le attività di controllo effettuate da un funzionario, rappresentandone in un grafico la "distanza" temporale (espressa in giorni calendario), tra la data della contestazione e la data della determina con la quale il funzionario si manifesta in ordine a quanto è stato svolto tra accertamenti-contestazioni-controdeduzioni-giustificando o sanzionando i fatti/atto.

Un significativo incremento dei tempi intercorsi tra la contestazione e la determina, potrebbe essere attribuito alla proliferazione delle contestazioni e all'intensificazione delle attività di controllo tali da non consentire di apprestare la documentazione in tempi più stretti.

Infine, guardando (come detto) alla "qualità" e alla casistica concreta, le singole contestazioni possono avere un "peso" (gravità) notevolmente diversa l'una dalle altre.

La determina sussume tutta la documentazione relativa all'attività e riguarda il momento (appunto) in cui il funzionario/responsabile formalizza con proprio provvedimento le risultanze del controllo svolto in un certo periodo.

Si può quindi calcolare, partendo da questa documentazione, il tempo medio, valutandone la congruità anche sul piano dell'efficienza (pur considerando i tempi istruttori e altre eventualità),

come pure al fine di comprendere se esista (o non) una sorta di *liaison* tra l'apparato e l'appaltatore grazie alla quale (in questo lasso temporale) poter concordare e "aggiustare" i fatti/atto come formalizzati, onde consentire anche ai collusi di riportare, il più possibile, a "normalità" le vicende oggetto di contestazione, aiutando l'appaltatore.

Nel mentre, come si capisce, il funzionario avrebbe dovuto proporre rimedi drastici (es. la risoluzione del contratto).

Infine, vanno controllati se e come sono stati predisposti e compilati i "modelli" (documenti) specifici per svolgere le verifiche del servizio rifiuti, indicando le "fonti" e le tipologie di verifica (segnalazione esterna, segnalazione ufficio, verifica giornaliera, controllo a campione).

Dall'analisi dei modelli potranno infatti meglio analizzarsi la bontà delle verifiche "programmate" e pure di quelle cc.dd. a sorpresa, incrociando temporalmente le "fonti" (*input*) *intra* ed *extra* apparato (16) e gli *output* (nei diversi esiti) consentendo così di comprendere nella visione di insieme il complessivo comportamento tenuto dai controllori e dall'appaltatore.

Ad es. va capito se quanto è stato rappresentato e documentato dal responsabile/funzionario, nel modello e quindi (nella logica burocratica) nella procedura che poi sfocia nella determina, corrisponda all'accadimento reale/vero. Il funzionario ha esattamente (con che tempi e modi?) intercettato tutti i casi effettivamente segnalati e/o accaduti, ovvero quelli fatti da qualcuno (fonti *intra-extra*) emergere e/o formalmente segnalati? Oppure egli ha tralasciato, occultato, non registrato quanto poteva attingere dai predetti *input*? Questo si comprende anche nel come questi fatti sono stati indicati o non, verificando il loro dettaglio e corredo (es. foto), e come sono stati verbalizzati e anagrafati.

Tutto questo condiziona anche la valutazione preliminare del responsabile che decide se ravvisare un inadempimento notificando la contestazione (pregiudicata dall'attività istruttoria) per poi altresì valutare le giustificazioni dell'appaltatore, il quale ultimo potrebbe trovare "sponda" in documenti e analisi frettolose, lacunose, a tacer d'altro.

Qui vanno approfondite le connessioni (valevoli sotto vari profili) tra le varie fasi e operazioni tecnico-amministrative messe in atto (o tolte) dalla struttura sulla platea dei fatti cosiccome "selezionati" (e non), come pure sui loro esiti.

(16) Es. *input* da Web, giornali, associazioni, lamentele esterne, comunicazioni di consiglieri, etc.