

BIBLIOGRAFIA: (1) ARGENIO, *Il responsabile unico del procedimento nel Codice dei contratti pubblici*, A&C 2010, 50; (2) CACCIARI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici operativo*, Napoli 2010; (3) DI LULLO, *Il responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Commento al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, a cura di M. Sanino, Torino 2006; (4) FERRARA, *Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *Codice dei Contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano 2013; (5) GAROFOLI-FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma 2011; (6) GIOVAGNOLI, *Il responsabile del procedimento: punti di contatto e dissonanza tra la disciplina codicistica e quella sul procedimento amministrativo*, www.giustizia-amministrativa.it; (7) LEDDA, in *Codice dei contratti pubblici*, Napoli 2009; (8) PINTO-ANGELUCCI, *Manuale teorico pratico del responsabile del procedimento*, Roma 2009; (9) PROIETTI, *Il responsabile del procedimento*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di De Nictolis-Garofoli-Sandulli, Milano 2008; (10) SILVESTRO, *Requisiti del responsabile unico del procedimento per la realizzazione di lavori pubblici*, UA 2005, 460.

32. Fasi delle procedure di affidamento

[1] Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.

[2] Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti (1).

[3] La selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei sistemi e secondo i criteri previsti dal presente codice.

[4] Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

[5] La stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'articolo 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione.

[6] L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8.

[7] L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

[8] Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio, storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

[9] Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

[10] il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'articolo 3, lettera bbbb) e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b) (2).

[11] Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della

sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 1 al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

[12] Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti.

[13] L'esecuzione, del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8.

[14] Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri (3).

[14-bis] I capitoli e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto (4).

(1) Comma così modificato dall'art. 22, c. 1, lett. a), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

(2) Lettera così modificata dall'art. 22, c. 1, lett. b), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

(3) Comma così corretto da Comunicato 15.7.2016, pubblicato nella *G.U.* 15.7.2016, n. 164.

(4) Comma aggiunto dall'art. 22, c. 1, lett. c), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

SOMMARIO: I. Le principali novità rispetto al precedente art. 11 del d.lgs. n. 163/2006 - II. La proposta di aggiudicazione e gli altri atti endoprocedimentali - III. La conclusione della procedura di affidamento: l'aggiudicazione - IV. *Standstill* e stipulazione del contratto.

I. Le principali novità rispetto al precedente art. 11 del d.lgs. n. 163/2006

- 1 La norma in commento disciplina le modalità di svolgimento delle procedure per l'affidamento dei contratti ad evidenza pubblica. Senza innovare sensibilmente rispetto a quanto già previsto nella precedente formulazione dell'art. 11 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, la disposizione prevede una serie di fasi piuttosto articolate, all'interno delle quali è tuttavia possibile individuare alcuni passaggi essenziali: la determinazione a contrarre, la scelta del contraente, l'aggiudicazione (preceduta da una proposta di aggiudicazione) e la stipulazione del contratto [CAVALLARO (3), 160; FIDONE (12), 68]. Preliminarmente, come nel precedente art. 11, si rinvia ad una eventuale attività di **programmazione**, che può essere prevista per le singole amministrazioni o dai rispettivi ordinamenti, ovvero dallo stesso codice, in relazione al tipo di contratto da

concludere [cfr. a titolo esemplificativo l'art. 21 del presente codice, in tema di programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici, al cui commento si rinvia]. L'attività di programmazione tende ad assicurare che la realizzazione dei contratti da parte dell'amministrazione avvenga nel rispetto dei vincoli di bilancio e trova fondamento nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. [CARANTA (2), 399]. Alla luce delle previsioni contenute negli atti di programmazione, e prima dell'avvio della procedura di affidamento, le amministrazioni aggiudicatrici adottano, sulla base dei rispettivi ordinamenti, la **determinazione a contrattare**, ove devono essere indicati gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Ad esempio, l'obbligo della preventiva determinazione a contrattare (con indicati il fine che con il contratto si intende perseguire, l'oggetto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali, nonché le modalità di scelta del contraente) è previsto da tempo per i contratti delle amministrazioni locali, che per tale ragione non necessitano della successiva approvazione (art. 192, d.lgs. n. 267/2000). La determinazione a contrattare assolve cioè alla funzione di far emergere l'interesse pubblico la cui realizzazione il contratto tende ad assicurare, posto che il contratto, come strumento regolato dal codice civile, è "neutro" rispetto agli interessi che le parti intendono realizzare [CORSO (9), 418]. Se c'è a monte una determinazione a contrattare, è in questa sede che le suddette ragioni vengono evidenziate; se essa manca la verifica della sussistenza dell'interesse pubblico deve essere fatta in un secondo momento, cioè in fase di approvazione [CORSO (9), 426]. Secondo l'opinione più diffusa in dottrina, ma anche in giurisprudenza, la determinazione ha la natura giuridica di un atto amministrativo di tipo programmatico "che costituisce presupposto del procedimento contrattuale" [CARANTA (2), 401]. Nei c.d. contratti sotto soglia (quelli di importo inferiore a 40.000 euro) la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto, "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici" (art. 36, c. 2, lett. a, espressamente richiamato dal comma 2 della disposizione in commento), tramite determinazione a contrarre, o atto analogo, che contenga in termini sintetici e semplificati l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, secondo quanto stabilito dall'art. 83 [v. commento]. L'ANAC ha precisato che, nel caso in esame, «in applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali» (ANAC, Linee guida n. 4, delibera n. 1097 del 26.10.2016) [sul ruolo delle Linee guida ANAC nel sistema delle fonti dei contratti pubblici, CHITI (4), 436]. Va detto sin d'ora che la conclusione di queste tipologie di contratti, ai quali, ai sensi del comma 10 dell'art. 32 in commento, non si applica il termine dilatorio per la stipulazione, c.d. *standstill*, può avvenire attraverso lo scambio di corrispondenza, anche tramite posta elettronica certificata (così il comma 14 della disposizione qui commentata). A seguito della pubblicazione del **bando di gara**, la cui disciplina, oggi modificata, è contenuta all'art. 71 e che

può essere preceduta dal c.d. avviso di preinformazione (art. 70), la stazione appaltante procede, ai sensi del comma 3 dell'art. 32 in commento, alla selezione dei partecipanti e delle offerte. In particolare, la **selezione dei partecipanti** avviene secondo una delle modalità previste dal codice, che per i settori ordinari distingue tra procedure aperte (art. 60), ristrette (art. 61), procedura competitiva con negoziazione (art. 62), procedura negoziata senza bando (art. 63), dialogo competitivo (art. 64) e partenariato per l'innovazione (art. 65), [CORSO (9), 422]. Come detto, in caso di contratti sotto soglia, si può avere l'affidamento diretto. La **selezione dell'offerta**, da parte della Commissione giudicatrice ove prevista [art. 77 ss., al cui commento si rinvia], avviene per lo più secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: in tal senso l'art. 95 [cfr. commento], che tuttavia individua anche le ipotesi nelle quali è possibile il ricorso al criterio del minor prezzo, previa adeguata motivazione (art. 95, c. 4 e 5). Il comma 12 dello stesso art. 95 ribadisce quanto già previsto dall'art. 81, c. 3, del precedente codice, prevedendo che "le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto", con la precisazione che "tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito" [v. commento]. Ai sensi del comma 4 della norma qui commentata, ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta alla quale rimane vincolato per centottanta giorni. Il successivo comma 5 introduce una delle novità più rilevanti rispetto alla precedente disciplina, in quanto dispone che una volta selezionata la migliore offerta secondo uno dei criteri di cui sopra, la stazione appaltante formula la **proposta di aggiudicazione** (in luogo della precedente aggiudicazione provvisoria), alla quale segue, dopo la verifica di cui al successivo art. 33, l'aggiudicazione. Tale modifica è stata apprezzata dal Consiglio di Stato, nel parere n. 855 dell'1.4.2016, che ha giudicato «più appropriata» la «nuova formulazione terminologica». A questo punto, la disciplina dell'art. 32 ripropone l'intreccio con quanto stabilisce il successivo art. 33, il cui comma 1 dispone che la proposta di aggiudicazione (come la precedente aggiudicazione provvisoria) è soggetta ad approvazione da parte dell'organo competente (tale intreccio prima riguardava gli artt. 11 e 12). Approvata la proposta di aggiudicazione, ai sensi dell'art. 33, la stazione appaltante provvede ad adottare l'**aggiudicazione**, per la quale il codice non prevede un termine specifico [TAR Umbria Perugia I 6.4.2011, n. 172; FILIPPETTI (13), 1219]. Anzi, come già detto, il 4° comma della norma in commento stabilisce che l'offerta è vincolante per il privato per tutto il periodo stabilito dal bando di gara o dalla lettera invito, e comunque per un periodo pari a centottanta giorni che decorrono dalla scadenza del termine di presentazione dell'offerta, e la stazione appaltante ha anche il potere di chiedere il differimento del predetto termine. Con la conseguenza che mentre l'amministrazione non è obbligata ad adottare l'aggiudicazione definitiva entro un termine certo e predeterminato, il privato al contrario rimane vincolato alla propria offerta per un periodo che può arrivare fino a centottanta giorni. Il vincolo permane, ovvero si rinnova, dopo l'adozione dell'aggiudicazione e per tutto il periodo di tempo fissato dal comma 8 della disposizione qui commentata. Il comma 6, infatti, come il precedente comma 7 dell'art. 11, precisa che l'aggiudicazione, una volta adottata, non vale come accettazione dell'offerta, sicché il contratto non è ancora concluso e quindi non è vincolante per l'amministrazione,

ma il privato continua ad essere legato all'offerta a suo tempo presentata. L'aggiudicazione non è soggetta ad approvazione, ma diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti (c. 7) (oggi previsti dall'art. 83, al cui commento si rinvia). Secondo la giurisprudenza, «non può essere disposta in sede giurisdizionale un'esclusione per mancata comprova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, con sostituzione di una prerogativa dell'Amministrazione da esercitare nel corso del procedimento»; d'altra parte, «l'omessa verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario non determina di per sé l'invalidità del provvedimento conclusivo della procedura di gara, poiché non costituisce requisito di legittimità dell'aggiudicazione ma soltanto condizione della sua efficacia al cui avveramento è subordinata la stipula del contratto» [C Stato V 25.2.2016, n. 773]. Una volta verificati i requisiti, l'amministrazione ha sessanta giorni di tempo per procedere alla **stipulazione** del contratto, salvo che non sia previsto un termine diverso dal bando ovvero salvo che l'amministrazione non abbia concordato con l'aggiudicatario un diverso termine (c. 8). In ogni caso, ai sensi del comma 9, viene confermato il principio dello *standstill* c.d. sostanziale, cioè il termine dilatorio, già previsto dal comma 10 del precedente art. 11, in base al quale la stipulazione non può avvenire prima che siano trascorsi trentacinque giorni dall'aggiudicazione: in altri termini, l'amministrazione può procedere alla stipula del contratto a partire dal trentacinquesimo giorno successivo all'ultima comunicazione dell'aggiudicazione, ma non oltre sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione medesima. Se la stipulazione non avviene entro il termine predetto, l'aggiudicatario può ritenersi svincolato dall'offerta a suo tempo presentata, avendo il potere di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto mediante atto notificato alla stazione appaltante. In tal caso, tuttavia, precisa di seguito lo stesso comma 9, all'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo l'eventuale rimborso delle spese contrattuali che siano debitamente documentate [C Stato V 27.3.2017, n. 1364]. Alle quali eventualmente si devono aggiungere le spese sostenute per l'esecuzione del contratto in via d'urgenza, purché i lavori eseguiti siano stati ordinati dal direttore dei lavori. La norma non contiene più la previsione secondo la quale il mancato controllo sul contratto stipulato entro il termine di trenta giorni (previsto dall'art. 12, c. 3, del vecchio codice) equivale alla mancata stipulazione entro il termine, ai fini della possibilità per l'aggiudicatario di svincolarsi dall'offerta. Il comma 8 dell'art. 32, inoltre, introduce un'ulteriore novità, in quanto elimina il divieto di esecuzione d'urgenza (che prima era contenuto al comma 9 e al comma 10-ter dell'art. 11) durante il periodo di *standstill* e durante il periodo di sospensione *ex lege* della possibilità di stipulare il contratto a seguito di proposizione di ricorso giurisdizionale contro l'aggiudicazione e nelle more della pronuncia cautelare del giudice (c.d. *standstill* processuale, oggi previsto dal comma 11 della norma in commento). Il Consiglio di Stato, nel citato parere, ha espresso perplessità circa l'abolizione di tale divieto, che rischia di vanificare l'obbligo di *standstill*, con conseguente elusione del diritto comunitario, e ha invitato il legislatore delegato a "valutare con attenzione" l'opportunità della soppressione. Il comma 10 dell'art. 32 conferma i casi di deroga allo *standstill* (già individuati dal precedente art. 11, c. 10-bis) consentendo di stipulare immediatamente il contratto, senza attendere il decorso del termine dilatorio di 35 giorni, nel caso in cui sia stata

presentata o ammessa una sola offerta, ovvero nel caso di appalto basato su un accordo quadro (art. 54), o su sistemi dinamici di acquisizione (art. 55) o ancora in caso di ricorso al mercato elettronico. Come già ricordato, in aggiunta a queste ipotesi la norma ha introdotto la deroga allo *standstill* nei casi di affidamenti sottosoglia, di cui all'art. 36, c. 2, lett. a) e b). Il contratto deve essere stipulato, a pena di nullità, mediante atto pubblico notarile informatico, o in forma elettronica, secondo quanto previsto dalle norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, o ancora in forma pubblica amministrativa o scrittura privata. Infine, il contratto stipulato è soggetto all'eventuale **approvazione** disciplinata dal successivo art. 33. Il percorso che sommariamente s'è descritto risulta alquanto complesso e articolato e presenta alcuni punti dubbi. Il primo punto riguarda la scansione temporale della procedura di affidamento. Come nel precedente modello, il codice individua dei tempi e termini di svolgimento delle singole fasi, per assicurare una maggiore certezza ed effettività degli interessi pubblici perseguiti dalle amministrazioni aggiudicatrici e una adeguata garanzia degli interessi delle imprese partecipanti, nel rispetto della concorrenza [CLARICH (7), 71]. Però, a fronte di una variegata previsione di termini ordinatori e dilatori che dovrebbero consentire di accelerare l'intera procedura, manca anche nell'attuale formulazione dell'art. 32 la previsione di un termine entro il quale l'amministrazione deve procedere all'aggiudicazione, una volta approvata la proposta di aggiudicazione. La giurisprudenza infatti afferma in modo pressoché unanime che «il decorso del termine di trenta giorni stabilito dall'art. 12 del d.lgs. n. 163/2006 (oggi art. 33 del d.lgs. 18.4.2016, n. 50) comporta esclusivamente che l'aggiudicazione provvisoria (oggi proposta di aggiudicazione) si consideri, nel silenzio dell'amministrazione, approvata, ma non che essa determini l'aggiudicazione definitiva, la quale resta sempre sottoposta alla verifica del possesso dei requisiti che devono sussistere in capo all'aggiudicatario», [TAR Emilia Romagna Bologna II 29.6.2016, n. 681]. Per altro verso, la disciplina dei termini si interseca con i profili di tutela giurisdizionale, e con l'obbligo di impugnare tempestivamente le clausole del bando di gara immediatamente lesive, ovvero i provvedimenti di esclusione dalla gara. Non sempre è chiaro se, in tali ipotesi, la stazione appaltante debba o meno attendere la pronuncia definitiva del giudice amministrativo sulle predette impugnazioni: l'espressa previsione in tal senso è contenuta all'art. 32, c. 10, che ammette la deroga allo *standstill* anche nel caso in cui non siano state «tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva»; ma non altrettanto si dice con riguardo agli atti di esclusione dalla gara o di ammissione ad essa «all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali», la cui impugnazione è oggi disciplinata dall'art. 120 del codice del processo amministrativo, c. 2-bis. Sul punto deve ricordarsi che, secondo la giurisprudenza, «ai sensi dell'art. 216, comma 1, d.lgs. 18.4.2016, n. 50 le disposizioni introdotte dallo stesso d.lgs. si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo Codice (quindi dopo il 19.4.2016), salvo il rinvio a disposizioni speciali e testuali di un diverso regime di transizione; a questa regola soggiace anche l'applicazione delle nuove regole processuali, introdotte dall'art. 204, d.lgs. n. 50 del 2016, che ha novellato l'art. 120 c.p.a.», [C Stato III 25.11.2016, n. 4996]. Su ciascuno di tali argomenti è opportuno soffermarsi.

II. La proposta di aggiudicazione e gli altri atti endoprocedimentali

Come detto, nella nuova formulazione dell'art. 32 si è abbandonata la nozione "anfibia", secondo il Consiglio di Stato, dell'aggiudicazione provvisoria in luogo della più appropriata nozione di proposta di aggiudicazione. La nozione dell'aggiudicazione provvisoria aveva sollevato il problema della sua natura giuridica, non essendo chiaro se la stessa dovesse essere qualificata come provvedimento amministrativo o come atto endoprocedimentale. La giurisprudenza era unanime nel qualificarla come atto endoprocedimentale «dagli effetti ancora instabili e meramente interinali» [C Stato V 27.4.2011, n. 2482] inidoneo a produrre effetti costitutivi a favore del destinatario, ma semplicemente prodromico alla definizione del procedimento di gara, che avveniva con l'aggiudicazione definitiva. La quale, per tale ragione, si collocava alla fine della sequenza procedimentale, non costituiva atto meramente confermativo della precedente, ma presupponeva una nuova e ulteriore valutazione dell'interesse pubblico [C Stato VI 20.10.2010, n. 7586]. Secondo la giurisprudenza, infatti, il destinatario dell'aggiudicazione era titolare di un interesse di mero fatto, per cui non sempre gli veniva riconosciuto il diritto a ricevere la comunicazione di avvio di un eventuale ritiro o annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione [anche se non mancano pronunce di segno opposto, TAR Lombardia Milano III 16.1.2006, n. 50; in dottrina GUZZARDO (15), 839]. Per tale ragione il ritiro dell'aggiudicazione provvisoria, ove disposto, non necessitava di apposita motivazione [C Stato V 13.10.2010, n. 7460], essendo sufficiente che fosse reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa [C Stato IV 31.5.2007, n. 2838]. Il giudice amministrativo, per le ragioni anzidette, riteneva che l'aggiudicazione provvisoria non fosse immediatamente impugnabile, ma l'interessato doveva eventualmente ricorrere avverso quella definitiva; tuttavia, ove avesse deciso di agire contro l'aggiudicazione provvisoria, doveva poi impugnare, autonomamente o attraverso l'articolazione di motivi aggiunti, anche l'aggiudicazione definitiva, poiché altrimenti il ricorso avverso la precedente aggiudicazione provvisoria sarebbe divenuto improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse [TAR Molise 11.2.2009, n. 31]. Oggi, la nozione di **proposta di aggiudicazione** fuga ogni dubbio circa la natura endoprocedimentale della stessa, anche in considerazione dell'espressa previsione, contenuta all'art. 120, c. 2-bis c.p.a., della non impugnabilità della proposta di aggiudicazione. Permangono tuttavia, alcune questioni problematiche. È dubbio, ad esempio, se l'impresa destinataria di una proposta di aggiudicazione sia titolare di una posizione di vantaggio e, quindi, di un ragionevole affidamento in ordine al provvedimento di aggiudicazione ed alla conseguente stipulazione del contratto. Dalla soluzione prescelta dipende la possibilità di ammettere che la mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione possa essere sollecitato con un'azione avverso il silenzio, ai sensi dell'art. 31 c.p.a., ovvero che sussistano gli estremi per un'azione di **responsabilità precontrattuale** in caso di mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione. In merito alla prima delle questioni evidenziate deve segnalarsi che, a fronte di un orientamento della giurisprudenza, formulato a proposito dell'aggiudicazione provvisoria, circa l'inidoneità della stessa a generare nella ditta provvisoriamente aggiudicataria una pretesa qualificata ad ottenere il provvedimento di aggiudicazione definitiva [TAR Liguria II 22.7.2013, n. 1104; di recente C Stato V 2.5.2017, n. 1987], si segnalano

1

anche alcuni orientamenti contrari. Così, ad esempio, si legge che «nell'ipotesi di procedimento di gara arrestatosi all'aggiudicazione provvisoria, in accoglimento della domanda proposta con il rito del silenzio sussiste il dovere della P.A. di concludere il procedimento, con la precisazione che, a fronte della natura discrezionale del potere in questione, nella sede del c.d. rito del silenzio *ex* artt. 31 e 117 c.p.a., non è ammissibile la domanda concernente il come la P.A. debba concludere il procedimento», anche in considerazione dell'eventualità, ammessa dal comma 12 dell'art. 95 che la stazione appaltante non adotti alcuna aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto [TAR Liguria II 20.1.2012, n. 151; TAR Lazio I 19.1.2015, n. 53]. Altra questione concerne l'ipotesi che il ritiro di una proposta di aggiudicazione ovvero la mancata adozione dell'aggiudicazione finale, possa esporre l'amministrazione ad eventuali forme di responsabilità precontrattuale. Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che «la responsabilità precontrattuale è una responsabilità da comportamento, non da provvedimento, che incide non già sull'interesse legittimo pretensivo all'aggiudicazione, ma sul diritto di autodeterminarsi liberamente nei rapporti negoziali e, pertanto, sulla libertà di compiere le proprie scelte negoziali senza subire ingerenze illegittime frutto dell'altrui scorrettezza». Pertanto, le pubbliche amministrazioni, nell'ambito di trattative negoziali condotte senza procedura di evidenza pubblica, come nell'ambito di procedure di gara, sono tenute ad assicurare la propria condotta al canone di buona fede e correttezza di cui all'art. 1337 c.c., avendo cura di non ingenerare nella controparte privata «affidamenti ingiustificati», ovvero di non frustrare, senza giusta causa, «affidamenti legittimamente ingenerati». Ma tale ipotesi di responsabilità precontrattuale riguarderebbe solo il caso di illegittimo annullamento dell'aggiudicazione finale [TAR Campania V 1.2.2016, n. 607; TAR Trentino I 30.11.2016, n. 404]. Va infine rammentato che l'art. 120, c. 2-bis, c.p.a. prevede la doverosa impugnazione del «provvedimento che determina le **esclusioni dalla procedura di affidamento** e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali», il cui rito è disciplinato, con tempi ulteriormente accelerati e non senza profili problematici, al successivo comma 6-bis del medesimo articolo [CONTESSA (6), 521]. La giurisprudenza ha chiarito che «la previsione del **rito super accelerato** per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è volta, nella sua *ratio legis*, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si aggiunga al provvedimento di aggiudicazione, ovverosia, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all'esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione» [TAR Campania IV 30.3.2017, n. 1742]. Altrove invece si legge che, «se la successione temporale degli atti della procedura di gara pubblica lo consente, è ammissibile l'impugnativa congiunta ovvero con motivi aggiunti dei provvedimenti di ammissione e di aggiudicazione definitiva»; tuttavia, «in presenza di domande di annullamento di provvedimenti afferenti la medesima materia, assoggettate a riti caratterizzati da un diverso grado di specialità (commi 6 e 6-bis dell'art. 120 c.p.a.), si applica all'intera controversia il rito disciplinato dal comma 6 e non quello "super speciale" introdotto dal successivo comma 6 bis» [TAR Puglia I 7.12.2016, n. 1367]. Mentre è «irricevibile il ricorso proposto avverso l'aggiudicazione nel quale si sollevano censure contro il provvedimento di ammissione

dell'aggiudicatario che, come tali, avrebbero dovuto essere tempestivamente proposte entro il termine di cui all'art. 120, comma 2-bis c.proc.amm.» [TAR Campania VIII 2.2.2017, n. 696].

III. La conclusione della procedura di affidamento: l'aggiudicazione

La natura endoprocedimentale della proposta di aggiudicazione consente di qualificare con certezza **l'aggiudicazione** come atto conclusivo del procedimento e, dunque, come unico **provvedimento** idoneo a definire la procedura di affidamento del contratto. Infatti, una volta adottata la proposta di aggiudicazione, la stessa è soggetta ad approvazione (art. 33) e, conclusa anche la fase dell'approvazione, la stazione appaltante deve provvedere ad aggiudicare il contratto. Anche perché la giurisprudenza ha più volte sottolineato che l'aggiudicazione necessita di «una manifestazione di volontà espressa dell'amministrazione, che implica, da parte dell'organo amministrativo dotato della competenza esterna, il rinnovato esame delle valutazioni già compiute dall'organo tecnico in sede di selezione della migliore offerta» [TAR Umbria Perugia I 16.6.2011, n. 172; TAR Emilia Romagna Bologna II 29.6.2016, n. 681]. L'aggiudicazione, nell'opinione della giurisprudenza, è cioè l'atto con cui si chiude la procedura concorsuale, è provvedimento amministrativo e non costituisce atto meramente confermativo della precedente aggiudicazione provvisoria, oggi proposta di aggiudicazione [C Stato V 12.7.2010, n. 4483]. In quanto provvedimento che chiude il procedimento per l'affidamento del contratto, la giurisprudenza ritiene che «l'Amministrazione, che intenda procedere al riesame in autotutela dell'aggiudicazione con la quale si sia concluso il procedimento di affidamento di contratti pubblici, è tenuta a comunicare l'avvio del procedimento quantomeno nei confronti dell'aggiudicatario la cui sfera giuridica potrebbe essere incisa dagli effetti sfavorevoli derivanti dall'adozione dell'atto di revoca» [TAR Sardegna Cagliari I 19.12.2011, n. 1252]. La stessa giurisprudenza ha altresì chiarito che la necessità della comunicazione non sussiste nel caso in cui la revoca sia originata da un'informativa antimafia «trattandosi di procedimenti intrinsecamente caratterizzati da profili di urgenza» [C Stato III 24.10.2016, n. 4454]. Occorre inoltre riprendere quanto osservato in precedenza e cioè che, nonostante il provvedimento di aggiudicazione sia considerato l'atto con il quale l'amministrazione chiude la gara, e dunque è atto conclusivo della serie procedimentale, il legislatore del codice dei contratti ha continuato a non prevedere un termine entro il quale la stessa aggiudicazione deve essere adottata, con ciò discostandosi dallo spirito della stessa legge n. 241/1990 (anche all'esito delle modifiche apportate dalla l. n. 69/2009) che tende a scandire i tempi del procedimento e a dare soprattutto certezza del termine di conclusione del procedimento, prevedendo all'art. 2 l'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento con un provvedimento espresso. Anzi, la giurisprudenza aveva avuto modo di sottolineare che «la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva del contratto di appalto è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli art. 11, comma 11, 12 e 48, comma 2, del d.lg. n. 163 del 2006, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile con conseguente obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato della p.a.» [C Stato VI 19.1.2012, n. 195]. La mancata previsione di un termine per l'adozione dell'aggiudicazione e, in generale, per la

1

conclusione della procedura di affidamento del contratto, espone l'impresa a favore della quale è stata formulata la proposta di aggiudicazione all'incertezza in ordine all'effettiva e definitiva aggiudicazione del contratto, anche se, come visto, parte della giurisprudenza ammette che il destinatario di una proposta di aggiudicazione possa sollecitare l'amministrazione ad adottare l'aggiudicazione, con l'**azione avverso il silenzio**. Al privato, inoltre, è riconosciuta la possibilità di svincolarsi dall'offerta decorsi centottanta giorni dalla presentazione, senza che però possa pretendere alcun ristoro per il pregiudizio eventualmente patito. Infatti, lo stesso art. 32 in commento esclude l'indennizzo all'impresa aggiudicataria in via definitiva laddove siano decorsi i sessanta giorni previsti dal comma 8, senza che l'amministrazione si sia attivata per la stipulazione del contratto [cfr. TAR Sicilia Palermo III 17.10.2011, n. 1850]. Secondo un certo orientamento, se l'impresa partecipante alla gara, destinataria del provvedimento di aggiudicazione, omette di esercitare il proprio diritto potestativo di sciogliersi da ogni possibile «vincolo precontrattuale» una volta scaduto il termine per la stipula del contratto, ovvero non si attiva con ricorso avverso il silenzio tenuto dalla stazione appaltante in ordine alle proprie richieste di stipula del contratto, «il nesso causale tra danno ingiusto e condotta illegittima dell'amministrazione deve considerarsi "giuridicamente spezzato"», poiché l'interessato non ha esercitato - con la massima diligenza e tempestività - tutti i mezzi processuali che l'ordinamento pone a sua disposizione per evitare "in forma specifica" il pregiudizio di cui poi invoca ristoro per equivalente» [TAR Sardegna I 9.8.2016, n. 675]. Infine deve osservarsi che il comma 6 della norma in commento conferma quanto già previsto dal precedente art. 11, e cioè che l'aggiudicazione non vale **accettazione dell'offerta**. In tal senso il codice del 2006 aveva risolto il lungo dibattito, sviluppato in dottrina e in giurisprudenza nel corso degli anni, circa la natura dell'atto di aggiudicazione e della sua idoneità a segnare il momento di conclusione del contratto. Sulla base del principio generale per cui il contratto si intende concluso se colui che ha fatto la proposta riceve notizia dell'accettazione dell'altra parte (art. 1326 c.c.), ma soprattutto in forza dell'art. 16, c. 4, r.d. n. 2440/1923, secondo cui «i processi verbali di aggiudicazione definitiva equivalgono per ogni legale effetto al contratto», dottrina e giurisprudenza erano concordi nel ritenere che l'aggiudicazione individuasse il momento di conclusione del contratto, mentre la stipulazione dello stesso costituiva un momento puramente formale [CIANFLONE (5), 311; in giurisprudenza v. ad es. C Stato V 21.5.1982, n. 419]. Tale impostazione, tuttavia, aveva generato non pochi problemi interpretativi, legati alla difficoltà di qualificare in termini coerenti l'atto di aggiudicazione: essa infatti per un verso era intesa come provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento di scelta del contraente; per altro verso, veniva equiparata all'accettazione di una proposta contrattuale, sicché avrebbe dovuto individuare il momento di conclusione dello stesso contratto. La dottrina, in proposito, non aveva mancato di sottolineare come la qualificazione dell'aggiudicazione come accettazione dell'offerta, mal si coniugava con la possibilità che la stessa fosse altresì qualificata come provvedimento amministrativo, autonomamente impugnabile dinanzi al giudice amministrativo, nonché revocabile o annullabile dalla stessa amministrazione in sede di autotutela: "se l'aggiudicazione fosse intesa come atto che dà luogo alla conclusione del contratto, essa non potrebbe essere revocata", poiché ci troveremmo in presenza di

un contratto già concluso, “che non potrebbe essere sciolto se non per mutuo consenso” [CORSO (8), 294]. La previsione secondo cui l’aggiudicazione non vale come accettazione dell’offerta, e quindi la conclusione del contratto viene differita al momento della stipulazione, chiarisce ogni dubbio e conferma l’aggiudicazione come atto conclusivo della fase pubblicistica di affidamento del contratto, mentre la stipulazione dello stesso rappresenta il primo stadio della fase privatistica.

IV. *Standstill* e stipulazione del contratto

L’aggiudicazione del contratto, dunque, segna il momento finale della fase pubblicistica ed è seguita dalla **stipulazione**. Per molto tempo la giurisprudenza ha tentato di risolvere, non senza difficoltà e a volte contraddizioni, il difficile e delicato rapporto tra l’avvenuta stipulazione del contratto e l’eventuale annullamento dell’aggiudicazione. Si trattava, in particolare, di stabilire quale fosse la sorte del contratto che l’amministrazione aveva già stipulato con l’impresa aggiudicataria nel caso in cui, su ricorso presentato da altra impresa, il giudice avesse annullato il provvedimento di aggiudicazione. Dopo avere ipotizzato la tesi della nullità del contratto già stipulato per mancanza dell’accordo delle parti, ovvero della sua annullabilità per vizio del consenso, la giurisprudenza aveva formulato la tesi dell’inefficacia dello stesso contratto dovuta alla caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato [C Stato VI 6.7.2006, n. 4295, secondo cui «l’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione comporta la caducazione automatica del contratto stipulato, sub specie dell’inefficacia successiva dichiarata dal giudice amministrativo, in quanto il negozio, pienamente efficace al momento della nascita, diviene inefficace per il sopravvenire di una inidoneità funzionale in cui viene a trovarsi il programma negoziale per l’incidenza esterna di interessi giuridici preminenti, incompatibili con l’interesse alla conservazione del contratto»; cfr. SCOCA (19), 129]. Il codice, nella sua originaria formulazione del 2006, aveva già previsto un termine dilatorio ai fini della stipulazione del contratto, in quanto il comma 10 dell’art. 11 prevedeva che la stipulazione dovesse avvenire non prima di trenta giorni dalla aggiudicazione definitiva. Tale termine, e in generale l’intera previsione, tuttavia non era sufficiente ad evitare il rischio di una sovrapposizione tra annullamento dell’aggiudicazione e stipulazione del contratto. Per varie ragioni, ma soprattutto perché si trattava di un termine troppo breve, che non assicurava oggettivamente che la stipulazione del contratto rimanesse immune dalla presentazione di un ricorso avverso la precedente aggiudicazione. Il d.lgs. n. 53/2010, nel recepire la direttiva ricorsi n. 66/2007 [ASTONE (1), 21] ha tentato di porre un argine al fenomeno descritto, attraverso l’introduzione di una serie di correttivi [per un inquadramento del rapporto, qui sommariamente descritto, tra annullamento dell’aggiudicazione e stipulazione del contratto cfr. STICCHI DAMIANI (20), 240]. In particolare, il **termine dilatorio** è stato allungato, da trenta a trentacinque giorni dall’ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. I trentacinque giorni di **standstill** assicurano che il contratto si possa stipulare con la certezza di non dovere subire poi l’instaurazione di un giudizio di annullamento del provvedimento di aggiudicazione, dal momento che il termine per la proposizione del ricorso in materia di contratti è dimezzato (non sessanta, ma trenta giorni, art. 120, c. 5, c.p.a.).

1

Come detto, l'art. 32 conferma il precedente assetto, ma amplia le **deroghe** alla disciplina dello *standstill*, c.d. sostanziale. Oltre all'ipotesi in cui sia stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva, sicché le parti hanno la certezza che nessuno potrà mai chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione o degli altri atti di gara; ovvero, nel caso in cui si tratti di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 54, ovvero in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55 (ai cui commenti si rinvia), un'ulteriore deroga è prevista in caso di affidamenti sotto soglia di cui all'art. 36, c. 2, lett. a) e b). Sul punto, il Consiglio di Stato nel già richiamato parere ha affermato che l'ampliamento della deroga al termine dilatorio non contrasta con la dir. com. (2007/66 ed è anche coerente con la legge delega, nella parte in cui prevede il divieto del c.d. *gold plating* [PAJNO (18), 1127] e la semplificazione delle procedure di affidamento sotto soglia. Aggiunge tuttavia che «il termine di *standstill* ha un effetto immediato e diretto sulla possibilità di tutela giurisdizionale e, pertanto, una deroga generalizzata per le forniture sotto soglia rischia di creare una disparità di trattamento sul piano della tutela giurisdizionale. Il legislatore italiano ha sinora optato per una soluzione normativa uniforme, quando si tratta di tutela giurisdizionale, a prescindere dall'essere l'appalto sopra o sotto soglia» [in giurisprudenza cfr. TAR Lazio I 23.3.2017, n. 3857]. Il comma 11 della disposizione in commento coordina la disciplina dello *standstill* con l'ipotesi dell'instaurazione di un ricorso giurisdizionale, con contestuale domanda cautelare: c.d. ***standstill processuale***. Come nella precedente formulazione del comma 10-ter dell'art. 11, la norma oggi dispone che il contratto non può essere stipulato, dal momento in cui l'istanza cautelare viene notificata alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni; termine entro il quale il giudice deve adottare il provvedimento cautelare di primo grado, se non addirittura il dispositivo della sentenza di primo grado nel caso in cui la decisione del merito sia anticipata all'udienza cautelare; se il giudice non provvede entro i venti giorni di cui sopra, il termine dilatorio è prorogato automaticamente fino alla pronuncia di detti provvedimenti. L'effetto sospensivo sulla stipulazione del contratto cessa però quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente (art. 15, c. 4, c.p.a.), ovvero non concede misure cautelari, fissando direttamente la data di udienza del merito, o ancora rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti: in tal caso il consenso delle parti deve essere inteso quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare. Deve ricordarsi che il codice del processo amministrativo, recependo i contenuti della dir. ricorsi n. 66/2007, prevede espressamente la possibilità per il giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto già stipulato, quando l'aggiudicazione avvenga in violazione della disciplina di *standstill*: la giurisprudenza tuttavia ha precisato che «la violazione della clausola detta di *standstill* (termine dilatorio che dovrebbe precedere la stipula del contratto) non costituisce vizio dell'aggiudicazione e non determina pertanto la sua invalidità», [C Stato V 23.3.2015, n. 1565], dal momento che l'art. 121 c.p.a., c. 1, lett. c) e d) prevede la possibilità che il giudice dichiari l'inefficacia del contratto per violazione dello *standstill* sostanziale e processuale «qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione

definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento» [sui poteri del giudice in tema di annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto, LIPARI, 61]. Come già detto, se la stipulazione non avviene entro il termine di sessanta giorni dall'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, l'aggiudicatario può ritenersi svincolato dall'offerta a suo tempo presentata, avendo il potere di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto mediante atto notificato alla stazione appaltante. Secondo la giurisprudenza tale termine «non ha natura preteritoria e la norma in questione ha la funzione non già di obbligare comunque l'Amministrazione a stipulare tempestivamente il contratto a seguito dell'aggiudicazione, ma - più semplicemente - quella di svincolare l'aggiudicatario dalla sua offerta nel caso in cui l'Amministrazione decida, per ragioni legittime, di ritardare la conclusione del contratto, fatta salva, ove ne ricorrano i presupposti, la responsabilità precontrattuale della Stazione Appaltante» [TAR Lazio Roma III 16.12.2016, n. 12544]. Se invece l'aggiudicatario fosse ugualmente intenzionato alla stipulazione del contratto, nonostante il decorso del tempo, la giurisprudenza esclude la sussistenza di un diritto soggettivo a detta stipula, ma ammette «la possibilità di ricorrere avverso il silenzio *ex art.* 31 c.p.a., ovvero di impugnare in sede di giurisdizione generale di legittimità eventuali atti di autotutela nel frattempo intervenuti» [TAR Lazio Roma II 14.9.2016, n. 9704]. Infine, la giurisprudenza ha precisato che, in ogni caso, anche dopo l'aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto, deve riconoscersi in capo all'amministrazione precedente un generale potere di «annullamento in **autotutela** del provvedimento amministrativo, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell'azione amministrativa» che oggi «trova un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124/2015, anche nella previsione dell'art. 21-nonies, c. 1, l. 7.8.1990, n. 241, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa» [C Stato III 22.3.2017, n. 1310].

BIBLIOGRAFIA: (1) ASTONE, *Il recepimento della direttiva ricorsi: profili problematici delle scelte operate dal legislatore nazionale*, NA, 2010, 5; (2) CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012; (3) CAVALLARO, *Fasi delle procedure di affidamento*, in *Codice degli appalti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano 2013, 160; (4) CHITI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, GDA 2016, 436; (5) CIANFLONE-GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 1999; (6) CONTESSA, *Le forme di tutela nel nuovo Codice*, GDA 2016 515; (7) CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, DAmM 2016, 71; (8) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2004; (9) CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2017; (10) CREPALDI, *La revoca dell'aggiudicazione provvisoria tra obbligo indennitario e risarcimento*, FA CDS 2010, 868; (11) DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, UA 2016 503; (12) FIDONE, *Principi e disposizioni comuni*, in *Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino 2010, 45; (13) FILIPPETTI, *L'omessa previsione di un termine per l'aggiudicazione definitiva degli appalti pubblici*, UA 2011, 1218; (14) GIOVANNELLI, *Rapporti tra aggiudicazione provvisoria e definitiva e sindacato*

del g.a. sull'esercizio del potere discrezionale, UA 2011, 1085; (15) GUZZARDO, *Annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria e comunicazione di avvio del procedimento*, FA TAR 2007, 839; (16) IMMORDINO-CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino 2014, 401; (17) LIPARI, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto: poteri del giudice*, FA TAR 2010, 61; (18) PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, RIDPCom 2015, 1127; (19) SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Torino 2008; (20) STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, DPAm 2011, 240.

33. Controlli sugli atti delle procedure di affidamento

[1] **La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata.**

[2] **L'eventuale approvazione del contratto stipulato avviene nel rispetto dei termini e secondo procedure analoghe a quelle di cui al comma 1. L'approvazione del contratto è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti.**

SOMMARIO: I. L'approvazione della proposta di aggiudicazione - II. L'approvazione e i controlli del contratto stipulato.

I. L'approvazione della proposta di aggiudicazione

- 1 La norma in commento contiene la disciplina in tema di **approvazione** e di **controlli** sulla proposta di aggiudicazione sulla stipulazione del contratto ad evidenza pubblica. Il meccanismo previsto, assai semplificato rispetto al precedente art. 12, si intreccia con la disciplina delle fasi dell'affidamento del contratto di cui al precedente art. 32 ed è così sintetizzabile. Il comma 1 prevede che la **proposta di aggiudicazione** è soggetta ad approvazione da parte dell'organo competente, da individuarsi a seconda del regime giuridico cui è soggetta l'amministrazione che aggiudica i lavori, che in linea di principio è il dirigente del settore competente alla stipula del contratto: così ad esempio i verbali di aggiudicazione provvisoria disposti da una Commissione Tecnica all'interno di una Azienda Sanitaria sono approvati dal Direttore Generale, [TAR Sicilia Palermo I 7.9.2011, n. 1603]. La giurisprudenza ha inoltre chiarito che non sussiste incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento [TAR Lazio Roma II 5.1.2015, n. 21]; così come è possibile che «al

dirigente di un ente locale che ha svolto le funzioni di presidente del seggio e di responsabile del procedimento sia stato anche attribuito il compito di approvare gli atti della commissione di gara, atteso che detta approvazione non può essere ricompresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento connessa alla responsabilità unitaria del procedimento spettante alla figura dirigenziale» [C Stato V 22.6.2010, n. 3890]. Va precisato che il rinvio agli ordinamenti di settore serve solo all'individuazione dell'organo competente, non anche ad individuare il fondamento dell'approvazione medesima, che è invece contenuto negli stessi artt. 32 e 33 del codice. La disposizione in commento, alla quale rinvia il comma 5 del precedente art. 32, infatti testualmente dispone "la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione". La stessa disposizione assicura, inoltre, un meccanismo analogo al c.d. silenzio assenso, in coerenza con i principi di certezza e semplificazione di cui alla l. n. 241/1990 che conformano l'agire amministrativo [IMMORDINO-CAVALLARO (5), 432]: la proposta di aggiudicazione si intende approvata se l'organo competente non si pronuncia entro il termine fissato dai rispettivi ordinamenti, ovvero, in mancanza, entro il termine di trenta giorni che comincia a decorrere dal ricevimento dell'aggiudicazione. Tale termine può essere interrotto per eventuali richieste di chiarimenti e ricomincia "nuovamente" a decorrere una volta acquisiti gli stessi chiarimenti, nel senso che dal momento in cui i chiarimenti pervengono all'organo competente si riaprono i termini previsti dai singoli ordinamenti ovvero i trenta giorni di cui sopra. Decorsi i quali la proposta di aggiudicazione si intende approvata. La giurisprudenza ha comunque precisato che, anche se l'aggiudicazione provvisoria (oggi proposta di aggiudicazione) viene approvata, sia esplicitamente, sia con il meccanismo del **silenzio assenso**, tale approvazione è espressione di un potere di controllo e non integra «il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva» [TAR Lazio Roma I 28.2.2011 n. 1809; in senso analogo C Stato V 8.3.2011, n. 1446; più di recente TAR Emilia Romagna Bologna II 29.6.2016, n. 681]; con la conseguenza che la stazione appaltante conserva il potere discrezionale di procedere o meno all'aggiudicazione. Inoltre la stessa giurisprudenza ha chiarito che l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria può essere negata, per cui, soprattutto nei casi di pubblici lavori, servizi e forniture, «le amministrazioni possono e devono agire con gli aggiudicatari provvisori tenendo sempre conto della salvaguardia degli interessi pubblici coinvolti»; ma che tale diniego deve essere adeguatamente motivato, alla luce della legge di gara, che determina anche la configurazione degli interessi coinvolti. Non è pertanto ammissibile un diniego di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria basato su un interesse pubblico di mero fatto, non specificato dal bando di gara, ma introdotto dall'organo competente sulla base di valutazioni, senz'altro logiche in concreto, ma non normativizzate nel bando [C Stato V 28.12.2011, n. 6916].

II. L'approvazione e i controlli del contratto stipulato

Un meccanismo analogo a quello appena descritto in materia di approvazione della proposta di aggiudicazione è previsto in caso di eventuale **approvazione del contratto stipulato**: anche in tal caso, il comma 2 della norma in commento rinvia all'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori e

1

precisa che in mancanza di apposita previsione il termine suddetto è pari a trenta giorni, decorsi i quali il contratto stipulato si intende approvato. Anche in tal caso il termine è soggetto ad interruzione in caso di esigenze istruttorie e ricomincia a decorrere *ex novo* una volta acquisiti dall'organo competente i chiarimenti richiesti. Va tuttavia chiarito che, mentre il comma 1 dell'art. 33 prevede, come già osservato, la necessità che l'aggiudicazione provvisoria sia comunque soggetta ad approvazione, il comma 2, a proposito dell'approvazione del contratto stipulato, la qualifica come "eventuale", rinviando agli ordinamenti di settore sia per quanto concerne la necessità stessa dell'approvazione, sia per l'individuazione dell'organo competente ad effettuarla. Ed in senso analogo dispone l'art. 32, c. 12, laddove prevede che il contratto stipulato è sottoposto alla "condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione". Così ad esempio continuano ad essere soggetti ad approvazione i contratti conclusi dalle amministrazioni statali, mentre per i contratti conclusi dalle amministrazioni locali la stessa non è più richiesta [cfr. CORSO (2), 425]. La dottrina in passato aveva metaforicamente qualificato il contratto non ancora approvato come contratto "**claudicante**", in quanto vincolante per il privato, ma non per l'amministrazione [VIRGA (6), 430]. Il codice in un certo senso ripropone questa situazione, poiché prevede che per il privato l'offerta presentata è irrevocabile fino a un massimo di sessanta giorni, mentre consente allo stesso di svincolarsi solo nel caso in cui siano decorsi infruttuosamente i termini per la stipulazione del contratto (art. 32, c. 8). Viceversa, la stessa norma precisa che "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta". Conseguentemente, la giurisprudenza afferma che «nei contratti conclusi con la pubblica amministrazione, il dispiegamento degli effetti vincolanti per le parti, al di là della formale stipula di un accordo negoziale, è subordinata all'approvazione ministeriale ai sensi dell'art. 19, r.d. 18.11.1923, n. 2440, da effettuarsi con un provvedimento espresso adottato dall'organo competente nella forma solenne prescritta dalla legge, la cui esistenza non può desumersi implicitamente dalla condotta tenuta dall'amministrazione»; pertanto, «ai fini del perfezionamento effettivo del vincolo contrattuale, pur se formalmente esistente, non è sufficiente la mera aggiudicazione pronunciata in favore del contraente, come pure la formale stipula del contratto ad evidenza pubblica nelle forme prescritte dalla legge (artt. 16 e 17 del decreto cit.)»; con la precisazione che in caso di mancata approvazione l'eventuale responsabilità dell'amministrazione deve essere ricondotta alla **responsabilità pre-contrattuale**, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., «inquadabile nella responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato"» [C I 12.7.2016, 14188]. Per le ragioni suddette, l'approvazione può essere considerata come fattispecie integrativa dell'efficacia del contratto [cfr. C I 12.5.2015, n. 9636] e rappresenta (ove prevista) il momento conclusivo della fase pubblicistica e che contestualmente apre la fase privatistica [IMMORDINO-CAVALLARO (5), 439]. Infine, s'è ritenuto che l'approvazione del contratto, in quanto emessa da un soggetto diverso dall'organo che ha provveduto all'aggiudicazione e alla stipulazione, non si limita ad un mero controllo di legittimità, "ma investe anche il merito dell'atto", in quanto preordinata a verificare la effettiva sussistenza dell'interesse pubblico che il contratto intende perseguire [FIDONE (4), 84]. Anche perché, l'approvazione, nei contratti ove è prevista, assolve il ruolo che in altri contratti avrebbe la determinazione a contrattare di cui al precedente art. 32

[cfr. commento], nel senso che consente l'“emersione” dell'interesse pubblico alla cui realizzazione il contratto è preordinato. Sicché, secondo la giurisprudenza, l'amministrazione mantiene il potere di disporre il ritiro dell'affidamento di una gara, «pure se in epoca successiva alla stipulazione del contratto di appalto con l'aggiudicatario, e persino quando siano in corso i lavori», [TAR Lazio Roma II 21.7.2016, n. 8380; sul rapporto tra revoca degli atti di gara, annullamento d'ufficio e recesso dal contratto cfr. C Stato a.p. 20.6.2014, n. 20].

BIBLIOGRAFIA: (1) CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino 2012; (2) CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2017; (3) DE NICCOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, UA 2016, 503; (4) FIDONE, *Principi e disposizioni comuni, Commentario al Codice dei Contratti Pubblici*, Torino 2010, 45; (5) IMMORDINO-CAVALLARO, *I contratti della pubblica amministrazione*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino 2014, 401; (6) VIRGA, *Diritto amministrativo*, I, Milano 1989.

34. Criteri di sostenibilità energetica e ambientale

[1] Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto all'articolo 144 (1).

[2] I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare (2).

[3] L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione (3).

(1) Comma così modificato dall'art. 23, c. 1, lett. a), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

(2) Comma così sostituito dall'art. 23, c. 1, lett. b), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.

(3) Comma così sostituito dall'art. 23, c. 1, lett. c), d.lgs. 19.4.2017, n. 56.