

## La fase di aggiudicazione del contratto

Maurizio Lucca, Direttore – Segretario Generale dei comuni di Conselve – Vigonza  
(pubblicato e rivisto, *La Gazzetta degli enti locali* 4 gennaio 2008)

L'aggiudicazione segna il momento terminale della fase prenegoziale, prima di giungere all'effettiva e valida conclusione del contratto che avviene mediante l'incontro delle volontà: necessariamente in forma scritta *ad substantiam*.

Ne consegue che nell'aggiudicazione - atto gestionale e di competenza dirigenziale (giammai politica) - si congiungono elementi del procedimento amministrativo per la scelta del contraente (aggiudicazione provvisoria) e fasi negoziali con l'individuazione del soggetto - contraente privato (procedimento c.d. di evidenza pubblica); soggetto che una volta avvenuta l'aggiudicazione definitiva (a seguito delle dovute verifiche e controlli) risulta titolare di un'aspettativa qualificata: un affidamento tutelato dall'ordinamento giuridico, consolidando, viceversa, i termini per dar corso ad eventuali azioni processuali a garanzia di chi illegittimamente è risultato (o si ritiene) escluso.

Il termine per agire in giudizio è quindi legato alle modalità di pubblicazione e/o conoscenza degli esiti della gara.

È noto sul punto che la pubblicazione degli atti amministrativi, effettuata nei modi e termini di legge, costituisce una forma di pubblicità legale, di per sé esaustiva, quando prescritta da disposizione di legge, ai fini della presunzione assoluta di piena conoscenza *erga omnes*, allorché tali atti non siano direttamente riferibili a soggetti determinati.

Occorre, quindi, verificare - ai fini della decorrenza del *dies a quo* del termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione se l'amministrazione (stazione appaltante) sia tenuto a comunicare ai partecipanti l'avvenuta aggiudicazione o se, invece, la pubblicazione della stessa mediante avviso all'Albo pretorio sia sufficiente a determinare nell'interessato quella presunzione assoluta di piena conoscenza, di cui si è detto sopra<sup>1</sup>.

Infatti, il termine per dar corso all'impugnazione degli atti di aggiudicazione avviene dalla data di comunicazione degli esiti della gara, e comunque da quella della sua piena conoscenza, essendo (secondo un determinato orientamento giurisprudenziale) viceversa irrilevante la pubblicazione del risultato concorsuale nella Gazzetta Ufficiale (*rectius* Albo pretorio), atteso che nessuna disposizione in materia (né tantomeno il Codice dei contratti pubblici) prevede come forma di pubblicità obbligatoria la pubblicazione dell'avvenuta aggiudicazione nella Gazzetta Ufficiale, attribuendo alla stessa una forma di presunzione di conoscenza *juris et de jure*<sup>2</sup>.

Va superata, *re melius perpensa*, la rigida affermazione che con la mera pubblicazione si possa presumere giunta a destinazione la comunicazione di aggiudicazione dovendo, invece, prevalere la soluzione sostanzialistica o finalista, una lettura della norma che deve tendere, sul piano dell'ermeneusi, a privilegiare ipotesi che assicurano una facile quindi efficace tutela ai privati che non può essere obliterata da una forma di pubblicità non personale, ossia diretta al destinatario, equilibrando il rapporto su un piano di parità di strumenti cautelari.

Si pone in rilievo, dalle argomentazioni poste, che nella fase di scelta del contraente l'amministrazione agisce secondo predefiniti moduli procedurali di garanzia per la tutela dell'interesse pubblico, ancorché siano contestualmente presenti momenti di rilevanza negoziale, avvenuta l'aggiudicazione e dopo la sottoscrizione del contratto (seconda fase, si veda l'art. 11, comma 7, del Codice dei contratti pubblici) ha inizio la disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale che si connota per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali<sup>3</sup>.

Sul piano normativo si può ritenere che con l'aggiudicazione definitiva maturano positivamente i termini per ricorrere posto che l'aggiudicazione provvisoria - per la sua natura di atto endoprocedimentale - non è sufficiente ai fini di dare compiuta stabilità all'affidamento, ossia presenta un carattere meramente provvisorio non in grado di costituire un diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto<sup>4</sup>.

Appare indubbio che l'eventuale lesione della posizione soggettiva del privato concorrente non deriva direttamente dal verbale di aggiudicazione provvisoria, ma dai provvedimenti con i quali l'amministrazione committente assume e fa proprie le determinazioni contenute nei verbali medesimi, i quali, pertanto, non sono impugnabili autonomamente, configurandosi dunque come meri atti endoprocedimentali privi di per sé di una propria autonoma capacità lesiva e caratterizzati per essere atti ad effetti instabili ed interinali in proiezione del provvedimento finale<sup>5</sup>.

A tal proposito è risaputo che sul piano processuale l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria è meramente facoltativa e non obbligatoria, e di regola avviene con la piena conoscenza da parte dell'interessato dell'aggiudicazione definitiva (come anzi detto) - atto terminale della sequenza procedimentale, in occasione

<sup>1</sup> T.R.G.A., sez. Bolzano, 11 dicembre 2007 n. 373.

<sup>2</sup> T.A.R. Lazio - Roma, sez. III, 21 dicembre 2007 n. 13914. In mancanza di una specifica disposizione legislativa che attribuisca alla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale un determinato effetto giuridico solo dalla piena ed effettiva conoscenza di un atto inizia a decorrere il termine decadenziale per la sua impugnativa, Corte Cost., 8 aprile 1997 n. 86. Si rinvia all'articolo 21 *bis* della legge 241 del 1990 riformata.

<sup>3</sup> Corte Cost., 23 novembre 2007 n. 401 e 14 dicembre 2007 n. 431.

<sup>4</sup> T.A.R. Puglia - Lecce, sez. II, 14 maggio 2007 n. 1906.

<sup>5</sup> TAR Lombardia - Milano, sez. III, 19 aprile 2007 n. 1874.

dell'impugnazione di questa ultima, possono essere fatti valere i vizi propri di quella provvisoria: da tale momento può individuarsi una lesione diretta, immediata ed attuale dell'interesse del partecipante rimasto non aggiudicatario<sup>6</sup>.

Dalla conoscenza degli esiti provvisoriamente definiti dal seggio di gara non sussiste un obbligo alla contestazione nei termini decadenziali dei relativi verbali, ben potendo l'interessato impugnare la sola aggiudicazione definitiva, facendo nel contempo valere anche le doglianze più specificamente riferibili alle risultanze dei verbali medesimi, evidenziando che da tale momento sorge da una parte, il diritto soggettivo dell'aggiudicatario alla stipula, e dall'altra, al ricorso contro gli atti da parte dell'escluso<sup>7</sup>.

A margine è da ritenere che sempre la pubblica amministrazione possa, mediante un giudizio ampiamente discrezionale (sindacabile solo sotto il limitato profilo della manifesta irragionevolezza delle argomentazioni amministrative o del difetto di motivazione)<sup>8</sup> non pervenire all'aggiudicazione definitiva, anche qualora pervenga una sola offerta, qualora sia accertata la non convenienza dell'offerta presentata nel corso della gara, rilevando che non si è in presenza di un intervento in autotutela di tipo caducatorio (annullamento o revoca) ma piuttosto di un diniego di aggiudicazione definitiva, che non necessita di preventiva comunicazione, ex art. 7 l. n. 241/1990, da parte dell'amministrazione, giacché la fattispecie rientra nella fase iniziata con l'istanza di partecipazione alla gara dell'interessato e non costituisce un nuovo procedimento tendente al ritiro dell'atto precedentemente emesso<sup>9</sup>.

Acquisito l'esito della gara il soggetto concorrente è obbligato alla stipulazione del contratto, obbligo giuridico garantito dalla prestazione della cauzione provvisoria che, in caso di rifiuto alla stipulazione e mancato esercizio della facoltà di recesso viene incamerata dalla stazione appaltante<sup>10</sup>, mentre per l'amministrazione esiste l'obbligo di concludere il procedimento attivato sottoscrivendo il contratto, salvo che non si dimostri un interesse pubblico alla revoca dell'intera procedura<sup>11</sup>.

Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela, la stipulazione del contratto ha luogo entro il termine di 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, ovvero il controllo non avviene nel termine previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.

Allora, si deve esplicitare che l'aggiudicatario in via definitiva, a fronte dell'inerzia dell'Amministrazione dall'obbligo di attivarsi alla sottoscrizione del contratto per la durata di 60 giorni dall'intervenuta aggiudicazione (termine entro il quale si dovrà firmare l'atto negoziale), può pretendere lo scioglimento da ogni impegno e tale posizione non può che qualificarsi di diritto soggettivo, in quanto il suo esercizio è rimesso unicamente al potere potestativo attribuito all'aggiudicatario (secondo il meccanismo individuato dal legislatore), con conseguente soggezione dell'Amministrazione (atto vincolato e privo di discrezionalità)<sup>12</sup>.

Tale circostanza è coerente con l'obbligatorietà di concludere il procedimento amministrativo con un provvedimento espresso, ex art.2 della legge 241/90, pertanto, nel caso in cui l'amministrazione non si determini per la stipula nei suddetti termini, quelli indicati dal bando o in via sussidiaria dalla legge, l'aggiudicatario matura il diritto ad essere liberato dall'impegno contrattuale con la restituzione del deposito cauzionale ed il rimborso delle spese contrattuali<sup>13</sup>.

Questo fatto porta a concludere che una volta divenuta efficace l'aggiudicazione sussiste un obbligo giuridico per l'aggiudicatario di stipulare il contratto nei termini individuati dal legislatore, scaduti i quali il vincolo può sciogliersi solo attraverso l'attivazione della procedura di notifica della volontà di liberarsi dall'obbligo, anche nel caso di ritardo alla aggiudicazione, confermando altresì che l'aggiudicazione chiude definitivamente la fase di gara.

L'esegesi della norma propende nel ritenere che intervenuta l'aggiudicazione, ancorché in ritardo, si rinnova il termine (di trenta o) di sessanta giorni del vincolo (irrevocabile) alla stipulazione del contratto<sup>14</sup>.

Di converso, qualora l'aggiudicatario non provveda a stipulare l'atto la cauzione va incamerata dall'amministrazione, senza alcuna necessità di accertare l'imputabilità soggettiva della mancata stipulazione, delineando la funzione della cauzione all'interno del paradigma della caparra confirmatoria (ex art. 1385 c.c.).

La *ratio* dell'istituto è quella di garantire la serietà dell'offerta fino al momento della stipula del contratto e della prestazione per cui l'incameramento della cauzione è, normalmente, legato al rifiuto di stipulare sia perché si tratta di confermare la serietà di un impegno da assumere in futuro sia perché tale qualificazione risulta più coerente con

<sup>6</sup> T.A.R. Marche, 29 dicembre 2003 n. 1924.

<sup>7</sup> T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 13 giugno 2007 n. 5008, vedi anche T.A.R. Lazio - Latina, 9 dicembre 2005 n. 1676.

<sup>8</sup> Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2004 n. 2572.

<sup>9</sup> T.A.R. Campania - Napoli, sez. I, 11 dicembre 2007 n. 16112.

<sup>10</sup> Cfr. Determinazione Autorità LL.PP. N.24 del 2 ottobre 2002, "Verbale di aggiudicazione e perfezionamento contratto".

<sup>11</sup> T.A.R. Puglia - Bari, sez.I, 21 novembre 2007 n. 2770.

<sup>12</sup> T.A.R. Sicilia - Palermo, sez.III 19 dicembre 2007 n. 3461.

<sup>13</sup> T.A.R. Lazio - Roma, sez.III, 3 agosto 2006, n.6914.

<sup>14</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6362.

l'esigenza, rilevante contabilmente (e si consideri che la normativa contabilistica è la matrice di questa disciplina contrattuale) di non vulnerare l'interesse dell'amministrazione a pretendere il maggior danno<sup>15</sup>.

Tuttavia questa tesi dev'essere sottoposta a revisione, in quanto gli argomenti che lo sorreggono, fondati sull'assunzione del dato testuale della norma, come principio cardine del sistema, tale da influenzare l'intero impianto normativo, riflettono una visione dell'ordinamento superata dai più recenti interventi riformatori a seguito dell'intervenuta approvazione del Codice dei contratti; ed è nella rilettura complessiva del sistema che la soluzione del problema in esame dev'essere rinvenuta giustificando - l'incameramento della cauzione - con l'obiettivo di sanzionare l'inadempimento imputabile.

In presenza della violazione di un obbligo giuridico si appalesa la necessaria componente soggettiva della condotta della parte e, in tale prospettiva, la cauzione svolgerebbe la funzione di una vera e propria clausola penale, determinando la liquidazione preventiva e forfetaria del danno subito dall'amministrazione, in conseguenza dell'accertato inadempimento dell'obbligo di stipulare il contratto<sup>16</sup>.

Alla luce delle considerazioni poste, si deve concludere che ultimata la fase di scelta del contraente con l'aggiudicazione definitiva, non resta che dar corso alla successiva fase negoziale della stipulazione del contratto mediante la redazione e sottoscrizione di un apposito documento distinto dagli atti amministrativi facenti parte del procedimento della c.d. evidenza pubblica.

Diritti e obblighi per i contraenti derivano, essenzialmente, al momento della sottoscrizione dell'atto, poiché solo con la formale stipulazione del contratto si attribuisce valore conclusivo al contratto stesso, e si producono gli effetti obbligatori voluti dalle parti non potendo dare, quest'effetto obbligatorio, ad alcuna manifestazione di volontà precedente all'impegno assunto nel contratto, né alle determinazioni di approvazione degli atti procedurali, né ai relativi verbali.

---

<sup>15</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2004 n. 1058.

<sup>16</sup> T.A.R. Lazio, sez. III, 29 marzo 2000 n. 2443 e T.A.R. Lombardia, sez. III, 18 ottobre 2001 n. 6919.