

IL PROCEDIMENTO DI GARA ALLA LUCE DEL CODICE DEI CONTRATTI E DEL PRIMO DECRETO CORRETTIVO

di Francesco Armenante

Sommario: 1. Profili strutturali della procedura di affidamento. - 2. Le subfasi del procedimento di gara. - 3. L'aggiudicazione. - 4. La responsabilità precontrattuale della p.a. - 5. Il potere di riesame. - 6. La stipula del contratto e l'esecuzione anticipata. - 7. Lo *stand still period*. - 8. La forma del contratto. - 9. La celebrazione della gara. - 10. La verbalizzazione delle sedute.

1. Profili strutturali della procedura di affidamento

La procedura di affidamento di un contratto o di una concessione pubblica costituisce la prima fase dell'attività contrattuale della p.a.¹

Tale attività è strutturalmente bifasica: alla fase pubblicistica (che attiene alla selezione del miglior contraente) segue quella privatistica, relativa alla gestione del rapporto contrattuale².

Gli stessi atti di avvio della procedura di gara rispondono a tale diversa finalità.

Il bando (così come il disciplinare e la lettera di invito) regola la fase pubblicistica di svolgimento della gara, indicando l'oggetto della prestazione richiesta dall'amministrazione, i potenziali concorrenti (ovvero i requisiti di

¹ La tematica è stata, da sempre, oggetto di ampi approfondimenti dottrinari. Tra le numerose pubblicazioni in materia, si segnalano: BORTOLOTTI, *Contratti della amministrazione pubblica*, in *Digesto pubbl.*, IV, Torino, 1989, 36 ss.; VIRGA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Palermo, 1971; GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Milano, 1964; GRECO, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato (i contratti ad evidenza pubblica)*, Milano, 1988; AA.VV., *Commento al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2006; AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, Roma, 2008; SANINO, *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008.

² Tale struttura trova precisa definizione nello stesso codice dei contratti, all'art. 30, 8° co., laddove si rinvia alla legge sul procedimento per la prima delle suddette fasi e al codice civile per quella, a valle, privatistica.

partecipazione), le modalità di partecipazione (e di presentazione delle offerte), le modalità di celebrazione della gara, gli adempimenti in capo all'aggiudicatario.

Diversamente, il capitolato d'appalto costituisce un contratto "in embrione"³, riportando (secondo il tradizionale schema negoziale) i vincoli sinallagmatici (le obbligazioni che saranno assunte dalle parti contraenti).

Tali assunti risultano scolpiti nel comma 14 *bis*⁴ della norma in commento, in virtù del quale i capitolati e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto; con tale previsione, dal carattere prettamente ricognitivo (piuttosto che innovativo) si ribadisce la necessità di un richiamo, tra gli atti indittivi della procedura, anche del capitolato e del computo metrico, quali documenti costitutivi del sinallagma contrattuale, rispetto ai quali, evidentemente, non è possibile alcuna novazione all'esito dell'espletamento della procedura di selezione del contraente. Tuttavia, non sembra che possa sostenersi una diversa soluzione (ovvero la derogabilità di capitolato e computo metrico) in caso di omesso richiamo nel bando o nella lettera di invito.

Anche la giurisprudenza⁵ ha rimarcato tale struttura, in special modo in sede di valutazione e apprezzamento dei poteri esercitati (ed esercitabili) da parte della p.a.⁶.

³ L'art. 137, d.p.r. 5.10.2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione e attuazione del (precedente) codice dei contratti pubblici, considera il capitolato parte integrante del contratto.

⁴ Come introdotto dal d. lg. n. 56 del 19 aprile 2017 (c.d. decreto correttivo).

⁵ Tutte le pronunce di seguito citate, sia del Consiglio di Stato che dei T.A.R. sono reperibili sul sito istituzionale della giustizia amministrativa: www.giustizia-amministrativa.it.

⁶ Cfr. C. St., sez. V, 9.10.2015, n. 4684, per il quale: «Anche se, nelle gare di appalti pubblici, il bando, il disciplinare di gara ed il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura - il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando - tutti insieme costituiscono la *lex specialis*

In particolare, se nella vicenda pubblicistica l'amministrazione assume le vesti di "stazione appaltante" ed opera mediante atti e provvedimenti di matrice pubblicistica, una volta sorto il vincolo negoziale si è in presenza di "parti contraenti", il cui vincolo sinallagmatico si articola in atti di matrice privatistica.

Nella prima fase, cioè, l'amministrazione deve conformarsi alle regole procedurali che sottendono l'esercizio dei poteri pubblicistici, con l'osservanza (tra l'altro) dell'obbligo di motivazione nelle determinazioni adottate e con il rispetto delle garanzie partecipative in caso di esercizio postumo del potere di riesame; nella distinta fase privatistica gli istituti applicabili (salvo diversa disciplina recata dal codice o dal regolamento) albergano nel codice di diritto comune⁷.

La distinzione rileva anche sul piano processuale⁸.

della gara, in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97. Nel caso in cui sussistano eventuali contrasti interni tra le singole disposizioni della *lex specialis* tra i vari atti che la compongono (bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto), sussiste nondimeno una gerarchia differenziata tra di essi, con prevalenza del contenuto del bando di gara, potendo le disposizioni del capitolato speciale soltanto integrare, ma non modificare, quelle del bando». Sulla prevalenza del bando rispetto alla lettera di invito, cfr. C. St., sez. IV, 7.11.2014, n. 5497. Sulla prevalenza del bando rispetto al capitolato, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 5.9.2016, n. 4171. Sulla prevalenza del bando rispetto al disciplinare, cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 2.12.2016, n. 1834.

⁷ Cfr. C. St., Ad. Plen., 20.6.2014, n. 14, in cui si sottolinea che: «La posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono». Principio confermato da C. St., sez. V, 13.9.2016 n. 3865.

La giustiziabilità degli atti della fase pubblicistica è rimessa alla cognizione del giudice amministrativo; una volta sorto il vincolo negoziale, le controversie sono devolute alla giurisdizione ordinaria; con l'unica variante che, nel caso di provvedimenti capaci di incidere sull'esito della procedura di gara, anche se temporalmente postumi alla sottoscrizione del contratto (si pensi all'esclusione dell'aggiudicataria che ha prodotto dichiarazioni la cui mendacità emerge solo dopo la conclusione della gara), gli stessi devono comunque rispettare il paradigma pubblicistico.

Sul medesimo crinale, può osservarsi che il concorrente può azionare i meccanismi di giustiziabilità dell'inerzia (ai sensi dell'art. 117, d.lg. n. 104/2010⁹) e, quindi, ricorrere al giudice amministrativo per ottenere la definizione di una procedura avviata e non conclusa; tale rito speciale non è, invece, azionabile nel caso di mancata corresponsione del prezzo (salvo i casi di giurisdizione esclusiva), restando esperibili gli ordinari rimedi per l'adempimento coattivo della prestazione a carico dell'amministrazione (*recte*: della parte) inadempiente.

2. Le subfasi del procedimento di gara

La prima fase dell'attività negoziale della pubblica amministrazione corrisponde al procedimento di gara (ad evidenza pubblica); che si articola in subfasi, declinate dall'art. 32 del codice dei contratti (rubricato «fasi delle procedure di affidamento»)¹⁰, che riproduce, pressoché integralmente, il testo

⁸ Come ribadito da Cass. SS.UU. civili, ord. 3.5.2017, n. 10705: “Costituisce principio generale che, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento di appalti pubblici, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, mentre la giurisdizione spetta al giudice ordinario nella successiva fase contrattuale, concernente l'esecuzione del rapporto”.

⁹ Recante il codice del processo amministrativo.

¹⁰ Per approfondimenti, *cfr.* BIANCARDI, *Appalti di servizi e forniture*, Rimini, 2010; DE NITTIS,

dell'art. 11 del precedente codice (d.lg. n. 163/2006), salvo le novità di seguito evidenziate. In tale paradigma, un ruolo significativo, sul piano motivazionale, è svolto dalla **determina a contrattare**, in quanto, dopo aver richiamato gli atti programmatori e progettuali, deve esternare le ragioni di eventuali scelte derogatorie, quali il ricorso alla procedura negoziata (*recte*: la sussistenza dei relativi presupposti), l'utilizzo del criterio del prezzo più basso¹¹, la preferenza per alcuni fattori di ponderazione inseriti nel bando, l'individuazione di una marca specifica nell'ambito di una fornitura. Sempre in tale determina occorre esternare le attività prodromiche, quale, ad esempio, l'indagine di mercato per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure negoziate, di cui all'art. 36 del codice.

Nel recepire diffuse richieste di semplificazione, il recente decreto n. 56 del 2017 ha previsto la possibilità che, in caso di affidamento diretto (*ex* art. 36, comma 2, lett. a), la determina a contrarre e quella di affidamento vengano sostituite da un unico atto che rechi, in modo sintetico, le ragioni di scelta della procedura e dell'affidatario, incluso l'esito delle verifiche dei prescritti requisiti per contrarre¹².

Pur condividendosene la *ratio*, il disposto della novella non si sottrae a rilievi critici. L'adozione di un unico atto non si concilia agevolmente con le opportune indagini di mercato funzionali al miglior perseguimento dell'interesse pubblico, in un'ottica di trasparenza e tutela della concorrenza.

Anche perché, se la determina a contrarre è funzionale a dare avvio alla procedura ed a motivare circa la sussistenza dei presupposti per applicare una

I contratti della pubblica amministrazione, Napoli, 2010.

¹¹ Evidenziando ed attestando la sussistenza di una delle tassative ipotesi previste dall'art. 95, 4° co., del codice per l'utilizzo di tale criterio.

¹² Esigenze di semplificazione sottendono anche l'abolizione, ad opera dello stesso decreto correttivo, dell'obbligo di un'adeguata motivazione prevista, proprio per gli affidamenti diretti, dall'art. 36, comma 2, lett. a), nonché dalla facoltatività dell'acquisizione di almeno due preventivi imposta, per tale tipo di affidamento, dalle Linee guide dell'ANAC n. 4 del 2016.

procedura “derogatoria”, anche al fine di non alimentare i sospetti di artificiosi frazionamenti, l’atto conclusivo di affidamento consente di esternare le ragioni della scelta effettuata, in ottemperanza ai principi di rotazione, economicità ed efficacia; del resto l’adozione di una duplice determinazione (una a contrarre e l’altra di affidamento) non costituisce un eccessivo appesantimento, soprattutto a fronte dell’esigenza di preservare altri e preminenti interessi pubblici, per affidamenti il cui valore non è affatto modestissimo.

Evidentemente, la novella normativa sembra maggiormente adattabile alle procedure di importo minimale (inferiore, cioè, a mille euro, come previsto nelle stesse Linee Guide n. 4 del 2016, o alla soglia stabilita in sede regolamentare da parte della singola Stazione appaltante), laddove le criticità connesse all’uso strumentale e sviato di un affidamento diretto risultano di minore apprezzamento e rilievo.

Al contempo, al fine di dipanare un possibile dubbio derivante dalla recente novella normativa, merita di essere precisato che la verifica in capo all’affidatario deve attenersi, oltre ai requisiti di carattere generale (di cui all’art. 80 del codice) anche a quelli professionali, quali l’iscrizione alla Camera di Commercio I.A.A. o agli Albi di riferimento (di cui all’art. 83, comma 1, lett. a), la cui previsione è indefettibile, risultando facoltativa, per la stazione appaltante, solo la possibilità di prevedere, per gli affidamenti diretti, requisiti tecnico-economici, in ragione dell’importo dell’affidamento.

A seguito della determina a contrarre, il primo atto esterno è il bando o avviso, con il quale la stazione appaltante si rivolge agli operatori economici, invitandoli a partecipare, alla stregua delle modalità (temporali, formali e procedimentali) ivi dettate (da ciò la definizione di *lex specialis*).

Per quanto concerne i sistemi di scelta del contraente (ovvero, come recita l’art. 32, 3° co., “la selezione dei partecipanti”), la nuova nomenclatura del codice (artt. 59 ss.) tratta delle procedure aperte¹³ (già asta pubblica), di quelle

¹³ Alle quali possono prendere parte tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti

ristrette¹⁴ (già licitazione privata), di quelle negoziate (vere e proprie trattative private) e di altre assolutamente innovative (quali, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione).

Nella fase di scelta del contraente assume rilievo il criterio di selezione delle offerte (art. 32, 3° e 4° co.), di cui viene ribadita la validità di centottanta giorni¹⁵.

Su tale profilo, va evidenziato che, mentre nella vigenza della precedente normativa di settore (art. 81, 2° co.¹⁶, d.lg. n. 163/2006), la scelta della stazione appaltante - tra il criterio meccanico del prezzo più basso¹⁷ e quello (connotato da maggiori margini di discrezionalità tecnica) dell'offerta economicamente più vantaggiosa¹⁸ - si presentava svincolata da previsioni normative, essendo il frutto di una insindacabile scelta di merito, nel nuovo prescritti, nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando.

¹⁴ Per le quali, ad una prima fase durante la quale gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando, segue quella durante la quale alle imprese che ne abbiano fatto richiesta (salvo il ricorso alla "forcella") e che siano in possesso dei requisiti prescritti, viene trasmessa la lettera di invito nella quale sono previsti i termini per la presentazione delle offerte.

¹⁵ Secondo CGA, sez. giurisdizionale, 29.1.2015, n. 84, il termine di validità dell'offerta è posto a protezione e tutela dell'offerente, il quale, decorso il termine, può ritenersi sciolto dall'offerta presentata; tuttavia, decorso il termine, non comporta che l'offerta decada "ex lege", ma solo che l'offerente può svincolarsi da essa. Il principio è stato confermato da C. St., sez. V, 13.9.2016, n. 3866 e da T.A.R. Toscana, sez. I, 31.3.2017, n. 496.

¹⁶ In virtù del quale le stazioni appaltanti sceglievano, tra i citati criteri, quello più "adeguato" in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto.

¹⁷ Nelle procedure di gara con il criterio del massimo ribasso, gli offerenti devono limitarsi ad indicare un ribasso sulla base d'asta, rispettando la progettazione puntualmente definita dall'amministrazione procedente (è quanto statuito dal C. St., sez. V, 22.2.2011, n. 1098, che ha ritenuto illegittima l'aggiudicazione di una gara in favore di un'offerta che prevedeva una variante nell'esecuzione dell'opera, in presenza del criterio del massimo ribasso).

¹⁸ Per approfondimenti, cfr. AA.VV., *I contratti della pubblica amministrazione: come sono cambiati i contratti pubblici dopo il d. lgs. 152/2008*, Napoli, 2009.

codice emerge un evidente *favor* per il secondo dei citati criteri, con conseguenziale applicabilità di quello del prezzo più basso nelle sole ipotesi tassativamente previste dall'art. 95, 4° co. (con connesso obbligo di motivarne l'utilizzo in sede di determina a contrarre)¹⁹.

La scelta del criterio di selezione delle offerte incide anche sull'organo chiamato alla celebrazione della gara; precisamente, la necessità dell'istituzione di una commissione (secondo le modalità ora dettate dall'art. 77 del nuovo codice e dalle Linee guida n. 5, recanti “*Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici*”, approvate dal Consiglio dell'ANAC con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016²⁰) si rinviene nella sola ipotesi di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tale fase si conclude con la **proposta di aggiudicazione** (art. 32, 5° co.), tesa ad individuare, secondo i criteri fissati nella *lex specialis*, la “migliore” offerta.

Sotto il profilo semantico, la novità merita di essere segnalata, in quanto alla dicotomia «aggiudicazione provvisoria - aggiudicazione definitiva» viene sostituita quella tra «proposta di aggiudicazione e aggiudicazione».

Allo stesso tempo, non risulta riprodotto il secondo periodo del 4° co., dell'abrogato art. 11, secondo cui: «Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente», la cui attuazione, in alcuni casi, si traduceva nell'adozione di atti di conferma dei lavori del Seggio di gara, prima della verifica dei requisiti in capo all'impresa.

L'espunzione di tale periodo, unitamente alla modifica di cui al 5° comma, dovrebbe evitare le problematiche sorte dall'improprio uso delle predette espressioni e gli equivoci derivanti da atti di approvazione dell'aggiudicazione

¹⁹ Sulla prevalenza del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, cfr. C. St., sez. III, 2.5.2017, n. 2014.

²⁰ Pubblicate sulla G.U. n. 283 del 3 dicembre 2016.

provvisoria che alimentavano l'affidamento sull'esito favorevole della procedura in capo alla ditta "selezionata", pur non configurando un atto di aggiudicazione (solo avverso il quale potevano proporsi eventuali rimedi giustiziali).

La specificazione recata dal citato 5° co., dell'art. 32 (secondo cui la fase di valutazione delle offerte si conclude con una mera "proposta"), rimarca che tale atto ha natura endoprocedimentale, incapace di configurare una determinazione definitiva o di abilitare pretese in capo al concorrente la cui offerta abbia ottenuto il miglior apprezzamento; al contempo, l'eventuale riesame delle decisioni ivi assunte non impone un procedimento di secondo grado, trattandosi di rimozione di atti ad effetti instabili.

La novità si riflette anche sul 1° co. dell'art. 33, laddove si afferma che «la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione da parte dell'organo competente», mentre il precedente art. 12, 1° co., d.lg. n. 163/2006, disciplinava lo specifico procedimento di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Sempre in tale segmento procedimentale, possono innestarsi ulteriori *sub*-procedimenti, che possono dar luogo a meri atti o a provvedimenti. Si pensi alla verifica dei requisiti in capo ai concorrenti, mediante il sistema dell'AVCPass (nelle more dell'attivazione della Banca dati di cui all'art. 81 c.d.c.).

All'esito della citata verifica, possono aversi atti endoprocedimentali (la conferma dell'ammissione in caso di esito positivo della verifica), oppure provvedimenti espulsivi, laddove la documentazione acquisita non dovesse comprovare quanto autodichiarato.

Un ulteriore (ed eventuale) contraddittorio procedimentale deve avviarsi nel caso di offerta sospettata di anomalia. In tale evenienza è ipotizzabile uno scrutinio positivo da parte del seggio di gara, oppure un giudizio negativo sulla serietà dell'offerta, che si conclude con un provvedimento di esclusione e di non aggiudicazione, per il quale si impone una motivazione certamente più

rigorosa²¹.

Nelle distinte fasi della procedura, anche la posizione giuridica del concorrente deve apprezzarsi diversamente; dalla mera “aspettativa”, che si configura nella fase di avvio della procedura, al meglio tutelato “interesse legittimo”, che si rinviene durante la gara, sino al diritto soggettivo in capo al contraente.

La diversità di posizione giuridica incide sulla proponibilità di rimedi giustiziali e sulle eventuali richieste risarcitorie, come meglio precisato *infra*.

3. L'aggiudicazione

La procedura ad evidenza pubblica si conclude²² con l'aggiudicazione, secondo la previsione di cui all'art. 32, 5° co., del codice dei contratti.

Tale atto assume valenza provvedimento (anche se non equivale ad accettazione dell'offerta, come espressamente precisa il 6° co. dell'art. 32) e si pone in modo autonomo rispetto alla proposta di aggiudicazione. Rispetto a quest'ultima, l'aggiudicazione si caratterizza per un'autonomia strutturale e contenutistica; sia perché è di competenza di un organo diverso (circostanza questa che emerge marcatamente nel caso in cui la proposta sia formulata dalla commissione)²³, sia perché è il risultato di due *sub*-procedimenti:

²¹ Cfr., COCCOLI, *Criteri di selezione delle offerte e verifica delle offerte anormalmente basse*, in *Commento al Codice dei Contratti Pubblici*, a cura di Sanino, Torino, 2008, 455 ss.

²² In ordine al profilo temporale, si è precisato che, posto il principio generale per il quale i termini del procedimento amministrativo vanno considerati come ordinatori, qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge, il termine di 180 giorni di efficacia delle offerte non ha carattere perentorio ma solo ordinatorio, come risulta dall'assenza di comminatorie di preclusioni o decadenze a carico dell'amministrazione per il superamento del termine stesso (C. St., sez. IV, 13.4.2016, n. 1449; id., sez. VI, 24.11.2010, n. 8224).

²³ Sotto il profilo della competenza, non può revocarsi in dubbio che, alla stregua del principio generale di separazione tra politica e gestione, tale determinazione si iscriva nella competenza dell'organo burocratico. Né varrebbe eccepire una diversa competenza invocando le norme

a) la verifica della regolarità della procedura, con specifico riferimento alle precedenti fasi endoprocedimentali;

b) la verifica del possesso dei requisiti in capo al concorrente che abbia formulato l'offerta ritenuta migliore.

Va precisato che il codice²⁴, in relazione all'esito di tale ultimo adempimento, contempla la possibilità della sospensione dell'efficacia dell'aggiudicazione, con la conseguenza che tale provvedimento potrebbe essere adottato anche prima dell'espletamento delle verifiche di rito, risultando (fino all'esito delle stesse) inidoneo a produrre effetti.

Tale previsione ha favorito, nella prassi, due diversi modelli.

Accanto al modello che potremmo definire "ordinario", caratterizzato dall'adozione del provvedimento di aggiudica solo a seguito dell'esito dei controlli, si registra quello, ispirato ad evidenti ragioni di semplificazione e di accelerazione, in cui si provvede all'aggiudica anche nelle more dei controlli, per poi prendere atto dell'esito degli stessi, al fine di attestare l'efficacia dell'adottata aggiudica.

In particolare, nel primo caso, a seguito dell'espletamento delle operazioni di gara, si procede alla richiesta della documentazione²⁵ funzionale a

regolamentari della stazione appaltante. Difatti, in applicazione della c.d. "formula interpretativa", di cui all'art. 107, 5° co., del testo unico degli enti locali (secondo cui, dalla data della sua entrata in vigore, ogni disposizione che dovesse attribuire agli organi di governo la competenza ad adottare atti di gestione va "intesa" nel senso della competenza degli organi burocratici), la norma regolamentare andrebbe disapplicata, considerata la sua natura recessiva rispetto al principio inderogabile reso dalla fonte primaria. In sintesi, posto che la competenza ad adottare un provvedimento dipende dalla natura di quest'ultimo ed evidenziato che l'aggiudica definitiva ha certamente natura gestionale, deve concludersi per l'attribuzione all'organo burocratico di ogni competenza al riguardo.

²⁴ Alla stregua dell'art. 32, 7° co., del codice dei contratti, l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti.

²⁵ La documentazione da acquisire (c.d. "mezzi di prova") per comprovare l'assenza di cause di esclusione o il rispetto dei requisiti di selezione, viene indicata nell'art. 86 del codice e nell'ivi

comprovare in capo all'aggiudicatario (ai sensi dell'art. 36, 6° co., e dell'art. 85, 5° co.²⁶, del codice) la sussistenza dei requisiti previsti (ovvero l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del codice ed il rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del codice). A seguito di tale verifica si adotta il provvedimento di aggiudica, immediatamente efficace, del quale viene data comunicazione agli interessati, ai sensi dell'art. 76, 5° co., del codice, ai fini del decorso del termine di sospensione (*stand still period*).

In alternativa a tale modello, nell'ottica di una semplificazione procedimentale, è possibile procedere alla verifica dei requisiti dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, del quale se ne dà immediata comunicazione anche ai fini della decorrenza del termine di *stand still*; ciò favorisce il “sovrapporsi” (*recte*: la contestuale decorrenza) dei termini prescritti per entrambi gli adempimenti.

Tuttavia, in tal caso, l'efficacia dell'aggiudica potrà attestarsi solo a valle dei controlli (e in caso di esito positivo), con il rischio che, nell'ipotesi di emersione di una circostanza impeditiva alla stipula del contratto, dovrà procedersi all'adozione di una nuova aggiudicazione, con decorrenza, *ex novo*, anche del termine di sospensione.

Sotto il profilo teleologico, la scissione temporale tra proposta e aggiudicazione risponde all'esigenza logico-giuridica di consentire all'amministrazione un'ulteriore ed autonoma determinazione valutativa, in forza della quale, sulla scorta dei risultati scaturenti dalla comparazione delle offerte e dalla individuazione di quella maggiormente rispondente all'interesse pubblico in base ai criteri di gara, si innesta il distinto e complementare giudizio in ordine alla conclusiva risoluzione di pervenire all'instaurazione del vincolo contrattuale attraverso l'accertamento della sussistenza dei requisiti richiesti e dell'assenza di profili ostativi.

richiamato allegato XVII.

²⁶ Nel testo modificato dal d. lg. 56 del 2017; in precedenza la citata disposizione prevedeva il controllo anche sul secondo in graduatoria.

Conseguentemente, il provvedimento di aggiudicazione di una gara pubblica non ha natura meramente confermativa della proposta, ma si connota per caratteristiche di autonomia contenutistica e di specificità decisionale rispetto ad essa.

Poiché la proposta ha natura di atto endoprocedimentale, ad effetti ancora instabili e del tutto interinali, essa è inidonea a produrre la definitiva lesione dell'impresa non risultata aggiudicataria, evenienza questa che si verifica solo con l'aggiudicazione²⁷, restando ammissibile l'ipotesi di una rivalutazione (da parte della p.a.) degli interessi pubblici da perseguire, operata prima dell'aggiudicazione definitiva²⁸.

In tale contesto va menzionata la problematica circa l'applicabilità o meno dell'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990, introdotto dalla l. n. 15/2005 e concernente l'obbligo, in capo all'amministrazione procedente, di "preavvisare" la decisione negativa.

In proposito, si è statuito che ove l'amministrazione, durante l'espletamento di una gara, abbia ammesso provvisoriamente ("allo stato") un concorrente, invitandolo, ai fini di un'ulteriore valutazione sull'ammissione definitiva, ad integrare la documentazione afferente una prescrizione del bando da osservare a pena di esclusione, non va comunicato all'interessato il preavviso di rigetto della domanda di ammissione, *ex art. 10 bis*, atteso che quest'ultima disposizione contiene l'espressa previsione di non applicazione "alle procedure concorsuali" genericamente intese; né può invocarsi l'art. 7, l. n. 241/1990, atteso che l'ammissione di un concorrente è da ritenersi, in ogni caso, sotto riserva o provvisoria, almeno sino all'esito dei doverosi controlli.

Sul piano processuale, l'onere di impugnare gli atti della gara, ad eccezione dell'esclusione e delle clausole del bando che rendano impossibile la partecipazione, sorge solo a seguito dell'aggiudicazione²⁹.

²⁷ T.A.R. Toscana, sez. I, 5.8.2016, n. 1309; C. St., sez. III, 28.2.2014, n. 942.

²⁸ Su tale ipotesi, *cfr.* T.A.R. Sardegna, sez. I, 14.3.2015, n. 442.

²⁹ *Cfr.* PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema*

4. La responsabilità precontrattuale della p.a.

L'adozione (o meno) del provvedimento di aggiudica incide anche sulla possibilità di configurare la responsabilità precontrattuale³⁰.

Alla stregua del prevalente indirizzo giurisprudenziale, tale tipo di responsabilità non si colora fino a quando la procedura selettiva non si esaurisce con l'aggiudicazione, che individua il soggetto possibile contraente; pertanto, in *subiecta materia*, la responsabilità precontrattuale è configurabile solo dopo la conclusione della procedura e con riguardo al segmento procedimentale successivo all'esito della stessa³¹.

Secondo tale orientamento, la responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione (ai sensi dell'art. 1337 c.c.) non è configurabile anteriormente alla scelta del contraente, nella fase, cioè, in cui gli interessati non hanno ancora la qualità di futuri contraenti e vantano esclusivamente una posizione di interesse legittimo al corretto esercizio dei poteri pubblicistici³².

È per questo che la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto possono assumere rilevanza solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi,

dell'impugnazione del bando, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss. Sulla necessità di impugnare l'aggiudica definitiva, *cf.* C. St., sez. V, 25.2.2016, n. 754. Secondo C. St., sez. IV, 29.2.2016, n. 854, costituisce ormai *jus receptum* quello per cui l'aggiudicazione provvisoria, essendo atto procedimentale, non obbliga chi se ne ritenga leso ad impugnarlo; peraltro la parte può insorgere già a partire dall'aggiudicazione provvisoria salva, poi, a pena d'improcedibilità, la necessità di una distinta impugnativa avverso l'aggiudicazione definitiva mediante lo strumento dei motivi aggiunti.

³⁰ Per una ricostruzione dottrina, *cf.* RACCA, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000.

³¹ C. St., sez. III, 24.5.2013, n. 2838.

³² Conseguentemente, non sussiste il diritto al risarcimento del danno *ex art.* 1337 c.c. a favore dell'impresa che abbia presentato domanda di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, che la stazione appaltante abbia revocato, adducendo motivi finanziari (T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 4.2.2011, n. 210).

come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte privata³³.

Allo stesso tempo, non può essere accolta una domanda tendente ad ottenere il risarcimento dei danni a seguito del legittimo annullamento della proposta di aggiudicazione, costituente specifica espressione del potere di controllo sugli atti di gara della pubblica amministrazione appaltante.

È, altresì, irrilevante che il recesso dalla trattativa, da parte della p.a. (manifestato nella forma del diniego dell'aggiudicazione definitiva) sia intervenuto dopo la (supposta) formazione del silenzio-assenso (ovvero approvazione tacita) ai sensi dell'art. 33, 1° co., del codice dei contratti pubblici; ciò in quanto, quand'anche si volesse considerare intervenuta l'aggiudicazione definitiva tacita ai sensi di tale articolo, l'atto di recesso ha comunque la consistenza e l'effetto di una manifestazione della volontà di recedere dalla gara e di non procedere alla stipulazione del contratto (principio della conversione/conservazione dell'atto amministrativo).

In ogni caso, anche se non può trovare ingresso un'azione risarcitoria, qualora la stazione appaltante decida di concludere le trattative dopo l'perimento della gara e in presenza di una proposta di aggiudicazione, può essere ravvisata una responsabilità precontrattuale della p.a. stessa, in quanto, tale responsabilità ha la sua fonte non negli obblighi derivanti dal contratto (non concluso), ma deriva dalla violazione del dovere di buona fede nelle trattative (*ex art. 1337 c.c.*)³⁴.

Tanto è vero che si è ritenuta sussistente la responsabilità precontrattuale della p.a. che aveva legittimamente revocato in autotutela l'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto (con riferimento alla insostenibilità dell'impegno economico), laddove le condizioni di criticità economica, che avevano reso legittimo il recesso dalla gara, preesistevano ed erano conosciute

³³ La distinzione tra responsabilità extracontrattuale e responsabilità precontrattuale della stazione appaltante è stata ribadita dal T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 5.5.2017 n. 831.

³⁴ C. St., sez. III, 31.1.2014, n. 467.

o quanto meno conoscibili impiegando la dovuta diligenza; sicché una gestione più accorta avrebbe risparmiato alla p.a. l'indizione della gara e la pubblicazione del bando, evitando che i concorrenti sostenessero i costi inerenti alla presentazione delle offerte³⁵.

Resta da precisare che, nel caso di responsabilità precontrattuale della p.a. per (legittimo) recesso dall'aggiudicazione, il ristoro va commisurato al c.d. interesse negativo, cioè alle spese inutilmente sostenute dal concorrente ed alle perdite sofferte per non aver usufruito di ulteriori occasioni contrattuali³⁶.

³⁵ C. St., sez. III, 28.2.2014, n. 943, secondo cui sussiste la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione nel caso in cui quest'ultima abbia ingenerato nella controparte un legittimo affidamento nella utilità delle trattative, in violazione del principio costituzionale di buon andamento e dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c.. Si segnala ancora, la decisione del C. St., sez. III, 15.04.2016, n. 1532, per la quale, nei confronti della P.A., se da un lato non è ipotizzabile una responsabilità precontrattuale, per violazione del dovere di correttezza di cui all'art. 1337 c.c. rispetto al procedimento amministrativo strumentale alla scelta del contraente, essa, dall'altro lato, è ammissibile con riguardo alla fase successiva alla scelta, in cui il recesso dalle trattative da parte della P.A. è sindacabile sotto il profilo della violazione del dovere del *neminem laedere*, ove la P.A. stessa sia venuta meno ai doveri di buona fede, correttezza, lealtà e diligenza, in rapporto anche all'affidamento ingenerato nel privato circa il perfezionamento del contratto. E' utile segnalare anche T.A.R. Trento, sez. unica, 16.2.2017, n. 53, T.A.R. Veneto, sez. I, 27.3.2017 n. 310, C. St., sez. V, 27.3.2017 n. 1364, ove si ribadisce che, mentre per i danni da mancata aggiudicazione essi sono parametrati al c.d. interesse positivo e consistono nell'utile netto ritraibile dal contratto, oltre che nei pregiudizi di tipo curriculare e all'immagine commerciale della società, ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di responsabilità precontrattuale i danni sono limitati all'interesse negativo, ravvisabile nelle spese inutilmente sopportate per partecipare alla procedura di gara e nella perdita di occasioni di guadagno alternative.

³⁶ Di interesse, sotto tale profilo, è C. St., sez. VI, 1.2.2013, n. 633, secondo cui: «Nel caso di responsabilità precontrattuale, vanno risarcite tutte le spese documentate e specificamente sostenute per la gara. Vanno risarcite in particolare le spese inerenti l'elaborazione dell'offerta, la progettazione e pianificazione della commessa nella fase precedente alla gara, le spese sostenute per la costituzione dell'associazione temporanea di imprese, le spese sostenute per le polizze fideiussorie e, più in generale, tutte le spese comunque riconducibili all'attività svolta per la

Non si ritengono meritevoli di risarcimento, quindi, le voci che fanno riferimento all'interesse c.d. positivo (l'interesse all'esecuzione dell'appalto), che attengono alle utilità e ai vantaggi che sarebbero derivati dall'esecuzione del contratto. In particolare, non è risarcibile il c.d. danno curriculare (e cioè quello derivante da mancato arricchimento del *curriculum* professionale), perché non attiene all'interesse negativo, ma, più propriamente, all'interesse positivo, derivando proprio dalla mancata esecuzione dell'appalto, non dall'inutilità della trattativa.

Su tale profilo, si è avvertito³⁷ che la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale è astrattamente ammissibile anche in presenza della legittimità della revoca della gara di appalto; tuttavia, a tal fine, deve venire in considerazione un comportamento contrario ai canoni di buona fede e correttezza dell'amministrazione che, accortasi delle ragioni che consigliavano di procedere alla revoca, non ha invece provveduto a tanto, ingenerando nella parte un ragionevole affidamento nella conclusione della gara e nella possibilità di aggiudicarsi l'appalto³⁸.

In tale sede merita di essere segnalata l'autorevole pronunciato

partecipazione alla gara; tali spese vanno risarcite solo se, e nella misura in cui, la ditta interessata sia in grado di fornire alla stazione appaltante copia dei pagamenti effettuati per la partecipazione alla gara, non potendosi ritenere sufficiente la mera esibizione della fattura, atteso che essa non dimostra l'avvenuto pagamento e, quindi, l'effettivo sostenimento del costo da rimborsare. Devono essere risarcite anche le spese sostenute per la retribuzione del personale dipendente all'interno della società e le spese generali per il funzionamento struttura aziendale. Tale danno, non possibile da determinare nel preciso ammontare, può essere stabilito, in via forfettaria ed equitativa, nella misura del 25% dell'importo relativo alle spese sostenute per i c.d. costi vivi affrontati per la predisposizione dell'offerta e la partecipazione alla gara».

³⁷ Cfr. C. St., sez. V, 21.4.2016, n. 1599; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 26.04.2016, n. 4760.

³⁸ Non si è ritenuta sussistente la responsabilità precontrattuale in caso di revoca di una procedura di finanza di progetto, qualora la P.A. non abbia mai dato luogo al minimo affidamento sul consolidamento di una posizione precontrattuale riconducibile a quella tipica del promotore (C. St., sez. V, 18.1.2017, n. 207).

dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 2 del 12 maggio del 2017) che ha precisato peculiari aspetti, di tipo sostanziale e processuale, rilevanti in *subiecta materia*.

Alla stregua di tale decisione, l'impossibilità (sopravvenuta) di esecuzione in forma specifica dell'obbligazione nascente dal giudicato – che dà vita in capo all'amministrazione ad una responsabilità assoggettabile al regime della responsabilità di natura contrattuale, che l'art. 112, comma 3, c.p.a., sottopone peraltro ad un regime derogatorio rispetto alla disciplina civilistica – non estingue l'obbligazione, ma la converte, *ex lege*, in una diversa obbligazione, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l'equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dal giudicato in sostituzione della esecuzione in forma specifica; l'insorgenza di tale obbligazione può essere esclusa solo dalla insussistenza originaria o dal venir meno del nesso di causalità, oltre che dell'antigiuridicità della condotta. Ebbene, nel caso di mancata aggiudicazione, il danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto).

Secondo la Plenaria, spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (*ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.*), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità – o di estrema difficoltà – di una precisa prova sull'ammontare del danno.

Infine, si è sottolineato che il mancato utile spetta nella misura integrale, in

caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato o potuto riutilizzare mezzi e manodopera per altri lavori, a titolo di *aliunde perceptum vel percipiendum* trova il suo fondamento normativo nell'articolo 112, comma 3, c.p.a. [nella versione risultante per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 1, comma 1, lett. cc), del d. lg. 15 novembre 2011, n. 195].

5. Il potere di riesame

Anche qualora sia intervenuta l'aggiudicazione, non è precluso alla stazione appaltante esercitare il potere di riesame ed intervenire in autotutela (come previsto dal 8° co. del divisato art. 32)³⁹.

Vuol dirsi che, anche se nei contratti della pubblica amministrazione l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente⁴⁰, segna di norma il momento dell'incontro della volontà della stessa amministrazione e del privato di concludere il contratto (manifestata con l'individuazione dell'offerta ritenuta migliore), non è tuttavia precluso alla stessa amministrazione di procedere, con atto successivo e con richiamo ad un

³⁹ Per una ricostruzione sistematica sul tema, cfr. FUOCO, *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti ad evidenza pubblica*, Rimini, 2009.

⁴⁰ La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria (si veda T.A.R. Toscana, sez. I, 5.07.2016, n. 1309) non consente di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l. n. 241/1990. La revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è, difatti, correttamente qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato. Tanto ciò è vero che la giurisprudenza non riconosce all'aggiudicatario provvisorio lo speciale indennizzo ex art. 21 *quinquies*, 1° co., l. n. 241/1990 (così, T.A.R. Toscana, sez. I, n. 1309 del 2016).

preciso e concreto interesse pubblico, all'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione⁴¹.

L'immanenza nell'ordinamento del potere di autotutela della pubblica amministrazione trova fondamento: *a*) nel principio costituzionale di buon andamento ed imparzialità della funzione pubblica, che impegna la pubblica amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire; *b*) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara) è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso⁴²; *c*) nell'art. 32, 8° co., del codice dei contratti⁴³.

Del resto, a prescindere da un'espressa previsione del bando, alla stazione appaltante spetta la verifica della legittimità delle operazioni espletate dalla commissione⁴⁴; né è precluso alla stessa di procedere alla revoca od

⁴¹ Sull'ammissibilità dell'annullamento dell'aggiudicazione successivamente alla stipula di una convenzione/contratto, si veda C. St., sez. III, 22.3.2017, n. 1320.

⁴² C. St., sez. V, 12.2.2010, n. 743.

⁴³ C. St., sez. V, 23.5.2011, n. 3078.

⁴⁴ Conseguentemente, lì dove la stazione appaltante rilevi, in un momento successivo alla verifica operata dalla commissione, una carenza del possesso dei requisiti speciali di partecipazione prescritti, può legittimamente disporre la decadenza dell'aggiudicazione (così, T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19.3.2010, n. 4321). Non si è ritenuto sussistente l'obbligo di provvedere a fronte di un'istanza di revoca formulata dalla ditta seconda graduata, posto che i provvedimenti di autotutela sono manifestazione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale dell'amministrazione che non ha alcun obbligo di attivarlo e, qualora intenda farlo, deve valutare la sussistenza o meno di un interesse che giustifichi la rimozione dell'atto, valutazione che non può ritenersi dovuta nel caso di una situazione già definita con provvedimento inoppugnabile; pertanto, una volta che il privato, o per aver esaurito i mezzi di impugnazione che l'ordinamento gli garantisce, o per aver lasciato trascorrere senza attivarsi il termine previsto a pena di decadenza, si trovi di fronte ad un provvedimento inoppugnabile a fronte del quale può solo sollecitare l'esercizio del potere da parte dell'amministrazione, quest'ultima, a fronte della domanda di riesame, non ha alcun obbligo di rispondere (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 19.12.2016 n. 5832).

all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario⁴⁵.

Anzi, l'Amministrazione deve sempre evitare di concludere un contratto contrastante con norme imperative e precisamente: *a)* deve interrompere la procedura negoziata quando sia prescritta la gara ad evidenza pubblica; *b)* deve annullare gli atti della gara se il previsto contratto risulti in contrasto con una norma imperativa⁴⁶.

Anche nel corso dello svolgimento della procedura, il Seggio di gara, fino a quando non trasmette gli atti di gara all'organo competente ad approvarli, può rivedere il proprio operato, correggendo gli errori in cui sia eventualmente incorsa⁴⁷.

⁴⁵ C. St., sez. V, 30.12.2015, n. 5862; T.A.R. Molise, sez. I, 12.2.2016, n. 73.

⁴⁶ C. St., sez. VI, 3.2.2011, n. 780. Con tale decisione si è anche precisato che una domanda di risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale della p.a. non può essere accolta quando il contratto non sia stato ancora stipulato, qualora una delle parti, anche *in extremis*, abbia rilevato che la stipula comporterebbe la violazione di norme imperative, non potendosi, in tal caso, ravvisare un "ragionevole affidamento", giuridicamente tutelato, alla relativa stipula. Di recente il T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 5.8.2016, n. 1621, ha ritenuto legittimo, in quanto adeguatamente motivato, il provvedimento con il quale un Comune ha disposto l'annullamento di un incarico professionale (nella specie si trattava di un incarico conferito dall'Ente locale ad una società, finalizzato alla valorizzazione e alla cura dei luoghi di culto nel territorio comunale), che sia motivato con riferimento al fatto che il relativo contratto è stato più volte automaticamente e direttamente prorogato in favore della società stessa, senza alcuna preventiva indagine di mercato, posto che il divieto di rinnovo tacito ed espresso dei contratti pubblici è diretta espressione dei principi di tutela della concorrenza di derivazione europea.

⁴⁷ *Cfr.* C. St., sez. V, 24.5.2002, n. 2863, in cui si precisa che detta facoltà, sotto lo speculare profilo del buon andamento dell'azione amministrativa, è configurabile, altresì, come dovere ed è espressione del potere di autotutela spettante anche agli organi straordinari della pubblica amministrazione, quali, appunto, le commissioni di gara.

In ogni caso, l'esercizio del potere di riesame deve ancorarsi ad un idoneo supporto motivazionale⁴⁸, comprovante la sussistenza di autonome e attuali ragioni di pubblico interesse, in special modo se incida su interessi che risultano consolidati, per il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento annullato e per l'affidamento sulla sua legittimità ingenerato nei suoi destinatari; corollario di tale principio è che non occorre la presenza di tali ragioni di interesse pubblico quando il soggetto nei cui confronti si esercita l'annullamento sia stato avvertito dei rischi di illegittimità⁴⁹.

L'obbligo di un precipuo supporto motivazionale (così come l'esigenza di un termine ragionevole) svilisce a fronte dell'emersione di una dichiarazione non veritiera resa dal concorrente/aggiudicatario, posto che, in tal caso, risulta doverosa la rimozione del beneficio dallo stesso conseguito⁵⁰.

⁴⁸ Sull'obbligo di un'adeguata motivazione, C. St., sez. V, 6.10.2015, n. 4654; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 5.9.2016, n. 9543. Su tale crinale, si è statuito che: *“E' illegittimo, per violazione dell'art. 21 nonies della l. 241/90 e per difetto di motivazione, il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha revocato in autotutela tutti gli atti di una gara di appalto (nella specie si trattava di dell'appalto del servizio di fornitura di bevande e snack mediante distributori automatici), ivi compresa l'aggiudicazione, che sia motivato con riferimento alla mancata preventiva nomina del RUP contemplata dall'art. 31 del d.lgs n. 50/2016. Tale provvedimento se può ritenersi sufficientemente motivato per quello che riguarda il vizio di legittimità riscontrato, non può essere ritenuto tale per l'interesse pubblico all'annullamento, non potendo essere ravvisato detto interesse nella mera esigenza di ripristino della legalità violata”* (TAR Toscana, Sez. II, 12.05.2017, n. 672).

⁴⁹ In termini, C. St., sez. IV, 20.2.2014, n. 781.

⁵⁰ Per il T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 7.3.2017, n. 3215, è legittimo il provvedimento con il quale la P.A. ha revocato in autotutela l'aggiudicazione di una gara, motivato con riferimento al fatto che la ditta interessata ha presentato, in sede di gara, un documento che è risultato non veritiero, ovvero recante una falsa rappresentazione dei fatti, a nulla rilevando: a) che il provvedimento di secondo grado sia stato adottato dopo il termine di diciotto mesi dall'aggiudicazione e, segnatamente, dopo oltre quattro anni; b) che difetti la emissione di una sentenza penale passata in giudicato, relativa alla falsa rappresentazione dei fatti. In tal caso, infatti, trova applicazione l'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, della legge n. 241 del 1990 che consente alla P.A.

Analogamente, il ritiro di un bando, non ancora pubblicato, sono sempre possibili, anche senza l'esternazione di particolari ragioni di pubblico interesse⁵¹.

L'autotutela non deve necessariamente riguardare l'intera procedura⁵².

In base al principio di conservazione degli atti e dei rapporti giuridici, nell'ambito delle pubbliche gare, il potere di autotutela può esercitarsi anche parzialmente, senza travolgere l'intero procedimento, così come può riguardare anche una clausola della *lex specialis* qualora la stessa risulti comunque idonea a produrre i propri effetti tipici⁵³.

Lo *ius poenitendi* può riguardare la fase di indizione, la fase di valutazione, la fase decisoria di approvazione degli atti.

Diversi sono i presupposti e le conseguenze.

Ove l'amministrazione decida di rimuovere, in autotutela, la proposta di aggiudicazione, non si impone una preventiva comunicazione di avvio del relativo procedimento⁵⁴; diversamente, se l'autotutela concerne l'atto di aggiudicazione, si impone la preventiva comunicazione di avvio del procedimento, onde consentire all'aggiudicatario di presentare memorie e documenti che la stessa amministrazione ha l'obbligo di valutare⁵⁵.

il legittimo esercizio del potere di autotutela anche oltre il suddetto termine di diciotto mesi.

⁵¹ Cfr. C. St., sez. IV, 25.5.2011, n. 3139, secondo cui, in riferimento agli atti indittivi della gara, qualsiasi rettifica del contenuto del bando resta priva di efficacia nei confronti delle imprese partecipanti ove non sia stata portata a conoscenza delle stesse nelle medesime forme attraverso le quali è stata data pubblicità al bando; la semplice divulgazione di una modifica del disciplinare sul sito internet della stazione appaltante non può costituire forma giuridicamente idonea di conoscenza.

⁵² Sull'ipotesi in cui si è ritenuto legittimo l'annullamento dell'intera procedura, cfr. C. St., sez. V, 19.8.2011, 4793. Si veda, anche C. St., sez. VI, 4.9.2014, n. 4514.

⁵³ C. St., sez. III, 17.8.2011, n. 4792.

⁵⁴ T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 14.09.2016, n. 4300; T.A.R. Toscana, sez. I, 30.3.2015, n. 546; C. St., sez. III, 27.11.2014, n. 5877.

⁵⁵ Cfr. C. St., sez. IV, 12.1.2016, n. 67: «In presenza di un provvedimento di aggiudicazione,

In ordine ai presupposti per l'esercizio del potere di riesame, la casistica è ampia.

Ad esempio, si è ritenuta⁵⁶ illegittima la revoca della procedura di gara motivata con riferimento alla possibilità di provvedere alla gestione diretta, da parte degli uffici comunali, dei servizi per i quali è stata indetta la gara, senza alcuna previsione circa l'impatto sulle competenze e gli assetti gestionali interni e senza alcuna stima circa la compatibilità con le risorse umane, organizzative e finanziarie disponibili; si è anche sanzionata la revoca dell'aggiudicazione di una gara motivata con riferimento al contenzioso giurisdizionale apertosi a seguito dell'aggiudicazione⁵⁷.

Sull'opposto crinale, si è sancito che la mancanza della copertura finanziaria rende doveroso il ritiro degli atti di indizione della gara; tale ritiro rappresenta l'unico strumento utilizzabile dall'Amministrazione per evitare l'affidamento di un appalto e la successiva stipulazione del contratto in assenza della necessaria copertura finanziaria⁵⁸.

l'esercizio del potere di autotutela deve essere necessariamente preceduto, a pena di illegittimità, dalla comunicazione di avvio del procedimento, dovendo darsi modo all'aggiudicatario, titolare di una posizione giuridica evidentemente qualificata, di poter interloquire con l'amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico, concreto ed attuale, alla cui unica cura deve essere indirizzata la potestà pubblica». Per il T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 22.03.2016, n. 3487, non sussiste la violazione dell'art. 7 della legge n. 241/90 per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione per effetto dell'emissione di una informativa prefettizia antimafia, trattandosi di procedimenti in materia di tutela antimafia, intrinsecamente caratterizzati, come tali, da riservatezza ed urgenza.

⁵⁶ T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *bis*, 22.3.2010, n. 4489.

⁵⁷ C. St., sez. V, 19.5.2016, n. 2095.

⁵⁸ C. St., sez. V, 21.4.2015, n. 2013; *id.*, sez. V, n. 1599 del 2016, *cit.*, che ha ritenuto legittima la revoca dell'aggiudicazione motivata con riferimento alla carenza di copertura finanziaria e sopravvenuta mancata corrispondenza della procedura alle esigenze dell'interesse pubblico. Sulla revocabilità della gara per sopravvenuto dissesto finanziario, T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII,

Anche ragioni di risparmio della spesa possono addursi a suffragio della revoca⁵⁹.

In caso di revoca assume rilievo (come scolpito dal dettato normativo: art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990) la corresponsione di un indennizzo⁶⁰, anche se non a pena di illegittimità della revoca⁶¹.

L'indennizzo (nei limiti del c.d. interesse negativo⁶²) spetta sempre che la revoca sia legittima, altrimenti vi sarebbe materia per il risarcimento.

Diversa, infine, è l'ipotesi in cui un atto di gara sia affetto da un mero

11.4.2013, n. 1916. C. St., sez. V, 12.10.2016, n. 4218, ha ritenuto insussistente la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante, a seguito della revoca in autotutela dell'aggiudicazione di una gara di appalto di lavori, ove il provvedimento di secondo grado sia stato adottato dalla P.A. in ragione della sopravvenuta oggettiva impossibilità di realizzare l'opera pubblica.

⁵⁹ T.A.R. Sicilia, Catania, sez. II, 24.4.2015, n. 1168, ha ritenuto legittimo l'annullamento dell'aggiudicazione di un appalto di forniture, motivato con riferimento al fatto che il prezzo dei prodotti offerti dall'aggiudicataria era risultato superiore al prezzo praticato dal MEPA, per i medesimi prodotti. In tal caso, infatti, la decisione di annullamento in autotutela evidenziava la non convenienza di procedere all'aggiudicazione con riferimento, da un lato, alla constatazione che il prezzo dei prodotti offerti dalla ditta aggiudicataria era nettamente superiore al prezzo degli stessi indicato dal MEPA, e, dall'altro, alla conseguente opportunità di provvedere ad una rinnovata procedura al fine di ottenere un risparmio economico.

⁶⁰ Secondo C. St., sez. V, 21.4.2015, n. 2013, nel caso di legittima revoca della procedura di gara, disposta a seguito dell'aggiudicazione provvisoria della gara stessa, l'impresa dichiarata aggiudicataria provvisoria ha diritto ad avere ristorati i «pregiudizi» previsti dal 1° co., art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, considerato l'affidamento maturato sulla positiva definizione della procedura di gara, ragionevolmente ingeneratosi dopo il conseguimento dell'aggiudicazione provvisoria. In tal caso, tuttavia, la quantificazione dell'indennizzo deve essere limitata alle spese inutilmente sopportate dalla impresa aggiudicataria provvisoria per partecipare alla gara, con esclusione di qualsiasi altro pregiudizio dalla stessa lamentato.

⁶¹ Atteso che tale mancata previsione non ha efficacia viziante o invalidante di quest'ultima, ma semplicemente legittima il privato ad azionare la pretesa patrimoniale innanzi al giudice amministrativo che potrà scrutinarne i presupposti.

⁶² C. St., sez. V, n. 2013 del 2015, cit..

errore materiale (*lapsus calami*), dovuto, ad esempio, ad un'errata trascrizione dei punteggi attribuiti in fase di valutazione. In tale eventualità, è sufficiente una determina con cui l'organo competente **rettifica** il precedente provvedimento, non dovendo esternare particolari ragioni di pubblico interesse né garantire il contraddittorio procedimentale⁶³.

Caratterizzata da autonomi presupposti è la **revoca-decadenza**, configurabile nell'ipotesi di inadempienza da parte dell'impresa aggiudicataria⁶⁴.

Tipica è la fattispecie di cui al 3° comma, dell'art. 103 del codice, ove si prevede la decadenza dell'affidamento in caso di mancata costituzione della cauzione definitiva.

Distinto, per presupposti e condizioni, è il potere contemplato dall'art. 95, 12° co., c.d.c. (la cui formulazione riproduce in sostanza quella di cui all'art. 81, 3° co., del precedente codice), in virtù del quale **le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea** in relazione all'oggetto del contratto⁶⁵.

Ragion per cui può ancora ribadirsi che nelle gare di appalto, la stazione appaltante, in aggiunta all'ordinaria autotutela, ha il potere di non aggiudicare l'appalto, qualora ritenga che le offerte presentate non siano convenienti o

⁶³ *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 23.7.2003, n. 9659.

⁶⁴ T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 3.9.2014, n. 2242, che ha ritenuto legittimo il provvedimento di decadenza motivato dal fatto che la ditta interessata non si era presentata nel giorno e nell'ora fissati per la sottoscrizione del contratto di appalto, senza addurre, al riguardo, alcuna seria giustificazione.

⁶⁵ C. St., sez. III, 4.9.2013, n. 4433, in cui si sottolinea che il potere della stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione definitiva ha un carattere amplissimo, stante un'ampia gamma di poteri circa la possibilità di non procedere all'aggiudicazione del contratto per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse. Si veda anche T.A.R. Veneto, sez. III, 3.4.2017 n. 334, che ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale la P.A. appaltante ha scelto di non aggiudicare una gara (per la fornitura di farmaci) motivato con riferimento alla valutazione di non convenienza dell'offerta, fondata su una completa ed approfondita istruttoria.

idonee; in tale ipotesi, la mancata aggiudicazione del contratto non deriva dai vizi che inficiano gli atti di gara predisposti dalla stazione appaltante né da una rivalutazione dell'interesse pubblico che con essi si voleva perseguire, ma dipende da una negativa valutazione delle offerte presentate che, pur rispondendo formalmente ai requisiti previsti dalla *lex specialis*, non sono ritenute idonee a soddisfare gli obiettivi perseguiti con la gara⁶⁶. Ad esempio, può, accadere, che tra le imprese rimaste in gara la “migliore” preveda un ribasso esiguo rispetto a quello normalmente formulato per la tipologia del contratto appaltando o che tra le diverse proposte pervenute nessuna risulti pienamente soddisfattiva delle esigenze poste a base della procedura di gara.

È, invece, innovativa (anche se certamente discutibile, posto che il perseguimento dell'interesse pubblico non può essere pregiudicato dal mancato richiamo in sede di *lex specialis* di una facoltà normativamente contemplata) la previsione (di cui al secondo periodo del citato 12° comma) in virtù della quale la predetta facoltà deve essere prevista nel bando o nella lettera di invito.

In ogni caso, il potere di negare l'approvazione dell'aggiudicazione (che si radica in specifiche ragioni di pubblico interesse) non trova ostacoli nell'esistenza dell'avvenuta aggiudicazione (anche se definitiva)⁶⁷.

Il diniego di approvazione del contratto ha natura provvedimentoale, costituendo esercizio di potere discrezionale e autoritativo, a fronte del quale le posizioni soggettive dei privati coinvolti hanno consistenza di interessi legittimi, tutelabili innanzi al giudice amministrativo⁶⁸.

⁶⁶ C. St., sez. V, 7.6.2013, n. 3125; id., 28.7.2015, n. 3721. Con tale decisione si è anche precisato che nel caso in cui la mancata aggiudicazione all'unica concorrente rimasta in gara sia dovuta a valutazioni di non convenienza dell'offerta, non sussistono i presupposti per farsi luogo a qualsivoglia forma di risarcimento del danno.

⁶⁷ C. St., sez. VI, 17.3.2010, n. 1554.

⁶⁸ T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 13.4.2010, n. 6643.

6. La stipula del contratto e l'esecuzione anticipata

Divenuta efficace l'aggiudicazione è possibile procedere alla stipula del contratto di appalto, nel successivo termine di sessanta giorni⁶⁹, salvo diverso termine previsto nell'atto indittivo della gara (art. 32, 8° co.).

Alla stregua della prevalente interpretazione, il termine di sessanta giorni ha natura ordinatoria, con la conseguenza che il suo decorso non impedisce la stipula del contratto, tantomeno lo stesso potrebbe ritenersi inficiato ove "tardivo"⁷⁰.

Il decorso del termine potrebbe, in ogni caso, consentire all'impresa aggiudicataria di sciogliersi dal vincolo negoziale (in ragione del fatto che, ai sensi del 2° comma, dell'art. 32, l'offerta fino a tale momento è irrevocabile), mediante la notifica di apposito atto alla stazione appaltante. All'aggiudicatario che si avvalga di tale facoltà spetterà il solo rimborso delle spese contrattuali documentate, senza alcun diritto all'indennizzo o al risarcimento di presunti danni.

La locuzione scelta dal legislatore (conforme alla previsione di cui al precedente codice) evidenzia la posizione recessiva del concorrente, anche se il solo rimborso delle spese sembra eccessivamente pregiudizievole laddove il ritardo sia imputabile esclusivamente all'operato della stazione appaltante ovvero consegua ad un'aggiudicazione ormai perfezionatasi da tempo, rispetto alla quale sorge un affidamento concreto ed effettivo.

Allo stesso tempo, sarebbe impropriamente afflittiva la previsione del

⁶⁹ Sulla decorrenza del termine per la stipula del contratto, cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 6.9.2016, n. 1625.

⁷⁰ T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 13.1.2016, n. 93, secondo cui: «*Il termine di sessanta giorni, previsto per la stipulazione del contratto di appalto non ha carattere perentorio ed il suo inutile decorso ha il solo effetto di determinare, nell'aggiudicatario, la facoltà (rectius: il "diritto potestativo") di sciogliersi dal vincolo obbligatorio (e cioè di recedere dall'impegno) nascente dalla sua offerta, salvo l'eventuale risarcimento del danno arrecatogli (a titolo di responsabilità precontrattuale)*».

rimborso delle sole spese contrattuali⁷¹, limitate a quelle sostenute in vista della stipula del contratto (ad esempio, quelle necessarie per l'emissione della cauzione definitiva *ex art. 103 c.d.c.*), senza tener conto di quelle sostenute per la partecipazione a gara, qualora il ritardo sia imputabile alla stazione appaltante e sia privo di idonea e documentata giustificazione.

La stipula del contratto costituisce il *discrimen* tra la fase procedimentale e la fase contrattuale da cui origina un rapporto di natura paritetica tra contraenti, ricadendo, ancora, nell'alveo della giurisdizione amministrativa le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte per condotte scorrette delle p.a. nelle trattative.

Mutano, invero, i poteri esercitabili da parte della p.a.

Come autorevolmente avvertito, l'amministrazione non può agire in autotutela nel caso in cui il contratto sia già stato stipulato, con preclusione dell'uso dello strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione⁷².

Il 8° co. dell'art. 32 si occupa anche della c.d. **esecuzione anticipata**, ovvero della possibilità di iniziare la prestazione negoziale (mediante l'inizio dei lavori, l'avvio del servizio o della fornitura) qualora sussistano ragioni di urgenza.

In proposito, va segnalata la novità recata dal nuovo codice, tesa a evitare un improprio e non giustificato ricorso a tale strumento.

⁷¹ Come sottolineato di recente (T.A.R. Catanzaro, sez. II, n. 93/2016, cit.): «Nel caso di consegna dei lavori in via d'urgenza, l'assenza di quello che viene propriamente definito "vincolo contrattuale", non esclude la sussistenza di un'obbligazione creditoria di natura indennitaria in capo alla impresa aggiudicataria».

⁷² C. St., sez. V, n. 3865 del 2016, cit., *id.* sez. III, 29.11.2016, n. 5026, *id.*, sez. V, 22.3.2016, n. 1174; T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *ter*, 19.2.2016, n. 2199, C. St., Ad. Plen., n. 14 del 2014, cit., secondo cui: «Le pubbliche amministrazioni se, dopo aver stipulato il contratto di appalto, rinvencono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma devono esercitare il diritto potestativo disciplinato dall'art. 134 del D.L. vo 12 aprile 2006 n. 163».

Il precedente art. 11, 9° co., abilitava tale immediata esecuzione (anche, cioè, prima della stipula del contratto) qualora la stessa fosse stata tesa ad evitare un grave pregiudizio all'interesse pubblico (che avrebbe dovuto soddisfare), inclusa la perdita di finanziamenti comunitari; in ogni caso, l'urgenza idonea a giustificare, eccezionalmente, l'esecuzione anticipata andava intesa come urgenza qualificata e non generica, tale da consentire di prevedere che, verosimilmente, il rinvio dell'intervento per il tempo necessario a completare l'ordinaria procedura avrebbe compromesso, con grave pregiudizio dell'interesse pubblico, la tempestività o l'efficacia dell'intervento.

Con una formulazione più restrittiva, il citato art.32 del nuovo codice, oltre a ribadire la precedente fattispecie, sottolinea che l'esecuzione anticipata è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali e cose, ovvero per interessi sensibili e primari (quali, l'igiene e la salute pubblica oltre che la tutela del patrimonio storico, artistico e culturale)⁷³.

L'utilizzo dei due avverbi comprova la natura eccezionale di tale *modus operandi*, rendendo giustiziabili comportamenti elusivi oltre che concreto il rischio, per l'amministrazione, di restare senza gestore o fornitore nel caso in cui si sia in presenza della mera cessazione del precedente contratto (ipotesi, cioè, non imprevedibile) e, al contempo, non sia possibile il ricorso alla proroga tecnica dello stesso.

Ne consegue che il ricorso all'esecuzione anticipata (nelle more della stipula del contratto) impone un onere motivazionale, in sede di determina di aggiudicazione, onde comprovare l'effettiva sussistenza delle condizioni previste e prevenire comportamenti elusivi dello *stand still*.

In caso di esecuzione anticipata la ditta ha diritto al ristoro delle spese sostenute. Anche su tale profilo il riconoscimento dei soli costi (senza utile di

⁷³ T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 7.03.2017, n. 209.

impresa) appare fortemente limitativo, sia perché si sarebbe in presenza di un'immotivata lesione o addirittura un provvedimento afflittivo (in assenza di responsabilità e inadempienza imputabili al concorrente), sia perché l'accettazione dell'esecuzione anticipata da parte dell'aggiudicataria, implica pur sempre la conclusione di un vero e proprio accordo di matrice negoziale, la cui esecuzione si identifica con quella del rapporto (sia pure anticipata rispetto alla stipula del contratto d'appalto) e il cui inadempimento attrae comunque la controversia nella giurisdizione del giudice ordinario, in ragione del fatto che le reciproche situazioni soggettive assumono la consistenza del diritto soggettivo⁷⁴.

La propedeuticità della stipula del contratto è confermata dal 13° comma, dell'art. 32, per il quale esso può eseguirsi solo dopo che è divenuto efficace, salvo l'esecuzione anticipata nei casi di urgenza⁷⁵.

7. Lo *stand still* period

Il nuovo codice reca novità anche in tema di periodo di sospensione.

Valga preliminarmente ricordare che la stipula del contratto non può avvenire prima del decorso del termine di trentacinque giorni dall'ultima comunicazione dell'esito della gara, al fine di evitare l'inizio della prestazione contrattuale prima dell'esaurirsi dei rimedi impugnatori.

In particolare, considerato che ai sensi del codice del processo (d.lg. n. 104/2010) il termine di impugnazione degli atti di gara è dimidiato (30 giorni), la previsione del periodo di sospensione è finalizzata ad addivenire alla stipula del contratto una volta che gli atti di gara abbiano superato il vaglio giustiziale ovvero siano rimasti inoppugnati.

In tale ottica, il periodo di sospensione subisce un ulteriore differimento (di venti giorni) laddove il mezzo impugnatorio sia accompagnato dalla richiesta

⁷⁴ In termini, T.A.R. Toscana, sez. I, 11.4.2016, n. 610.

⁷⁵ Con una formulazione identica a quella del 12° comma dell'art. 13 del precedente codice.

di una misura cautelare (*recte*: sospensione dell'efficacia degli atti impugnati), posto che, in tale ipotesi, occorre attendere anche la conclusione della fase cautelare (in primo grado), con la pubblicazione dell'ordinanza o del dispositivo della sentenza.

Al contempo va precisato che la violazione dello *stand still* non costituisce vizio dell'aggiudicazione e non determina la sua invalidità⁷⁶, assumendo, tuttavia, riflessi sanzionatori, ai sensi degli artt. 123 ss. del codice del processo amministrativo⁷⁷.

Su tale profilo la novità più significativa è dettata dall'aumento delle ipotesi di deroga all'applicazione dello *stand still*.

Accanto, infatti, a quelle già conosciute sotto la vigenza del precedente codice (ovvero: l'ammissione a gara o la presentazione di una sola offerta⁷⁸, procedure di adesione di un accordo quadro o quelle effettuate mediante mercato elettronico per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo⁷⁹), vengono esclusi⁸⁰ gli affidamenti di cui all'art. 36, 2° co., lett. *a*) e *b*), concernenti, rispettivamente, gli affidamenti diretti e quelli sotto soglia comunitaria (previo invito rivolto ad almeno cinque operatori).

Trattasi di una previsione di semplificazione, a fronte di procedure caratterizzate da un regime derogatorio rispetto al modello ordinario, seppur non disancorato dal rispetto dei principi che sottendono l'attività contrattuale

⁷⁶ C. St., sez. V, 23.3.2015, n. 1565; T.A.R. Umbria, 2.8.2014, n. 427.

⁷⁷ C. St., sez. III, 3.7.2013, n. 3568.

⁷⁸ Purché non sia stato impugnato l'atto indittivo della procedura, eventualmente contestando clausole ritenute impropriamente preclusive della più ampia partecipazione.

⁷⁹ Secondo la precisazione di cui al decreto correttivo (d. lg. n. 56 del 2017) che ha espressamente richiamato quanto previsto dalla lett. *bbbb*) dell'art. 3 del codice dei contratti.

⁸⁰ Dal 10° comma, dell'art. 32, come ribadito dalle Linee guida n. 4, recanti "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*", approvate dal Consiglio dell'Autorità nazionale anticorruzione con delibera n. 1097, del 26 ottobre 2016.

della p.a., come declinati nell'art. 30 del codice.

Invero, la deroga allo *stand still* in caso di affidamento diretto sembra una superfetazione, visto che non è preceduto da una procedura selettiva, bensì, eventualmente, dalla più semplificata attività di acquisizione di preventivi, anche alla stregua delle Linee guida dettate dall'A.N.A.C.

8. La forma del contratto

L'art. 32, comma *ad finem*, disciplina le modalità di stipula del contratto di appalto, imprescindibile per l'insorgenza del rapporto negoziale con una p.a.

Riproducendo la previsione dell'art. 11, ult. co., del precedente codice (nel testo più volte novellato) nonché l'art. 334, 2° co., d.p.r. n. 207/2010⁸¹, vengono previste, quali modalità di stipula, quella pubblica notarile informatica, quella in modalità elettronica, quella pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante.

Alla stregua di un consolidato indirizzo ermeneutico, nella materia in esame si impone la forma scritta *ad substantiam*, non potendosi attribuire al provvedimento di aggiudicazione il valore di conclusione del contratto medesimo; sicché, ove la stipulazione in forma scritta segua l'ultimazione dei lavori, è soltanto da quel momento (e non da quello, precedente, dell'ultimazione dei lavori) che sorge l'obbligazione della stazione appaltante al pagamento del corrispettivo dell'appalto⁸².

La necessità della forma scritta è stata desunta dall'art. 17, r.d. n. 2440/1923 (in materia di contabilità generale dello Stato), con la prescrizione che anche nel caso in cui sia ammessa la stipulazione per atti non contestuali, i

⁸¹ L'art. 334, d.p.r. n. 207/2010 (Relativo ai contratti di cottimo fiduciario per appalti di servizi e forniture) stabilisce che il contratto di cottimo fiduciario è stipulato attraverso scrittura privata, che può anche consistere in apposito scambio di lettere con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni e dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito.

⁸² Cass., sez. I, 21.1.2015, n. 1053; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 17.1.2013, n. 368.

contratti della p.a. esigono la forma scritta “*ad substantiam*” quale diretta modalità di esternazione della volontà di contrarre (proposta e accettazione), non essendo sufficiente che da atti scritti risultino comportamenti attuativi di un accordo solo verbale, essendo impossibile una contrattazione “*per facta concludentia*”⁸³.

Sul medesimo crinale, si è più volte osservato⁸⁴ che la pubblica amministrazione, per principio generale, non può assumere impegni o concludere contratti se non nelle forme stabilite dalla legge e dai regolamenti (vale a dire nella forma scritta), forme il cui mancato rispetto produce la nullità assoluta dell’atto, rilevabile anche d’ufficio.

La forma scritta *ad substantiam* è da considerarsi strumento di garanzia del regolare svolgimento dell’attività amministrativa, sia nell’interesse del cittadino, costituendo remora ad arbitrii, sia nell’interesse della stessa pubblica amministrazione, rispondendo all’esigenza di identificare con precisione l’obbligazione assunta e il contenuto negoziale dell’atto e, specularmente, di rendere possibile l’espletamento della indispensabile funzione di controllo da parte dell’autorità tutoria.

In questo senso, il requisito in parola può considerarsi espressione dei principi di buon andamento ed imparzialità sanciti dalla Carta costituzionale

⁸³ Cass., sez. I, 17.3.2015, n. 5263.

⁸⁴ Cass., sez. III, 28.9.2010, n. 20340. Secondo Cass., sez. I, 13.10.2016, n. 20690, “*Il principio secondo cui i contratti degli enti pubblici devono essere stipulati, a pena di nullità, in forma scritta trova applicazione non soltanto in sede di conclusione del contratto, ma anche in sede di eventuale rinnovazione dello stesso, a meno che quest’ultima non sia prevista come effetto automatico da apposita clausola, nonché alle modificazioni che le parti intendano in seguito apportare alla disciplina concordata, le quali devono pertanto risultare da un atto posto in essere nella medesima forma del contratto originario, richiesta anche in tal caso ad substantiam, non potendo essere introdotte in via di mero fatto mediante l’adozione di pratiche difformi da quelle precedentemente convenute, ancorché le stesse si siano protratte nel tempo e rispondano ad un accordo tacitamente intervenuto tra le parti in epoca successive*”.

(art. 97).

La posizione è condivisa anche dalla magistratura amministrativa.

Si è sostenuto che per il perfezionamento dei contratti stipulati dalle amministrazioni pubbliche è necessaria una manifestazione documentale della volontà negoziale da parte dell'organo rappresentativo abilitato a concludere (in nome e per conto dell'ente pubblico) negozi giuridici, mentre devono ritenersi, all'uopo, inidonee le deliberazioni degli organi collegiali, attese la caratteristica di atti interni, di natura meramente preparatoria della successiva manifestazione esterna della volontà negoziale. Di talché un contratto non potrà dirsi legittimamente perfezionato ove la volontà di addivenire alla sua stipula non sia, nei confronti della controparte, esternata, in nome e per conto dell'ente pubblico, da quell'unico organo autorizzato a rappresentarlo⁸⁵.

Ne consegue che la normativa speciale dettata in tema di contratti della pubblica amministrazione prevale sulla diversa disciplina dei rapporti tra privati, quale, ad esempio, quella dettata in tema di conferimento di incarichi professionali, in tema di stipula di locazioni e contratti agrari ultranovennali, in tema di rinnovo tacito del contratto di locazione, inconfigurabile se il locatore sia un ente pubblico⁸⁶.

In conclusione, i contratti d'appalto della pubblica amministrazione si possono considerare formalmente conclusi solo quando siano state rispettate le formalità tipiche dei contratti, tra cui rientrano le relative sottoscrizioni al termine del procedimento stabilito dalla legge⁸⁷.

In ordine alle modalità di stipula, la norma, accanto a modelli ordinari prevede forme semplificate per le procedure negoziate, sancendo che la stipula del contratto può avvenire mediante scrittura privata⁸⁸ e lo scambio di

⁸⁵ C. St., sez. VI, 3.6.2010, n. 3507.

⁸⁶ Cass., sez. III, 26.6.2008, n. 17550; id., 8.1.2005, n. 258.

⁸⁷ C. St., sez. IV, 20.4.2010, n. 2199.

⁸⁸ Secondo C. St., sez. V, 25.11.2015, n. 5356, deve ritenersi che il contratto di appalto sia stato concluso nella forma della scrittura privata, nel caso in cui: a) la stazione appaltante abbia inviato

corrispondenza (anche tramite *pec*) per gli affidamenti di importo non superiore ai 40.000 euro (cc.dd. affidamenti diretti).

In proposito, con apposito Comunicato presidenziale (del 4.11.2015) l'A.N.A.C. ha sottolineato la volontà del legislatore, per i contratti d'appalto pubblico stipulati in forma pubblica amministrativa e (a far data dal 1.1.2015) per quelli stipulati mediante scrittura privata, di comminare la sanzione della nullità a tutti i casi di mancato utilizzo della "modalità elettronica", la quale deve ritenersi obbligatoria sia per la forma pubblica amministrativa del contratto sia per la scrittura privata⁸⁹.

Pertanto, anche la scrittura privata conclusa tramite scambio di lettere, dovrà essere redatta in modalità elettronica.

9. La celebrazione della gara

In sede di espletamento della procedura ad evidenza pubblica, assumono peculiare rilievo il **principio di pubblicità** e **quello di continuità** delle operazioni di gara.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice risulta formalmente abrogata la disposizione di cui al d.p.r. n. 207/2010, il cui art. 117 (rubricato

alla ditta aggiudicataria una nota denominata lettera di aggiudicazione - recante, oltre che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, tutta una serie di elementi concernenti il contenuto essenziale del contratto - restituita dall'impresa firmata per benessere e accettazione; b) l'impresa abbia posto in essere tutti gli adempimenti connessi alla stipulazione del contratto (fra cui la costituzione della polizza definitiva e della garanzia fideiussoria); c) i lavori siano stati consegnati, senza che dal verbale di consegna emerga che tale consegna sia avvenuta in via d'urgenza e in anticipo rispetto alla stipula del contratto. In tal caso, infatti, deve ritenersi che vi sia stato l'incontro del consenso delle parti nell'ambito di un contesto documentale scritto recante gli elementi essenziali del regolamento contrattuale.

⁸⁹ In considerazione della sopravvenienza normativa di cui all'art. 6, 6° co., d.l. 23.12.2013, n. 145, c.d. "Destinazione Italia", convertito nella l. 21.2.2014, n. 9, ad integrazione e modifica del contenuto della Determinazione n. 1/2013.

“sedute di gara”), richiamato espressamente dall’ult. co. dell’art. 283 del medesimo Regolamento (relativo alla selezione delle offerte per i contratti di servizi e forniture nei settori ordinari), prescriveva l’indicazione nel bando o nella lettera di invito del giorno e dell’ora della prima seduta pubblica di gara.

Tuttavia, non può addivenirsi alla conclusione che le operazioni di gara possano svolgersi senza tener conto dei suesposti principi, anche in ragione del fatto che l’art. 30 del codice, al 1° comma, annovera tra i principi sottesi alle procedure di affidamento anche quello di pubblicità. Entrambi i principi, infatti, assumono carattere vincolante, dovendo essere applicati a prescindere dallo loro previsione nel bando di gara, come confermato dal paragrafo 1.1. delle citate Linee guida n. 5 (approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016).

Tale assunto risulta suffragato anche dal comma 1-*bis* dell’art. 78 del codice, introdotto dal d. lg. n. 56 del 2017, secondo cui con le Linee Guide dell’ANAC sono anche stabilite le modalità di funzionamento delle Commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche per la celebrazione della gara e sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche.

Se ne impone, pertanto, uno specifico approfondimento.

Il **principio di pubblicità** delle sedute di gara trova immediata applicazione in ogni tipo di procedura, indipendentemente da un’espressa previsione da parte della *lex specialis*, costituendo una regola generale riconducibile direttamente ai principi generali di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost., almeno per quanto concerne la fase di verifica dell’integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l’offerta economica e la relativa apertura⁹⁰.

Ne consegue che la violazione del principio di pubblicità comporta

⁹⁰ T.A.R. Toscana, sez. I, 29.6.2016, n. 1116; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II, 14.10.2015, n. 1325; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III *ter*, 3.2.2014, n. 1314; C. St., sez. V, 27.12.2013, n. 6285.

l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara⁹¹.

Tale effetto “invalidante”⁹² rende superfluo qualsiasi supporto probatorio a carico di chi ne censura la violazione, giacché si risolverebbe in una petizione di principio accollare, al soggetto deducente tale violazione, l'onere dell'impossibile dimostrazione di un fatto (ovvero l'alterazione dei plichi), verificabile unicamente attraverso il rispetto della formalità (*id est*: l'apertura pubblica delle buste) in concreto omessa.

Il principio della pubblicità è, senz'altro, inderogabile in ogni tipo di gara (compresa la procedura negoziata⁹³ di cui all'art. 36, 2° co., lett. b, c.d.c.), almeno per quanto concerne la fase di verifica dell'integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e l'offerta economica e la relativa apertura.

Non risulterebbe legittimo, cioè, l'operato della commissione nel caso in cui effettuati in seduta pubblica solo l'apertura delle buste contenenti la documentazione, per poi procedere, dopo aver dichiarato chiusa la seduta pubblica, all'apertura delle buste contenenti le offerte (in seduta riservata).

La portata del principio della pubblicità varia in funzione del fatto che si tratti di procedure di aggiudicazione automatica ovvero di procedure che richiedono una valutazione tecnico-discrezionale per la scelta dell'offerta più vantaggiosa.

⁹¹ Sull'insanabilità di tale invalidità, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 27.1.2017, n. 1429, T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 16.03.2016, n. 502.

⁹² C. St., sez. V, 25.8.2011, n. 4806, secondo cui la violazione di tale principio integra un vizio del procedimento che comporta l'invalidità derivata di tutti gli atti di gara. Va, comunque, evidenziato che, secondo C. St., sez. III, 25.11.2016, n. 4990, non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche, nel caso di gara svoltasi tramite una procedura telematica.

⁹³ Di particolare interesse, proprio in riferimento alle procedure negoziate semplificate, è la sentenza resa dal T.A.R. Basilicata, sez. I, 22.3.2017, n. 252, concernente l'illegittimità dell'intera procedura in quanto il sorteggio degli operatori da invitare non era avvenuto in seduta pubblica (contrariamente a quanto disposto dalle Linee Guide dell'ANAC n. 4 del 2016).

Per le prime (in cui trova applicazione il criterio del prezzo più basso), la pubblicità delle sedute è generalmente totale, per consentire il controllo delle varie fasi di svolgimento della gara da parte dei concorrenti, non sussistendo alcuna valutazione tecnico-discrezionale da effettuare.

Per le seconde (per le quali trova applicazione il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), a seguito delle fasi preliminari pubbliche di verifica e riscontro dei plichi presentati e dei documenti in essi contenuti, interviene la valutazione tecnico-qualitativa dell'offerta, che deve essere effettuata in seduta riservata, per evitare influenze esterne ed improprie circolazioni di informazioni.

Sulla portata di tale principio si segnalano diversi interventi giustiziali.

Si è precisato che la violazione del principio di pubblicità delle sedute di gara determina *ex se* un vizio della procedura, non occorrendo un'effettiva lesione della trasparenza della gara e della *par condicio* tra i concorrenti, in quanto trattasi di un adempimento posto a tutela non solo della parità di trattamento dei partecipanti alla gara, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza⁹⁴ ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato (ad es. regolarità della chiusura dei plichi, data di ricevimento dei plichi, regolarità e completezza della documentazione prodotta, lettura del prezzo offerto)⁹⁵.

Dello stesso tenore è altra decisione⁹⁶, secondo cui determina l'illegittimità degli atti la circostanza che il seggio di gara, dopo avere esaminato la regolarità della documentazione in pubblica seduta, abbia successivamente e in separata sede (nella specie, a seguito del riconoscimento di un errore materiale) proceduto all'apertura di una busta contenente l'offerta economica presentata da una ditta, senza che, alle relative operazioni, sia stato invitato

⁹⁴ Sul principio di trasparenza si veda C. St., sez. V, 20.7.2016 n. 3266.

⁹⁵ C. St., sez. V, 18.3.2004, n. 1427.

⁹⁶ C. St., sez. V, 16.3.2005, n. 1077.

alcun concorrente.

Per le stesse ragioni si è ritenuta illegittima la riammissione a gara di una ditta (originariamente esclusa per non aver prodotto un documento prescritto), a seguito della riapertura della gara e del rinvenimento del documento mancante, nel caso in cui detta riapertura sia avvenuta in seduta non pubblica e senza aver fornito prova dell'adeguata conservazione degli atti di gara⁹⁷.

Non vi è stata sempre unanimità di interpretazioni, invece, in ordine al rispetto del principio di pubblicità anche per l'apertura delle buste recanti l'offerta tecnica.

All'orientamento che riteneva vincolante il principio in esame per le sole fasi dell'aperta della documentazione amministrativa e dell'offerta economica⁹⁸, si contrapponeva la posizione di chi sosteneva l'inderogabilità del principio per tutte le fasi di verifica dell'integrità dei plichi, quindi anche relativamente all'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche.

Considerata la necessità di fornire indirizzi interpretativi unitari, la questione è stata rimessa all'Adunanza Plenaria, con l'ordinanza della sez. V del C. St., n. 2987 del 17.5.2011.

In sede di definizione di tale problematica, la Plenaria⁹⁹ ha ritenuto che il principio di pubblicità trova applicazione anche per l'apertura delle offerte tecniche, posto che anche tale operazione costituisce passaggio essenziale per l'esito della gara e, quindi, deve essere presidiata dalle medesime garanzie a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti.

Sul piano normativo, l'art. 12, d.l. 7.5.2012 n. 52, convertito, con

⁹⁷ C. St., sez. IV, 11.10.2007, n. 5354.

⁹⁸ Si è ritenuto (C. St., sez. V, 13.10.2010, n. 7470) che tale principio sia derogabile dalla *lex specialis*, la quale, ove trattasi di gara svolta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ben può prevedere (oltre la valutazione in seduta riservata dell'offerta tecnica), che tanto sia effettuato, per esigenze di economicità della procedura, previa apertura delle relative buste nel corso della seduta stessa.

⁹⁹ C. St., Ad. Plen., 28.7.2011, n. 13.

modificazioni, dalla l. 6.7.2012, n. 94, nel recepire quanto affermato dall'Adunanza Plenaria, ha stabilito, tra l'altro, che la regola dell'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta pubblica vale «...anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012...», con ciò chiudendo la disputa interpretativa circa il *modus operandi* cui devono attenersi i seggi di gara.

A temperare la portata del principio di pubblicità concorre quello della **segretezza dell'offerta**¹⁰⁰ (in ragione del quale la valutazione delle offerte tecniche deve avvenire in seduta riservata).

La portata vincolante di tale principio è frutto dell'esigenza di garantire che le offerte tecniche vengano valutate prima della conoscenza di quelle economiche. Diversamente, la verifica delle offerte economiche prima di quelle tecniche comporterebbe una palese violazione dei principi inderogabili di trasparenza e di imparzialità, in quanto la conoscenza preventiva dell'offerta economica consentirebbe di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento e tale possibilità, ancorché eventuale, inficerebbe la regolarità della gara¹⁰¹.

Anche la sola possibilità della conoscenza dell'entità dell'offerta economica e delle caratteristiche di quella tecnica mette in pericolo la garanzia dell'imparzialità dell'operato dell'organo valutativo, comportando il rischio che i criteri siano plasmati ed adattati alle offerte in modo che ne sortisca un effetto potenzialmente premiante nei confronti di una di esse; è pertanto legittima l'esclusione dalla gara di una impresa che abbia inserito nell'offerta tecnica il computo metrico estimativo corredato dai relativi prezzi, rendendo così esplicito, sin da tale fase, l'incidenza dei costi sull'offerta economica¹⁰².

Altro principio di portata generale, in tema di svolgimento delle procedure concorsuali, è quello di **continuità della gara**, la cui osservanza comporta la

¹⁰⁰ T.A.R. Piemonte, sez. I, 14.2.2017, n. 239.

¹⁰¹ T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 31.10.2016, n. 5014.

¹⁰² C. St., sez. V, 8.9.2010, n. 6509; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 2.9.2014, n. 1053.

concentrazione delle operazioni in un'unica seduta o, al massimo, in poche sedute successive, per ragioni di celerità della procedura e per evitare, nelle more, alterazioni di equilibri e ruoli.

In altre parole, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all'azione amministrativa, le sedute della commissione devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità.

In particolare, l'esame delle offerte tecniche ed economiche deve essere concentrato in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione.

Anche tale principio deve osservarsi a prescindere da una espressa previsione nel regolamento di gara; anche tale principio, tuttavia, è suscettibile di deroghe.

In special modo, ove si verificano circostanze impeditive alla concentrazione delle attività (per il numero elevato di proposte, per la necessità di procedere alla loro regolarizzazione, per la complessità delle operazioni) è possibile derogare all'unicità della seduta ed aggiornare le operazioni a sedute immediatamente successive¹⁰³.

Vuol dirsi che il **principio di continuità e di concentrazione** della gara può essere eccezionalmente derogato nel caso del verificarsi di situazioni particolari, che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in un'unica seduta.

Tra queste possono annoverarsi la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare; in tali casi, tuttavia, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole

¹⁰³ Per una deroga legittima al citato principio, si veda T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 26.11.2003, n. 705; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 23.7.2013, n. 1725.

offerte¹⁰⁴.

In mancanza di tali obiettive condizioni devono ritenersi illegittime le operazioni di una gara di appalto nel caso in cui, in violazione del principio di continuità delle operazioni, sia intercorso un lungo ed inammissibile intervallo tra due sedute di gara (in cui la commissione ha proceduto all'apertura di tutte le offerte tecniche ed all'avvio del loro esame - nella prima - ed al completamento dell'esame ed all'attribuzione di tutti i punteggi - nella seconda) e nel caso in cui nessuna garanzia emerga dagli atti di gara in ordine alla conservazione dei plichi durante tale lungo lasso di tempo, tale da assicurarli da eventuali manomissioni, non essendovi traccia, nei verbali, della chiusura adeguata dei plichi ovvero del loro affidamento ad un soggetto responsabile della loro custodia, né, nel verbale di ripresa delle operazioni, della constatazione della loro integrità¹⁰⁵.

È stata ritenuta illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui risultava che i lavori della commissione giudicatrice si erano protratti per molto tempo (nella specie per circa quindici mesi, a volte con lunghi intervalli tra una seduta e l'altra) ed era stato dato atto, soltanto, che tutta la documentazione di gara unitamente alle offerte presentate dai concorrenti, durante i periodi di sospensione della gara, era stata custodita presso i locali dell'Ente, senza peraltro precisare se i plichi (e in particolare le buste con l'offerta tecnica) fossero stati risigillati o comunque richiusi in modo adeguato, così da evitare qualsivoglia ipotesi di manomissione¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Sulla potata tendenziale del principio in esame, *cf.* C. St., sez. V, 27.5.2014, n. 2752; *id.*, sez. III, 1.9.2014, n. 4449; *id.*, sez. III, 25.2.2013, n. 1169.

¹⁰⁵ In termini, C. St., sez. V, 23.11.2010, n. 8155.

¹⁰⁶ C. St., sez. V, 21.5.2010, n. 3203, in cui si è aggiunto che l'illegittimità rilevata non poteva essere sanata dalla dichiarazione postuma del presidente e del segretario della commissione di gara sulla conservazione, in cassaforte, della documentazione, atteso che tale dichiarazione non vale a sostituire le funzioni del verbale di gara, che è sottoscritto dai componenti della commissione e che, comunque, anche tale cautela non soddisfa le richiamate esigenze, in mancanza della prova di

In senso analogo, sono state ritenute illegittime le operazioni di gara, nel caso in cui nei verbali non erano state indicate le concrete cautele osservate dalla commissione ai fini della conservazione dei plichi contenenti le offerte tecniche¹⁰⁷.

A temperare il rigore di tale interpretazione si è evidenziato che l'eventuale difetto di custodia delle buste contenenti le offerte, dopo la loro apertura, va sostenuto da elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata in concreto la sottrazione o la sostituzione dei plichi, o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura; onde è da ritenere inammissibile la censura della mancata custodia, dopo l'apertura di dette buste, in difetto di elementi atti a far ritenere che possa essersi verificata una conseguente sottrazione o la sostituzione dei plichi o altro fatto rilevante ai fini della regolarità della procedura di gara.

Precisamente, secondo l'Ad. Plen., n. 8 del 3.2.2014: «Sia il codice dei contratti pubblici che il regolamento di attuazione non recano prescrizioni di dettaglio in ordine all'espletamento delle operazioni di conservazione della documentazione di gara tra una seduta e l'altra. In assenza di specifiche regole procedurali a livello di disciplina generale - salvo i casi di una più puntuale regolamentazione da parte di atti generali delle singole amministrazioni, cui la commissione deve rigorosamente attenersi - non può essere elevato di per sé a vizio del procedimento l'omessa indicazione nel verbale di operazioni singolarmente prese in considerazioni quali, a titolo di esemplificazione, l'identificazione del soggetto responsabile della custodia dei plichi, ovvero il luogo di custodia dei plichi stessi, nel tempo che separa ogni seduta dalla successiva»¹⁰⁸.

sigillatura delle buste. Sull'illegittimità di una procedura di durata eccessiva, *cf.* T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 26.11.2014, n. 808.

¹⁰⁷ C. St., sez. VI, 23.6.2011, n. 3803.

¹⁰⁸ Principio ribadito, tra l'altro, da C. St., sez. V, 14.10.2014, n. 5060.

10. La verbalizzazione delle sedute

Le operazioni di gara vengono riprodotte nel verbale, la cui natura di atto pubblico (facente fede fino a querela di falso) ne impone una redazione puntuale e circostanziata.

Il seggio di gara ha l'onere di un resoconto esplicito, sia pure sintetico, da riportare nel verbale relativo alle singole fasi in cui la stessa gara si è articolata, in modo da garantire l'individuazione delle ragioni dello sviluppo ed andamento della stessa, fino all'aggiudicazione finale. Ciò in applicazione dei principi di trasparenza ed imparzialità cui deve attenersi l'amministrazione nell'espletamento delle singole operazioni di gara, ivi compresa quella di ammissione delle imprese partecipanti.

A differenza del precedente codice (il cui art. 78 precisava le informazioni da riprodurre nei verbali), il d.lg. n. 50/2016 nulla prevede al riguardo.

In ogni caso, la verbalizzazione costituisce lo strumento attraverso il quale un organo amministrativo (nella specie il seggio di gara) dà conto della propria attività, attraverso la fedele e puntuale rappresentazione delle operazioni compiute, onde consentire la verifica della correttezza delle attività di scrutinio, rifluendo la regolarità della procedura nella legittimità dell'atto conclusivo dei singoli subprocedimenti di cui si compone la gara, a cominciare dalla preliminare fase attinente l'accertamento della ritualità delle domande e del possesso dei requisiti ai fini dell'ammissione dei partecipanti, fino al procedimento valutativo delle offerte ed alla aggiudicazione¹⁰⁹.

Sotto l'aspetto contenutistico la verbalizzazione delle singole sedute deve necessariamente tener conto di tre circostanze e, segnatamente:

- a) l'articolazione delle sedute (data, numero e orario)¹¹⁰;

¹⁰⁹ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I bis, 24.5.2004, n. 4854.

¹¹⁰ Per una puntuale distinzione dei casi in cui le lacune dei verbali possono assumere effetto invalidante, anche in riferimento all'orario di inizio e di chiusura della seduta collegiale nonché per quanto concerne le modalità di custodia dei plichi e degli strumenti utilizzati per garantire la

b) la regolare composizione dell'organo, in ciascuna di esse;

c) la sufficiente descrizione delle attività valutative compiute, e ciò in misura direttamente proporzionale all'ampiezza della discrezionalità tecnica disponibile, anche al fine di verificare il rispetto del principio secondo cui in materia di gare d'appalto gli elementi di valutazione aventi carattere automatico (offerta economica) devono essere esaminati dopo gli elementi comportanti valutazioni discrezionali (offerta tecnica)¹¹¹.

Del resto, la verbalizzazione delle sedute (ivi incluse quelle riservate) oltre a costituire la forma necessaria di tutti gli atti collegiali (che, in mancanza, non potrebbero dirsi giuridicamente esistenti), opera sul piano della prova e rappresenta una "tutela" anche per l'amministrazione procedente impedendo, a chi intenda contestarne le risultanze, di allegare - salvo l'esperimento vittorioso della querela di falso avanti al giudice ordinario - come non avvenuto un fatto positivamente documentato¹¹².

In tale ottica, assume rilievo l'indicazione dei presenti, in special modo se trattasi di rappresentanti di una impresa, posto che, alla luce di alcuni pronunciati, tale presenza integra gli estremi della piena conoscenza degli atti adottati, ai fini del decorso dei termini per l'impugnazione¹¹³.

Una puntualizzazione è doverosa.

Il verbale, pur essendo un atto pubblico che fa piena prova della provenienza del documento dal pubblico ufficiale¹¹⁴, nonché delle

segretezza delle offerte negli intervalli di tempo tra le varie sedute di gara, *cf.* C. St., sez. V, 22.2.2011, n. 1094.

¹¹¹ In termini, T.A.R. Piemonte, sez. II, 14.4.2003, n. 598.

¹¹² C. St., sez. V, 16.11.2005, n. 3166.

¹¹³ C. St., sez. V, 19.4.2007, n. 1800, evidenza che in tale ipotesi gli interessati hanno l'esatta cognizione degli elementi essenziali del provvedimento - autorità emanante, oggetto, effetti - sufficienti a fornire la consapevolezza dell'incidenza dell'atto nella loro sfera giuridica e della lesività dello stesso.

¹¹⁴ T.A.R. Piemonte, sez. I, 28.2.2017, n. 289.

dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che costui attesta essere avvenuti in sua presenza, non fa fede delle valutazioni da lui compiute, né esclude la possibilità di errori in tali operazioni¹¹⁵.

Sotto l'aspetto propriamente redazionale si è detto che la **verbalizzazione unica riferita a più sedute** non è di per sé illegittima, a condizione che la verbalizzazione non contestuale segua il compimento delle attività rappresentate entro un termine ragionevolmente breve, tale da scongiurare gli effetti negativi della naturale tendenza alla dispersione degli elementi informativi; in ogni caso, sul giudicante grava sempre l'obbligo di verificare, previo esame della fattispecie concreta, se la verbalizzazione unica e differita abbia determinato un *vulnus* apprezzabile degli interessi in gioco¹¹⁶.

Alla stregua di analoghi presupposti argomentativi, si è ritenuto legittimo il verbale di una gara di appalto che dava atto dell'avvenuta effettuazione delle operazioni di apertura dei plichi, ricomprendendovi anche la verifica della integrità dei plichi stessi, in quanto la sinteticità della formula utilizzata nel verbale, per descrivere lo svolgimento di tale attività, non è stata ritenuta idonea a viziare l'intera procedura di gara, non dovendo il seggio di gara verbalizzare in maniera minuziosa tutte le attività di fatto materialmente svolte¹¹⁷.

Resta da precisare che, alla stregua del paragrafo 1.1. delle citate Linee guida ANAC n. 5 (approvate con la delibera n. 1190 del 16 novembre 2016), la commissione, dopo la verifica, in seduta pubblica, dei requisiti di partecipazione, celebra la gara secondo le seguenti modalità: i) apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica

¹¹⁵ Così, Cons. Giust. Amm. Sic., 13.11.2005, n. 353.

¹¹⁶ C. St., sez. V, 18.3.2010, n. 1589; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 12.9.2013, n. 8257. In senso conforme si è espresso anche il T.A.R. Veneto, sez. I, 9.2.2011, n. 220, che ha ritenuto legittimo l'accorpamento in un unico atto della verbalizzazione di varie sedute della commissione ed anche la sua redazione non contestuale al compimento delle operazioni di gara.

¹¹⁷ C. St., sez. V, n. 7470/2010, cit.

della presenza dei documenti prodotti; ii) in una o più sedute riservate, o lavorando da remoto, valuta le offerte tecniche e procede alla assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando o nella lettera di invito; iii) successivamente, in seduta pubblica, dà lettura dei punteggi attribuiti alle singole offerte tecniche, procede alla apertura delle buste contenenti le offerte economiche e, data lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse, procede alla individuazione delle offerte che superano la soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3, del codice ovvero indica al RUP le offerte che, secondo quanto previsto dall'art. 97, comma 6, del codice appaiono, sulla base di elementi specifici, potenzialmente anomale, ferma restando la facoltà del RUP di decidere al riguardo.