

La costituzione del vincolo negoziale tra pubblico e privato

di Maurizio Lucca

La procedura per la scelta del contraente può considerarsi giunta al termine con la sottoscrizione del contratto, che segna la nascita del rapporto obbligatorio tra la parte pubblica e quella privata. Il verbale di aggiudicazione ha infatti carattere meramente provvisorio (1) ben potendo la p.a., cui spetta di valutare discrezionalmente l'interesse pubblico, rinviare, anche implicitamente, la costituzione del vincolo negoziale al momento della stipulazione del contratto, fino al quale non esiste un diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione dello stesso, ma solamente una legittima aspettativa.

Il diritto, pertanto, si costituisce dopo l'approvazione del contratto, che rappresenta l'espressione della potestà di controllo facente capo all'organo competente ad esprimere la volontà dell'ente, e al momento dell'incontro delle volontà rese in una determinata forma (2),

(1) Non ha di per sé natura automatica e obbligatoria, (Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6338).

(2) Vedi l'art. 11, comma 13, del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006. È noto che la p.a. non può esprimersi in modo tacito, ma deve esternare la volontà deliberante (atto interno) attraverso il negozio contrattuale, si richiede la forma scritta: "un costante orientamento della Cassazione, prescrive che tutti i contratti stipulati dalla p.a. (anche quando questa agisca *jure privatorum*) richiedono la forma scritta *ad substantiam* a pena di nullità", Cass. civ., sez. III, 26 febbraio 2002, n. 2832 e sez.

ovvero ricevute nel contratto (3).

I "contratti" o i "contratti pubblici" sono i contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti, dagli enti aggiudicatori, dai soggetti aggiudicatori.

Le fasi del procedimento negoziale sono delineate – nella loro sostanza – agli articoli 11 e 12 del codice dei contratti pubblici, che recependo le indicazioni della giurisprudenza affidano al responsabile del procedimento compiti istruttori di verifica dell'attività posta in essere dalla commissione di gara, acquisendo ogni parere prima di sottoporre l'atto, al soggetto che rappresenta l'amministrazione, per la firma.

Infatti, per pacifica giurisprudenza, la possibilità per l'amministrazione di rivedere un precedente provvedimento di aggiudicazione trova il primo fondamento nel principio costituzionale di buon andamento, che impegna la p.a. ad adottare gli atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire ed autorizza, quindi, anche il riesame degli atti adottati dalla commissione di gara (verbale di aggiudicazione compreso), ove reso opportuno da circostanze sopravvenute (ovvero da un diverso apprezzamento della situazione preesistente), beninteso con l'obbligo di dare esplicita e puntuale contezza del potere esercitato che deve assicurare il rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale ed essere fondato su un'adeguata istruttoria (oltre che sull'onere motivazionale) (4).

Ne consegue che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta (*ex art. 11, comma 7, cit.*), dovendo prima procedere alla verifica di tutti i prescritti requisiti, e solo a seguito di un puntuale accertamento istruttorio l'aggiudicazione diventa efficace.

Da quanto rilevato si può affermare che le operazioni di gara, rappresentate nei verbali, non possiedono né il carattere dell'immediata efficacia obbligatoria né quello della lesività della posizione soggettiva del privato concorrente, ma ogni eventuale contestazione, ai fini dei termini di impugnazione, deve decorrere dall'adozione dei provvedimenti con i quali l'amministrazione committente assume e fa proprie le determina-

zioni contenute nei verbali medesimi, i quali, pertanto, non sono impugnabili autonomamente, configurandosi dunque come meri atti endoprocedimentali, nemmeno capaci di vincolare validamente la p.a. (5).

È da annotare che, mentre in caso di aggiudicazione provvisoria, in quanto atto endoprocedimentale, l'amministrazione può esercitare il proprio potere di autotutela rispetto all'aggiudicazione provvisoria senza dare comunicazione dell'avvio del relativo procedimento, in presenza di un provvedimento di aggiudicazione definitiva 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 definitivo, 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 (6).

Dall'altro lato, e per ciò che interessa la redazione del contratto, è riscontrabile che per ogni contratto le stazioni appaltanti redigono un verbale contenente almeno le seguenti informazioni: *a)* il nome e l'indirizzo dell'amministrazione aggiudicatrice, l'oggetto e il valore del contratto (a corpo o misura); *b)* i nomi dei candidati o degli offerenti presi in considerazione e i motivi della scelta; *c)* i nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione; *d)* i motivi dell'esclusione delle offerte giudicate anormalmente basse; *e)* il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta nonché, se è nota, la parte dell'appalto che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi; *f)* nel caso di procedure negoziate previo e senza bando o di dialogo competitivo, le circostanze, previste dal presente codice, che giustificano il ricorso a dette procedure; *g)* se del caso, le ragioni per le quali l'amministrazione ha rinunciato ad aggiudicare un contratto.

Il processo verbale postula il momento della fase di aggiudicazione (provvisoria) e costituisce l'atto con il quale si accerta e si rende nota l'offerta più vantaggiosa attribuendo l'appalto al miglior offerente, accettandosi così la proposta contenuta nell'offerta stessa, configurandosi quale "atto di gestione", e come tale non affatto riservato alla competenza degli organi elettivi o politici dell'ente locale, alla stregua della ripartizione delle attribuzioni definita nel t.u. 18 agosto 2000, n. 267, con

1, 8 aprile 1998, n. 3662. La forma individuata dall'articolo 11, comma 13, è quella dell'atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa, o mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

(3) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 14 maggio 2007, n. 1906.

(4) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I-bis, 4 dicembre 2006, n. 13597.

(5) T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, 13 giugno 2007, n. 5008.

(6) Cons. Stato, sez. IV, 31 ottobre 2006, n. 6456.

il corollario che non rientrano nell'attività di indirizzo né la scelta del privato contraente dell'ente locale né la sottoscrizione del contratto (7).

Si giunge alla prima conclusione che è sempre necessaria la stipulazione del contratto perché si realizzi il vincolo giuridico contrattuale e sorga dunque il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto stesso, sussistendo il potere-dovere della p.a., in sede di autotutela, anche dopo l'aggiudicazione, cosiddetta "provvisoria", di intervenire al fine di modificare l'elenco degli aspiranti ammessi ad una gara, per riammettere un'impresa illegittimamente esclusa, ovvero, specularmente, per escludere un'impresa illegittimamente ammessa, con la conseguenza chiara ed inevitabile che il verbale di aggiudicazione non può sostituire il contratto (8).

È legittimo, allora, il diniego alla sottoscrizione del contratto qualora si accerti la mancanza dei fondi necessari per la realizzazione dell'opera, atteso che il corretto svolgimento dell'azione amministrativa ed un principio generale di contabilità pubblica risalente all'art. 81 della Costituzione esigono che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto se provvisti di adeguata copertura finanziaria; d'altra parte, se specifiche ragioni di interesse pubblico possono consentire la revoca dell'aggiudicazione di un appalto, a maggior ragione deve riconoscersi che l'amministrazione è legittimata a negare l'aggiudicazione definitiva quando non sarebbe possibile l'assunzione dell'impegno di spesa (9).

In caso diniego di aggiudicazione non occorre perciò l'inoltro all'aggiudicatario provvisorio (e, dunque, *a fortiori*, a chi neppure è aggiudicatario provvisorio) di una specifica comunicazione di avvio di un – insussistente – procedimento di revoca dell'aggiudicazione stessa (10).

(7) Cons. Stato, sez. V, 29 agosto 2006, n. 5047 e T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 24 ottobre 2007, n. 9955.

(8) T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 febbraio 2007 n. 472, *idem* Cons. Stato, sez. V, 22 maggio 2001, n. 2829 e sez. IV, 29 maggio 1998, n. 900. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con atto n.190 del 14 giugno 2007 precisa che l'adozione di provvedimenti in autotutela rappresenta un potere-dovere da esplicarsi in qualunque momento nel corso di una procedura ad evidenza pubblica se si manifestino vizi, fermo restando il rispetto degli elementi di principio (obbligo di motivazione, concrete ragioni di pubblico interesse, contraddittorio procedimentale, adeguata istruttoria) cui l'adozione di provvedimenti in autotutela per la rettifica di atti invalidi è subordinata, il tutto in base al principio costituzionale di buon andamento.

(9) Resta ferma la responsabilità definita dall'art. 1337 cod. civ., Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457.

(10) T.A.R. Veneto, sez. I, 5 luglio 2007, n. 2278.

Dall'analisi si deve argomentare che l'aggiudicazione rappresenta l'esercizio della potestà pubblicistica concernente la scelta del contraente, mentre la convenzione stipulata – *ergo* il contratto – con il medesimo è lo strumento servente di natura privatistica che regola lo svolgimento del servizio, se ed in quanto sia valida ed efficace l'aggiudicazione; quest'ultima, quindi, è atto presupposto rispetto alla convenzione: il venir meno dell'aggiudicazione incide sulla conseguente convenzione, rendendola inefficace (11).

Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto deve avere luogo entro un termine prestabilito al decorso del quale, se non si perviene alla sottoscrizione, l'aggiudicatario può sciogliersi da ogni vincolo.

La p.a. non può allora rimanere inattiva, ma ha l'obbligo di determinarsi in ordine alla stipula o meno del contratto entro i termini fissati dal legislatore (sessanta giorni o trenta a seconda della procedura) (12). Ciò al fine di evitare che l'impresa titolare di interessi legittimi (in questa fase), e non di diritti soggettivi, possa permanere in posizione di incertezza, e che, qualora l'amministrazione non si determini per la stipula, l'aggiudicatario maturi il diritto ad essere liberato dall'impegno contrattuale con la restituzione del deposito cauzionale ed il rimborso delle spese contrattuali (13).

Allo stesso tempo è legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha revocato l'aggiudicazione in considerazione del fatto che la ditta rimasta aggiudicataria, più volte invitata, non si è presentata per la stipula del contratto di appalto, facendo così decorrere colposamente il termine per la stipulazione adducendo delle giustificazioni che non potevano impedire la stipula del contratto stesso (14).

Su questi principi giurisprudenziali mutuabili dall'articolo 2 della legge 241 del 1990 riformata, oltre che alla lettura testuale del comma 9, dell'articolo 11 citato, se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notifica-

(11) Cons. Stato, sez. V, 14 dicembre 2006, n. 7402.

(12) Il legislatore ha inteso porre un limite temporale alla possibilità per l'amministrazione di rinunciare alla stipulazione, nell'interesse dell'aggiudicatario e della stessa certezza delle relazioni giuridiche ed economiche. A tale obbligo non può non corrispondere, in capo all'aggiudicatario, un vero e proprio diritto soggettivo che è testimoniato dal meccanismo dello scioglimento del medesimo aggiudicatario da ogni vincolo e la sua facoltà di recedere unilateralmente allo scadere dei 60 giorni, T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 11 ottobre 2007, n. 2553.

(13) T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 agosto 2006, n. 6914.

(14) T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 10 aprile 2007, n. 1564.

to all'indirizzo della stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto (15).

In questo caso all'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali come descritte sopra.

Con l'ultima modifica del codice si è stabilito inoltre che nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

Appare evidente, alla luce delle considerazioni espresse, che la violazione della procedura negoziale espone il responsabile del procedimento a precise responsabilità, in quanto l'amministrazione non rimane vincolata dal contratto concluso senza l'osservanza delle procedure di legge (e la previa deliberazione delle spese) ed è escluso che possa intervenire *ex post* il riconoscimento che dalla esecuzione del contratto sia derivata utilità per la p.a.; la conseguenza è che il contratto stipulato al di fuori delle condizioni previste dalla legge non vincola l'ente, ma il singolo amministratore (16).

Quadro di sintesi

1. Aggiudicazione provvisoria a seguito della gara (entro 30 giorni).
2. Aggiudicazione definitiva (non equivale alla stipulazione o accettazione offerta) dopo la verifica dell'offerta.
3. Nessuna stipulazione prima di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati, salvo casi d'urgenza.
4. Entro 60 giorni stipula contratto (ovvero, entro la data stabilita dal bando o dall'invito ad offrire o in caso di differimento termini).
5. In mancanza di stipulazione (o del controllo) nei termini facoltà di recesso dell'offerente salvo indennizzo (lucro cessante).
6. Recesso in caso di esecuzione in via d'urgenza spettano le spese di esecuzione (comprese quelle per opere provvisoriale).
7. Esecuzione contratto solo dopo efficacia (e controlli massimo 30 giorni decorsi i quali il contratto è approvato) salvo casi di urgenza.
8. Esecuzione di servizi e forniture in via d'urgenza all'aggiudicatario spettano il rimborso delle spese sostenute.

(15) Tuttavia per sciogliersi dal vincolo contrattuale e ai fini dell'esercizio della facoltà di recesso, non può assumersi un avveramento automatico per il semplice decorso di sessanta giorni dall'aggiudicazione, Cons. Stato, sez. IV, 8 ottobre 2007 n. 5222.

(16) Cass. civ., sez. III, 11 giugno 2007, n. 13862. L'orientamento è quello che laddove l'affidamento non è stato conferito con regolare provvedimento e in dipendenza di ciò si è resa necessaria una sanatoria per poter corrispondere il compenso, tuttavia siffatta sanatoria non è suscettibile di produrre altri effetti in quanto è nulla ai sensi di legge e poiché, *quod nullum est nullum producit effectum*, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 20 ottobre 2007, n. 827. Cfr., per la forma del contratto, Cass. civ., sez. I, 7 dicembre 2004, n. 22973 e 7 ottobre 2005, n. 19638.