



1861 > 2011 >>  
150° anniversario Unità d'Italia

# Guida pratica per i contratti pubblici di servizi e forniture

Vol. 3 - Il contratto ed il contenzioso



*Presidenza del Consiglio dei Ministri*

DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA







# Sommario

## PARTE QUARTA

### **La stipula del contratto ed il sistema dei controlli** 7

#### CAPITOLO PRIMO

### **Il contratto** (Salvatore Dettori) 10

#### **1. Gli adempimenti della stazione appaltante preliminari alla stipula del contratto** 10

1.1. Le attività di verifica dell'aggiudicazione provvisoria 10

1.2. L'aggiudicazione definitiva 11

1.3. Il divieto di rinegoziare l'offerta a seguito dell'aggiudicazione 12

#### **2. La sottoscrizione del contratto** 14

2.1. Il termine 14

2.1.1. IL TERMINE DILATORIO ED IL TERMINE SOSPENSIVO 14

2.2. I soggetti della stipulazione 16

2.3. Il contenuto del contratto 17

2.4. La forma del contratto 17

2.5. Le spese contrattuali e gli obblighi fiscali 18

2.6. Il conto dedicato 19

2.7. I controlli antimafia 21

2.8. Gli adempimenti in tema di sicurezza sul lavoro 23

2.9. La cauzione definitiva 25

#### **3. L'approvazione del contratto** 27

3.1. L'efficacia del contratto 27

3.2. Il procedimento di approvazione del contratto 27

3.3. Il decreto di approvazione del contratto ed il suo contenuto 28

#### **4. Il subappalto** 28

4.1. I presupposti per l'autorizzazione al subappalto 29

4.2. Il pagamento del corrispettivo al subappaltatore 31

4.3. Il subappalto e il rispetto della normativa sulla tutela del lavoro 31

#### CAPITOLO SECONDO

### **I controlli** (Ilario Sorrentino) 36

#### **1. I controlli esterni sul decreto di approvazione del contratto** 36

1.1. Il controllo del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato 36

1.2. Il controllo della Corte dei Conti 37

#### **2. Il controllo dell'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici** 38

## PARTE QUINTA

### **L'esecuzione del contratto, i poteri di autotutela, e la gestione del conflitto**

**43**

#### CAPITOLO PRIMO

##### **L'esecuzione del contratto** (Salvatore Dettori)

**46**

##### **1. Premessa**

**46**

##### **2. Il direttore dell'esecuzione**

**46**

###### 2.1. I compiti del direttore dell'esecuzione

**47**

##### **3. L'avvio dell'esecuzione del contratto**

**48**

###### 3.1. I casi di esecuzione anticipata

**49**

##### **4. La sospensione dell'esecuzione del contratto**

**49**

##### **5. La modifica delle prestazioni contrattuali**

**50**

##### **6. Il collaudo**

**52**

###### 6.1. Il conferimento dell'incarico di collaudo

**52**

###### 6.2. Le attività di collaudo: oggetto e termini

**53**

###### 6.3. I soggetti della verifica

**54**

###### 6.4. Lo svolgimento della verifica

**56**

##### **7. La liquidazione del contratto**

**57**

###### 7.1. Le penali

**57**

###### 7.2. I pagamenti

**59**

###### 7.2.1. I TERMINI E GLI ADEMPIMENTI OBBLIGATORI

**60**

##### **8. La risoluzione**

**62**

###### 8.1. Le ipotesi di risoluzione: presupposti e disciplina

**62**

###### 8.2. I compiti della stazione appaltante dopo la risoluzione

**63**

###### 8.3. La facoltà di affidare l'appalto ai soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara

**64**

#### CAPITOLO SECONDO

##### **I poteri di autotutela** (Salvatore Dettori)

**68**

##### **1. Il potere di autotutela della stazione appaltante: la revoca e l'annullamento d'ufficio**

**68**

##### **2. L'oggetto del potere di autotutela**

**68**

##### **3. I presupposti dell'esercizio del potere di autotutela**

**69**

###### 3.1. I presupposti della revoca

**70**

3.2. I presupposti dell'annullamento d'ufficio	71
<b>4. L'esercizio procedimentale del potere di autotutela</b>	<b>72</b>
4.1. La posizione della giurisprudenza in merito alla comunicazione di avvio dei procedimenti di autotutela	72
4.2. L'esercizio del potere di autotutela e gli obblighi di motivazione	72
<b>5. Le conseguenze dell'esercizio del potere di autotutela</b>	<b>73</b>

## CAPITOLO TERZO

<b>Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie</b> (Salvatore Dettori)	<b>78</b>
<b>1. Il precontenzioso innanzi all'AVCP: definizione e fonti normative</b>	<b>78</b>
1.1. I presupposti per l'attivazione del precontenzioso	78
1.2. I soggetti legittimati a presentare l'istanza all'AVCP, l'istruttoria e la decisione	79
<b>2. La transazione: definizione e campo d'applicazione</b>	<b>81</b>
2.1. La normativa applicabile alla transazione	82
2.2. Il procedimento per addivenire alla transazione: la disciplina normativa	83
2.3. Il procedimento per addivenire alla transazione: le fasi operative	84
<b>3. L'accordo bonario</b>	<b>85</b>
3.1. Definizione e ambito di applicazione dell'istituto	85
3.2. La disciplina	86
3.2.1. I PRESUPPOSTI SOSTANZIALI PER IL RICORSO ALL'ACCORDO BONARIO	86
3.2.2. IL PROCEDIMENTO DI ACCORDO BONARIO	86
3.2.3. L'ACCORDO BONARIO NEI CONTRATTI DI SERVIZI E FORNITURE	88
<b>4. L'arbitrato nella materia dei contratti pubblici: i principi generali</b>	<b>89</b>
4.1. La domanda di arbitrato e la nomina degli arbitri	89
4.2. La nomina del Presidente del collegio da parte della Camera arbitrale	90

## CAPITOLO QUARTO

<b>Il contenzioso</b> (Salvatore Dettori)	<b>94</b>
<b>1. L'oggetto del contenzioso</b>	<b>94</b>
<b>2. La giurisdizione</b>	<b>94</b>
<b>3. Gli atti della procedura di affidamento che possono essere oggetto di impugnazione giurisdizionale</b>	<b>95</b>
<b>4. I vizi della procedura di gara</b>	<b>96</b>
<b>5. I soggetti legittimati ad impugnare gli atti della procedura di gara</b>	<b>98</b>
<b>6. L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale</b>	<b>98</b>

<b>7. La previsione del rito abbreviato per le controversie relative alle procedure di affidamento</b>	<b>99</b>
7.1. I termini processuali	99
7.2. La tutela cautelare	100
7.3. Lo svolgimento del giudizio e la decisione	100
<b>8. Il giudizio di appello</b>	<b>100</b>
<b>9. L'annullamento dell'aggiudicazione e le ipotesi di inefficacia del contratto</b>	<b>101</b>
9.1. Il mantenimento dell'efficacia del contratto	102
9.2. Le sanzioni alternative	103
<b>10. La tutela risarcitoria</b>	<b>104</b>

#### Legenda dei simboli nel testo



segnala un box che evidenzia questioni di particolare interesse dal punto di vista operativo



segnala un box che contiene casi esemplificativi





# La stipula del contratto ed il sistema dei controlli

PARTE  
QUARTA

---

## Il contratto

# Il contratto (Salvatore Dettori)

## 1. Gli adempimenti della stazione appaltante preliminari alla stipula del contratto

A seguito dell'individuazione del migliore offerente con l'aggiudicazione provvisoria della gara, la stazione appaltante è tenuta ad eseguire una serie di adempimenti al fine di procedere all'aggiudicazione definitiva ed alla conseguente stipula del contratto.

In particolare l'art. 11, comma 5, del Codice dispone che l'aggiudicazione provvisoria debba essere sottoposta a verifica e che solo a seguito di esito positivo di tale attività la stazione appaltante possa adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Tale provvedimento, ai sensi del successivo comma 8, diventerà a sua volta efficace solo a seguito della verifica in capo all'aggiudicatario del possesso dei requisiti di partecipazione prescritti dalla normativa di gara.

### 1.1. Le attività di verifica dell'aggiudicazione provvisoria

Per quanto concerne la verifica dell'aggiudicazione provvisoria, l'art. 12, comma 1, del Codice prevede che tale atto sia oggetto di specifica approvazione da parte dell'organo competente secondo gli ordinamenti interni dei soggetti aggiudicatori.

Oggetto di verifica è sia la legittimità delle determinazioni dell'organo di gara, sia la valutazione dell'opportunità dell'affidamento secondo le condizioni fissate negli atti di gara.

In ordine alla verifica di legittimità la stazione appaltante è tenuta ad accertare che l'operato dell'autorità di gara e del RUP si sia svolto in conformità alla normativa vigente ed alle prescrizioni contenute negli atti di gara (determinazione a contrarre, bando e disciplinare di gara). Tale verifica viene di norma svolta dagli uffici di controllo interno o di ragioneria della stazione

appaltante.

Verranno in particolare sottoposti a verifica:

- la nomina e la composizione degli organi di gara, con particolare riguardo alla commissione giudicatrice di gara nel caso di aggiudicazione all'offerta economicamente più vantaggiosa;
- lo svolgimento delle operazioni di gara, mediante riscontro del contenuto dei verbali di gara, con riguardo in particolare:
  - a) alla corretta pubblicità delle sedute di gara;
  - b) al rispetto della successione delle fasi di gara;
  - c) alla correttezza dell'ammissione ed esclusione delle offerte e, in tale ultimo caso, anche con riferimento alle relative motivazioni;
  - d) alla corrispondenza, nelle procedure ristrette o negoziate previa pubblicazione del bando di gara, tra il numero degli operatori economici che hanno presentato domanda di partecipazione e che hanno dimostrato il possesso dei requisiti richiesti e le lettere di invito inviate;
  - e) alla correttezza della procedura di valutazione delle offerte;
- la regolarità formale degli atti dell'organo di gara e del RUP;
- la tempistica di gara.

Compiuta la suddetta verifica, la stazione appaltante, con decreto o altro atto di norma del medesimo dirigente che ha autorizzato l'avvio della procedura di gara, adotta l'atto di aggiudicazione definitiva.

Va tuttavia precisato che anche a fronte del positivo riscontro di legittimità della procedura di gara la stazione appaltante potrebbe non ritenere opportuno o conveniente procedere all'aggiudicazione definitiva a favore del migliore offerente. Tale facoltà è espressamente rico-

nosciuta all'amministrazione dall'art. 81, comma 3, del Codice, ove è disposto che le stazioni appaltanti possono non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Naturalmente una tale decisione dovrà essere sorretta da un'adeguata e congrua motivazione, pena l'illegittimità della stessa.

Ad esempio, la stazione appaltante potrebbe non procedere all'aggiudicazione definitiva qualora tale atto intervenga quando sia trascorso un ampio lasso di tempo dalla pubblicazione del bando di gara e si riscontri una sostanziale modifica del prezzo o delle qualità tecniche del servizio o della fornitura oggetto dell'appalto rispetto ai valori presenti nel mercato di riferimento.

Va peraltro evidenziato come la facoltà di non procedere all'aggiudicazione della gara si distingue dal potere di autotutela che, come si dirà, trova esplicitazione nei provvedimenti di annullamento d'ufficio e di revoca.



#### La clausola del bando di gara relativa alla non aggiudicazione

*La stazione appaltante può esercitare la facoltà di non procedere all'aggiudicazione definitiva in virtù della norma contenuta nell'art. 81, comma 3, del Codice e dunque a prescindere dalla previsione di una esplicita clausola del bando di gara che si pronuncerà in tal senso e che nella prassi viene spesso inserita dalle stazioni appaltanti.*



#### Le attività di verifica e la comunicazione di avvio del procedimento

*L'attività di verifica della legittimità della gara, nonché l'eventuale valutazione di non procedere all'aggiudicazione non necessitano di comunicazione di avvio del procedimento ex art. 7 della Legge n. 241/1990.*

## 1.2. L'aggiudicazione definitiva

L'esito positivo delle verifiche sull'aggiudicazione provvisoria consente alla stazione appaltante di adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Tale atto conclude il procedimento di scelta del contraente e dunque la fase pubblicitica dell'appalto. Va peraltro sottolineato come dall'aggiudicazione non discenda alcun diritto a stipulare il contratto e dunque di eseguire la prestazione in capo all'aggiudicatario. A tal proposito infatti l'art. 11, comma 7, prevede che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, affermando così la natura non contrattuale di tale atto.



#### La natura giuridica dell'aggiudicazione

*La questione della natura dell'aggiudicazione è stata in passato oggetto di ampio dibattito tra i sostenitori della natura contrattuale ed i sostenitori della natura provvedimentale di tale atto.*

*In particolare va ricordato come l'art. 16, comma 4, della legge di contabilità generale di Stato, R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, espressamente preveda che gli atti di aggiudicazione abbiano il medesimo effetto legale dei contratti. La norma del Codice riconosce, invece, all'atto conclusivo del procedimento di gara natura provvedimentale, rinviando così al contratto la volontà negoziale dell'amministrazione.*

L'aggiudicazione definitiva si ha dunque con l'atto di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria che, per espressa previsione dell'art. 12, comma 1, del Codice, deve avvenire nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente, ossia di regola il dirigente della stazione appaltante che ha avviato la procedura.

In mancanza di espressa previsione, il termine

in questione è pari a trenta giorni e, qualora interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, inizia nuovamente a decorrere da quando tali chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

La norma in esame prevede peraltro l'applicazione di una fattispecie di silenzio assenso, posto che decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.

L'aggiudicazione definitiva diverrà peraltro efficace a seguito dell'esito positivo dell'ulteriore verifica che la stazione appaltante dovrà compiere, ai sensi dell'art. 48 del Codice, in ordine al possesso dei requisiti speciali di gara in capo all'aggiudicatario ed al secondo migliore offerente.

Al fine di giungere all'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante dovrà dunque operativamente procedere:

- a) alla trasmissione del verbale di aggiudicazione provvisoria, previamente acquisito dal RUP, ai propri uffici di controllo interno;
- b) allo svolgimento delle verifiche di legittimità sull'aggiudicazione provvisoria;
- c) alla predisposizione del provvedimento con cui, mediante l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, si aggiudica in via definitiva l'appalto.

In particolare, con riferimento al punto c), la stazione appaltante potrà entro il termine previsto dalle disposizioni interne, o in mancanza entro il termine di trenta giorni dalla ricezione degli atti:

- adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva, mediante l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria;
- negare l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e conseguentemente non adottare l'atto di aggiudicazione definitiva. Tale decisione deve essere supportata da ade-

guata motivazione;

- non adottare alcun provvedimento espresso, facendo valere la previsione del silenzio assenso.

### **1.3. Il divieto di rinegoziare l'offerta a seguito dell'aggiudicazione**

Fermo restando il riconosciuto divieto di rinegoziare (e quindi modifica) delle offerte dopo il termine di scadenza della loro presentazione, in passato presso numerose pubbliche amministrazioni era invalsa la prassi di rinegoziare con l'aggiudicatario di una procedura di gara aperta o ristretta i contenuti ed i termini dell'offerta a seguito dell'aggiudicazione e prima della stipula del contratto d'appalto. La rinegoziazione si sostanziava nella ridefinizione, da parte dell'amministrazione e del concorrente risultato aggiudicatario, di una o più clausole del contratto rispetto all'offerta presentata in gara. Il più delle volte le stazioni appaltanti chiedevano all'aggiudicatario un ulteriore sconto sul prezzo di aggiudicazione.

Tale prassi è stata censurata dalla Commissione europea, a seguito di una procedura d'infrazione nei confronti della Repubblica italiana.

La stazione appaltante non può dunque procedere ad alcuna forma di rinegoziazione delle offerte pervenute in una procedura di gara aperta o ristretta. In buona sostanza il divieto di rinegoziare le offerte nelle gare pubbliche deve intendersi esteso anche alla fase successiva all'aggiudicazione.

La rinegoziazione dell'offerta determinerebbe infatti l'introduzione di elementi oggettivi di distorsione della concorrenza, nonché di lesione dei principi di *par condicio* tra i concorrenti e di trasparenza dell'azione amministrativa.

Il Consiglio di Stato, in sede di parere reso nell'ambito della procedura di infrazione di cui

si è detto, ha affermato quanto segue:

- la rinegoziazione dell'offerta verosimilmente potrebbe indurre l'impresa aggiudicataria a recuperare l'ulteriore sconto offerto sul prezzo attraverso il peggioramento della qualità del servizio o del prodotto da fornire;
- la pratica della rinegoziazione si porrebbe in contrasto con la *ratio* della disciplina legislativa in materia di controllo delle offerte anomale;
- il sistema proprio delle procedure ad evidenza pubblica è fisiologicamente volto ad individuare il contraente che ha formulato l'offerta più congrua, oltre la quale l'impresa potrebbe non avere più interesse ad effettuare il servizio o la fornitura richiesti;
- la rinegoziazione dell'offerta si sostanzia nella trasformazione della procedura ad evidenza pubblica in una procedura negoziata senza tuttavia i presupposti necessari per il legittimo ricorso alla trattativa privata (Cons. St., parere reso dall'adunanza della Commissione speciale il 12 ottobre 2001).



*La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie con circolare 23 febbraio 2000 e con successiva circolare 15 novembre 2001 n. 12727 ha affermato espressamente il divieto di rinegoziazione delle offerte pervenute in una gara ad evidenza pubblica.*



*Il Giudice amministrativo ha avuto modo di puntualizzare che la capacità di agire degli enti pubblici nei rapporti contrattuali non è rimessa alla libera scelta degli organi chiamati a manifestare la volontà dell'ente ma, invece, è strettamente correlata allo svolgimento di procedure definite in modo compiuto dal legislatore. L'attuazione di tali procedure sostituisce il procedimen-*

*to logico di formazione della volontà e di conseguente scelta del contraente, riservato nei rapporti interprivati alla libera autonomia negoziale che si esprime attraverso le singole manifestazioni di volontà delle parti (Cons. St., Ad. Gen., 17 febbraio 2000, n. 2; Cons. St., Sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281).*

*Sulla base di tali premesse in giurisprudenza è stato sostenuto che:*

- *la volontà dell'amministrazione che si manifesta attraverso le procedure ad evidenza pubblica può essere modificata solo mediante ricorso alle medesime e, di regola, con l'adozione di atti espressione del potere di autotutela, ove sussistano i presupposti;*
- *al di fuori dei limiti segnati dalle norme dell'ordinamento che fissano le regole che le amministrazioni devono seguire nel contrattare non vi è capacità di agire degli enti pubblici ma atti riconducibili alla volontà e, quindi, alla responsabilità dei singoli e, come tali, inidonei a produrre effetti nella sfera giuridica delle medesime amministrazioni in quanto emessi in carenza di potere di impegnare l'ente;*
- *le norme che prevedono e disciplinano le singole procedure di gara corrispondono alla duplice esigenza di consentire alle amministrazioni di provvedere nel modo più economico e conveniente alla provvista di beni e servizi ed alla realizzazione di opere e di consentire a tutti i soggetti dell'ordinamento di partecipare, a parità di condizioni, alla redistribuzione delle risorse pubbliche attraverso il sistema degli affidamenti pubblici;*
- *va dunque negata la possibilità di modificare le condizioni contrattuali di affidamento di un servizio o di una fornitura o della realizzazione di un'opera, sia prima che dopo l'aggiudicazione, in quanto non vi è capacità di agire dell'ente in tal senso ed, inoltre, vi è palese violazione delle regole di concorrenza e di parità di condizioni tra i partecipanti alle gare pubbliche (Cons. St., Sez. V, 18 gennaio 2006, n. 126).*

Va peraltro evidenziato come l'immodificabilità delle offerte si debba intendere sia in aumento che in diminuzione.

Nel primo caso, con riferimento ad esempio all'elemento del prezzo, la possibilità di un aumento del corrispettivo indurrebbe i concorrenti a mantenere le offerte al minimo al momento della presentazione, per poi negoziare condizio-



ni più favorevoli a seguito dell'aggiudicazione. Nel caso di modifiche in diminuzione si potrebbero convenire prezzi anche al di sotto della soglia di anomalia individuata in sede di gara. Le stazioni appaltanti saranno dunque tenute a mantenere ferma l'offerta risultata aggiudicataria, potendo comunque valutare l'opportunità di non aggiudicare la gara ai sensi dell'art. 81, comma 3, del Codice, nell'ipotesi in cui l'offerta prima in graduatoria dovesse risultare non conveniente.

## 2. La sottoscrizione del contratto

### 2.1. Il termine

L'art. 11, comma 9, del Codice prevede che la stazione appaltante sia tenuta alla sottoscrizione del contratto con il soggetto risultato aggiudicatario dell'appalto entro sessanta giorni decorrenti dall'efficacia dell'aggiudicazione definitiva ovvero entro un diverso termine previsto nei documenti di gara o appositamente concordato con l'aggiudicatario.



#### **Il giorno concordato con l'operatore economico**

*La data per la stipulazione dell'atto negoziale è individuata dalla stazione appaltante e comunicata con la lettera di aggiudicazione. In merito si ritiene che le eventuali modifiche a tale data richieste dall'aggiudicatario debbano essere formalizzate da quest'ultimo e sottoposte alla valutazione della stazione appaltante. Tale modus operandi consente di verificare che lo spostamento della data di sottoscrizione del contratto non comporti l'esigenza di una proroga del termine della garanzia a corredo dell'offerta.*

#### **Il dies a quo per la stipula del contratto**

*Il contratto deve essere stipulato entro sessanta giorni da quando diviene efficace l'aggiudicazione definitiva. L'individuazione di tale termine risulta dunque condizionata dallo svolgimento da parte della stazione appaltante delle verifiche di cui all'art. 48 del Codice. Ciò implica che il dies a quo per la stipulazione del contratto potrà variare a seconda che le suddette verifiche siano state eseguite in sede di gara o di aggiudicazione provvisoria ovvero debbano essere eseguite successivamente all'aggiudicazione definitiva.*

*Alla luce di quanto disposto dall'art. 11, comma 9, il termine in questione inizierebbe dunque a decorrere in un momento differente rispetto alla comunicazione dell'aggiudicazione che, ai sensi dell'art. 79, comma 5, del Codice deve avvenire entro cinque giorni dall'aggiudicazione definitiva.*

Qualora, a causa della condotta della stazione appaltante, la stipulazione del contratto non avvenga entro la data prevista, l'aggiudicatario potrà sciogliersi dal vincolo di sottoscrizione mediante atto notificato alla stazione appaltante. In tal caso all'aggiudicatario non spetterà alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Negli appalti di servizi e forniture, se si è peraltro dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario avrà diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

#### 2.1.1. IL TERMINE DILATORIO ED IL TERMINE SOSPENSIVO

Ai sensi dell'art. 11, comma 10, del Codice il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'ultima comunicazione di aggiudicazione definitiva di cui all'art. 79 del Codice. La norma in questione individua quindi un termine dilatorio a garanzia dei soggetti a cui va inviata la suddetta comunicazione, ossia:

- l'aggiudicatario;
- il secondo classificato;

- tutti i concorrenti che hanno presentato un'offerta ammessa in gara;
- i concorrenti che a seguito di esclusione in sede di gara hanno impugnato tale provvedimento;
- i concorrenti che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non sono state respinte in via definitiva dal giudice.



### Le comunicazioni dell'aggiudicazione definitiva

La disposizione contenuta nell'art. 11, comma 10, deve essere coordinata con quelle di cui all'art. 79, comma 5, lett. a) e commi 5-bis e 5-ter, laddove si rinviene per la stazione appaltante l'obbligo:

- di comunicare entro cinque giorni l'aggiudicazione definitiva (comma 5 lett. a) contestualmente a tutti i soggetti, salvo comprovati impedimenti oggettivi o la numerosità dei destinatari (comma 5 bis);
- di indicare espressamente sulla comunicazione la data di scadenza del termine dei trentacinque giorni (comma 5 ter).

*Nella pratica potrebbe dunque verificarsi una discordanza tra il termine indicato nella comunicazione di aggiudicazione e quello di invio dell'ultima comunicazione in questione. In tal caso deve ritenersi peraltro debba valere il secondo termine, di maggiore garanzia per i soggetti destinatari della comunicazione. Tale inconveniente potrebbe naturalmente essere evitato qualora vi sia concordanza tra la data indicata nella comunicazione e quella del protocollo in uscita e dunque dell'invio della stessa.*

A fronte del ricordato termine dilatorio, nell'art. 11, comma 10-bis, sono peraltro indicate due espresse deroghe in presenza delle quali la stipulazione può verificarsi in qualsiasi momento successivo all'aggiudicazione definitiva:

- nelle procedure con pubblicazione del bando o inoltro di inviti (procedure aperte, ristrette, negoziate) qualora vi sia:
  - una sola offerta presentata, senza che si siano verificate impugnazioni del bando o dell'invito o le stesse siano già state respinte con decisione definitiva;
  - una sola offerta ammessa, pur essendo pervenute più offerte, senza che si siano verifi-

cate impugnazioni del bando o dell'invito o le stesse siano già state respinte con decisione definitiva;

- nelle procedure svoltesi con sistema dinamico di acquisizione o accordo quadro.

### La deroga al termine dilatorio nell'ipotesi di una sola offerta ammessa

*In assenza di indicazioni normative, nel caso di una sola offerta ammessa a seguito dell'esclusione di altre, è opportuno che la stazione appaltante proceda alla sottoscrizione del contratto solo quando sia decorso il termine di impugnazione per i concorrenti esclusi. Tale circostanza potrà naturalmente verificarsi quando l'aggiudicazione intervenga in un termine ravvicinato rispetto al provvedimento di esclusione.*

La stipula del contratto è peraltro anche soggetta a termine sospensivo. Tale termine è previsto nell'art. 11, al comma 10-ter, per le ipotesi in cui venga proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare. Al ricorrere di tale circostanza il contratto non potrà essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga:

- il provvedimento cautelare di primo grado;
- la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare.

Il contratto non potrà comunque essere stipulato fino alla pronuncia dei suddetti provvedimenti anche se questa intervenga successivamente ai venti giorni indicati dalla norma.

L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice:

- si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del Codice del processo amministrativo;
- oppure fissa con ordinanza la data di discus-

sione del merito senza concedere misure cautelari;

- oppure rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Va infine sottolineato come durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter non sia consentita l'esecuzione di urgenza del contratto, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.



#### **Ipotesi di sovrapposizione tra il termine dilatorio ed il termine sospensivo**

*Va evidenziato che nell'ipotesi di applicazione del termine sospensivo, qualora lo stesso dovesse scadere nel periodo dilatorio, la stazione appaltante è tenuta comunque ad attendere il decorso dei trentacinque giorni previsti. Allo stesso modo l'amministrazione non potrà stipulare nel caso in cui sia decorso il termine dilatorio, ma il giudice di primo grado non si sia ancora pronunciato in merito all'istanza cautelare.*

## **2.2. I soggetti della stipulazione**

Il contratto di appalto è sottoscritto dalla stazione appaltante e dall'operatore economico aggiudicatario dell'appalto medesimo. In particolare, per quanto attiene la stazione appaltante, la responsabilità della firma degli atti negoziali è riconosciuta in capo al personale con qualifica dirigenziale, secondo i singoli

ordinamenti interni. Tale figura, per le amministrazioni centrali, di norma coincide con quella del dirigente generale di cui all'art. 16, comma 1, del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Il potere di sottoscrivere i contratti può peraltro essere oggetto di delega, conferita esclusivamente a soggetti che, per ruolo e posizione ricoperta, sono in grado di esercitare tale potere. In tal caso l'atto di delega deve essere richiamato ed allegato al contratto stipulato.

Per quanto riguarda l'impresa aggiudicataria, la qualità ed i poteri del soggetto indicato quale rappresentante legale all'atto della sottoscrizione del contratto devono risultare dal certificato originale della Camera di Commercio in corso di validità (con data al massimo anteriore a sei mesi dalla data di stipulazione), che deve essere necessariamente acquisito agli atti dalla stazione appaltante. Di norma tale soggetto coincide con quello che ha sottoscritto l'offerta.

Anche l'aggiudicatario può peraltro delegare un soggetto terzo alla sottoscrizione dell'atto negoziale mediante apposita procura. In tale ipotesi la stazione appaltante è tenuta a verificare:

- che il procuratore sia in possesso dei poteri risultanti dallo specifico atto notarile di procura, da acquisire agli atti;
- che la delega sia stata conferita dal legale rappresentante dell'operatore economico.

In caso di procura generale di cui non vi sia menzione sul certificato della Camera di Commercio, va peraltro evidenziata la necessità di richiederne copia autenticata al pubblico ufficiale presso cui la stessa è depositata. Comunque, anche in presenza di procura generale, la stazione appaltante dovrà verificare il possesso dei poteri in capo al soggetto che ha delegato la stipulazione del contratto.



### Il raggruppamento temporaneo d'impresa e la sottoscrizione dell'atto negoziale

*In caso di raggruppamento temporaneo di imprese il contratto è sottoscritto dal rappresentante legale della capogruppo mandataria, in virtù del mandato speciale di rappresentanza conferito mediante l'atto notarile di costituzione dell'associazione temporanea. Non è impedita comunque alla mandataria la possibilità di delegare tale attività ad un procuratore speciale attraverso il medesimo atto di raggruppamento ovvero mediante un distinto atto notarile.*



### La sottoscrizione e la verifica della documentazione

*La stazione appaltante è tenuta a richiedere la documentazione attestante la titolarità del potere di sottoscrivere il contratto al soggetto indicato dall'operatore economico aggiudicatario dell'appalto, nonché a verificare il contenuto sotto il profilo della regolarità formale e sostanziale. Tale documentazione deve opportunamente essere acquisita dal RUP prima della data prevista per la firma del contratto e trasmessa per la verifica all'incaricato responsabile della redazione dell'atto e dell'accertamento della legittimazione delle parti contraenti, ossia il notaio o l'ufficiale rogante.*

## 2.3. Il contenuto del contratto

Il contratto di servizi o forniture disciplina il rapporto obbligatorio tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario. Esso segue la struttura dello schema di contratto predisposto e reso noto dalla stazione appaltante all'atto dell'avvio della gara. Tale struttura viene peraltro successivamente integrata dai seguenti elementi:

- il protocollo riportante il numero di repertorio e la data di stipulazione;
- il luogo della stipulazione;
- l'oggetto del contratto;
- l'operatore economico aggiudicatario e in caso di raggruppamento temporaneo di imprese la

suddivisione delle quote di esecuzione;

- la premessa che ripercorre le fasi di aggiudicazione;
- le parti stipulanti, con i riferimenti espressi alla titolarità del potere di stipula, e gli eventuali testimoni presenzianti;
- il valore complessivo del contratto, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, e successivamente suddiviso in (eventuali) oneri della sicurezza e costo del lavoro;
- le prestazioni subappaltate, se note;
- l'importo della cauzione definitiva e l'indicazione del soggetto garante;
- il conto corrente indicato dall'operatore economico per il pagamento dell'importo previsto;
- il domicilio eletto dall'operatore economico per la ricezione delle comunicazioni da parte della stazione appaltante.



### I contratti sintetici ed i contratti analitici

*L'atto negoziale può assumere una forma sintetica, operando rinvii ai documenti di gara ed in particolare al disciplinare ed alle specifiche tecniche oppure può assumere una forma analitica quando nel contratto vengano indicati tutti gli elementi attinenti l'esecuzione desumibili dalle norme vigenti nonché dagli atti di gara.*

## 2.4. La forma del contratto

L'art. 11, comma 13, del Codice individua quali possibili modalità di formalizzazione del sinallagma tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario:

- l'atto notarile;
- la forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;
- la scrittura privata;
- la forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

Tale prescrizione trova simile formulazione, peraltro, nelle norme dei Regi Decreti 18 novembre 1923, n. 2440 e 23 maggio 1924, n. 827, agli art. 36 e 93 e ss., ove viene disposto, tra l'altro, che alle forniture ed ai vari servizi si provvede con contratti stipulati con l'osservanza delle norme prescritte dalla Legge Notarile per gli atti notarili, in quanto applicabili. La forma scritta si pone pertanto quale modalità necessaria dell'agire amministrativo volto alla conclusione di contratti pubblici.

### **2.5. Le spese contrattuali e gli obblighi fiscali**

Con la stipulazione dell'atto negoziale l'aggiudicatario è tenuto a sostenere le relative spese, ai sensi dell'art. 16 bis del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e dell'art. 139 del Regolamento (articolo riferito ai contratti di lavori ed applicabile anche ai contratti di servizi e forniture), nonché ad assolvere agli obblighi fiscali di legge.

In via generale è a tal proposito opportuno distinguere tra:

- contratti di appalto stipulati con scrittura autenticata dall'ufficiale rogante (o con atto notarile) a seguito di procedura in ambito comunitario o nazionale per importi sia sopra soglia sia sotto soglia comunitaria: tali atti sono iscritti sul Repertorio dei contratti dell'amministrazione e sono soggetti all'imposta di registro;
- contratti di appalto stipulati mediante scrittura privata (senza intervento dell'ufficiale rogante) a seguito di cottimo fiduciario nella procedura in economia: in tali ipotesi la suddetta scrittura è definita obbligazione commerciale apposta in calce al capitolato, oppure può consistere in una lettera commerciale, così come previsto dall'art. 334, comma 2, del Regolamento. Gli atti così formati sono soggetti ad imposta di registro "solo in caso di uso".

Nel dettaglio le spese connesse alla stipulazione sono rappresentate da:

- imposta di registro: ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, sono soggetti a registrazione secondo una tassazione in misura fissa pari ad euro 168,00 i contratti pubblici stipulati alla presenza di notai o pubblici ufficiali roganti. Inoltre, come precedentemente osservato, in caso d'uso anche le scritture private non autenticate sono soggette a registrazione, anch'esse secondo una tassazione fissa pari ad euro 168,00, ai sensi del citato articolo 5, comma 2. Tale circostanza si verifica quando il contratto è depositato per essere acquisito agli atti presso le cancellerie giudiziarie nell'esplicazione di attività amministrative o presso le amministrazioni dello Stato o degli enti pubblici territoriali ed i rispettivi organi di controllo, salvo che il deposito avvenga ai fini dell'adempimento di un'obbligazione delle suddette amministrazioni, enti o organi ovvero sia obbligatorio per legge o regolamento;
- imposta di bollo: ai sensi del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642, gli atti originali dei contratti sia in forma pubblica amministrativa, sia sotto forma di scrittura privata, devono riportare per ogni foglio (composto da quattro facciate dove una pagina corrisponde ad una facciata), una marca da bollo pari ad euro 14,62;
- spese di copia e stampa: ai sensi del D.M. del Tesoro (ora Ministero Economia e Finanze) 5 maggio 1980 per ogni facciata impiegata per la redazione dei contratti e dei relativi allegati è dovuta una somma pari ad euro 0,26.

Gli oneri contrattuali sono comunicati, all'atto della stipulazione, dalla stazione appaltante (art. 135, comma 2, del Regolamento) all'aggiudicatario, il quale entro cinque giorni dalla comunicazione è tenuto al versamento della somma

complessiva sul conto corrente postale intestato alla sezione di tesoreria provinciale dello Stato, con imputazione sul corrispondente capitolo dello stato di previsione dell'entrata del bilancio dello Stato.



#### **Quando deve essere eseguita la registrazione dell'atto presso l'Agenzia delle Entrate**

*Per i contratti di appalto sottoscritti a seguito di gara in ambito nazionale o comunitario la stazione appaltante deve procedere alla registrazione presso l'Agenzia delle Entrate competente per territorio entro trenta giorni dalla ricezione del decreto di approvazione del contratto da parte degli organi competenti.*

*La somma dovuta è corrisposta dalla stazione appaltante mediante modello F24 da consegnare all'Agenzia delle Entrate unitamente ad una copia conforme all'originale del decreto di approvazione del contratto, nonché del contratto stesso.*

## 2.6. Il conto dedicato

L'indicazione del conto corrente presso cui l'amministrazione dovrà effettuare i pagamenti relativi all'esecuzione dell'appalto costituisce uno degli elementi che la stazione appaltante è tenuta ad inserire nel contratto a seguito di apposita dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante dell'aggiudicatario. Pur in assenza di specifiche disposizioni del Codice in tal senso, l'amministrazione deve peraltro necessariamente conoscere, in applicazione dell'art. 18 del R.D. n. 2240 del 1923, le persone autorizzate a riscuotere e a quietanzare sul conto corrente indicato.

A decorrere dal 7 settembre 2010, con l'entrata in vigore della Legge 13 agosto 2010, n. 136, "Piano straordinario contro le mafie e delega al governo in materia di normativa antimafia", e con il D.L. 12 novembre 2010, n. 187, è stata peraltro imposta la tracciabilità dei flussi finan-

ziari ovvero l'obbligo per gli operatori economici di utilizzare nei rapporti derivanti da contratti di appalto pubblici uno o più conti correnti bancari o postali a tal fine dedicati. La normativa in questione ha l'evidente obiettivo di prevenire infiltrazioni criminali nel sistema degli appalti pubblici, attraverso meccanismi di trasparenza delle operazioni economiche, e dunque dei movimenti di denaro, a tale ambito immediatamente connessi.



#### **Le determinazioni dell'AVCP in materia di tracciabilità**

*In merito all'applicazione delle disposizioni contenute nella Legge n. 136 del 2010 l'AVCP, con determinazione del 18 novembre 2010, n. 8 e determinazione del 22 dicembre 2010, n. 10, ha diramato rispettivamente prime ed ulteriori indicazioni per le stazioni appaltanti e gli operatori economici.*



#### **Il conto corrente dedicato anche in via non esclusiva**

*L'art. 6, comma 4, del D.L. n. 187 del 2010 ha interpretato l'espressione "anche in via non esclusiva" nel senso che ogni operazione finanziaria relativa a commesse pubbliche deve essere realizzata tramite uno o più conti correnti bancari o postali, utilizzati anche promiscuamente per più commesse, purché per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione circa il conto o i conti dedicati utilizzati e nel senso che sugli stessi possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche.*

L'obbligo di tracciabilità è esteso anche ai rapporti commerciali intercorrenti tra l'appaltatore ed i propri subappaltatori o subcontraenti e subfornitori, sempre in relazione ai contratti stipulati con una stazione appaltante in ragione di uno specifico appalto. A tal proposito l'art. 3,

comma 1, della Legge n. 136 del 2010, prevede l'applicazione della tracciabilità dei flussi finanziari alla filiera delle imprese coinvolte nello svolgimento della prestazione oggetto dell'atto negoziale. Il concetto di filiera tende ad ampliare, di fatto, l'ambito soggettivo della disposizione, riferita non solo ai contratti stipulati dall'appaltatore con i subappaltatori o subcontraenti, ma anche ai contratti stipulati dall'appaltatore con altri operatori economici a qualsiasi titolo interessati all'appalto.

Gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari sono assunti mediante l'inserimento di apposita clausola nei contratti di appalto sottoscritti tra le stazioni appaltanti e gli appaltatori, a pena di nullità assoluta dei medesimi. La stazione appaltante ha altresì l'obbligo di verificare l'inserimento di tale clausola anche nei contratti sottoscritti tra gli appaltatori ed i subappaltatori, i subcontraenti e tutti i soggetti coinvolti nell'appalto.



#### **L'estensione dell'obbligo di tracciabilità**

*L'operatore economico, ai sensi dell'art. 3, comma 2, della Legge n. 136 del 2010 è tenuto all'obbligo di tracciabilità per le spese che sostiene, anche se non riferite in via esclusiva ad uno specifico appalto, per:*

- stipendi e manodopera;
- spese generali;
- provviste di immobilizzazione tecniche;
- consulenze di vario genere.



#### **L'utilizzo di uno o più conti correnti**

*La norma non impone l'utilizzo del medesimo conto corrente per i rapporti tra stazione appaltante e aggiudicatario e tra quest'ultimo ed i propri subappaltatori*

*o subcontraenti: appare pertanto legittimo l'impiego anche di più conti correnti, attesa la ratio della norma, finalizzata esclusivamente alla riscontrabilità dei flussi finanziari.*

Al fine di fornire una regola operativa, si elencano i molteplici adempimenti di competenza della stazione appaltante sulla base dell'art. 3 della citata Legge n. 136 del 2010:

- inserimento nei contratti sottoscritti con gli appaltatori aggiudicatari, a pena di nullità, di apposite clausole con le quali:

(1) l'operatore economico assume gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. Tale clausola può essere fatta valere anche da soggetti terzi, quali il subappaltatore o il subcontraente, i quali, in caso di inosservanza da parte dell'appaltatore dell'obbligo imposto, provvedono ad informare la stazione appaltante e la prefettura competente;

(2) è prevista la risoluzione dei contratti in tutti i casi in cui le transazioni non siano state eseguite mediante bonifico bancario o postale ovvero mediante il ricorso di altri strumenti comunque idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;

- inserimento nei contratti degli estremi identificativi dei conti correnti dedicati, nonché le generalità ed il codice fiscale delle persone delegate ad operare su di essi;

- verifica che nei contratti sottoscritti dall'appaltatore con i subappaltatori e i subcontraenti, riconducibili alla filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate all'esecuzione dell'appalto, sia inserita, a pena di nullità, un'apposita clausola con la quale le parti si assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari. Tali contratti devono essere, pertanto, trasmessi dall'aggiudicatario alla stazione appaltante

immediatamente dopo la stipula;

- emissione dei mandati di pagamento delle somme dovute ai fornitori ed ai prestatori di servizi esclusivamente mediante bonifico bancario o postale, con indicazione, in relazione a ciascuna transazione, del codice identificativo della gara (CIG) o del codice unico di progetto (CUP) nei casi previsti dall'art. 11 della Legge 16 gennaio 2003, n. 3.



#### L'applicabilità della normativa in materia di tracciabilità ai contratti in economia

*La normativa in tema di tracciabilità dei pagamenti deve essere riferita anche alle procedure di acquisto in economia e in affidamento diretto a prescindere dai valori degli importi degli atti negoziali. Anche in tali ipotesi la stazione appaltante è tenuta, pertanto, alla richiesta del CIG all'atto dell'avvio della procedura di acquisizione o all'emissione del pagamento nei confronti dell'operatore economico individuato. In merito l'AVCP con la determinazione 22 dicembre 2010, n. 8, ha evidenziato che tale adempimento deve essere effettuato a prescindere dall'obbligo di versamento del contributo di gara previsto in funzione del valore della gara. In tal modo il CIG assume una nuova funzione nel mercato degli appalti disciplinati dal Codice, attesa la natura della norma che ne ha esteso i confini, come ha avuto modo di segnalare l'AVCP nella predetta determinazione: "In relazione al CIG, è opportuno sottolineare che, prima dell'emanazione della legge n. 136/2010, il CIG veniva utilizzato al fine di vigilare sulla regolarità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici sottoposti alla vigilanza dell'Autorità. Il CIG è divenuto ora lo strumento, insieme al CUP, su cui è imperniato il sistema della tracciabilità dei flussi di pagamento; quindi, in considerazione di questa nuova funzione, la richiesta del CIG è obbligatoria per tutte le fattispecie contrattuali di cui al Codice dei contratti, indipendentemente dalla procedura di scelta del contraente adottata e dall'importo del contratto. Al contrario, il versamento del contributo in favore dell'Autorità rimane dovuto secondo le modalità e l'entità stabilite annualmente con deliberazioni del Consiglio, ai sensi dell'articolo 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266".*

#### 2.7. I controlli antimafia

La stazione appaltante, prima di procedere alla stipula del contratto di appalto, è tenuta, ai sensi delle disposizioni contenute nella Legge 31 maggio 1965, n. 575, a verificare, mediante richiesta di apposita certificazione alla Prefettura competente per territorio, che l'operatore economico aggiudicatario sia in regola con la normativa antimafia ed in particolare che a carico dello stesso, in base alla composizione societaria indicata dall'art. 38, comma 1, lettera b), non sussista alcuna delle situazioni previste dall'allegato 1 del D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490.



#### Le cause di divieto di stipulazione previste dal D.Lgs. 490/1994

*Cause di divieto ad ottenere le licenze, le concessioni, le iscrizioni, le erogazioni e gli altri provvedimenti ed atti, nonché a concludere i contratti e subcontratti indicati nell'art. 10, commi 1 e 2, della legge 31 maggio 1965, n. 575:*

- provvedimento definitivo di applicazione di una misura di prevenzione (art. 10, co. 2);*
- sentenza definitiva di condanna o sentenza di primo grado confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis, del codice di procedura penale (art. 10, co. 5-ter);*
- provvedimento del tribunale che dispone in via provvisoria i divieti nel corso del procedimento di prevenzione, se sussistono motivi di particolare gravità (art. 10, co. 3 e 5-bis);*
- provvedimento del tribunale che dispone che i divieti operino anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta a misura di prevenzione, nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi (art. 10, co. 4).*

*Causa di sospensione dell'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui all'art. 10, commi 1 e 2, della legge 31 maggio 1965, n. 575:*

*a) provvedimento del tribunale che in via provvisoria sospende l'efficacia delle iscrizioni, delle erogazioni e degli altri provvedimenti ed atti di cui all'art. 10, co. 1 e 2, della legge n. 575 del 1965 (art. 10, co. 3 e 5-bis);*

*Cause di decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, abilitazioni ed erogazioni di cui all'art. 10, comma 1, della legge 31 maggio 1965, n. 575:*

*a) provvedimento definitivo di applicazione di una misura di prevenzione (art. 10, co. 2);*

*b) sentenza definitiva di condanna, o sentenza di primo grado confermata in grado di appello, per uno dei delitti di cui all'art. 51, co. 3-bis, del codice di procedura penale (art. 10, co. 5-ter);*

*c) provvedimento del tribunale che dispone che le decadenze operino anche nei confronti di chiunque conviva con la persona sottoposta a misura di prevenzione, nonché nei confronti di imprese, associazioni, società e consorzi di cui la persona sottoposta a misura di prevenzione sia amministratore o determini in qualsiasi modo scelte e indirizzi (art. 10, co. 4).*

*Causa di sospensione del procedimento amministrativo concernente i provvedimenti, gli atti, i contratti e sub-contratti di cui all'art. 10, commi 1 e 2, della legge 31 maggio 1965, n. 575:*

*a) procedimento di prevenzione in corso e preventiva comunicazione al giudice competente da parte della pubblica amministrazione interessata (art. 10, co. 5-bis, seconda parte).*

Le modalità di acquisizione della documentazione antimafia risultano disciplinate dal D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, il quale preliminarmente prevede che le stazioni appaltanti non procedono all'accertamento delle situazioni ostative per la stipulazione dei contratti che non superano il valore di euro 154.937,07 (al netto dell'imposta sul valore aggiunto).

Oltre tale soglia è fatto obbligo alla stazione appaltante, alternativamente, di richiedere:

- la certificazione antimafia alla Prefettura della provincia nella quale hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti. La Prefettura rilascia la certificazione entro

trenta giorni dalla richiesta;

- direttamente all'aggiudicatario la produzione del Certificato della Camera di Commercio con la dicitura prevista dall'art. 9 dello stesso D.P.R. (c.d. nulla osta antimafia). Tale certificazione è equiparata, a tutti gli effetti, alle comunicazioni delle Prefetture che attestano l'insussistenza delle cause di decadenza, divieto o sospensione di cui all'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575.

L'art. 10 del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, individua inoltre in capo alla stazione appaltante l'obbligo ulteriore di acquisire una specifica "informazione antimafia" per la stipulazione dei contratti di importo pari o superiore a quello determinato dalla legge in attuazione delle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici.

La richiesta dell'informazione antimafia deve essere inoltrata al Prefetto della provincia nella quale hanno residenza o sede le persone fisiche, le imprese, le associazioni, le società o i consorzi interessati ai contratti. Nell'ipotesi in cui la Prefettura, sulla base delle circostanze indicate dall'art. 10, comma 7, del citato D.P.R., accerti tentativi di infiltrazione mafiosa nei confronti dell'operatore economico in questione, la stazione appaltante non potrà procedere alla stipula del contratto.



#### **Il termine di rilascio dell'informazione e le cause di urgenza**

*L'art. 11 del D.P.R. n. 252 del 1998 stabilisce che la Prefettura rilascia l'informazione antimafia entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Inoltre il comma 2 del medesimo articolo prevede due fattispecie per le quali è possibile procedere alla stipulazione dell'atto negoziale nelle more dell'esito della verifica:*

- nell'ipotesi di mancata ricezione dell'informazione oltre quarantacinque giorni dalla richiesta;

- nell'ipotesi di urgenza, comunque successivamente all'inoltro della richiesta. In merito si evidenzia come l'urgenza debba essere adeguatamente motivata.

In entrambi i casi la stazione appaltante vincola, come condizione risolutiva, l'efficacia del contratto all'esito della richiesta, procedendo, se del caso, al recesso dai contratti stipulati, fatto salvo il pagamento delle attività e delle spese già sostenute per l'esecuzione.



#### La richiesta delle informative sotto soglia comunitaria

L'obbligo di procedere alla richiesta di informativa antimafia non vige per i contratti di beni e servizi sotto soglia comunitaria o in economia appaltati da amministrazioni centrali. Ciò non esclude che anche per tali tipologie di appalti la stazione appaltante possa richiedere l'informativa in questione qualora ravvisi ragioni di opportunità in tal senso.

Alla luce di quanto osservato, per tutti i contratti di servizi e forniture compresi tra la soglia comunitaria di euro 125.000 ed il valore della soglia imposta dalle disposizioni antimafia di euro 154.937,07 si pone, conseguentemente l'esclusivo obbligo, per la stazione appaltante, di richiedere le informazioni antimafia alla Prefettura competente. Il che costituisce un evidente paradosso, posto che le informazioni antimafia si pongono, rispetto al nullaosta antimafia, come ulteriore approfondimento delle ragioni ostative alla stipula del contratto.



#### Le informative prefettizie

L'art. 10 del D.P.R. n. 252 del 1998 individua le circostanze da cui sono desunte le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa. A tal proposito in giurisprudenza sono state delineate tre categorie di infor-

mative prefettizie:

informative ricognitive, ovvero quelle previste dal comma 7, lettere a) e b), relative ai provvedimenti giudiziari di applicazione di misure cautelari o di sottoposizione a giudizio o di adozione di sentenze di condanna o di applicazione di misure interdittive. Con tale provvedimento il Prefetto comunica alla stazione appaltante le circostanze esistenti che impediscono la stipulazione dell'atto negoziale e delle quali si deve tenere conto obbligatoriamente con effetto immediato;

informative tipiche, ovvero quelle previste dal comma 7, lettera c), relative agli accertamenti autonomi posti in essere dalla Prefettura sulla base di ulteriori ed autonome attività di indagine, anche attraverso le autorità inquirenti. Anche tali informative, secondo giurisprudenza maggioritaria, impediscono la stipulazione dell'atto negoziale da parte della stazione appaltante senza alcun apprezzamento in ordine alla gravità ed alla rilevanza delle circostanze riportate;

informative supplementari atipiche, ovvero quelle previste dal comma 9, nel quale si richiama l'art. 1 septies del D.L. 6 settembre 1982, n. 629, relative alle informazioni supplementari svolte dalla Prefettura sulla base di elementi di fatto ed altre indicazioni utili alla valutazione dei requisiti soggettivi richiesti per la sottoscrizione dell'atto negoziale. L'effetto interdittivo di tali informazioni è rimesso ad una valutazione autonoma e discrezionale della stazione appaltante sulla base delle circostanze relative al pericolo di legami con la criminalità organizzata. Ciò detto, a fronte delle informative in questione, risulta opportuno che l'amministrazione non proceda alla sottoscrizione del contratto. Di contro, qualora la stazione appaltante intenda comunque sottoscrivere l'atto negoziale non aderendo alle indicazioni della Prefettura, è tenuta a fornire una motivazione relativa all'irrelevanza nell'appalto in questione delle relazioni criminali segnalate.

## 2.8. Gli adempimenti in tema di sicurezza sul lavoro

L'esecuzione del contratto d'appalto deve svolgersi nel rispetto della normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro.

L'operatore economico è tenuto nello svolgimento della propria attività di impresa, in relazione ad ogni fornitura o servizio, a dare pun-

tuale applicazione alle prescrizioni previste dal:

- **Documento di Valutazione dei Rischi** (DVR) redatto dall'impresa ai sensi dell'art. 28 del D. Lgs. 9 aprile 2008, n. 81, relativo alla prevenzione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori. Il DVR è predisposto indipendentemente dalla procedura di gara a cui l'operatore economico ha partecipato (e che si è aggiudicato) e costituisce strumento a garanzia dei lavoratori nello svolgimento dell'attività di impresa. Il documento non è allegato al contratto d'appalto, ma è depositato presso l'unità produttiva dell'operatore economico.



#### **L'oggetto della valutazione dei rischi**

*Ai sensi dell'art. 28 del D. Lgs. n. 81 del 2008, la valutazione dei rischi, anche nella scelta delle attrezzature di lavoro e delle sostanze o dei preparati chimici impiegati, nonché nella sistemazione dei luoghi di lavoro, deve riguardare tutti i rischi per la sicurezza e la salute dei lavoratori, ivi compresi quelli riguardanti gruppi di lavoratori esposti a rischi particolari. Tra questi sono ricompresi anche quelli collegati allo stress lavoro-correlato, secondo i contenuti dell'accordo europeo dell'8 ottobre 2004, e quelli riguardanti le lavoratrici in stato di gravidanza, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, nonché quelli connessi alle differenze di genere, all'età, alla provenienza da altri Paesi e quelli connessi alla specifica tipologia contrattuale attraverso cui viene resa la prestazione di lavoro.*

*Il DVR, redatto a conclusione della valutazione, può essere tenuto su supporto informatico e deve essere munito di data certa o attestata dalla sottoscrizione del documento medesimo da parte del datore di lavoro, nonché, ai soli fini della prova della data, dalla sottoscrizione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza territoriale e del medico competente, ove nominato, e contenere:*

*a) una relazione sulla valutazione di tutti i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa, nella quale siano specificati i criteri adottati per la valuta-*

*zione stessa;*

- b) l'indicazione delle misure di prevenzione e di protezione attuate e dei dispositivi di protezione individuali adottati;*
- c) il programma delle misure ritenute opportune per garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza;*
- d) l'individuazione delle procedure per l'attuazione delle misure da realizzare, nonché dei ruoli dell'organizzazione aziendale che vi debbono provvedere, a cui devono essere assegnati unicamente soggetti in possesso di adeguate competenze e poteri;*
- e) l'indicazione del nominativo del responsabile del servizio di prevenzione e protezione, del rappresentante dei lavoratori per la sicurezza o di quello territoriale e del medico competente che ha partecipato alla valutazione del rischio;*
- f) l'individuazione delle mansioni che eventualmente espongono i lavoratori a rischi specifici che richiedono una riconosciuta capacità professionale, una specifica esperienza nonché un'adeguata formazione e addestramento.*

- **Documento Unico di Valutazione dei Rischi da Interferenze** (DUVRI) redatto dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 26, comma 3, del D. Lgs. n. 81 del 2008, relativo alla prevenzione dei rischi connessi all'esecuzione delle prestazioni presso i locali della stazione appaltante. Il DUVRI è redatto dalla stazione appaltante prima dell'avvio della procedura di gara e rappresenta uno strumento di garanzia a tutela sia dei lavoratori dell'impresa aggiudicataria sia dei lavoratori della stazione appaltante o di altri lavoratori/utenti presenti nei locali dell'amministrazione. Il documento è obbligatoriamente allegato al contratto d'appalto ed in caso di modifiche, che dovessero rendersi necessarie prima dell'avvio e durante l'esecuzione, deve essere integrato previa accettazione dell'appaltatore.

La redazione del DUVRI da parte della stazione appaltante non viene effettuata in caso di:

- servizi di natura intellettuale;
- mere forniture di materiali o attrezzature;
- servizi la cui durata non sia superiore ai due

giorni (sempre che essi non comportino rischi derivanti dalla presenza di agenti cancerogeni, biologici, atmosfere esplosive o dalla presenza dei rischi particolari di cui all'allegato XI del D. Lgs. n. 81 del 2008).

Nei casi anzidetti il DVR costituisce l'unico documento attinente al rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro.

L'obbligo per l'aggiudicatario di rispettare le prescrizioni del DVR e, ove previsto, del DUVRI fa sorgere un corrispondente obbligo in capo alla stazione appaltante di verifica, durante l'esecuzione dell'appalto, dell'applicazione delle disposizioni contenute in tali documenti. A tal proposito il Regolamento, all'art. 273, comma 1, lett. h), in tema di funzioni e compiti del responsabile del procedimento, dispone che il RUP, unitamente al direttore dell'esecuzione ove nominato, su delega del datore di lavoro committente (la stazione appaltante) compie le azioni dirette a verificare l'aderenza da parte dell'esecutore alle norme in materia sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori nei luoghi di lavoro.

La verifica in questione, svolta anche attraverso la richiesta di documentazione, attestazioni e dichiarazioni dell'operatore economico, attiene sia agli adempimenti che l'appaltatore deve porre in essere ai fini della prevenzione dei rischi connessi alla specifica attività d'impresa (DVR), sia agli adempimenti di cui al DUVRI. Tale documento, infatti, costituendo parte integrante degli obblighi contrattuali, è necessariamente sottoposto a verifica in corso di esecuzione dell'appalto, al pari della verifica del rispetto delle specifiche tecniche a base della fornitura o del servizio.



#### La redazione del DUVRI ed il Regolamento

L'art. 273, comma 1, lett. l), del Regolamento preve-

*de la possibilità di affidare mediante delega al RUP i compiti previsti dall'art. 26, comma 3, del D. Lgs. n. 81 del 2008. Tali compiti si sostanziano nell'elaborazione del DUVRI e nell'adeguamento dello stesso in relazione alla fase di esecuzione dell'appalto. Considerato peraltro il contenuto del documento in questione, la stazione appaltante dovrà in ogni caso affidare la redazione ad un ufficio con specifiche competenze di tipo tecnico. Appare ad esempio opportuno, negli appalti di servizi, che il documento sia redatto dall'ufficio incaricato di redigere le specifiche tecniche, attesa la stretta connessione tra l'indicazione delle caratteristiche tecniche della prestazione e l'osservazione dei possibili rischi connessi all'appalto.*

*L'eventuale affidamento al RUP dei compiti suddetti potrà dunque avvenire esclusivamente in presenza di un'adeguata competenza professionale di questi in materia di prevenzione dei rischi e sicurezza sul lavoro.*



#### La verifica sulla prevenzione dei rischi e la regolarità contributiva/retributiva

*La verifica relativa alla tutela dei lavoratori si distingue dalla verifica in ordine al rispetto, da parte dell'operatore economico, del versamento dei contributi previdenziali alle casse competenti, nonché del pagamento delle retribuzioni dei lavoratori dell'impresa.*

*In merito si evidenzia che il Regolamento, agli artt. 4 e 5, prevede l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienze dell'esecutore o dei subappaltatori; tale potere si sostanzia nell'obbligo per l'amministrazione di procedere al pagamento degli oneri previdenziali o delle retribuzioni direttamente nei confronti, rispettivamente, degli enti previdenziali e dei dipendenti. A seguito di tale intervento la stazione appaltante trattiene in sede di liquidazione del contratto un importo pari alle somme già corrisposte per le inadempienze dell'esecutore. In particolare, per quanto attiene il versamento degli oneri previdenziali, la stazione appaltante provvede a trattenere sull'importo netto progressivo delle prestazioni una ritenuta pari allo 0,5% dell'importo dovuto, da svincolare successivamente all'atto della liquidazione finale.*

#### 2.9. La cauzione definitiva

L'art. 113 del Codice disciplina le forme e la modalità di costituzione del deposito cauziona-

le a garanzia degli obblighi contrattuali, la cui funzione principale è quella di coprire gli oneri per il mancato o inesatto adempimento delle prestazioni da parte dell'appaltatore.

In particolare la garanzia definitiva è prestata al fine di consentire alla stazione appaltante di coprire (con tutta o parte di essa):

- le maggiori spese che si dovessero rendere necessarie per garantire il soddisfacimento delle esigenze sorte a seguito di inadempienza contrattuale (a prescindere dalla gravità della medesima, atteso che il Codice tratta del mancato o inesatto inadempimento) quando non sia possibile procedere all'accettazione della fornitura o del servizio e conseguentemente al pagamento delle prestazioni;
- l'indennizzo per comportamenti contrari alla normale diligenza dell'operatore economico (malafede, frode, grave errore professionale, ecc.) anche a seguito di prestazioni in parte o totalmente già eseguite e/o già liquidate.



#### **Le inadempienze contrattuali e la cauzione**

*Va sottolineato come gli scostamenti riscontrati dagli obblighi contrattuali e dalle specifiche tecniche in sede di esecuzione contrattuale sono sanzionati dalla stazione appaltante con l'applicazione di penalità o sconti che modificano l'importo complessivo dovuto all'operatore economico. Le penalità non incidono, dunque, sulla cauzione definitiva, la quale, seppur vincolata, rimane di eguale valore.*

La garanzia è prestata per un importo variabile in funzione dello sconto percentuale offerto in sede di gara dall'operatore economico e precisamente:

- sconto fino al 10%: 10% dell'importo contrattuale;
- sconto tra il 10 % ed il 20%: una uguale per-

centuale dell'importo contrattuale (ad esempio a fronte di uno sconto del 15%, la cauzione sarà pari al 15% dell'importo contrattuale);

- sconto oltre il 20%: una percentuale del 20% dell'importo contrattuale aumentata di due punti percentuali per ogni punto percentuale di sconto oltre il 20% (ad esempio a fronte di uno sconto del 24%, la cauzione sarà pari al 20% aumentata dell'8%, per un importo complessivo del 28%).



*Per quanto attiene la modalità di costituzione della garanzia fideiussoria si rimanda a quanto esposto nel Volume 2° della Guida Pratica in tema di garanzia provvisoria, atteso l'espresso rinvio compiuto dall'art. 113 all'art. 75 del Codice.*

La cauzione definitiva è soggetta ad uno svincolo progressivo, sino ad un massimo del 75% dell'importo prestato a garanzia, in funzione dell'avanzamento dell'esecuzione del contratto. Lo svincolo, secondo un'impostazione più aderente agli appalti di lavori, ma comunque applicabile anche agli appalti di forniture e servizi, pur non necessitando di uno specifico nulla osta della stazione appaltante, avviene a seguito della consegna all'istituto garante ad opera dell'appaltatore di un documento attestante l'avvenuta esecuzione della relativa parte della prestazione contrattuale. L'importo residuo del 25% è svincolato una volta effettuata la verifica finale sulla prestazione oggetto dell'appalto.



#### **Lo svincolo progressivo**

*La disposizione in tema di svincolo progressivo della cauzione definitiva è mutuata dall'abrogata normativa*

*sui lavori pubblici (art. 30 della Legge n. 109 del 1994). L'applicabilità della disciplina in questione all'intera materia degli appalti appare peraltro difficile con particolare riferimento alle forniture, dove la prestazione dell'operatore economico si sostanzia nella consegna entro un termine dei materiali previsti. In tali ipotesi lo svincolo progressivo è pertanto inapplicabile e la stazione appaltante non incorre in alcuna illegittimità.*

### 3. L'approvazione del contratto

#### 3.1. L'efficacia del contratto

La sottoscrizione del contratto, ai sensi dell'art. 11, comma 11, del Codice, non determina l'efficacia del rapporto obbligatorio tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario. Tale efficacia è infatti subordinata all'avverarsi della condizione sospensiva dell'approvazione del contratto e dell'esito positivo dei controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori. Fino alla verifica di tali condizioni non è dunque consentito procedere all'avvio dell'esecuzione contrattuale. Ai sensi del successivo comma 12, infatti, l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal Regolamento. In particolare, l'art. 302 del Regolamento stabilisce che il responsabile del procedimento possa autorizzare l'esecuzione anticipata della prestazione dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace:

- a) quando il contratto ha ad oggetto beni o servizi che, per la loro natura o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti;
- b) in casi di comprovata urgenza.

In tali ipotesi il responsabile del procedimento autorizza l'esecuzione anticipata del contratto

attraverso apposito motivato provvedimento.

#### 3.2. Il procedimento di approvazione del contratto

L'approvazione del contratto si configura come un adempimento eventualmente previsto dai singoli ordinamenti di ciascuna amministrazione. Esso interviene in un momento successivo alla sottoscrizione del contratto ed ha come presupposto un'attività di verifica e controllo in merito sia alla legittimità dell'operato della stazione appaltante sia al riscontro della corrispondenza tra il contenuto dell'appalto ed il contratto stipulato tra le parti. In assenza di illegittimità ed irregolarità l'organo di controllo interno provvede a predisporre il decreto di approvazione del contratto a firma del dirigente che ha determinato l'avvio della procedura di gara.

Per quanto riguarda il procedimento di approvazione, ai sensi dell'art. 12, comma 2, del Codice, il contratto deve essere approvato entro il termine fissato dalle singole amministrazioni ed in mancanza entro trenta giorni dal ricevimento dello stesso da parte dell'organo competente. Il termine in questione può peraltro essere interrotto qualora si rendano necessari chiarimenti o documenti, iniziando nuovamente a decorrere dalla ricezione degli stessi. Conclusa l'attività di verifica l'ufficio di controllo potrà provvedere all'approvazione espressa del contratto ovvero al diniego della stessa; decorso il termine procedimentale indicato il contratto si intende comunque approvato.

Dal punto di vista operativo, dunque, l'ufficio preposto alla stipulazione dell'atto negoziale o il responsabile del procedimento trasmettono al proprio organo di controllo il contratto completo del capitolato tecnico, nonché tutti gli atti ed i documenti che sono stati necessari per la sottoscrizione del contratto medesimo, compresi i

documenti forniti dall'aggiudicatario per assumere l'obbligazione, come di seguito indicati:

#### DOCUMENTI RELATIVI ALLA PROCEDURA DI GARA

- il decreto di aggiudicazione definitiva, completo del verbale attestante la verifica effettuata sui requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa previsti dal bando di gara;
  - la comunicazione di aggiudicazione dell'appalto;
- #### DOCUMENTI RELATIVI AI REQUISITI SOGGETTIVI DELL'AGGIUDICATARIO
- l'offerta dell'operatore economico aggiudicatario unitamente alle offerte degli altri concorrenti;
  - l'eventuale atto di raggruppamento temporaneo di imprese;
  - la cauzione definitiva prestata a garanzia degli obblighi contrattuali;
  - il certificato della Camera di Commercio, provvisto del nulla osta antimafia se previsto;
  - l'eventuale procura utilizzata dall'operatore economico per la sottoscrizione dell'atto negoziale;
  - l'informazione antimafia rilasciata dalla Prefettura competente, se prevista;
  - il certificato del Tribunale fallimentare attestante che l'operatore economico non ha in corso procedure di fallimento o concorsuali in atto;
  - il certificato del Casellario giudiziario attestante che i soggetti previsti dall'art. 38, comma 1, lett. c), non hanno subito condanne passate in giudicato;
  - la dichiarazione relativa dell'operatore economico sugli estremi del conto corrente dedicato;
  - il documento di regolarità contributiva dell'operatore economico.

#### DOCUMENTI RELATIVI ALLA COPERTURA FINANZIARIA

- una comunicazione di disponibilità dei fondi sul capitolo di bilancio previsto quale necessaria copertura finanziaria per il pagamento del forniture o del servizio.

### **3.3. Il decreto di approvazione del contratto ed il suo contenuto**

Ferma restando l'assenza di indicazioni nel Codice, è comunque possibile indicare gli elementi che debbono essere contenuti nel decreto di approvazione del contratto:

- la premessa, che deve indicare:
  - l'*iter* di verifica seguito dall'organo di controllo;
  - l'indicazione dell'operatore economico completo del domicilio, degli estremi fiscali e dell'iscrizione alla Camera di Commercio;
  - il valore del deposito cauzionale prestato con l'indicazione del soggetto garante;
- l'oggetto, che deve riportare il numero di repertorio e la data di stipulazione del contratto, la prestazione contrattuale ed il relativo importo al netto dell'imposta del valore aggiunto;
- il dispositivo, che deve indicare l'approvazione del contratto, il relativo importo (distinto tra onere contrattuale e imposta sul valore aggiunto), nonché l'imputazione della spesa sul relativo capitolo di bilancio.

### **4. Il subappalto**

La disciplina del subappalto, ossia dello svolgimento di prestazioni oggetto dell'appalto da parte di un operatore economico terzo rispetto all'aggiudicatario, è contenuta nell'art. 118 del Codice. L'attività di subappalto, infatti, pur configurandosi come un rapporto di tipo privatistico autonomo tra l'appaltatore ed il terzo subappaltatore, è tuttavia soggetta alla preventiva autorizzazione da parte della stazione appaltante. Ciò al fine precipuo di prevenire il rischio, dell'esecuzione di prestazioni contrattuali da parte di soggetti

sprovvisi dei requisiti di ordine generale e speciale necessari per contrattare con la pubblica amministrazione.

L'intenzione di subappaltare parte delle prestazioni oggetto dell'appalto deve essere manifestata dal partecipante alla gara già nell'offerta, mediante l'indicazione dei servizi e delle forniture ovvero le parti di servizi e forniture che si intendono subappaltare.

Il Codice prevede dei precisi limiti per il ricorso al subappalto nei servizi e nelle forniture. Per un verso l'art. 118, comma 2, prevede che il subappalto di contratti di forniture e di servizi è ammesso sino al limite massimo del 30% dell'importo complessivo del contratto; per altro verso il successivo comma 9 dell'articolo in questione, prevede che l'esecuzione delle prestazioni affidate a subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto. Oltre tale soglia del 30%, l'affidamento di parti della fornitura o del servizio in subappalto è dunque tassativamente vietato dal Codice.



#### **Le prestazioni che non si configurano come subappalto**

*L'art. 118, comma 12, prevede che l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi e la subfornitura a catalogo di prodotti informatici non si configurano come attività affidate in subappalto.*

### **4.1. I presupposti per l'autorizzazione al subappalto**

La possibilità di subappaltare le prestazioni contrattuali nei limiti della percentuale indicata dal Codice è condizionata da una apposita autorizzazione da parte della stazione appaltante. Tale autorizzazione potrà essere accordata in presenza dei presupposti indicati nell'art. 118, commi 2 e 8. In particolare, oltre alla necessaria

indicazione nell'offerta di gara dei servizi e delle forniture che si intendono appaltare, il Codice prevede che l'affidatario debba provvedere:

- al deposito del contratto di subappalto in originale o copia autentica presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni;
- alla trasmissione di una certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal Codice in relazione alla prestazione subappaltata (tali requisiti per i servizi e le forniture devono intendersi quelli previsti dall'art. 39);
- alla trasmissione di una certificazione rilasciata e sottoscritta dal subappaltatore in persona del legale rappresentante attestante il possesso in capo a quest'ultimo dei requisiti generali di cui all'art. 38 del Codice;
- alla trasmissione di una dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'art. 2359 c.c. con il subappaltatore (stessa dichiarazione deve essere rilasciata da ciascun operatore economico in caso di raggruppamento temporaneo di imprese o consorzio).



#### **Il subappalto e la normativa antimafia**

*L'art. 118, comma 2, punto 4, del Codice indica tra le condizioni necessarie affinché sia consentito il subappalto alcuno dei divieti previsti dall'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575 e successive modificazioni. In realtà tale condizione risulta già soddisfatta con la dichiarazione attestante il possesso in capo al subappaltatore dei requisiti di ordine generale, posto che essa risulta prevista nell'art. 38, comma 1, lett. b), del Codice.*

La stazione appaltante, sulla base della suddetta documentazione, avvia un procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione del subappalto.

Tale provvedimento deve intervenire entro trenta giorni dalla richiesta dell'appaltatore, che possono essere ridotti a quindici per i subappalti di valore inferiore al 2% del valore delle prestazioni o di valore inferiore a 100.000 euro. Il termine in questione può peraltro essere prorogato, per una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi.

In ogni caso trascorsi i termini suddetti senza che la stazione appaltante abbia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa, così come previsto nell'art. 118, comma 8, del Codice.



#### **Il divieto di subappalto e l'esclusione dalla gara**

*Un'impresa censurava il provvedimento di esclusione da una procedura negoziata senza pubblicazione del bando per l'affidamento di un servizio di pulizia per avere dichiarato di "voler concedere il servizio in subappalto in caso di aggiudicazione", pur in presenza di un espresso divieto di avvalersi dell'istituto in questione sancito dalla lettera di invito. Secondo l'istante tale dichiarazione non avrebbe dovuto essere motivo di esclusione, potendo la stazione appaltante negare l'autorizzazione al subappalto. La stazione appaltante richiamava la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in virtù della quale andrebbe esclusa dalla gara l'impresa che, in violazione del divieto di subappalto contenuto nelle regole di gara, abbia previsto di appaltare a terzi una quota del servizio (Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3838).*

*La questione è stata sottoposta all'AVCP in sede di precontenzioso.*

*L'Autorità ha osservato come, ai sensi dell'art. 118 del Codice, un concorrente non può limitarsi a dichiarare genericamente di voler subappaltare tutti i servizi che la legge consente, ma deve indicare in modo analitico e puntuale a quali servizi intende riferirsi. In mancanza di tale specificazione non può infatti dirsi soddisfatta una delle condizioni richieste dalla normativa vigente per procedere al subappalto.*

*L'AVCP ha tuttavia precisato che la dichiarazione con cui un concorrente si riserva di ricorrere al subappalto non costituisce di per sé un requisito di partecipazione alla gara, essendo semplicemente destinata a consentire all'operatore economico di avvalersi dell'istituto in questione, qualora dovesse risultare aggiudicatario. Sul punto*

*l'Autorità richiama la giurisprudenza amministrativa che ritiene, da un lato, che eventuali violazioni dei limiti del subappalto consentito possono valere solo nella successiva fase di autorizzazione da parte della stazione appaltante e non in quella in cui si valuta l'ammissibilità dell'offerta e, dall'altro, che l'incompletezza delle indicazioni e dei documenti concernenti le prestazioni da subappaltare, l'identità e la qualificazione dei subappaltatori, resi in sede di offerta, preclude la possibilità di esercitare la facoltà di subappalto, ma non determina l'esclusione dell'offerente che partecipa alla procedura, in mancanza di un'espressa previsione al riguardo, allorché risulti che quest'ultimo sia autonomamente dotato dei requisiti prescritti per l'esecuzione diretta dell'appalto (Cf. Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3969; Cons. St., sez. IV, 6 giugno 2008, n. 2683; TAR Lazio, sez. I, 2 maggio 2008, n. 499).*

*L'AVCP ha quindi ritenuto ragionevole sostenere che quando un concorrente manifesta la volontà di avvalersi del subappalto per prestazioni che la legge o la specifica disciplina di gara impongono siano eseguite direttamente dall'appaltatore, la conseguenza sia solo quella di far carico di dette prestazioni al concorrente in possesso dei requisiti per provvedere in proprio all'esecuzione dell'appalto, e non anche l'esclusione dalla gara.*

*Nel caso di specie la lettera di invito vietava il ricorso al subappalto senza prevedere alcuna sanzione nel caso di violazione di detta prescrizione. Secondo l'AVCP la dichiarazione di volere fare ricorso al subappalto non aveva peraltro la capacità di incidere sui requisiti di partecipazione alla gara né sulla validità e regolarità dell'offerta, donde la non corrispondenza al principio di proporzionalità della sanzione dell'esclusione. L'Autorità non ritiene peraltro applicabile al caso di specie l'orientamento giurisprudenziale richiamato dalla stazione appaltante in quanto, da un lato, si pone in contrasto con il principio di conservazione degli atti giuridici e, dall'altro, non tiene conto del principio volto a favorire la più ampia partecipazione alle pubbliche gare. La sanzione dell'esclusione non sarà dunque applicabile ove la stessa non risulti prevista in maniera inequivocabile dalla normativa speciale che regola la gara (Parere di precontenzioso dell'AVCP n. 199 del 18/11/2010).*



#### **La giurisdizione del giudice amministrativo in materia di autorizzazione al subappalto**

*Si evidenzia che le controversie in tema di autorizzazione al subappalto sono devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, in virtù della particolare natura*

*pubblicistica dell'attività posta in essere della stazione appaltante, chiamata ad esercitare un potere di controllo con finalità di ordine pubblico anche al fine prevenire eventuali infiltrazioni criminali negli appalti.*

*È stato infatti affermato in giurisprudenza che le condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 del Codice, non appaiono affatto intese unicamente a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario, ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato. Ne discende, secondo il giudice amministrativo, che ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo (Cons. St., Sez. IV, 24 marzo 2010, n. 1713).*

## 4.2. Il pagamento del corrispettivo al subappaltatore

Ai sensi dell'art. 118, comma 3, del Codice la stazione appaltante può decidere mediante espressa previsione nel bando di gara:

- a) se provvederà a corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le prestazioni eseguite;
- b) se, in alternativa, è fatto obbligo agli affidatari di trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti al subappaltatore, con l'indicazione delle ritenute di garanzia effettuate.

Nell'ipotesi sub a) gli affidatari dovranno comunicare alla stazione appaltante la parte delle prestazioni eseguite dal subappaltatore, con la

specificazione del relativo importo e con proposta motivata di pagamento. Nell'ipotesi sub b), la stazione appaltante potrà sospendere il pagamento a favore degli affidatari qualora questi ultimi non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore entro il termine indicato.

Con riferimento alle prestazioni del subappaltatore, ai sensi dell'art. 118, comma 4, l'affidatario:

- deve praticare gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento;
- deve corrispondere al subappaltatore gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, senza alcun ribasso.
- è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

## 4.3. Il subappalto e il rispetto della normativa sulla tutela del lavoro

L'art. 118 prevede a delinearne la disciplina applicabile alle ipotesi di subappalto al fine di garantire il pieno rispetto della normativa sul lavoro.

Va innanzitutto sottolineato come l'art. 118, comma 4, preveda un regime di responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore per quanto attiene al rispetto degli obblighi di sicurezza ed applicazione dei contratti collettivi di lavoro.

Con riferimento agli obblighi retributivi, ai sensi dell'art. 118, comma 6, l'affidatario, oltre ad essere tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni, è altresì responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro

dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto.

Il medesimo comma 6 prevede altresì che l'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, prima dell'inizio dell'esecuzione trasmettono alla stazione appaltante:

- la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, assicurativi e antinfortunistici;
- il DURC ai fini del pagamento degli stati di avanzamento delle prestazioni o dello stato finale delle stesse.

Il corretto adempimento dei suddetti obblighi da parte dell'appaltatore e del subappaltatore è peraltro oggetto di verifica da parte della stazione appaltante prima dell'avvio del contratto di subappalto, in corso di esecuzione dello stesso e successivamente all'atto di liquidazione della prestazione. In particolare:

- nella fase di avvio, la stazione appaltante dovrà verificare che l'affidatario ed il subappaltatore abbiano trasmesso la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, assicurativi e antinfortunistici;
- nella fase di esecuzione, il direttore dell'esecuzione provvederà a monitorare le prestazioni dell'appaltatore e del subappaltatore, accertando che le stesse avvengano nel rispetto dei documenti di sicurezza e che gli oneri della sicurezza siano stati corrisposti senza alcun ribasso rispetto all'importo indicato dai documenti dell'appalto;
- nella fase di liquidazione, ai fini del pagamento delle prestazioni eseguite, la stazione appaltante dovrà verificare l'avvenuta ricezione da parte dell'affidatario sia del proprio DURC, sia di quello del subappaltatore.



---

# I controlli

CAPITOLO  
SECONDO

# I controlli (Ilario Sorrentino)

## 1. I controlli esterni sul decreto di approvazione del contratto

L'art. 12, comma 3, del Codice stabilisce che il decreto di approvazione del contratto è sottoposto agli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici. Tali controlli, che vengono definiti esterni in virtù della terzietà del soggetto che li attiva, si pongono quale ultimo momento di verifica che precede l'avvio dell'esecuzione dell'appalto. Tale iter può sintetizzarsi nei seguenti passaggi:

- approvazione dell'aggiudicazione provvisoria ed adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- approvazione del contratto ed adozione del relativo decreto;
- controllo del decreto di approvazione del contratto.

In particolare, per quanto riguarda le amministrazioni centrali dello Stato, il controllo finale si sostanzia nella verifica del decreto di approvazione del contratto condotta dagli organi di controllo esterni alla stazione appaltante. I soggetti coinvolti in tale attività sono il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e la Corte dei Conti.

Il Codice, all'art. 11, comma 11, affida all'esito di tali controlli la piena efficacia dell'atto negoziale stipulato tra la stazione appaltante e l'operatore economico aggiudicatario.



### Le conseguenze in ordine al mancato rispetto del termine per l'approvazione del contratto

*Ai sensi dell'art. 11, comma 9, del Codice se il controllo funzionale all'approvazione del contratto di cui all'art. 12, comma 3, non avviene nel termine previsto, l'appaltatore può recedere dal contratto, mediante notifica alla stazione appaltante di un'apposita dichiarazione contenente la propria volontà di sciogliersi dall'impegno. Tale*

*dichiarazione rimane peraltro priva di effetti se prima che pervenga all'amministrazione, il decreto di approvazione sia stato già emesso. Il contraente dichiaratosi sciolto dall'impegno assunto non può pretendere alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.*

## 1.1. Il controllo del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato

Con riferimento al controllo del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, esso viene generalmente attivato dagli organi di controllo interno della stazione appaltante che, successivamente all'adozione del decreto di approvazione del contratto, provvedono direttamente alla trasmissione dello stesso e degli atti presupposti al suddetto Dipartimento.



### Gli atti presupposti da trasmettere

*Gli atti presupposti al contratto da trasmettere, in copia conforme all'originale, agli organi di controllo sono di norma:*

- determinazione a contrarre;
- bando di gara;
- disciplinare di gara;
- documenti relativi alla pubblicità di gara;
- verbali di gara;
- decreto di aggiudicazione definitiva;
- attestazione di avvenuto versamento del contributo all'AVCP di tutti i concorrenti;
- lettera di aggiudicazione;
- atto negoziale;
- offerte presentate in gara;
- cauzione definitiva;
- certificato della CCIAA relativo all'aggiudicatario;
- eventuale atto di raggruppamento temporaneo di imprese;
- eventuali procure speciali o generali;
- eventuale certificazione e informazione antimafia;
- comunicazione del conto corrente per l'accredito delle somme;
- certificato del tribunale fallimentare e del casellario giudiziale dell'aggiudicatario;

- dichiarazione della stazione appaltante circa la disponibilità di fondi sul capitolo di bilancio;
- documenti relativi alla pubblicità di esito della gara.

L'attività di controllo del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato ha ad oggetto la legittimità del decreto di approvazione del contratto con specifico riferimento:

- alla correttezza dell'imputazione a bilancio;
- alla necessaria copertura finanziaria delle somme all'uopo stanziare.

Il procedimento di verifica ai sensi dell'art. 11, comma 1, del D.P.R. 20 aprile 1994, n. 367 deve concludersi nel termine di quindici giorni decorrente dal ricevimento del decreto relativo al contratto. All'esito positivo del controllo segue la registrazione dell'impegno di spesa.

Tale registrazione, sempre secondo l'art. 11 del suddetto D.P.R., non può essere effettuata ove si tratti di una spesa che ecceda lo stanziamento previsto sul pertinente capitolo o che non trovi corretta imputazione sul capitolo indicato; nei suddetti casi, non si procede alla registrazione ed il decreto di approvazione del contratto è restituito all'amministrazione appaltante.



#### **I decreti di approvazione relativi agli aumenti ed alle diminuzioni fino ad un quinto del prezzo contrattuale complessivo**

*La stazione appaltante, nel corso dell'esecuzione, può richiedere, per fare fronte a proprie esigenze, che la prestazione del servizio o della fornitura oggetto del contratto possa essere aumentata o diminuita, ai medesimi prezzi e condizioni contrattuali, per ulteriori ed identici servizi o forniture per il corrispondente importo fino ad un quinto del valore complessivo dell'appalto. Tale facoltà necessita di apposita formalizzazione, con decreti, da parte della stazione appaltante, nonché di*

*approvazione da parte della stessa autorità che ha approvato il contratto, secondo la forma già osservata per quest'ultimo.*

*I relativi decreti sono dunque sottoposti, successivamente all'approvazione interna, al visto ed alla registrazione del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato ed eventualmente della Corte dei Conti.*

## **1.2. Il controllo della Corte dei Conti**

Nell'ambito dei controlli esterni si colloca, altresì, una verifica preventiva di legittimità della Corte dei Conti sull'operato della stazione appaltante. Tale attività, che si esplica nella verifica della regolarità del contratto e del corretto svolgimento della procedura di gara, è attivata sulla base dell'art. 3, comma 1, lett. g), della Legge 14 gennaio 1994, n. 20, disciplinante le norme in materia di controllo della Corte dei Conti.

Essa in particolare ha ad oggetto i decreti che approvano:

- i contratti di appalto d'opera delle amministrazioni dello Stato se di importo superiore alla soglia comunitaria;
- ogni altro contratto passivo se di importo superiore ad un decimo del valore della soglia comunitaria indicata al punto precedente (riferita agli appalti di lavori).

Con riferimento, dunque, ai contratti di appalto di servizi e forniture, il controllo preventivo di legittimità svolto dalla Corte dei Conti è circoscritto a quegli appalti di importo superiore ad un decimo del valore della soglia comunitaria riferita agli appalti di lavori. Pertanto i contratti sottoposti al suddetto controllo risultano essere, secondo le soglie attualmente previste quelli superiori al valore di euro 484.500. I contratti di beni e servizi aventi valore pari o inferiore alla predetta soglia sono, dunque, sottoposti esclusivamente al controllo del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato.



### **Le gare con suddivisione in lotti**

*I contratti di servizi e forniture di valore pari o inferiore ad euro 484.500 derivanti da un unico bando di gara suddiviso in lotti il cui valore aggregato supera la soglia anzidetta sono sottoposti, comunque, al vaglio della Corte dei Conti.*

*Il criterio impiegato in tema di controllo esterno coincide, dunque, con il criterio utilizzato dal Codice relativamente alla stima del calcolo del valore dell'appalto relativamente alla determinazione della soglia di rilevanza comunitaria.*

Con riguardo al procedimento relativo al controllo in questione, si evidenzia che lo stesso, ai sensi dell'art. 11, comma 4, del citato D.P.R. 20 aprile 1994, n. 367, ha avvio a seguito della trasmissione alla Corte dei Conti, da parte della Ragioneria Generale dello Stato, della documentazione a suo tempo trasmessa a quest'ultima per la registrazione dell'impegno di spesa dalla stazione appaltante.

Il procedimento è svolto dall'Ufficio di controllo sui Ministeri Istituzionali (con competenza sugli atti della Presidenza del Consiglio dei Ministri) su delega della Sezione del controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni centrali dello Stato.

Nell'ambito di tale procedimento all'organo di controllo è attribuito il potere di richiedere alla stazione appaltante qualsiasi atto o notizia relativa all'appalto, nonché il potere di effettuare ispezioni o accertamenti diretti.

Lo svolgimento della fase di controllo, alla luce del combinato disposto dell'art. 3, comma 2, della Legge 14 gennaio 1994, n. 20 e dall'art. 27 della Legge 24 novembre 2000, n. 340, non può superare i sessanta giorni dal ricevimento dal decreto di approvazione del contratto. Tale termine può essere interrotto a seguito di eventuali richieste istruttorie.

All'esito del procedimento la Corte rimette gli atti:

- con il visto del magistrato competente e la registrazione, unitamente ad eventuali note di osservazione;
- con il visto del magistrato competente e la registrazione, inviando altresì note di osservazione;
- negando con il diniego del visto e della registrazione.

Appare, peraltro, necessario evidenziare come il decreto di approvazione del contratto divenga efficace in caso di decorso del termine procedimentale senza che sia intervenuta alcuna pronuncia della Sezione di Controllo. Al termine dell'*iter* di controllo, il decreto di approvazione del contratto è trasmesso nuovamente al Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato che ne cura l'invio all'organo di controllo interno dell'amministrazione appaltante.

## **2. Il controllo dell'Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici**

L'operato della stazione appaltante può essere sottoposto, altresì, ad un'attività di verifica a carattere straordinario di competenza dell'AVCP.

Ai sensi degli artt. 6 e 8 del Codice la vigilanza ed il controllo dell'AVCP nei confronti delle amministrazioni sottoposte all'applicazione del Codice sono sostanzialmente diretti a garantire:

- il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente;
- l'economicità e l'efficiente esecuzione dei contratti;
- il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara.

In particolare, l'art. 6, comma 7, del Codice, tra i compiti attribuiti all'AVCP, prevede che tale Autorità:

- vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento;

- vigila sui contratti di lavori, servizi, forniture, esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice, verificando, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, la legittimità della sottrazione al Codice ed il rispetto dei principi relativi ai contratti esclusi;
- vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici;
- accerta che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;
- esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti;
- vigila sul sistema di qualificazione (per gli appalti di lavori), con le modalità stabilite dal Regolamento.

Ai sensi del successivo comma 9, è inoltre disposto che nell'ambito della propria attività l'Autorità possa:

- richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, alle SOA, nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti;
- disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse;
- disporre perizie, analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria.

Nell'ambito della propria autonomia organizzativa, l'AVCP, con provvedimento del 15 gennaio 2009, si è dotata del "Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi", ove è posta la disciplina:

- delle attività di indagine, svolte sulla base di programmi annuali ovvero d'ufficio o a segui-

to di segnalazione;

- delle ispezioni nei confronti delle stazioni appaltanti;
- del monitoraggio dell'esecuzione dei contratti pubblici (ulteriore rispetto a quello già previsto attraverso l'impiego della piattaforma informatica del SIMOG).



#### Gli obblighi relativi all'esito sulle gare ed all'esecuzione

*L'AVCP rileva attraverso il sistema di monitoraggio delle gare (SIMOG) l'esito delle procedure di gara (lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali) per valori superiori ai 150.000 euro secondo quanto stabilito dal Comunicato del Presidente dell'AVCP del 4 aprile 2008. Le stazioni appaltanti hanno dunque l'obbligo di trasmettere i dati richiesti dal sistema informatico relativamente alla conclusione della gara, alla stipulazione ed all'esecuzione del contratto.*

*Con Comunicato del Presidente del 14 dicembre 2010, a decorrere dal mese di gennaio 2011 tale obbligo è stato peraltro esteso dall'AVCP a tutti i contratti di valore pari o inferiori ai 150.000 euro, e precisamente, per quanto attiene i contratti di servizi e forniture, a tutti i contratti compresi tra i 20.000 euro ed i 150.000 euro. Per tali contratti l'obbligo è peraltro riferito esclusivamente alla fase di aggiudicazione e stipulazione, rimanendo esclusa la fase di esecuzione contrattuale.*

Con riferimento ai poteri sanzionatori dell'AVCP, l'art. 6 del Codice, commi 11 e 12, prevede l'applicazione di sanzioni amministrative irrogabili nei confronti delle stazioni appaltanti che:

- rifiutano o omettono, senza giustificato motivo, di esibire di documenti o fornire chiarimenti, sino ad un massimo di euro 25.822;
- forniscono o esibiscono documenti non veritieri, sino ad un massimo di euro 51.545.

Va a tal proposito evidenziato che in data 3 marzo 2010 è stato emanato dall'AVCP il "Regolamento in materia del potere sanzionatorio" disciplinante l'istruttoria, la partecipazione al procedimento, i termini e la quantificazione del-

la sanzione a seguito di attività ispettiva dell'Autorità.



### **L'applicazione delle sanzioni**

*L'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 6, comma 12, del Codice, è modulata sulla base delle risultanze dell'istruttoria effettuata dall'AVCP secondo le modalità tipiche dell'irrogazione delle sanzioni amministrative pecuniarie. L'istruttoria, pertanto, tiene conto del valore dell'appalto o del contratto e della gravità del comportamento omissivo o della condotta del soggetto sottoposto a procedimento sanzionatorio.*

*Si segnala che qualora la sanzione amministrativa attenga alla mancata trasmissione di dati ed informazioni di cui all'art. 6, comma 9, del Codice, essa debba considerarsi rivolta ai dirigenti o ai funzionari titolari degli uffici competenti. Nei confronti di tali soggetti, va altresì considerato che alle sanzioni di iniziativa dell'AVCP possono aggiungersi le sanzioni disciplinari comminate dalle singole amministrazioni. Ciò a seguito di procedimento disciplinare attivato su segnalazione dell'AVCP, a cui è necessario fornire comunicazione del relativo esito.*



### **L'attività di vigilanza e la responsabilità penale e amministrativa**

*Nel corso della propria attività di vigilanza l'AVCP, ogniqualvolta accerti l'esistenza di irregolarità di rilevanza penale, ha l'obbligo di trasmettere gli atti con i propri rilievi agli organi giurisdizionali competenti.*

*Tale obbligo di trasmissione si configura anche nei confronti della Corte dei Conti qualora l'AVCP accerti che dall'affidamento e/o dall'esecuzione dei contratti pubblici possa derivare un pregiudizio per l'erario pubblico.*





L'esecuzione del contratto,  
i poteri di autotutela,  
e la gestione del conflitto

PARTE  
QUINTA



# L'esecuzione del contratto

CAPITOLO  
PRIMO

# L'esecuzione del contratto (Salvatore Dettori)

## 1. Premessa

La fase di esecuzione del contratto ha formale inizio con la ricezione da parte dell'aggiudicatario della comunicazione di avvenuta registrazione del contratto presso gli organi competenti; da tale momento decorrono i termini per lo svolgimento dell'appalto affidato.

Per quanto riguarda la conclusione dell'esecuzione, tale momento è generalmente considerato coincidente con il collaudo. Potrebbe, peraltro, ritenersi che tale adempimento resti fuori dalla fase di esecuzione in quanto non di competenza del soggetto esecutore, ma della stazione appaltante. In tale prospettiva, l'esecuzione terminerebbe dunque con la comunicazione dell'appaltatore di fine prestazione.

## 2. Il direttore dell'esecuzione

Il direttore dell'esecuzione è il soggetto incaricato dalla stazione appaltante alla vigilanza ed al controllo dello svolgimento delle prestazioni contrattuali.

L'art. 119 del Codice stabilisce che la direzione dell'esecuzione contrattuale è affidata al RUP o ad un altro soggetto, appositamente individuato dalla stazione appaltante, secondo le modalità stabilite nel Regolamento. In particolare, per gli appalti di servizi e forniture, il Codice da una parte prevede che in linea generale la direzione dell'esecuzione sia affidata al RUP, dall'altra rinvia al Regolamento per l'individuazione delle eccezioni alla predetta regola.

Da quanto stabilito nell'art. 300, comma 1, del Regolamento - che rinvia a quanto già disposto dall'art. 272, comma 5, con riguardo alla figura del RUP - si ricava che il responsabile del procedimento svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, a meno di diversa indicazione della stazione appaltante.

Il successivo comma 2 dell'art. 300 individua i casi in cui il direttore dell'esecuzione deve essere un soggetto diverso dal RUP. Più precisamente occorrerà nominare soggetti distinti nei contratti:

- a) con prestazioni di importo superiore a 500.000 euro;
- b) con prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità. In tal caso la stazione appaltante con specifico atto formale può nominare uno o più assistenti del direttore a cui affidare una o più attività di competenza del direttore.



### L'ipotesi in cui il direttore dell'esecuzione può essere scelto tra soggetti esterni all'amministrazione

*In considerazione del fatto che generalmente la figura del direttore dell'esecuzione coincide con quella del RUP, questa sarà di regola individuata tra i dipendenti di ruolo della stazione appaltante, così come disposto dall'art. 10 del Codice.*

*Si segnala tuttavia che nell'ipotesi in cui il direttore dell'esecuzione debba essere un soggetto diverso dal RUP in ragione delle complessità delle prestazioni contrattuali, l'art. 300, comma 4, del Regolamento stabilisce che ove vi sia carenza in organico di personale adeguato alla prestazione da eseguire, accertata e certificata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la stazione appaltante può affidare l'incarico di direttore a soggetti esterni scelti con ricorso alle procedure previste dal Codice per l'affidamento dei servizi.*

È opportuno evidenziare che, qualora non vi sia coincidenza tra i due soggetti, è comunque

necessario che il RUP ed il direttore dell'esecuzione operino nella fase di esecuzione, in stretto coordinamento per lo svolgimento delle attività di controllo e vigilanza come peraltro previsto dall'art. 273, comma 1, lett. g), del Regolamento. A livello operativo, al fine di adottare l'atto formale di nomina del direttore dell'esecuzione, la stazione appaltante:

- a) verifica innanzitutto se ricorra una delle condizioni in presenza delle quali risulta obbligatorio affidare l'incarico di direttore dell'esecuzione ad un soggetto differente dal RUP;
- b) in caso di esito positivo della verifica sub a) procede alla attribuzione dell'incarico di direttore dell'esecuzione ad un soggetto diverso dal RUP che possieda la professionalità e le competenze adeguate;
- c) in caso di esito negativo della verifica sub a), accerta se il RUP in carica sia in possesso delle necessarie competenze professionali per svolgere anche le funzioni di direttore dell'esecuzione;
- d) in caso di esito positivo della verifica sub c), comunque valuta discrezionalmente se affidare l'incarico di direttore dell'esecuzione al RUP in carica ed eventualmente procede in tal senso.
- e) in caso di esito negativo della verifica sub c) e sub d) sceglie un soggetto diverso dal RUP, previo accertamento in capo a costui del possesso della professionalità e delle competenze adeguate.

### 2.1. I compiti del direttore dell'esecuzione

Il direttore dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 301 del Regolamento, provvede:

- a dirigere e coordinare l'insieme delle attività connesse all'esecuzione del contratto;
- al controllo tecnico delle prestazioni oggetto del contratto;

- al controllo contabile connesso al pagamento delle prestazioni;
- alla verifica finale della conformità delle prestazioni ai documenti contrattuali.

Al fine dell'espletamento dei suddetti compiti il direttore dell'esecuzione svolge tutte le attività allo stesso demandate dal Codice e dal Regolamento, nonché quelle previste nel contratto e nel capitolato generale d'onere della stazione appaltante, oltre a quelle che si rendano comunque opportune per assicurare il perseguimento dei compiti assegnatigli.

La direzione dell'esecuzione del contratto si sostanzia, pertanto, in un insieme di attività volte a garantire alla stazione appaltante l'esecuzione dell'appalto nei tempi stabiliti ed in conformità delle previsioni contenute negli atti della procedura di gara dal punto di vista della correttezza dei profili sia tecnici sia contabili del contratto.

È dunque possibile operativamente indicare i compiti e le funzioni spettanti al direttore dell'esecuzione alla luce delle disposizioni di dettaglio contenute nel Regolamento (artt. 302 ss). In particolare il direttore dell'esecuzione:

- comunica all'operatore economico l'avvio dell'esecuzione con l'indicazione del termine finale per il completamento della fornitura o dello svolgimento del servizio, eventualmente redigendo un apposito verbale in contraddittorio con l'esecutore;
- ordina la sospensione dell'esecuzione e dei conseguenti termini contrattuali del contratto in presenza di particolari circostanze che ne impediscono il regolare svolgimento e redige il verbale di ripresa dell'esecuzione;
- dispone varianti o modifiche al contratto, previa approvazione della stazione appaltante;
- svolge la verifica di conformità delle prestazioni qualora non sia stata nominata un'apposita commissione od altro soggetto;

- rilascia il certificato attestante l'avvenuta ultimazione delle prestazioni.

### 3. L'avvio dell'esecuzione del contratto

L'art. 302 del Regolamento prevede che l'esecuzione del contratto di appalto prenda avvio, successivamente al perfezionamento dell'efficacia dell'atto negoziale e salvo i casi di esecuzione anticipata di cui si dirà di seguito, con la relativa comunicazione che il direttore dell'esecuzione, appositamente autorizzato dal RUP, rivolge all'aggiudicatario.



#### **Il dies a quo per l'avvio dell'esecuzione**

*Con riguardo all'avvio dell'esecuzione nelle forniture e nei servizi si evidenzia che l'art. 302, comma 7, del Regolamento prevede l'applicazione dell'art. 153, comma 2, riferito agli appalti di lavori. Pertanto anche per i contratti di servizi e forniture stipulati dalle amministrazioni statali l'avvio dell'esecuzione deve aver luogo non oltre quarantacinque giorni dalla data di registrazione alla Corte dei Conti del decreto di approvazione del contratto e non oltre quarantacinque giorni dalla data di approvazione del contratto quando la registrazione della Corte dei Conti non è richiesta per legge. La stessa disposizione prevede che per i cottimi fiduciari il termine decorra dalla data di accettazione dell'offerta.*

Il direttore dell'esecuzione deve dunque fornire all'esecutore tutte le istruzioni e direttive necessarie per l'avvio dell'esecuzione del contratto. In caso di inosservanza da parte dell'esecutore di tali istruzioni e direttive, l'art. 303 del Regolamento consente alla stazione appaltante di valutare la possibilità di procedere all'eventuale risoluzione contrattuale.

La stazione appaltante potrà peraltro prevedere, con apposita clausola inserita nel contratto o nel capitolato speciale, che venga redatto, in doppio esemplare, da parte del direttore dell'e-

secuzione, un verbale di avvio dell'esecuzione del contratto in contraddittorio con l'esecutore.



#### **Il contenuto del verbale**

*L'art. 304 del Regolamento stabilisce che il verbale di avvio dell'esecuzione del contratto deve contenere, a seconda della natura della prestazione, i seguenti elementi:*

- a) l'indicazione delle aree e degli ambienti interni ed esterni in cui l'esecutore svolge l'attività;*
- b) la descrizione dei mezzi e degli strumenti eventualmente messi a disposizione dell'esecutore dalla stazione appaltante per l'esecuzione dell'attività;*
- c) la dichiarazione che gli ambienti nei quali devono effettuarsi le attività oggetto del contratto sono liberi da persone e cose ovvero che, in ogni caso, lo stato attuale degli ambienti è tale da non impedire l'avvio e la prosecuzione dell'attività.*

L'art. 302, commi 5 e 6, del Regolamento disciplina i casi in cui l'esecuzione del contratto, a seguito della stipulazione, non è avviata per fatti o colpe della stazione appaltante. In questi casi è riconosciuta all'aggiudicatario la facoltà di avanzare istanza di risoluzione, la cui accettazione è rimessa però ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante. Tuttavia quest'ultima non può rigettare l'istanza qualora il ritardo dell'avvio superi metà del termine contrattuale previsto o sei mesi complessivi decorrenti da quando il contratto diventa efficace.

Vi è peraltro una differenza tra le spettanze riconosciute dalla stazione appaltante all'operatore economico in caso di accettazione dell'istanza di risoluzione rispetto a quelle riconosciute in caso di rigetto della medesima e di avvio tardivo dell'esecuzione. Nel primo caso infatti è corrisposto all'aggiudicatario un rimborso delle spese contrattuali, nonché di tutte quelle effettivamente sostenute e documentate. Nel secondo caso all'aggiudicatario spetta invece

un compenso per i maggiori oneri derivanti dal ritardato avvio delle lavorazioni, da calcolarsi secondo le modalità previste dall'art. 305 del Regolamento.



### **Il compenso spettante per il ritardato avvio dell'esecuzione**

L'art. 305 del Regolamento stabilisce che:

1. *Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso dell'esecutore dal contratto per ritardo nell'avvio dell'esecuzione attribuibile a fatto o colpa della stazione appaltante, l'esecutore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali nonché delle altre spese effettivamente sostenute e documentate in misura comunque complessivamente non superiore alle seguenti percentuali, calcolate sull'importo netto dell'appalto:*
  - 1,00 per cento per la parte dell'importo fino a 258.000 euro;
  - 0,50 per cento per la eccedenza fino a 1.549.000 euro;
  - 0,20 per cento per la parte eccedente i 1.549.000 euro;
2. *Ove l'istanza di recesso non sia accolta e si proceda tardivamente alla consegna, l'esecutore ha diritto al risarcimento dei danni dipendenti dal ritardo, pari all'interesse legale calcolato sull'importo corrispondente alla produzione media giornaliera, determinata sull'importo contrattuale dal giorno di notifica dell'istanza di recesso fino alla data di avvio dell'esecuzione del contratto.*

### **3.1. I casi di esecuzione anticipata**

L'art. 302, comma 2, del Regolamento, coerentemente con quanto disposto dall'art. 11, comma 9, del Codice prevede che il RUP possa autorizzare l'esecuzione anticipata della prestazione a seguito dell'efficacia dell'aggiudicazione definitiva e prima della sottoscrizione del contratto nei casi di seguito indicati:

- quando il contratto ha ad oggetto beni o servizi che, per la loro natura o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti;

- in casi di comprovata urgenza.

Il provvedimento con il quale il RUP autorizza l'esecuzione anticipata dovrà essere adeguatamente motivato in ordine alle concrete circostanze che richiedono appunto l'anticipazione. Quando peraltro all'avvio anticipato dell'esecuzione non segua la stipula del contratto, all'aggiudicatario è riconosciuto il rimborso delle spese sostenute per la parte della prestazione già eseguita.



### **L'esecuzione anticipata e l'art. 11, comma 9, del Codice**

*Si ricorda che ai sensi dell'art. 11, comma 9 del Codice l'esecuzione di urgenza non è consentita durante il termine dilatorio di 35 giorni (di cui all'art. 11, comma 10) nonché durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto (di cui all'art. 11, comma 10-ter), salvo che in due sole ipotesi:*

- nelle procedure senza pubblicazione del bando di gara;
- nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

*In considerazione della disposizione sopra richiamata si evidenzia come al ricorrere delle ipotesi individuate dall'art. 302, comma 2, del Regolamento, sarà opportuno, in via prudenziale, che la stazione appaltante:*

- se ricorre l'ipotesi di un grave danno all'interesse pubblico, nel dare avvio anticipato all'esecuzione motivi anche in tal senso il provvedimento;
- se non ricorre la predetta ipotesi, attenda il decorso dei termini dilatori o di sospensione per dare successivamente avvio all'esecuzione anticipata.

*Nell'ipotesi della procedura senza la pubblicazione del bando, l'esecuzione anticipata sarà comunque possibile in caso di urgenza anche durante il termine dilatorio e di sospensione.*

### **4. La sospensione dell'esecuzione del contratto**

L'art. 308 del Regolamento disciplina le ipotesi in cui il direttore dell'esecuzione può ordinare la sospensione temporanea dell'esecuzione contrattuale e dei relativi termini.

In particolare la sospensione dell'esecuzione può essere disposta dal direttore dell'esecuzione, che

dovrà indicare le ragioni e l'imputabilità delle stesse, nei casi tassativamente indicati, ovvero:

- avverse condizioni climatiche;
- cause di forza maggiore;
- circostanze speciali che impediscano l'esecuzione o la realizzazione a regola d'arte della prestazione. Tra tali circostanze rientrano le situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso di esecuzione per la presenza di eventi inerenti alla natura ed alle specificità dei beni e dei luoghi sui quali si interviene, qualora le dette situazioni dipendano da fatti non prevedibili al momento della stipulazione del contratto;
- per ragioni di pubblico interesse o necessità.

La sospensione e la ripresa dell'esecuzione deve essere oggetto di verbalizzazione in contraddittorio con l'operatore economico secondo le modalità indicate ai commi 4 e 5 dell'art. 308 del Regolamento. A tale riguardo si evidenzia che nel verbale di ripresa delle attività occorre indicare il termine ultimo di esecuzione del contratto. Qualora il direttore dell'esecuzione sia un soggetto differente dal RUP, il verbale dovrà essere trasmesso a quest'ultimo entro cinque giorni dalla sua redazione.

In caso di sospensione il Regolamento prescrive che il termine per l'esecuzione dell'appalto è calcolato tenendo in considerazione la durata della sospensione in questione e gli effetti da questa prodotti. Il direttore dell'esecuzione potrà dunque mantenere fermo ovvero modificare il termine di esecuzione originariamente previsto nel contratto.



#### **Le disposizioni sulla sospensione dei contratti di lavori e l'applicabilità ai servizi ed alle forniture**

*Per le ipotesi di sospensione dell'esecuzione degli appalti*

*di forniture e servizi l'art. 308 del Regolamento prevede l'applicazione degli artt. 159 e 160, in quanto compatibili. Tali articoli, che si riferiscono agli appalti di lavori, disciplinano rispettivamente "ulteriori disposizioni relative alla sospensione e ripresa dei lavori" e i casi di "sospensione illegittima" da parte della stazione appaltante.*

*Al riguardo si ritiene utile ricordare quanto disposto dall'art. 159, comma 8, con riferimento alla possibilità che l'esecutore possa richiedere una proroga dei termini contrattuali qualora per cause non imputabili a quest'ultimo non sia possibile concludere la prestazione nei termini previsti.*

*La richiesta di proroga dovrà essere formulata con congruo anticipo rispetto alla scadenza del termine contrattuale e in ogni caso la concessione non pregiudica i diritti spettanti all'esecutore per l'eventuale imputabilità della maggiore durata a fatto della stazione appaltante. Il soggetto competente a rispondere alla predetta richiesta è il RUP, sentito il direttore dell'esecuzione se soggetto diverso, che dovrà provvedere nel termine di trenta giorni dal suo ricevimento.*

## **5. La modifica delle prestazioni contrattuali**

L'art. 114 del Codice stabilisce che le varianti in corso di esecuzione del contratto sono ammesse nei casi stabiliti dal Codice medesimo.

Con espresso riferimento ai contratti relativi a servizi e forniture ovvero ai contratti misti che comprendono anche servizi e forniture la suddetta disposizione del Codice rimanda peraltro al Regolamento per l'individuazione dei casi in cui sono ammesse varianti in corso di esecuzione, nel rispetto dell'art. 132 del Codice. Ebbene, posto che tale articolo disciplina le varianti per l'appalto d'opera, per quanto attiene agli appalti di servizi e forniture si può ritenere che la relativa disciplina sia contenuta sostanzialmente nel Regolamento.

A tal proposito, in via generale, occorre precisare fin da subito che le varianti o le modifiche contrattuali possono riguardare sia l'aspetto qualitativo sia quello quantitativo della fornitura o del servizio e si sostanziano, dunque, nella individuazione di condizioni tecniche, prezzi,

termini e quantità differenti rispetto alle prescrizioni dell'atto negoziale. In ogni caso le modifiche alle originarie prestazioni dovranno sempre rispettare le finalità perseguite dalla stazione appaltante con l'espletamento della procedura di gara.

Il Regolamento, nel trattare delle modifiche in corso di esecuzione del contratto, procede ad una distinzione tra modifiche introdotte dall'esecutore (art. 310) e varianti introdotte dalla stazione appaltante (art. 311).

L'art. 310 del Regolamento stabilisce che le prestazioni contrattuali non possono essere oggetto di modifica o variazione da parte dell'esecutore:

- in assenza di disposizioni del direttore dell'esecuzione e senza preventiva approvazione della stazione appaltante;
- in assenza delle condizioni e dei limiti previsti dall'art. 311 del Regolamento.

Stante il richiamo all'art. 311, è evidente che l'esecutore potrà introdurre varianti e modifiche soltanto al ricorrere delle stesse condizioni alle quali è consentita anche alla stazione appaltante l'introduzione di varianti, fermo restando che mentre al ricorrere delle predette condizioni la stazione appaltante avrà sempre la facoltà di introdurre varianti, l'esecutore non potrà introdurre varianti senza la preventiva approvazione dell'amministrazione.

Le modifiche non previamente autorizzate dunque, non possono dar titolo a pagamenti o rimborsi di sorta ed anzi, ove il direttore dell'esecuzione lo giudichi opportuno, comportano il ripristino, a carico dell'esecutore, della situazione originaria preesistente.

Come anticipato, l'art. 311 del Regolamento disciplina le condizioni ed i limiti entro i quali la stazione appaltante deve operare per richiedere variazioni ai contratti stipulati, in assenza dei quali non potranno considerarsi legittime le

varianti o modifiche introdotte.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo in esame, la stazione appaltante può ammettere variazioni al contratto nei seguenti casi:

- esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;
- cause impreviste e imprevedibili accertate dal RUP o intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite;
- presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto.

In relazione a tali variazioni - differentemente da quanto accade per le varianti c.d. migliorative individuate all'art. 311, comma 3, di cui si dirà di seguito - non sussiste alcun limite quantitativo, ossia la stazione appaltante potrà ammettere variazioni senza limiti di importo. Tuttavia a tal proposito occorre operare una distinzione in quanto, ai sensi dell'art. 311, comma 4, la stazione appaltante può chiedere:

- variazioni in aumento o in diminuzione delle prestazioni contrattuali fino a concorrenza del quinto del prezzo complessivo;
- variazioni in aumento o in diminuzione delle prestazioni contrattuali oltre alla concorrenza del quinto del prezzo complessivo.

Nel primo caso l'esecutore è tenuto ad eseguire tali variazioni previa sottoscrizione di un atto di sottomissione, alle stesse condizioni sia economiche (prezzo) sia tecnico-amministrative (specifiche tecniche e termini) del contratto originario.

Nel secondo caso invece la stazione appaltante dovrà previamente acquisire il consenso dell'ese-

cutore e solo allora potrà procedere con la stipula di un atto aggiuntivo al contratto principale.

L'atto con il quale si formalizza la variazione è sottoposto allo stesso *iter* di controllo del contratto principale sia con riguardo ai controlli della stazione appaltante sia con riguardo ai controlli degli organi esterni.

L'art. 311, comma 3 ammette varianti, in aumento o diminuzione, nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, aventi la finalità di garantire la migliore funzionalità delle prestazioni oggetto del contratto, a condizione che le stesse non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze, derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'ammissione di queste varianti migliorative è prevista alla seguenti condizioni:

- le varianti non possono comportare aumenti o diminuzioni dell'importo contrattuale superiori al 5% dell'importo originario;
- gli aumenti contrattuali devono trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione della prestazione;
- le varianti devono essere approvate dal RUP ovvero dal soggetto competente secondo gli ordinamenti delle stazioni appaltanti.

Con riguardo alle varianti di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 311 del Regolamento, il successivo comma 5 prevede che l'esecutore è obbligato ad assoggettarsi alle variazioni richieste dalla stazione appaltante (ed accettate dall'esecutore nel caso in cui siano superiori al quinto del prezzo contrattuale) alle stesse condizioni previste dal contratto.

In ogni caso, l'art. 311, comma 6 - nello stabilire che l'esecutore ha l'obbligo di eseguire tutte le variazioni di carattere non sostanziale che siano ritenute opportune dalla stazione appaltante e che il direttore dell'esecuzione del contratto

abbia ordinato, a condizione che non mutino sostanzialmente la natura delle attività oggetto del contratto e non comportino a carico dell'esecutore maggiori oneri - prevede un certo margine di discrezionalità in capo al direttore dell'esecuzione per poter introdurre tutte quelle varianti ritenute migliorative, quando le stesse non comportino ulteriori e maggiori costi per l'esecutore.

## 6. Il collaudo

Le operazioni di collaudo hanno l'obiettivo di verificare che la prestazione oggetto del contratto sia stata eseguita in conformità alle prescrizioni pattuite sia sotto l'aspetto tecnico sia sotto l'aspetto contabile.

L'art. 120 del Codice disciplina le modalità di affidamento degli incarichi di collaudo da parte della stazione appaltante indistintamente per gli appalti di lavori, servizi e forniture ed opera un rinvio al Regolamento per quanto riguarda le modalità di svolgimento della verifica in questione con riferimento sia ai contratti sopra soglia sia a quelli sotto soglia comunitaria, sebbene per questi ultimi siano previsti criteri semplificati.

### 6.1. Il conferimento dell'incarico di collaudo

L'art. 120, comma 2 bis, del Codice prevede che l'incarico di collaudatore è affidato:

- a soggetti in possesso di specifiche professionalità in relazione all'oggetto del contratto. Tali professionalità sono desunte dai *curricula* e da ogni altro elemento ritenuto utile dalla stazione appaltante;
- mediante formale e motivato atto di nomina, che indichi i requisiti di competenza ed esperienza del soggetto incaricato.

La stazione appaltante conferisce l'incarico di collaudatore:

- a propri dipendenti od a dipendenti di altra amministrazione;
- a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l'affidamento dei servizi, nell'ipotesi di carenza in organico di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal RUP, ovvero nel caso di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia.



#### Il procedimento per l'individuazione del collaudatore

*Con riferimento alla previsione contenuta nell'art. 120, comma 2 bis, del Codice, la quale dispone che la stazione appaltante debba individuare il collaudatore tra i propri dipendenti o tra i dipendenti di altra amministrazione, deve ritenersi che tale ultima soluzione sia condizionata all'accertamento della mancanza di figure professionali idonee presso l'amministrazione appaltante. Quest'ultima dovrà dunque opportunamente motivare la scelta in tal senso alla stregua di quanto espressamente previsto per l'ipotesi di nomina di un collaudatore esterno alle pubbliche amministrazioni.*

*La norma in questione necessita peraltro di un coordinamento con le disposizioni di cui all'art. 314 del Regolamento. Alla luce di tale articolo infatti l'attività di verifica della prestazione e dunque di collaudo è di regola, fatta eccezione per i contratti di particolare complessità tecnica, svolta dal direttore dell'esecuzione. Ciò implica l'opportunità per la stazione appaltante di valutare già nel momento di scelta del direttore dell'esecuzione il possesso in capo a tale soggetto della professionalità adeguata per svolgere anche le funzioni di futuro collaudatore.*

#### 6.2. Le attività di collaudo: oggetto e termini

Le attività di collaudo sono disciplinate dagli artt. 312 e ss. del Regolamento, ove sono definite come attività di verifica di conformità. In particolare, ai sensi dell'art. 312, comma 2, la stazione appaltante accerta:

- che le prestazioni effettuate dall'esecutore sia-

no state eseguite a regola d'arte sotto il profilo tecnico e funzionale, in conformità e nel rispetto delle condizioni, modalità, termini e prescrizioni del contratto, nonché nel rispetto delle eventuali leggi di settore;

- che i dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi corrispondano fra loro e con le risultanze di fatto, fermi restando gli eventuali accertamenti tecnici previsti dalle leggi di settore.

L'attività di collaudo può, peraltro, assumere caratteristiche diverse, con riferimento alle modalità ed alla tempistica di svolgimento, a seconda che le prestazioni abbiano ad oggetto servizi o forniture, nonché a seconda della tipologia dell'appalto. In particolare, sono individuabili, di norma, le seguenti ipotesi:

- appalto di fornitura in un'unica soluzione, oppure a somministrazione. L'attività di collaudo è effettuata al termine della prestazione, successivamente alla comunicazione di approntamento dei beni da parte dell'esecutore alla stazione appaltante. In tal caso le specifiche tecniche o le clausole contrattuali possono prevedere alternativamente collaudi effettuati sulla totalità dei beni mediante verifica centesimale ovvero su base campionaria;
- appalto di fornitura e posa in opera. L'attività di collaudo è svolta al termine delle operazioni di installazione. In tale caso il collaudo attiene sia ai beni oggetto del contratto sia alle operazioni necessarie per la posa in opera. Anche in questa ipotesi la verifica può essere totale o avvenire su base campionaria;
- appalto di servizi continuativi o periodici (ad esempio servizi di pulizia, di vigilanza, di ristorazione, etc.). L'attività di collaudo è svolta durante l'esecuzione delle prestazioni con riferimento alle singole attività oggetto del contratto;

- appalto di servizi con prestazione finale (ad esempio servizi di consulenza informatica, di riparazione, di ricerca e sviluppo, etc.). L'attività di collaudo è svolta al termine dell'esecuzione del servizio. Anche in tal caso le specifiche tecniche o le clausole contrattuali stabiliscono se il collaudo è eseguito sulla totalità delle prestazioni rese ovvero su base campionaria.



#### **Le verifiche a campione e le verifiche in forma semplificata**

*L'art. 312, comma 3, del Regolamento prevede espressamente che nei casi in cui le particolari caratteristiche dell'oggetto contrattuale non consentano la verifica di conformità per la totalità delle prestazioni contrattuali, sia fatta salva la possibilità di effettuare, in relazione alla natura dei beni e dei servizi ed al loro valore, controlli a campione con modalità comunque idonee a garantire la verifica dell'esecuzione contrattuale.*

*Va peraltro evidenziato che le verifiche su base campionaria risultano legittime esclusivamente nel caso in cui il campione individuato sia rappresentativo dell'intera fornitura o servizio. In tale prospettiva le modalità di campionamento devono risultare oggetto di espressa previsione contrattuale ed il numero dei beni oggetto di collaudo deve garantire l'adeguatezza del livello di qualità delle prestazioni contrattuali eseguite, consentendo la formulazione del giudizio finale sulle medesime.*

*L'art. 312, comma 4, del Regolamento prevede, inoltre, la possibilità del collaudo in forma semplificata, allorché le particolari caratteristiche dell'appalto non consentano l'effettuazione delle ordinarie attività di verifica di conformità. In tali ipotesi la stazione appaltante effettua il collaudo ricorrendo all'utilizzo di certificazioni di qualità o a documentazione di contenuto analogo, rilasciate da organi terzi ed attestanti la conformità dei servizi e delle forniture alle prescrizioni ed ai requisiti contrattuali.*

La verifica di conformità, secondo la disciplina dell'art. 313 del Regolamento, è attivata entro venti giorni dalla comunicazione di ultimazione della prestazione o diverso termine stabilito dal contratto. La *ratio* di stabilire un termine per

l'avvio delle attività di verifica deriva dalla necessità di garantire all'appaltatore certezza circa l'esito della prestazione, evitando, in tal modo, di dilatare il lasso di tempo intercorrente tra la comunicazione di ultimazione dell'appalto ed il riscontro tecnico-contabile dello stesso.

Come detto per alcune tipologie di prestazioni la verifica di conformità non avviene peraltro al termine della prestazione, bensì in corso di esecuzione. Pertanto l'art. 313, commi 2 e 3, individua in capo alla stazione appaltante:

- l'obbligo di svolgimento del collaudo durante l'esecuzione per i contratti caratterizzati da particolari aspetti tecnici che non permettono di procedere a verifica al termine delle attività o per i contratti con prestazioni continuative;
- la facoltà di procedere a verifiche di conformità in corso di esecuzione, con cadenza adeguata, per un accertamento progressivo della regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Ai sensi dell'art. 316, comma 1, le attività di verifica devono essere concluse entro il termine stabilito dal contratto e comunque non oltre sessanta giorni dalla conclusione dell'esecuzione contrattuale, ovvero entro il diverso termine previsto nell'ordinamento di ciascuna stazione appaltante.

### **6.3. I soggetti della verifica**

La verifica delle prestazioni è effettuata in contraddittorio con l'esecutore.

Il Regolamento individua i soggetti che rappresentano la stazione appaltante nella fase di verifica. L'art. 314 disciplina le modalità di affidamento dell'incarico della verifica di conformità prevedendo una regola generale secondo la quale il direttore dell'esecuzione svolge direttamente le attività di collaudo ad eccezione dei contratti di particolare complessità di cui all'art.

300, comma 2 lett. b). In tali casi l'attività di collaudo è affidata ad un soggetto differente dal direttore dell'esecuzione o ad una commissione appositamente incaricata, comunque in possesso delle competenze tecniche necessarie in relazione all'oggetto del contratto.



### Le incompatibilità nell'affidamento dell'incarico di verifica della prestazione

L'art. 314, commi 2 e 3, del Regolamento disciplina le ipotesi di incompatibilità dei soggetti esterni nelle ipotesi in cui la stazione appaltante incarica della verifica un soggetto diverso dal direttore dell'esecuzione del contratto o una commissione nel caso di prestazioni di cui all'art. 300, comma 2, lett. b) ovvero appalti di particolare complessità intesa come caratteristiche dell'oggetto dell'appalto in termini di:

- elevato profilo tecnologico;
  - numerosità di competenze;
  - utilizzo di componenti o processi produttivi innovativi o che richiedono determinate conoscenze tecniche.
- I soggetti designati sono infatti sottoposti ad un particolare regime di incompatibilità e più precisamente non possono essere individuati come collaudatori:
- i magistrati ordinari, amministrativi e contabili, e gli avvocati e procuratori dello Stato, in attività di servizio;
  - coloro che nel triennio antecedente hanno avuto rapporti di lavoro autonomo o subordinato con l'esecutore o con i subappaltatori della prestazione oggetto della verifica di conformità;
  - coloro che hanno comunque svolto o svolgono attività di controllo, progettazione, approvazione, autorizzazione, vigilanza o direzione dell'esecuzione delle forniture o dei servizi da verificare;
  - i soggetti che facciano parte di strutture o di articolazioni organizzative comunque denominate di organismi con funzioni di vigilanza o di controllo nei riguardi dell'intervento da verificare;
  - soggetti che hanno espletato le attività di verifica di cui all'articolo 280, comma 2 (in tema di incarichi di progettazione).

Ferme restando le incompatibilità anzidette lo stesso art. 314, al comma 4, disciplina la rotazione dell'incarico di collaudatore allorquando tale responsabilità è affidata a soggetti non appartenenti all'organico della stazione appaltante. Tale disposizione prevede che un soggetto non può essere incaricato di una nuova verifica di con-

formità dalla parte della stessa amministrazione se non sono trascorsi almeno:

- tre mesi dalla chiusura delle operazioni di una precedente verifica, nel caso di verifiche in corso di esecuzione;
- sei mesi dalla chiusura delle operazioni di una precedente verifica, nel caso di verifiche non in corso di esecuzione.

Nel caso di stazioni appaltanti con più articolazioni sul territorio nazionale il divieto è limitato alla singola articolazione locale.



### Il funzionamento della commissione di collaudo

La commissione di collaudo incaricata dello svolgimento delle verifiche nel caso di contratti di servizi e forniture opera secondo le disposizioni dettate dal Regolamento per i contratti di lavori, secondo la disposizione dettata dall'art. 314, comma 5, che opera un integrale rinvio all'art. 220.

L'organo collegiale opera sotto la direzione del proprio presidente redigendo un verbale al termine delle attività. Un elemento di innovazione in tema di funzionamento delle commissioni è rappresentato dalla facoltà, prevista dall'art. 314, comma 2, di nominare commissioni composte da due soggetti (differente dalla tipica composizione della commissione in numero dispari). In tale evenienza la disposizione prevede che la volontà del presidente debba prevalere su quella dell'altro componente, che in ogni caso ha il diritto di esporre negli atti di collaudo le proprie ragioni di dissenso.

Dal quadro normativo delineato vi potrà essere:

- coincidenza tra gli incarichi di RUP, direttore dell'esecuzione e collaudatore;
- distinzione dell'incarico di RUP e direttore dell'esecuzione che assolve, comunque, anche i compiti di verifica;
- distinzione tra gli incarichi di RUP, direttore dell'esecuzione e collaudatore o commissione di collaudo.

Nelle ultime due ipotesi, ai sensi dell'art. 315 del Regolamento, il RUP dovrà trasmettere al soggetto o alla commissione incaricata della verifica

di conformità gli atti necessari per lo svolgimento delle attività ossia:

- copia degli atti di gara;
- copia del contratto;
- documenti contabili;
- certificati ed eventuali prove effettuate;
- eventuali contestazioni dell'esecutore.

#### 6.4. Lo svolgimento della verifica

Le modalità di svolgimento della verifica si differenziano a seconda che la medesima debba essere eseguita durante l'esecuzione del contratto o al termine della prestazione. Il Regolamento, agli artt. 317 e 318, disciplina le due fattispecie individuando i diversi soggetti tenuti a presenziare alle operazioni di verifica. Più nel dettaglio:

- in caso di verifica in corso di esecuzione, il collaudatore deve invitare ai controlli sia l'esecutore sia il direttore dell'esecuzione; se vi è coincidenza tra il collaudatore e il direttore dell'esecuzione l'invito deve essere rivolto ad un rappresentante della stazione appaltante;
- in caso di verifica al termine della prestazione, il collaudatore informa il RUP ed il direttore dell'esecuzione - se soggetto diverso da quest'ultimo - della data prevista per lo svolgimento del collaudo. Il direttore dell'esecuzione a sua volta informa l'esecutore del giorno della verifica perché quest'ultimo possa intervenire. Lo stesso direttore ha comunque l'obbligo di presenziare al controllo definitivo.

Il Regolamento, agli artt. 321, 322 e 323, disciplina lo svolgimento delle operazioni di verifica, a cura del soggetto incaricato. In applicazione delle citate disposizioni è possibile definire il seguente protocollo operativo:

- fase preliminare: in tale fase il collaudatore deve esaminare la documentazione ricevuta dal RUP in relazione alla tempistica ed alla

contabilità delle prestazioni oggetto del contratto al fine dell'eventuale applicazione delle penali previste, nonché procedere a formulare le proprie considerazioni sul modo con cui l'esecutore ha osservato le prescrizioni contrattuali e le eventuali indicazioni del direttore dell'esecuzione (art. 321, comma 1);

- fase di collaudo: in tale fase il collaudatore deve verificare il rispetto delle prescrizioni tecniche da parte dell'esecutore e indicare, per gli aspetti di carattere tecnico, la collaudabilità o meno del servizio o della fornitura, previo accertamento e documentazione delle eventuali problematiche che rendono non eseguibile tale verifica (art. 321, comma 2). L'esecutore può formulare proprie osservazioni e contestazioni, in merito alle quali il collaudatore fornisce il proprio parere con relazione riservata al direttore dell'esecuzione (art. 321, comma 3);
- fase conclusiva: in tale fase il collaudatore decide sull'esito del collaudo; la decisione può alternativamente sostanziarsi:

- in una accettazione della prestazione in caso di piena e regolare rispondenza dell'esecuzione alle prescrizioni del contratto. In tale ipotesi il soggetto incaricato della verifica rilascia il certificato di verifica di conformità contenente gli elementi richiamati dall'art. 322, comma 1. Il certificato se emesso dal direttore dell'esecuzione deve essere confermato dal RUP. L'esecutore nel termine di quindici giorni dalla ricezione è tenuto all'accettazione del certificato mediante sottoscrizione, con eventuale indicazione di contestazioni e/o osservazioni. In merito il soggetto incaricato della verifica informa il RUP (art. 323).

- in un rifiuto della prestazione in caso di gravi difetti o mancanze rispetto alle prescrizioni del contratto. In tale ipotesi non viene emesso

il certificato di verifica di conformità ed il RUP propone alla stazione appaltante gli eventuali provvedimenti successivi (applicazione di penalità, incameramento della garanzia, ecc.);

- in un rinvio dell'esito conclusivo, con assegnazione all'esecutore di un termine ad adempiere in caso di difetti o lievi mancanze che, qualora sanati, rendono comunque collaudabili le prestazioni. In tale ipotesi l'esecutore sarà tenuto a ottemperare alla predetta richiesta al fine di un nuovo successivo collaudo.



#### Il verbale delle verifiche

*Il soggetto incaricato della verifica di conformità al termine delle operazioni è tenuto a redigere un verbale delle attività svolte. Tale atto deve contenere gli elementi analiticamente individuati dall'art. 319, comma 1, del Regolamento, nonché una descrizione analitica dello svolgimento delle attività poste in essere che hanno consentito di definire un giudizio finale sulla prestazione svolta.*



#### Le verifiche per i contratti in economia

*In caso di contratti di servizi e forniture stipulati mediante il ricorso a procedure in economia la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 325 del Regolamento, può decidere di non conferire l'incarico di verifica, provvedendo a rilasciare esclusivamente, in luogo del certificato di verifica di conformità, una attestazione di regolare esecuzione emessa dal direttore dell'esecuzione e confermata dal RUP. Tale attestazione deve essere emessa non oltre 45 giorni dall'ultimazione dell'esecuzione e deve contenere:*

- gli elementi necessari all'individuazione della prestazione e dell'esecutore;
- il nominativo del direttore dell'esecuzione;
- le date di inizio e termine esecuzione;
- l'importo totale da corrispondere all'esecutore.

## 7. La liquidazione del contratto

### 7.1. Le penali

La penale costituisce lo strumento con cui la stazione appaltante sanziona il mancato rispetto degli obblighi contrattuali da parte dell'esecutore dell'appalto.

Le tipologie e modalità di applicazione delle penali devono essere necessariamente contenute nel contratto o nel regolamento di contabilità interno dell'amministrazione.

Il Codice prevede una espressa disciplina in tema di penali a fronte del ritardo nell'esecuzione dell'appalto esclusivamente nella materia dei lavori. Il Regolamento invece, nell'occuparsi delle penali, si riferisce sia ai lavori, sia ai servizi ed alle forniture rispettivamente agli artt. 145 e 298.

In particolare tale ultima disposizione rimanda all'autonomia negoziale della stazione appaltante per la puntuale individuazione della sanzione del ritardo in relazione alla tipologia, all'entità, alla complessità ed alla qualità della prestazione. Attraverso la previsione di penali, la stazione appaltante si cautela dunque per gli eventuali danni conseguenti a ritardi nell'esecuzione del contratto, sanzionando gli scostamenti tra i termini di adempimento previsti dall'atto negoziale in questione e quelli effettivamente rilevati.



#### Le penali applicate per inadempienze differenti dal ritardo

*La stazione appaltante può prevedere l'irrogazione di penalità per inadempienze diverse dal mancato rispetto dei termini contrattuali. La previsione di ulteriori penalità è rinvenibile nella necessità di monitorare taluni aspetti dello svolgimento della prestazione, con particolare riferimento alle modalità di svolgimento della prestazione oggetto dell'appalto e della conformità di questa alle specifiche tecniche.*

*Si pensi ad esempio alle penalità previste nel caso di*

appalti di servizi con prestazioni periodiche, (contratti di pulizia, vigilanza, ristorazione, ecc), ove venga in rilievo la specifica esigenza di un costante controllo della correttezza dell'esecuzione dell'appalto.

La stazione appaltante potrà dunque prevedere l'introduzione di penali diverse rispetto a quelle di cui alla previsione codicistica, a condizione che tale previsione sia corredata:

- da una puntuale modalità di calcolo delle penali individuate, proporzionata al valore dell'inadempienza riscontrata rispetto all'intero importo contrattuale;
- dalla individuazione di un procedimento di riscontro delle inadempienze in corso di esecuzione dell'appalto, che preveda il contraddittorio con l'esecutore.



### La misura del ritardato adempimento ed i premi per l'accelerazione

L'art. 298, comma 1, richiama l'applicazione dell'art. 145, comma 3, (riferito ai contratti di lavori) per la previsione in contratto della valutazione dei ritardi nell'esecuzione. Ai sensi di tale disposizione all'operatore economico è applicata una penale, variabile tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto del contratto e comunque non superiore complessivamente al 10% di quest'ultimo, per ogni giorno di ritardo rispetto al termine finale della prestazione.

La misura della penale, che deve essere comunque previamente fissata in sede di elaborazione degli atti di gara, deve altresì essere commisurata all'entità delle conseguenze legate all'eventuale ritardo; da ciò discende che la valutazione di tali conseguenze deve essere ponderata sulla base delle esigenze della stazione appaltante e degli obiettivi prefissati con la determinazione a contrarre.

La stazione appaltante ha la facoltà di prevedere in contratto, oltre le penali per il ritardo, anche eventuali premi per il termine anticipato della prestazione. Tali premi, ai sensi dall'art. 145, comma 9, sono erogati, per importi corrispondenti alla misura delle penali per ritardo, nei confronti dell'esecutore per ogni giorno di anticipo rispetto al naturale termine dell'esecuzione, sempre a condizione che tale anticipazione garantisca, comunque, la conformità della prestazione eseguita alle prescrizioni tecniche. La disposizione in argomento appare innovativa per il settore dei servizi e delle forniture anche se la sua applicazione deve essere valutata alla luce della possibilità per la stazione appaltante di trovare la relativa copertura finanziaria. Al fine di un cor-

retto impiego dello strumento dei premi per il termine anticipato dell'appalto, si ritiene dunque che la stazione appaltante debba sempre effettuare una preventiva valutazione del proprio interesse in tal senso.

Ai sensi dell'art. 298, comma 2, del Regolamento, il ritardo nell'adempimento degli obblighi contrattuali viene segnalato dal direttore dell'esecuzione al RUP, il quale provvede alla conseguente applicazione della penale, che verrà computata in sede di liquidazione contrattuale.



### La modalità di riscossione delle penali

L'ammontare delle penali è trattenuto sui crediti del contraente dipendenti dal contratto cui le medesime penali si riferiscono, senza preventiva costituzione in mora né diffida giudiziale. In caso di assenza o insufficienza del credito, l'ammontare delle penali è trattenuto sulla cauzione definitiva.

Nel caso in cui l'importo totale delle penali superi il 10% dell'importo contrattuale, il RUP propone alla stazione appaltante la risoluzione dell'atto negoziale per grave inadempimento. La disposizione in questione sembrerebbe dunque prevedere in capo al RUP un vero e proprio obbligo di attivazione del procedimento di risoluzione contrattuale.



### Il limite del 10% dell'importo contrattuale

Il valore del 10% dell'importo contrattuale, individuato sia nell'art. 145, comma 3, sia nell'art. 298, comma 2, del Regolamento, rappresenta il limite massimo di penali applicabili ad ogni contratto di appalto. Tale limite deve ritenersi riferibile anche ai contratti che prevedono penali aggiuntive rispetto al ritardato adempimento. In presenza di clausole contrattuali in tal senso il limite del 10% sarà peraltro applicabile al complesso delle penali rilevate.

Pur in assenza di disposizioni da parte del Codice e del Regolamento appare opportuno indicare un eventuale protocollo operativo per l'applicazione di penalità connesse sia al ritardo nell'esecuzione sia ad ulteriori e diversi inadempimenti agli obblighi contrattuali:

- rilevazione del ritardo o dell'inadempimento da parte del direttore dell'esecuzione e conseguente segnalazione al RUP;
- avvio del procedimento di contestazione della penalità all'operatore economico con assegnazione a quest'ultimo del termine previsto in contratto per la presentazione delle proprie giustificazioni. La contestazione sollevata deve contenere la puntuale indicazione della disposizione contrattuale violata;
- conclusione del procedimento di irrogazione della penale con provvedimento motivato del RUP, entro il termine previsto dal contratto;
- applicazione della penalità in sede di liquidazione. In sede istruttoria il RUP compie peraltro una valutazione in ordine alla gravità dell'inadempimento, sulla cui base la stazione appaltante potrà:

- a) dichiarare risolto il contratto e incamerare la cauzione, in misura proporzionale alla parte del contratto non eseguita;
- b) provvedere all'esecuzione in danno del contratto o della parte del contratto non eseguita;
- c) lasciar proseguire l'esecuzione del contratto con esclusiva applicazione delle penalità previste.

Nelle ipotesi sub a) e b) al contraente è liquidata soltanto la parte di fornitura o delle prestazioni collaudate con esito positivo.



#### **La disapplicazione delle penalità**

*L'art. 145, commi 7 e 8, del Regolamento, con riferi-*

*mento agli appalti di lavori, prevede la facoltà in capo all'esecutore di presentare istanze tese ad ottenere la totale o parziale disapplicazione delle penali.*

*Tale facoltà si esercita mediante la presentazione di una motivata istanza da parte dall'operatore economico per le conseguenti valutazioni della stazione appaltante. In caso di accertata non imputabilità del ritardo all'esecutore o di manifesta non proporzionalità delle penali rispetto all'interesse della stazione appaltante, quest'ultima provvede, su proposta del RUP e sentito il direttore dei lavori e l'organo di collaudo se costituito, alla disapplicazione delle stesse.*

*Seppure nel Regolamento manchi una analoga previsione in materia di servizi e forniture, la disapplicazione delle penali deve ritenersi comunque possibile qualora prevista nei capitolati generali d'oneri dell'amministrazione.*

## **7.2. I pagamenti**

La disciplina dei pagamenti dei contratti di appalto di forniture e servizi è affidata al combinato disposto degli artt. 307 e 324 del Regolamento. Dalla disciplina contenuta in tali norme si ricava che l'unità organizzativa competente alla liquidazione del contratto provvede ai pagamenti a seguito della ricezione della contabilità relativa all'atto negoziale, predisposta secondo le prescrizioni dell'ordinamento della singola stazione appaltante e comunque successivamente all'emissione del certificato di verifica di conformità o all'attestazione di regolare esecuzione, ove previsto. Tale ultima circostanza si pone come necessaria per il pagamento della prestazione, costituendo momento di accertamento congiunto del direttore dell'esecuzione e del RUP sulla conformità dell'esecuzione stessa, in termini sia qualitativi sia quantitativi, rispetto alle prescrizioni dell'atto negoziale. L'esecutore ha facoltà di presentare contestazioni scritte in occasione dei pagamenti.

Si ricorda come i documenti relativi all'esito delle verifiche svolte, secondo gli articoli 322 e 325 del Regolamento, debbono contenere l'importo delle penali applicate e l'importo to-

tale o a saldo da corrispondere all'esecutore, essere sottoscritti dai soggetti incaricati e nei casi previsti confermati dal RUP. Pertanto, sotto il profilo operativo in tema di redazione della contabilità e fermo restando il rinvio ai singoli ordinamenti delle stazioni appaltanti, il direttore dell'esecuzione è tenuto a redigere un prospetto di liquidazione contenente un'analitica rendicontazione contabile del generale andamento dell'iter contrattuale, dall'avvio dell'esecuzione alla comunicazione di approntamento dei beni, nel caso di forniture, o al termine, finale o intermedio, della prestazione nel caso di appalti di servizi.

#### 7.2.1. I TERMINI E GLI ADEMPIMENTI OBBLIGATORI

La stazione appaltante indica nel contratto i termini e le modalità di pagamento relativi alle prestazioni contrattuali.

In caso di ritardato pagamento, l'art. 307, comma 3, dispone peraltro che resta fermo quanto disposto dal D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 in relazione ai ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali. In particolare il citato decreto legislativo, nel prevedere l'applicazione di interessi di mora nelle transazioni effettuate dalle pubbliche amministrazioni, stabilisce all'art. 4 che gli stessi siano dovuti, in assenza di previsione espressa di un termine di pagamento nel contratto, dal trentesimo giorno successivo ad uno degli eventi previsti dal medesimo art. 4, comma 2, senza che sia necessaria la costituzione in mora della stazione appaltante.



#### **Le situazioni previste dall'art. 4, comma 2 del D. Lgs. n. 231 del 2002**

*L'art. 4 del D.Lgs. n. 231 del 2002 prevede che il termine dei trenta giorni decorra, alternativamente, dalla*

*data di:*

- a. ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;*
- b. ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;*
- c. ricevimento delle merci o dalla prestazione dei servizi, quando la data in cui il debitore riceve la fattura o la richiesta equivalente di pagamento è anteriore a quella del ricevimento delle merci o della prestazione dei servizi;*
- d. accettazione o di verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi alle previsioni contrattuali, qualora il debitore riceva la fattura o la richiesta equivalente di pagamento in epoca non successiva a tale data.*

*L'ipotesi di cui alla lettera d. riguarda i pagamenti delle stazioni appaltanti condizionati dallo svolgimento di attività di verifica della corretta esecuzione dell'appalto. In merito appare opportuno che la stazione appaltante definisca protocolli tesi alla rapida conclusione di dette verifiche al fine di non procrastinare eccessivamente il momento del pagamento.*

Sia le disposizioni contenute nell'art. 4 del D.Lgs. n. 231 del 2002 sia quelle contenute nell'art. 307 del Regolamento in buona sostanza sanciscono l'autonomia negoziale in capo alla stazione appaltante e all'operatore economico ai fini della determinazione del termine per effettuare il pagamento e della decorrenza dei relativi interessi di mora in caso di ritardo. A tale riguardo la giurisprudenza del Consiglio di Stato e l'AVCP hanno di recente precisato, rispettivamente con sentenza della Sezione IV, 2 febbraio 2010, n. 469 e con determinazione del 7 luglio 2010, n. 4, come tale autonomia non possa mai prevedere un'imposizione unilaterale da parte dell'amministrazione di una tempistica di pagamento superiore ai 30 giorni. Da un punto di vista operativo ne discende che:

- nelle procedure di gara ordinarie la stazione

appaltante non può unilateralmente inserire, nello schema di contratto o negli altri atti che compongono la *lex specialis*, clausole contrattuali che dispongano un termine di pagamento delle prestazioni contrattuali superiore a 30 giorni. La previsione di un termine superiore determina l'illegittimità della clausola, che potrà essere annullata;

- nelle procedure di gara che prevedono una negoziazione, quali il dialogo competitivo, le procedure negoziate nonché il cottimo fiduciario) la stazione appaltante e l'operatore economico possono pattuire termini di pagamento più ampi rispetto a quelli previsti dall'art. 4 del D.Lgs. n. 231 del 2002.



#### **Il ritardato pagamento e la responsabilità per danno erariale**

*Un'amministrazione provvedeva a corrispondere il prezzo pattuito per un servizio di raccolta, trasporto, selezione e smaltimento di rifiuti, oltre i termini previsti. Con delibera dell'amministrazione veniva riconosciuto il debito fuori bilancio e con successivi mandati di pagamento venivano corrisposte le somme dovute per il servizio prestato dalla società ed i conseguenti interessi di mora.*

*La competente sezione giurisdizionale della Corte dei Conti ha rilevato come tale debito fuori bilancio fosse riconducibile alla condotta gravemente colposa dei soggetti che avevano omesso di provvedere al pagamento nonostante i reiterati solleciti dell'impresa esecutrice.*

*La stessa Corte, a prescindere dalle motivazioni che avevano determinato il lungo ritardo nell'adempimento dell'obbligazione, ha evidenziato come:*

- a seguito dell'entrata in vigore della direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (recepita con d.lgs. 231/02), le pubbliche amministrazioni sono tenute a provvedere tempestivamente all'adempimento delle obbligazioni pecuniarie programmando le spese;
- la consolidata giurisprudenza contabile, relativa ai maggiori oneri finanziari derivanti da pagamenti intempestivi, qualifica la stessa fattispecie come dan-

*no erariale riconducibile alla condotta gravemente colposa consistente nell'omissione di provvedere al pagamento (Corte dei Conti, Sez. giur., Regione Campania, 21 dicembre 2010, n. 2887).*

L'attività di emissione del pagamento, in caso di atti negoziali che determinano impegni di spesa superiori ai 10.000 euro (al lordo dell'imposta sul valore aggiunto) è soggetta alle verifiche fiscali previste dall'art. 48 *bis* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602. Il regolamento in tema di disciplina sulla riscossione delle imposte sul reddito prevede, tra l'altro, lo svolgimento di verifiche, mediante procedura informatica attivata dalla società *Equitalia S.p.a.* (interamente partecipata dallo Stato), tese a controllare se il beneficiario delle somme sia inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento. Qualora da tale verifica dovesse risultare una situazione debitoria dell'appaltatore per un ammontare complessivo pari o superiore alla soglia indicata, l'amministrazione è tenuta a non procedere al pagamento e ad inviare una segnalazione all'agente della riscossione competente per territorio, in modo da sottoporre a recupero le somme iscritte a ruolo.



#### **Le disposizioni applicative MEF sull'art. 48 bis del D.P.R. 602/1973**

*Il Ministero dell'Economia e Finanze con D.M. 18 gennaio 2008, n. 40 e circolari 6 agosto 2007, n. 28 e 4 settembre 2007, n. 29 ha, rispettivamente, disciplinato l'applicazione della norma in argomento e fornito chiarimenti interpretativi sulla stessa.*

A livello operativo si evidenzia di seguito l'iter procedimentale previsto per la liquidazione del-

la prestazione eseguita:

- predisposizione del prospetto contabile a seguito delle operazioni di collaudo o di attestazione di regolare esecuzione e degli atti autorizzativi secondo le norme di contabilità di ogni stazione appaltante;
- verifiche fiscali in attuazione del D.P.R. 602/1973;
- verifiche in materia di regolarità contributiva;
- emissione del mandato di pagamento nel rispetto delle disposizioni in tema di tracciabilità dei pagamenti.

## 8. La risoluzione

La disciplina della risoluzione del contratto d'appalto è posta nel Codice agli articoli 135 e ss., con specifico riferimento alla materia dei lavori pubblici. Tuttavia essa costituisce il paradigma normativo di riferimento anche per i contratti di servizi e forniture: infatti il Regolamento all'art. 297 dispone espressamente che anche in relazione all'esecuzione dei servizi e forniture si applicano gli articoli da 135 a 140 del Codice. La disposizione regolamentare si premura di precisare al riguardo che i riferimenti contenuti in tali articoli al direttore dei lavori, ai lavori, alle opere, si intendono sostituiti dal riferimento al direttore dell'esecuzione, nonché ai servizi o alle forniture. Prima di procedere nell'esposizione è opportuno precisare che la risoluzione del contratto si determina in virtù di un atto di volontà di una delle parti che può essere adottato in presenza di determinati presupposti e che produce il venire meno dell'efficacia del contratto medesimo. Naturalmente in questa sede l'attenzione verrà concentrata sull'atto adottato dalla stazione appaltante.

### 8.1. Le ipotesi di risoluzione: presupposti e disciplina

Nel settore degli appalti pubblici ed in partico-

lare nell'ambito dei lavori pubblici il Codice ha previsto negli artt. 135 e 136 le seguenti ipotesi che possono condurre alla risoluzione del contratto per fatto dell'appaltatore: reati accertati, grave inadempimento e grave ritardo.

In via preliminare è opportuno precisare come, pur in presenza di una delle suddette ipotesi, non si verifica alcun automatismo. Il responsabile del procedimento infatti può in tali casi disporre la risoluzione ma non è obbligato in tale senso. È comunque evidente che in presenza dei presupposti indicati il responsabile del procedimento non può esimersi dal valutare discrezionalmente se sia necessario procedere alla risoluzione medesima.

Per quanto riguarda i presupposti prima ricordati è opportuno precisare quanto segue.

In relazione all'ipotesi di risoluzione del contratto per reati accertati, secondo l'art. 135 del Codice, il presupposto si concretizza allorché vi sia stata l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una misura ex art. 3, legge n. 1423 del 1956 e delle misure previste dagli artt. 2 ss. della legge 575 del 1965 o quando vi sia stato il passaggio in giudicato di una sentenza di condanna per frodi nei riguardi dei soggetti coinvolti direttamente nei lavori (ovvero nelle prestazioni contrattuali) o dei soggetti comunque interessati ai lavori (ovvero ai servizi e forniture) o quando vi sia stata violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro.

In presenza di una delle situazioni indicate il responsabile del procedimento può dunque proporre alla stazione appaltante la risoluzione del contratto. Peraltro nell'esercizio della discrezionalità che oggi gli viene riconosciuta, il responsabile del procedimento dovrà tenere conto dello stato di avanzamento delle prestazioni eseguite e delle eventuali conseguenze con

riferimento alle finalità dell'intervento. In ogni caso l'appaltatore avrà diritto al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite, decurtati gli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento. In relazione all'ipotesi di risoluzione del contratto per grave inadempimento, l'art. 136 del Codice prevede, al primo comma, che il grave inadempimento sia idoneo a compromettere la buona riuscita dell'opera, ovvero del servizio o della fornitura. Per quanto riguarda la disciplina procedurale l'art. 136 del Codice stabilisce che il direttore dei lavori, ovvero il direttore dell'esecuzione, che abbia accertato un grave inadempimento dell'esecutore è tenuto a trasmettere al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, nella quale siano indicate le prestazioni eseguite correttamente. La norma in esame è diretta a mettere il responsabile del procedimento in condizione di effettuare l'analisi dei costi-benefici per decidere se promuovere o meno la risoluzione del contratto. Nelle ipotesi indicate dalla normativa in esame emerge come il legislatore abbia voluto che fosse eseguita una valutazione *ex ante* e in astratto sull'interesse all'adempimento, visto che il fine ultimo del contratto d'appalto è quello di assicurare la «buona riuscita» dell'opera o dei servizi o delle forniture che si intendevano acquisire. La disciplina, tuttavia, pur nella genericità espositiva sulla definizione di "inadempimento grave", ha altresì stabilito che deve necessariamente sussistere uno stretto legame tra quello che è il concetto di gravità e quello dell'idoneità a compromettere la buona riuscita delle prestazioni contrattuali. Pur nell'ampiezza del valore interpretativo che si può attribuire al termine "inadempimento" - il quale può comprendere un numero piuttosto ampio di ipotesi identificative - esso va inteso nell'accezione più restrittiva

derivante dall'aggiunta dell'aggettivo "grave". Sempre con riferimento alla disciplina procedurale va evidenziata la competenza del direttore dell'esecuzione, su indicazione del responsabile del procedimento, alla contestazione degli addebiti all'appaltatore. A questi è assegnato un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al RUP.

Una volta acquisite le predette controdeduzioni la stazione appaltante procederà alla valutazione delle stesse. In caso di valutazione negativa, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la medesima stazione appaltante, sempre su proposta del RUP, dispone la risoluzione del contratto.

In relazione all'ipotesi di risoluzione del contratto a seguito di grave ritardo nell'esecuzione l'art. 136, disciplina, ai commi 4, 5 e 6, il relativo procedimento.

In particolare, è disposto che il direttore dei lavori (e dunque negli appalti di servizi e forniture il direttore dell'esecuzione) in caso di ritardo per negligenza dell'appaltatore, assegna a quest'ultimo un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere le prestazioni in ritardo. Trascorso tale termine, il direttore dell'esecuzione verifica, in contraddittorio con l'appaltatore o, in sua mancanza, con l'assistenza di due testimoni, l'avvenuta esecuzione delle prestazioni in questione. Di tale verifica compila processo verbale che trasmette al RUP, il quale, qualora l'inadempimento permanga, proporrà alla stazione appaltante la delibera della risoluzione del contratto.

## 8.2. I compiti della stazione appaltante dopo la risoluzione

La stazione appaltante, a seguito della risoluzio-

ne del contratto dovrà porre in essere una serie di adempimenti, come di seguito schematicamente indicati.

- a) Redazione dello stato di consistenza delle prestazioni eseguite: il RUP dispone, con preavviso di venti giorni, che il direttore dell'esecuzione curi tale adempimento.
- b) Redazione di un verbale di accertamento tecnico e contabile da parte dell'organo di collaudo, qualora nominato.
- c) Determinazione dell'onere da porre a carico dell'appaltatore inadempiente, in sede di liquidazione delle prestazioni, in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori, ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà di interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara.

### **8.3. La facoltà di affidare l'appalto ai soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara**

La stazione appaltante può, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto, ai sensi degli artt. 135 e 136 del Codice, interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria. Ciò al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento delle prestazioni a completamento dell'appalto. In particolare, l'art. 140 del Codice (di recente modificato dall'art. 4, comma 2, lettera p), del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, non ancora convertito in legge) stabilisce che:

- si proceda al suddetto interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente escluso l'originario aggiudicatario;
- l'affidamento avvenga alle medesime condi-

zioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta.





# I poteri di autotutela

CAPITOLO  
SECONDO

# I poteri di autotutela (Salvatore Dettori)

## 1. Il potere di autotutela della stazione appaltante: la revoca e l'annullamento d'ufficio

L'affidamento di un appalto pubblico, a prescindere dalla procedura di gara e dal criterio di aggiudicazione scelto dalla stazione appaltante, si configura come un procedimento amministrativo che si articola in una serie di atti finalizzati alla scelta del contraente e dunque all'aggiudicazione dell'appalto.

Può peraltro accadere che la stazione appaltante decida di eliminare uno o più degli atti adottati nel corso della procedura o, meglio, decida di far venire meno gli effetti di tali atti. In particolare ciò potrà avvenire in ragione di due circostanze:

- a) la stazione appaltante ha adottato un atto che non ritiene più opportuno o conveniente alla luce dell'interesse pubblico concreto che vuole perseguire;
- b) la stazione appaltante ha adottato un atto illegittimo di cui vuole che siano rimossi gli effetti.

In entrambi i casi l'amministrazione potrà agire in autonomia, esercitando il proprio potere in autotutela. Ciò avviene di regola attraverso il ricorso a due istituti:

- la revoca;
- l'annullamento d'ufficio.

Il fondamento normativo dell'esercizio del potere di autotutela in capo alle stazioni appaltanti deve ritenersi contenuto nell'art. 2, comma 3, del Codice, ai sensi del quale, per quanto non espressamente previsto nel Codice medesimo, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241. Nella suddetta legge, in virtù dell'intervento della legge 11 febbraio

2005, n. 15, sono stati introdotti gli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, riguardanti rispettivamente la revoca e l'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi.

Il Codice fa peraltro riferimento espresso al potere di autotutela in capo alla stazione appaltante:

- all'art. 11, comma 9, ove è stabilito che, a seguito dell'aggiudicazione, il contratto debba essere stipulato entro un determinato termine, fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti;
- all'art. 243-bis, comma 4, ove a proposito dell'obbligo in capo ai soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale di informare le stazioni appaltanti di tale intenzione, è previsto che la stazione appaltante comunichi le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. Nella medesima disposizione è altresì previsto che l'inerzia della stazione appaltante equivalga a diniego di autotutela.

Poste dunque le richiamate disposizioni normative in tema di autotutela, le stazioni appaltanti potranno procedere al riesame degli atti di volta in volta adottati nelle procedure per l'affidamento degli appalti e determinarsi alla revoca ovvero all'annullamento degli stessi.

L'esercizio di tale potere è consentito, in via generale, in qualsiasi momento della procedura di gara ovvero anche successivamente alla stipula del contratto e dunque nella fase di esecuzione dell'appalto.

## 2. L'oggetto del potere di autotutela

Oggetto dell'esercizio del potere di autotutela possono essere tutti gli atti adottati nel procedimento di gara, compresa l'aggiudicazione definitiva. A tal proposito il giudice amministrativo ha infatti avuto modo di evidenziare ad esem-

pio come, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione, rientri nella potestà discrezionale della pubblica amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di concreti motivi di pubblico interesse tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. St., Sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997).



#### L'esercizio del potere di autotutela a seguito della stipulazione del contratto

*La giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto alla stazione appaltante il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto qualora sussistano i presupposti dell'illegittimità dell'atto annullato e della sussistenza di un interesse pubblico da compararsi con quello del privato che abbia riposto un legittimo affidamento sulla stabilità dei suoi effetti (Cons. St., Sez. IV, 21 ottobre 2006, n. 6456).*

*Sul punto peraltro si è distinta l'ipotesi della revoca dell'aggiudicazione per motivi di opportunità e convenienza, la quale, qualora intervenga dopo la costituzione del rapporto contrattuale, è parsa in giurisprudenza difficilmente distinguibile dal recesso (TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 29 dicembre 2008, n. 6171).*

Il potere di autotutela può essere altresì esercitato parzialmente, nel senso che possono essere revocati o annullati solo alcuni atti del procedimento di gara. In tal caso rimarranno validi ed efficaci gli atti anteriori, qualora, rispetto a questi, non sussistano ragioni demolitorie e qualora tali atti si caratterizzino per una propria autonoma rilevanza nella procedura di gara.



#### L'esercizio del potere di autotutela e la validità degli atti precedentemente adottati

*In una gara avente ad oggetto il servizio di refezione*

*scolastica, la stazione appaltante aggiudica la gara ad un concorrente originariamente escluso e successivamente riammesso con provvedimento in autotutela dopo che erano state aperte le buste contenenti le offerte.*

*La riammissione alla gara e la conseguente aggiudicazione vengono impugnate. Secondo la società ricorrente nel caso in esame risulterebbe infatti violato il principio di segretezza delle offerte, nonché il principio della continuità della gara. La stazione appaltante avrebbe dunque dovuto annullare integralmente la gara e non solo gli atti compiuti successivamente all'esclusione di cui in sede di autotutela era stata accertata l'illegittimità. Il Consiglio di Stato, posto che secondo i principi generali del diritto amministrativo il potere di annullamento degli atti amministrativi può essere sempre esercitato parzialmente, con riferimento alla vicenda in questione ha sostenuto che nel caso di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione di uno o più concorrenti successivamente all'esame delle offerte:*

- *nelle procedure di aggiudicazione "automatiche", non occorre disporre la rinnovazione integrale della procedura, ma può legittimamente mantenersi fermo il sub procedimento di presentazione delle offerte e disporre la rinnovazione solo della fase dell'esame comparativo delle offerte già pervenute. Il criterio oggettivo e vincolato dell'aggiudicazione priva infatti di qualsiasi rilevanza l'intervenuta conoscenza da parte della commissione giudicatrice dei contenuti delle altre offerte già ammesse;*
- *nelle procedure di aggiudicazione che comportino apprezzamenti di discrezionalità tecnica o amministrativa, con attribuzione di punteggi legati a valutazioni di ordine tecnico, è necessario il rinnovo dell'intero procedimento a partire dalla stessa fase di presentazione delle offerte. La riammissione delle concorrenti originariamente escluse impedirebbe infatti di effettuare una valutazione delle loro offerte rispettando i principi della par condicio tra i concorrenti e della necessaria contestualità del giudizio comparativo, in quanto la seconda valutazione risulterebbe oggettivamente condizionata dall'intervenuta conoscenza delle precedenti offerte e dall'attribuzione del punteggio (Cons. St., Sez. V, 9 giugno 2008, n. 2843)*

### 3. I presupposti dell'esercizio del potere di autotutela

Parzialmente differenti sono peraltro i presupposti sulla cui base è consentito adottare un

provvedimento di revoca piuttosto che un provvedimento di annullamento, posto che in via di principio la revoca dovrebbe intervenire in presenza di una valutazione, condotta dalla stazione appaltante, circa il venir meno dell'opportunità di un atto della procedura di gara, mentre l'annullamento dovrebbe seguire all'accertamento dell'illegittimità dello stesso. Peraltro, nella pratica amministrativa, così come talvolta anche nelle pronunce della giurisprudenza, viene fatto indistintamente riferimento alla revoca od all'annullamento per indicare genericamente il provvedimento con cui la stazione appaltante, in sede di autotutela, determina il venir meno degli effetti di un atto della procedura di gara.

### 3.1. I presupposti della revoca

La revoca si configura come un provvedimento di secondo grado, espressione del potere di autotutela riconosciuto alle amministrazioni pubbliche, il cui fondamento normativo è contenuto, come in precedenza ricordato, nell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990. Ai sensi di tale disposizione normativa l'amministrazione può procedere alla revoca di un provvedimento amministrativo ad efficacia durevole al ricorrere di una serie di presupposti:

- a) la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse;
- b) il mutamento della situazione di fatto;
- c) una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

Nella materia degli appalti dunque gli atti della procedura di gara potranno essere oggetto di revoca da parte della stazione appaltante che li abbia valutati non più corrispondenti alle ragioni dell'interesse pubblico che ne aveva determinato l'adozione.

La decisione di procedere alla revoca degli atti di gara segue dunque una valutazione che la

stazione appaltante compie discrezionalmente sulla base di una serie di concreti elementi, differenti da caso a caso, alla luce dei quali l'atto oggetto di revoca non appare più sorretto da ragioni di opportunità. Tale valutazione risulta peraltro insindacabile dal giudice amministrativo, se non per profili di palese e manifesta irragionevolezza.

La casistica giurisprudenziale in merito alle ipotesi in cui la stazione appaltante ha legittimamente proceduto alle revoca degli atti di gara è assai ampia e variegata, anche in considerazione dei diversi atti della procedura di gara che sono stati oggetto del provvedimento in questione.

È stata ad esempio ritenuta legittima la revoca giustificata dalle seguenti ragioni:

- la diversa organizzazione del servizio;
- la volontà di provvedere in autoproduzione e non mediante esternalizzazione del servizio (Cons. St., Sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997);
- una valutazione di convenienza economica (TAR Lazio, Roma, 9 novembre 2009, n. 10991);
- la carenza di risorse (Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6);
- l'esigenza di operare una completa revisione progettuale in relazione alla impossibilità di dare esecuzione al progetto così come appaltato (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76);
- la mancata presentazione di garanzie e coperture assicurative (Cons. St., Sez. IV, 20 aprile 2010, n. 2199);



#### **La revoca dell'aggiudicazione nell'ipotesi di carenza di risorse e la responsabilità precontrattuale della stazione appaltante**

*L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha affermato la legittimità del provvedimento con cui veniva revo-*

*cata l'aggiudicazione di un appalto per gravi ragioni di interesse pubblico determinate dalla carenza in bilancio delle risorse necessarie per far fronte agli impegni del contratto che si era sul punto di concludere.*

*Il giudice amministrativo ha peraltro affermato la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, il cui operato è stato caratterizzato dalla mancanza di ogni vigilanza e coordinamento sugli impegni economici che l'amministrazione veniva assumendo quando la procedura di evidenza pubblica risultava già avviata e addirittura pervenuta all'aggiudicazione (Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6).*



#### **La revoca discrezionale e vincolata**

*Talvolta la revoca è stata configurata come atto discrezionale, altre volte come atto vincolato. In giurisprudenza è stato ad esempio ricompreso tra le ipotesi di revoca anche l'intervento in autotutela della stazione appaltante che si presentava come dovuto e vincolato, in quanto non adottato per semplici motivi di interesse pubblico, bensì, nel caso di specie, disposto per effetto di una Deliberazione CIPE (Cons. St., Sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4855).*

La stazione appaltante, al fine dunque di decidere se procedere alla revoca dovrà operativamente:

- a) valutare i motivi di interesse pubblico che giustificano il riesame del provvedimento adottato e dunque la revoca del medesimo;
- b) verificare lo stato della procedura, ossia se questa si trovi nella fase iniziale ovvero avanzata di svolgimento;
- c) valutare l'affidamento ingenerato nei soggetti destinatari dell'atto che si vuole revocare;
- d) garantire ai soggetti interessati un contraddittorio procedimentale;
- e) considerare l'eventuale indennizzo da corrispondere ai soggetti nei cui confronti la revoca possa provocare un pregiudizio.

### **3.2. I presupposti dell'annullamento d'ufficio**

Il potere di annullamento di cui la stazione appaltante è titolare presuppone l'esistenza di un vizio di legittimità dell'atto i cui effetti si vogliono rimuovere. In tale caso, ai sensi dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, l'amministrazione potrà infatti procedere all'annullamento dell'atto viziato, a condizione che tale annullamento sia giustificato da ragioni di interesse pubblico, intervenga entro un termine ragionevole e l'amministrazione abbia tenuto conto degli interessi sia dei destinatari del provvedimento annullato sia degli eventuali controinteressati.



#### **Sull'esercizio del potere di autotutela nell'ipotesi di accertamento di irregolarità nella procedura di gara**

*In tema di autotutela nella materia degli appalti si è di recente pronunciata l'AVCP in un parere di precontenzioso avente ad oggetto una richiesta della stazione appaltante in merito al comportamento più opportuno da adottare da parte della stessa, a fronte dell'accertamento di una serie di irregolarità nella documentazione di gara e nella procedura per l'affidamento dell'appalto, ed in particolare, se sia preferibile annullare in autotutela la documentazione di gara, ovvero proseguire la gara superando le censure mosse.*

*Al riguardo l'AVCP evidenzia che tale tipo di valutazione in ordine al possibile annullamento in autotutela di una procedura di gara rientra nella esclusiva potestà discrezionale della stazione appaltante, che è chiamata a decidere, secondo gli ordinari canoni della autotutela, laddove sussistano ragioni di opportunità e di interesse pubblico attuale e concreto.*

*A parere dell'Autorità, dunque, l'amministrazione, qualora decidesse di adottare un provvedimento in autotutela, lo dovrà fare fondando il proprio giudizio non sulla mera esigenza di ripristino della legalità, ma dando conto, nella motivazione, della sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione dell'atto (AVCP, parere di precontenzioso 12 febbraio 2009 n. 19).*

#### **4. L'esercizio procedimentale del potere di autotutela**

La revoca e l'annullamento presentano, per numerosi profili, le medesime problematiche applicative. Esse si riferiscono in primo luogo agli adempimenti procedurali che la stazione appaltante deve porre in essere precedentemente e funzionalmente all'adozione sia della revoca sia dell'annullamento. Tali atti infatti, configurandosi entrambi come provvedimenti amministrativi, debbono essere preceduti da un procedimento nel quale la stazione appaltante deve garantire il contraddittorio con i soggetti interessati ed in particolare con quelli la cui situazione giuridica ha ricevuto beneficio dall'atto oggetto di revoca o di annullamento. Nei procedimenti di autotutela la stazione appaltante dovrà dunque prestare particolare attenzione sia ad effettuare la comunicazione di avvio del procedimento nei confronti di tali soggetti sia a garantire agli stessi la possibilità di partecipazione procedimentale con le modalità previste dalla legge n. 241 del 1990.

##### **4.1. La posizione della giurisprudenza in merito alla comunicazione di avvio dei procedimenti di autotutela**

A fronte della ricordata esigenza di garanzia del contraddittorio procedimentale, quando la stazione appaltante adotti provvedimenti in autotutela, la giurisprudenza amministrativa non sempre si è pronunciata per l'obbligatorietà della comunicazione di avvio dei relativi procedimenti.

Con riferimento al bando di gara si è ad esempio distinto a seconda che la revoca o l'annullamento intervengano precedentemente o successivamente rispetto alla presentazione delle offerte. Solo nel secondo caso infatti è

stata ritenuta necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, posto l'interesse qualificato dei concorrenti alla conclusione della gara.

La comunicazione di avvio non è stata invece ritenuta necessaria quando il procedimento di autotutela avesse ad oggetto gli atti con cui la stazione appaltante disponeva l'ammissione o l'esclusione alla procedura di gara ovvero gli atti diretti alla valutazione delle offerte, in quanto atti endoprocedimentali.

Per quanto riguarda l'aggiudicazione in giurisprudenza si è operata una distinzione tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva. Nel primo caso si è ritenuto che non dovrà essere notificato al soggetto provvisoriamente aggiudicatario l'avvio del relativo procedimento, posto che il provvedimento in questione ingenera nell'aggiudicatario soltanto un'aspettativa di mero fatto e non già un'affidamento qualificato (Cons. St., Sez. V, 24 marzo 2006, n. 1525). In caso di aggiudicazione definitiva, invece, la comunicazione di avvio del procedimento è stata ritenuta sempre necessaria.

Resta peraltro ferma l'applicabilità anche alle fattispecie in esame della previsione contenuta nell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990, alla luce della quale la mancata comunicazione di avvio del procedimento non determina l'annullabilità del provvedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il procedimento di autotutela non avrebbe avuto una conclusione diversa.

##### **4.2. L'esercizio del potere di autotutela e gli obblighi di motivazione**

In via di principio la stazione appaltante è tenuta a motivare tutti i provvedimenti con cui esercita il potere di autotutela, a prescindere



che essi consistano in una revoca o in annullamento ed a prescindere dalle ragioni che poste alla base degli stessi. Tale obbligo discende dalla previsione generale contenuta nell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, ai sensi della quale tutti i provvedimenti amministrativi debbono essere oggetto di motivazione.

L'esigenza di motivare i provvedimenti di autotutela risulta peraltro particolarmente evidente sia per quanto riguarda l'annullamento d'ufficio, sia per quanto riguarda la revoca.

Nel primo caso infatti la stazione appaltante dovrà dare conto delle ragioni di interesse pubblico a fronte delle quali ha ritenuto di dover procedere all'annullamento in autotutela, nonché di come tali ragioni abbiano prevalso rispetto agli eventuali interessi dei destinatari e dei controinteressati dell'atto annullato.

Nel caso della revoca la stazione appaltante dovrà esplicitare i motivi di pubblico interesse ovvero i termini del mutamento della situazione di fatto o quelli della nuova valutazione dell'interesse pubblico originario che hanno reso opportuno procedere all'esercizio dell'autotutela.

È stato infatti ritenuto illegittimo l'atto di revoca dell'aggiudicazione di un appalto motivato in base alla semplice esigenza di ripristino della legalità e non alla sussistenza di un interesse pubblico, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto diritto dell'aggiudicatario nei confronti dell'amministrazione (Cons. St., Sez. V, 4 maggio 2005, n. 2161).

Particolare attenzione la stazione appaltante dovrà dunque riservare alla motivazione della revoca: tale elemento risulterà infatti determinante, nell'ipotesi di un eventuale contenzioso giurisdizionale, nella valutazione della ragionevolezza del provvedimento e dunque della legittimità del medesimo.

### L'obbligo di motivazione dell'aggiudicazione provvisoria

*È stato sostenuto in giurisprudenza che, posto che l'attualità e la specificità dell'interesse pubblico ad annullare un provvedimento in autotutela devono essere calibrate in funzione della fase procedimentale in cui esso interviene e dell'affidamento ingenerato, risulta differente l'onere motivazionale che deve sorreggere il provvedimento in questione a seconda della circostanza che nel procedimento di gara i cui atti sono oggetto di riesame sia intervenuta o meno l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto.*

*In particolare è stato affermato dal giudice amministrativo che l'amministrazione può provvedere all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, anche in via implicita e senza obbligo di particolare motivazione, specialmente se l'intervento in autotutela di tipo caducatorio è basato su una valutazione di convenienza economica (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 9 novembre 2009, n. 10991). Nel caso di specie è stata ritenuta motivazione idonea a supportare il provvedimento di autotutela la considerazione in ordine alla possibilità di reperire nel mercato offerte migliori rispetto a quelle emerse nel corso della gara di cui trattasi.*

## 5. Le conseguenze dell'esercizio del potere di autotutela

I provvedimenti di autotutela determinano il venir meno degli effetti degli atti oggetto di riesame. In merito a tale circostanza è però opportuno operare una distinzione. Solo per la revoca è infatti previsto, nell'art. 21-quinquies, comma 1, della legge n. 241 del 1990, che la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Ciò significa che rimangono fermi gli effetti che l'atto ha prodotto precedentemente alla propria revoca. Si pensi ad esempio alla revoca dell'aggiudicazione di un appalto di servizi in un momento successivo non solo alla stipula del contratto, ma anche all'inizio dell'esecuzione del servizio medesimo: in tal caso rimarranno legittimamente svolte dall'aggiudicatario tutte le attività precedenti al provvedimento di revoca.

La disposizione normativa contenuta nell'art.

21-quinquies, comma 1, prevede altresì che se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

Va peraltro tenuto in debito conto quanto disposto dal successivo comma 1-bis dell'articolo in esame, ai sensi del quale ove la revoca di un atto amministrativo incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

Deve peraltro sottolinearsi come l'attribuzione alla stazione appaltante del potere di provvedere in autotutela nei confronti degli atti della procedura di gara, non esclude la configurabilità di una responsabilità precontrattuale in capo alla medesima amministrazione procedente. Ciò potrà ad esempio avvenire, secondo la giurisprudenza amministrativa, quando il provvedimento di autotutela - sia nella forma della revoca sia dell'annullamento - venga adottato con inescusabile ritardo, tale da determinare un danno nei confronti dei destinatari dell'atto annullato o revocato.



### **Il potere di revoca e gli obblighi di correttezza**

*Viene censurata dinanzi al giudice amministrativo la sussistenza dei presupposti per procedere alla revoca dell'appalto per l'affidamento dei lavori di costruzione della nuova sede di un Comune.*

*In particolare la stazione appaltante aveva provveduto all'adozione della revoca a seguito dell'ottenimento di un nuovo finanziamento regionale finalizzato alle opere*

*in questione. Tale circostanza veniva considerata come un fatto sopravvenuto che legittimava l'amministrazione a valutare l'opportunità di compiere scelte più rispondenti all'interesse pubblico.*

*Il Consiglio di Stato chiamato a pronunciarsi sulla questione ha modo di affermare che:*

- *l'amministrazione non poteva non tener conto nelle sue nuove valutazioni che nel frattempo si era creato nei partecipanti una legittima aspettativa alla definizione della procedura di gara, con il conseguente obbligo di valutare la posizione di questi ultimi e di ponderare adeguatamente i loro interessi con l'interesse pubblico alla revoca della gara;*
- *l'interesse pubblico alla ottimizzazione delle risorse finanziarie e alla migliore integrazione funzionale degli interventi appariva prevalente rispetto all'interesse delle imprese, posto che la commissione di gara aveva ancora in corso l'esame delle offerte tecniche e non aveva ancora aperto le buste contenenti le offerte economiche;*
- *nessuna delle imprese aveva maturato ancora una concreta aspettativa all'aggiudicazione e comunque avrebbero sempre potuto partecipare alla nuova gara;*
- *l'operato della stazione appaltante deve considerarsi legittimo, avendo questa illustrato quale fosse il fatto sopravvenuto che l'aveva indotta alla revoca e quali fossero gli interessi pubblici che intendeva soddisfare, ritenuti prevalenti rispetto ai pur considerati interessi privati coinvolti;*

*Il giudice amministrativo censura peraltro l'operato della stazione appaltante che, pur essendo venuta a conoscenza sette giorni dopo la spedizione della lettera di invito del fatto sopravvenuto che poteva legittimare la revoca, ha dato comunicazione dell'intenzione di revoca solo dopo che le offerte erano state presentate e pertanto dopo che i concorrenti avevano a tal fine affrontato notevoli spese ed eventualmente perso altre possibilità di guadagno. A parere del Consiglio di Stato, infatti, l'amministrazione, non appena venuta a conoscenza della nuova circostanza, avrebbe dovuto porsi il problema degli affidamenti creati nei concorrenti e procedere quanto meno alla immediata motivata sospensione degli atti di gara, in attesa di ogni definitiva decisione al riguardo. Posto che tale circostanza ha integrato, secondo il giudice, una violazione del canone di correttezza, l'amministrazione è stata condannata a risarcire i danni conseguenti all'affidamento determinato con la spedizione della lettera di invito (Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 6405).*



---

# Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie

# Gli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie (Salvatore Dettori)

## 1. Il precontenzioso innanzi all'AVCP: definizione e fonti normative

Tra i compiti assegnati all'AVCP vi è quello di esprimere pareri in ordine a contestazioni che sorgono durante lo svolgimento di una procedura di gara.

Più precisamente il Codice, all'art. 6, comma 7, lett. n), stabilisce che l'AVCP "su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione".

La finalità della disposizione è quella di prevenire il contenzioso in sede giurisdizionale attraverso la pronuncia dell'AVCP su un fatto controverso che si è determinato in sede di procedura di gara. Ciò spiega perché lo strumento previsto dal suddetto art. 6, comma 7, lett. n), sia noto come istituto di precontenzioso. Naturalmente, come si dirà nel prosieguo, i pareri resi dall'AVCP non hanno la stessa forza vincolante della sentenza del giudice, dal momento che essi sono adottati da un'autorità che, ancorché qualificabile come indipendente, ha pur sempre natura amministrativa. Ciò non toglie però utilità all'istituto stesso e dunque l'opportunità anche per la stazione appaltante di farvi ricorso quando si presentino i presupposti per l'attivazione del medesimo.

La disciplina del precontenzioso è contenuta nel Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lett. n), del Codice, adottato dall'AVCP (nei paragrafi che seguono verrà indicato per semplicità espositiva come Regolamento AVCP).

### 1.1. I presupposti per l'attivazione del precontenzioso

Il procedimento innanzi all'AVCP è ad iniziativa

di parte (e come si dirà meglio nel prosieguo può essere utilizzato anche dalla stazione appaltante). Presupposto sostanziale per l'attivazione del medesimo è l'esistenza di una o più questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, così come si ricava dall'art. 2 del Regolamento AVCP.

Dal combinato disposto di cui agli artt. 2 e 3 si ricava che l'istanza non può essere presentata o, se presentata, viene dichiarata inammissibile allorquando: a) verta su una questione riguardante la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva; b) verta su una questione in relazione alla quale sia stato presentato ricorso all'autorità giudiziaria; c) non vi sia una controversia insorta tra le parti.

Sulla base di quanto detto occorre dunque tenere presente che: i) rispetto a questioni che insorgono prima dell'aggiudicazione definitiva, il precontenzioso può sempre essere attivato; ii) indipendentemente dalla suddetta aggiudicazione è però precluso il ricorso al precontenzioso se in relazione alla questione controversa sia stato proposto ricorso in sede giurisdizionale (si pensi all'ipotesi in cui di fronte ad un provvedimento di esclusione della stazione appaltante, il concorrente abbia adito il TAR: in questo caso, pur non essendovi un'aggiudicazione definitiva, scatta la preclusione rispetto alla fattispecie portata in giudizio); iii) il precontenzioso non è strumento utilizzabile per richiedere all'AVCP pareri in via preventiva rispetto a questioni problematiche che pure possono presentarsi in sede di gara, ma sulle quali non è insorta una contestazione (si pensi al caso in cui la stazione appaltante dubiti se un concorrente abbia i requisiti di partecipazione, ma non si sia ancora determinata sulla decisione da assumere ovvero, pur essendosi determinata in un senso,

la relativa decisione non sia oggetto di rilevi); iv) una volta attivato il precontenzioso, la successiva proposizione del ricorso giurisdizionale contro la stessa questione determina d'ufficio l'estinzione della procedura; vii) una volta attivato il precontenzioso, il parere viene comunque reso anche se la procedura di gara si è conclusa con l'aggiudicazione definitiva e non sia stato proposto alcun ricorso giurisdizionale; viii) la parte o le parti, trattandosi di un procedimento ad iniziativa di parte, possono sempre revocare l'istanza sino a che non sia adottato il parere da parte dell'AVCP, con la precisazione che nell'ipotesi in cui vi sia stata un'istanza congiunta delle parti, la revoca di una sola non determina il venire meno della procedura.

In aggiunta a quanto detto occorre precisare che la controversia insorta tra le parti (stazione appaltante da un lato e uno o più soggetti dall'altro) deve collocarsi nell'ambito di una procedura di gara. Posto che quest'ultima prende avvio con il bando di gara e termina con l'aggiudicazione definitiva, ne discende che non possono essere portate in sede di precontenzioso tutte le questioni controverse insorte su fatti che si inseriscono prima dell'avvio ovvero dopo la conclusione della procedura stessa.

Sul punto, al fine di chiarire la portata della norma, è opportuno illustrare tre esempi paradigmatici per i quali non è possibile attivare un procedimento di precontenzioso: i) la contestazione della decisione della stazione appaltante di ricorrere alla procedura negoziata; ii) l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione definitiva; iii) la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario a seguito dell'aggiudicazione definitiva.

Al fine di completare il quadro occorre sottolineare come l'istanza all'AVCP, per essere ritenuta ammissibile, deve provenire dai soggetti legittimati indicati nell'art. 2 del Regolamento

AVCP di cui si dirà nel paragrafo successivo.

### **1.2. I soggetti legittimati a presentare l'istanza all'AVCP, l'istruttoria e la decisione**

Ai sensi dell'art. 2 del Regolamento AVCP possono presentare l'istanza i seguenti soggetti: a) la stazione appaltante, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente; b) l'operatore economico, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente; c) i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente.

In proposito è da sottolineare come l'istanza possa essere presentata dai predetti soggetti congiuntamente od anche singolarmente. Non è dunque necessario che le parti concordino con l'attivazione della procedura, essendo sufficiente la volontà espressa anche da una soltanto delle stesse.

Ai sensi dell'art. 4 del Regolamento AVCP, l'istanza, da predisporre secondo il modello presente sul sito dell'Autorità, va inoltrata tramite: a) fax; b) raccomandata del servizio postale; c) posta elettronica certificata ai sensi della normativa vigente.

Essa deve obbligatoriamente contenere, pena la sua non ammissibilità, i seguenti elementi: a) intestazione riportante la seguente dicitura "istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D. Lgs. n. 163/2006"; b) indicazione dell/i soggetto/i richiedente/i; c) eventuale/i soggetto/i controinteressato/i; d) data dell'aggiudicazione provvisoria, qualora intervenuta; e) eventuale pendenza, per la fattispecie in esame, di un ricorso innanzi all'autorità giudiziaria;

f) oggetto della gara ed importo a base d'asta; g) compiuta descrizione della fattispecie cui attiene la controversia; h) eventuale richiesta di audizione.

A corredo dell'istanza è necessario trasmettere, sempre a pena di inammissibilità, la seguente documentazione: a) bando di gara; b) disciplinare di gara; c) capitolato tecnico; d) lista delle categorie delle lavorazioni (appalto di lavori); e) eventuale provvedimento di esclusione; f) corrispondenza intercorsa fra la stazione appaltante e l'operatore economico; g) in caso di esclusione, copia dell'eventuale segnalazione del fatto al Casellario informatico; h) memoria contenente la definizione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità e rappresentazione delle rispettive posizioni delle parti interessate.

Di particolare interesse per la stazione appaltante è la previsione contenuta sempre nell'art. 4 del Regolamento AVCP ai sensi della quale, nel caso in cui l'istanza provenga dalla stazione appaltante, la medesima stazione appaltante si impegna a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità. Qualora invece l'istanza sia presentata da una parte diversa, con la comunicazione di avvio del procedimento l'AVCP formula alla stazione appaltante l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità.

La previsione merita di essere chiarita nella sua esatta portata. In primo luogo è da escludere che nel concetto di atti pregiudizievoli possa rientrare la prosecuzione delle operazioni di gara. Ne consegue che la stazione appaltante sulla base della disposizione medesima ed a seguito dell'invito dell'AVCP non è obbligata a sospendere la procedura di gara. Resta da veri-

ficare se la stazione appaltante, pur non essendovi obbligata, possa decidere autonomamente di sospendere la procedura stessa sino alla decisione assunta dall'AVCP. In proposito una tale scelta non è in via di principio da escludere. Tuttavia una simile determinazione va assunta previa un'attenta considerazione di alcuni elementi quali: a) l'interesse alla rapida conclusione della gara ed alla conseguente aggiudicazione; b) la circostanza che le offerte presentate hanno una validità temporale di centottanta giorni; c) l'affidamento che i concorrenti hanno ad una celere definizione della procedura.

L'istruttoria è svolta dall'Ufficio del precontenzioso, il quale può con la comunicazione dell'avvio del procedimento chiedere, ove lo ritenga necessario, alle parti interessate ulteriori informazioni e deduzioni sulla questione oggetto dell'istanza, fissando il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione per la presentazione delle stesse.

Nel corso dell'istruttoria l'Ufficio del precontenzioso valuta, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, la necessità di procedere ad audizione delle parti interessate. La partecipazione si realizza in contraddittorio ma può anche essere accompagnata dal deposito di memorie e documenti. La mancata partecipazione determina che l'AVCP deciderà la questione sulla base degli elementi di fatto in proprio possesso.

Alla luce di quanto si è detto risulta dunque opportuno che la stazione appaltante partecipi al procedimento.

Il procedimento di precontenzioso si chiude con un atto denominato parere. Quest'ultimo non è vincolante per la stazione appaltante. Tuttavia, ove la stazione appaltante decida di procedere in difformità da quanto statuito nel parere, è necessario che di una tale scelta fornisca

adeguata motivazione. In caso di ricorso giurisdizionale che si concluda con una sentenza sfavorevole per la stazione appaltante a motivo della presenza di un vizio della procedura che era già stato rilevato nel parere di precontenzioso, tale circostanza può concorrere, in sede di risarcimento del danno chiesto dal ricorrente, alla prova della sussistenza dell'elemento della colpa della stazione appaltante.

## 2. La transazione: definizione e campo d'applicazione

Uno degli strumenti di risoluzione delle controversie in materia di esecuzione dei contratti pubblici d'appalto di lavori, servizi e forniture è rappresentato dalla transazione. Si tratta di un istituto previsto e disciplinato dal codice civile, la cui utilizzazione da parte della pubblica amministrazione non è stata, prima dell'adozione del Codice dei contratti, affatto preclusa, sia pure nel rispetto dei limiti previsti dalla stessa disciplina codicistica.

A sostegno di quanto detto si può ricordare la diffusione nella pratica dell'istituto, donde la circostanza che il Codice degli appalti preveda tra gli strumenti di risoluzione delle controversie la transazione non costituisce una vera e propria novità. Tuttavia non si può sottacere come il Codice degli appalti, pur rinviando al rispetto delle norme del codice civile, introduca una regolamentazione della fase prodromica alla conclusione della transazione, che certamente costituisce una novità.

Prima di affrontare i problemi applicativi che il ricorso alla transazione comporta è altresì necessario ricordare che, ai sensi dell'art. 1965 c.c., la transazione è il contratto con il quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine ad una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

La prima questione che si pone concerne il campo di applicazione della transazione.

In proposito è necessario ricordare come, ai sensi dell'art. 239, comma 1, del Codice degli appalti le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture possano sempre, anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario, essere risolte mediante transazione.

I punti fermi che emergono dal ricordato comma sono: a) lo strumento in questione ha carattere generale-residuale, nel senso che ad esso si può fare ricorso al di fuori delle ipotesi in cui deve essere attivato l'accordo bonario; b) lo strumento in questione presenta il carattere della facoltatività, atteso che la disposizione afferma la possibilità e non l'obbligo di ricorrere alla transazione.

Dunque tra la transazione, di cui all'art. 239, e l'accordo bonario, di cui all'art. 240, sembra intercorrere un rapporto di alternatività: quando ricorrano le condizioni dell'accordo bonario, è quest'ultimo a dovere essere attivato; quando si è al di fuori di tale ipotesi può intervenire la transazione.



*Altre interpretazioni di questo rapporto non sembrano possibili, sebbene la non felice formulazione di apertura dell'art. 239, comma 1, possa indurre a pensare che lo strumento della transazione sia alternativo all'accordo bonario nel senso che si possa ricorrere ad essa anche laddove ricorrano le condizioni previste dall'art. 240, comma 1, per l'attivazione del ricordato accordo bonario. A leggere la disposizione di cui all'art. 239, comma 1, ed in particolare il sintagma di apertura "anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario" si potrebbe essere indotti a ritenere che, se è possibile la transazione anche (e non semplicemente) al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario, allora a maggior ragione lo strumento è utilizzabile nelle ipotesi in cui è possibile attivare l'ac-*

*cordo bonario. E di conseguenza si potrebbe proseguire affermando che la transazione non è uno strumento a carattere generale-residuale, ma generale tout court, nel senso che si può utilizzare in alternativa all'accordo bonario, anche nelle ipotesi in cui ricorrono le condizioni per l'attivazione di quest'ultimo. Tuttavia una lettura sistematica e coordinata di tutto il complesso delle disposizioni che disciplinano la transazione e l'accordo bonario non può che condurre ad una sola interpretazione: ossia non può che condurre a ritenere che, laddove vi siano i presupposti previsti dall'art. 240, comma 1, vi è spazio solo per l'accordo bonario; e che quando si è al di fuori di tale ipotesi può entrare in gioco la transazione. Tale conclusione discende quasi necessariamente, ove si consideri che, sebbene tanto l'art. 239 quanto l'art. 240 contengano prescrizioni che sono poste a garanzia del corretto operare dei soggetti aggiudicatori nell'ipotesi in cui si determinino alla transazione o all'accordo bonario, non c'è dubbio che, in relazione a questo secondo strumento, esse sono di gran lunga superiori. Sarebbe dunque veramente irragionevole pensare che vi possa essere un'alternatività tra l'attivazione dell'accordo bonario e la transazione ove ricorrono i presupposti di cui all'art. 240, comma 1.*

## 2.1. La normativa applicabile alla transazione

Con riguardo alla normativa applicabile alla transazione il Codice degli appalti stabilisce, sempre nell'art. 239, comma 1, che le controversie possono sempre essere risolte mediante tale strumento nel rispetto del codice civile.



*Sebbene il sintagma, "nel rispetto del codice civile", possa essere foriero di dubbi in relazione al corretto significato da ascrivere al medesimo, tuttavia sembra logico concludere che il "rispetto del codice civile" sia da interpretare nel senso che alla transazione debbano essere applicate le disposizioni che il codice stesso detta in relazione al contratto in questione.*

Alla luce del rinvio al codice civile è necessario illustrare i capisaldi della disciplina posta dal medesimo negli artt. 1965-1976.

In via preliminare è opportuno ricordare come,

sulla base della definizione della transazione di cui si è detto, le parti attraverso tale contratto si fanno reciproche concessioni al fine di porre fine ad una lite già cominciata o al fine di prevenire una lite che può sorgere tra loro (art. 1965, comma 1, c.c.). Da ciò discende il primo elemento qualificante la transazione: quest'ultima è un contratto a prestazioni corrispettive e dunque le concessioni reciproche, per essere tali, debbono comportare perdite e vantaggi reciproci. In proposito la giurisprudenza ha precisato che : i) la reciprocità non va intesa come equivalenza tra le concessioni, bensì come parziale sacrificio delle pretese medesime indipendentemente dalla loro fondatezza; ii) il vantaggio deve essere concreto, non potendo considerarsi tale quello dipendente dalla mera sorte (ad esempio quello derivante dalla probabilità che il giudice dia torto o ragione all'una o all'altra parte), perché in questo modo la transazione da contratto a prestazioni corrispettive si trasformerebbe in contratto aleatorio.

Un secondo elemento qualificante la transazione si rinviene nel fatto che le parti nel transigere debbono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto di controversia. Se non vi è tale disponibilità, ossia se i diritti in questione per loro natura o per espressa disposizione di legge sono sottratti alla disponibilità delle parti, la transazione è nulla, così come prevede l'art. 1966 del codice civile.

La disposizione merita attenzione perché in relazione alle controversie che possono insorgere tra appaltante e appaltatore nei contratti pubblici non è così scontato, come potrebbe sembrare a prima vista, che esse, ancorché si originano dall'esecuzione del contratto, abbiano sempre e comunque ad oggetto situazioni giuridiche aventi natura di diritti soggettivi. Detto in altri termini, l'equivalenza tra contestazioni insorte

in sede di esecuzione del contratto e natura di diritti delle relative pretese non sempre sussiste.



*A dimostrazione di quanto detto si pensi alla pretesa riguardante la revisione dei prezzi. È noto come la giurisprudenza in passato abbia sempre tenuto ferma la distinzione tra il momento del riconoscimento della pretesa e quello della determinazione del quantum. Nel primo caso l'amministrazione esercita una potestà, a fronte della quale vi è l'interesse legittimo dell'appaltatore; soltanto in relazione al quantum può riconoscersi una pretesa avente la consistenza del diritto soggettivo.*

Alla luce di quanto detto, al fine di procedere alla transazione occorre dunque che la stazione appaltante operativamente verifichi con particolare attenzione: i) se la materia del contendere riguardi effettivamente situazioni di diritto soggettivo: solo in tale caso sarà infatti possibile transigere validamente; ii) la disponibilità dei diritti in questione: come ricordato, infatti, se la controversia ha ad oggetto diritti indisponibili per natura o per previsione di legge, la transazione è nulla.



#### **Le controversie riguardanti i diritti indisponibili**

*È possibile che dall'esecuzione del contratto si originino delle controversie in cui ad essere oggetto della lite siano diritti indisponibili?*

*La risposta non può che essere affermativa, anche senza doversi necessariamente riferire ai diritti indisponibili per natura, quali, ad esempio, quelli di libertà o i diritti della personalità. Si pensi, per fare un'ipotesi concreta che non chiama in causa diritti indisponibili per natura, al seguente caso: gara per l'affidamento di un servizio; stipula del contratto; insorgenza di divergenze in relazione alle modalità gestionali del servizio e alla esatta identificazione delle reciproche obbligazioni; transazione nella quale l'ente riconosce un certo compenso all'appaltatore e la proroga dell'affidamento del servizio mentre l'appaltatore si impegna ad utilizzare maggiori*

*risorse umane e strumentali nell'esecuzione dell'appalto. Il punto più delicato riguarda il riconoscimento di una proroga al contratto, che oggi risulta vietata in assenza di una espressa previsione del bando. Tale riconoscimento non costituisce infatti un diritto che è nella disponibilità della stazione appaltante. È nulla dunque una transazione che riconosce la proroga, poiché la stazione appaltante ha disposto di un diritto sottratto ex lege alla propria disponibilità.*

Un terzo elemento qualificante della transazione si rinviene nell'art. 1967 c.c.: la transazione deve essere provata per iscritto e dunque, posto che i contratti con la pubblica amministrazione devono essere stipulati per iscritto a pena di nullità, la forma scritta è necessaria ad substantiam. Quanto detto è oggi peraltro espressamente previsto dall'art. 239, comma 4, del Codice degli appalti.

#### **2.2. Il procedimento per addvenire alla transazione: la disciplina normativa**

Venendo a trattare del procedimento transattivo, è necessario precisare come, ai sensi dell'art. 239, comma 3, del Codice, la proposta di transazione possa provenire tanto dal soggetto aggiudicatario quanto dalla stazione appaltante nella persona del dirigente competente. Nell'ipotesi in cui la proposta transattiva provenga dal dirigente, è necessario, prima della formulazione della medesima, sentire il soggetto aggiudicatario. Inoltre sulla proposta di transazione deve essere sentito il responsabile del procedimento.

Emerge dalla disposizione richiamata che la sottoscrizione della transazione, con conseguente impegno vincolante nei confronti della controparte, spetta all'organo dirigenziale cui è attribuita - sulla base delle norme che disciplinano il disegno organizzativo dell'amministrazione appaltante - la relativa competenza.

Tuttavia, come detto, il dirigente prima di addivenire alla transazione deve sentire il parere del responsabile del procedimento sulla proposta, sia che quest'ultima provenga dalla controparte sia che quest'ultima provenga dalla stessa stazione appaltante. Naturalmente, ove il dirigente intenda discostarsi dalla posizione espressa dal responsabile del procedimento, è tenuto a motivare tale scelta.

Peraltro, ai sensi dell'art. 239, comma 2, del Codice, ove l'importo della concessione o della rinuncia da parte della stazione appaltante ecceda la somma di Euro 100.000, il dirigente deve necessariamente acquisire il parere dell'avvocatura che difende il soggetto o, in mancanza, del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso (ovviamente per la Presidenza del Consiglio ed i Ministeri il parere deve essere richiesto all'Avvocatura dello Stato).

La norma non precisa se il suddetto parere, oltre che obbligatorio, sia anche vincolante. Nel silenzio del legislatore il parere non può, dal punto di vista strettamente giuridico, ritenersi vincolante, dal momento che l'attribuzione di tale effetto deve, per giurisprudenza consolidata, discendere espressamente dalla norma di legge. Tuttavia è utile precisare che:

- risulta sempre opportuno e prudente non discostarsi dal parere;
- se proprio si ritiene di dovere addivenire alla transazione, pur in presenza di un parere non positivo sulla proposta, è necessario motivare con atto scritto in modo preciso e puntuale le ragioni di una tale scelta.

### **2.3. Il procedimento per addivenire alla transazione: le fasi operative**

Di seguito si forniscono indicazioni sui principali passaggi procedurali che la stazione appaltante deve porre in essere prima di addivenire alla

sottoscrizione della transazione.

A) Nell'ipotesi in cui la proposta transattiva venga formulata dalla stazione appaltante, il procedimento si articola nelle seguenti fasi:

- a) definizione della proposta da parte del dirigente;
- b) sottoposizione della medesima al responsabile del procedimento;
- c) acquisizione del parere scritto di quest'ultimo;
- d) sottoposizione della proposta all'Avvocatura o, in mancanza, al funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, per il rilascio del parere qualora la concessione o la rinuncia da parte della stazione appaltante superi il valore di euro 100.000.
- e) acquisizione del parere di cui al punto d);
- f) se il responsabile del procedimento formula parere adesivo e se di analogo tenore è il parere dell'Avvocatura o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, allora il dirigente deve sentire il legale rappresentante dell'impresa aggiudicataria;
- g) dell'audizione del suddetto legale rappresentante e dei contenuti emersi nell'incontro è opportuno lasciare traccia attraverso la predisposizione di un verbale sottoscritto dalle parti;
- h) invio della proposta al soggetto aggiudicatario;
- i) consenso espresso per iscritto da tale soggetto alla proposta transattiva;
- j) sottoscrizione della transazione;

Il protocollo operativo che si è descritto può naturalmente subire variazioni. Si indicano di seguito le principali.

B) Nell'ipotesi in cui il responsabile del procedimento formuli rilievi sulla proposta di transazione, il dirigente, ove ritenga di non aderire

ai medesimi, deve motivare le ragioni di tale scelta con atto scritto prima di inoltrare la proposta all'Avvocatura o, in mancanza, al funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso.

- C) Nell'ipotesi in cui l'Avvocatura o, in mancanza, il funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, non esprima parere favorevole, il procedimento si arresta oppure prosegue tenendo presente quanto osservato al paragrafo precedente.
- D) Nell'ipotesi in cui l'Avvocatura o, in mancanza, il funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso, non esprimano parere positivo, ma suggeriscano modifiche alla proposta, spetta al dirigente valutare le medesime ed eventualmente recepirle riformulando la proposta medesima. A questo punto è necessario riavviare il procedimento, ponendo in essere tutti i passaggi a partire dalla lettera b).
- E) Nell'ipotesi in cui la proposta transattiva provenga dalla controparte, i passaggi operativi non si discostano da quelli indicati dal punto b) al punto j), con eliminazione dei passaggi di cui ai punti g), h) e i).



*Le sequenze procedurali descritte possono subire ulteriori variazioni ed arricchimenti. La transazione è infatti, come già detto, un contratto la cui conclusione è preceduta dalla fase della trattativa. Può dunque ben darsi l'ipotesi in cui, alla proposta di transazione formulata dalla stazione appaltante, segua una controproposta della controparte. È evidente che, ove ciò accada, la stazione appaltante, a fronte della controproposta, dovrà nuovamente attivare il procedimento seguendo i passaggi procedurali indicati al punto E). Nel caso invece in cui alla proposta della controparte segua una controproposta della stazione appaltante, allora si dovranno porre in essere tutti i passaggi procedurali indicati al punto A).*

### 3. L'accordo bonario

#### 3.1. Definizione e ambito di applicazione dell'istituto

L'accordo bonario è l'atto con cui le parti compongono bonariamente le contestazioni che il soggetto aggiudicatario ha formulato nel corso dell'esecuzione del contratto attraverso l'apposizione delle medesime sui documenti contabili. Si tratta di uno strumento che è volto a calmierare e risolvere il conflitto già in sede di esecuzione contrattuale, onde consentire alle parti di proseguire nella medesima in un clima collaborativo.

L'accordo bonario è disciplinato nell'art. 240 del Codice. In via preliminare, va ricordato come la normativa ivi contenuta si riferisca espressamente ai lavori pubblici. Tuttavia nell'ultimo comma (il 22) del suddetto articolo è stabilito che le disposizioni dei commi precedenti si applicano in quanto compatibili anche ai contratti pubblici relativi a servizi e forniture nei settori ordinari nonché ai contratti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali qualora a seguito di contestazioni dell'esecutore del contratto, verbalizzate nei documenti contabili, l'importo economico controverso sia non inferiore al dieci per cento dell'importo originariamente stipulato. Il comma 22 conclude poi prevedendo che le competenze del direttore dei lavori spettano al direttore dell'esecuzione del contratto.

Sulla base di quanto detto è allora opportuno procedere nell'esposizione nel modo seguente: verrà dapprima analizzata sinteticamente la disciplina generale contenuta nei commi da 1 a 21 dell'art. 240; successivamente si dirà dell'applicazione della normativa agli appalti di servizi e forniture, affrontando il problema di quali delle suddette disposizioni risultino sicuramente compatibili.

## 3.2. La disciplina

### 3.2.1. I PRESUPPOSTI SOSTANZIALI PER IL RICORSO ALL'ACCORDO BONARIO

Il procedimento di accordo bonario deve essere avviato dalla stazione appaltante al ricorrere dei seguenti presupposti:

- a) quando l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale;
- b) in ogni caso quando le riserve iscritte dall'appaltatore nei documenti contabili siano non inferiori al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Con riferimento ai richiamati presupposti risulta evidente che:

- i. raggiunta la soglia di cui al punto b), il procedimento deve essere avviato;
- ii. quand'anche la soglia non sia stata raggiunta, il procedimento deve essere avviato in presenza del timore che l'importo economico dell'opera possa subire un incremento sostanziale.

L'ipotesi di cui al punto b) non pone particolari problemi dal momento che la stazione appaltante è tenuta unicamente a compiere un calcolo aritmetico.

Più delicata è l'ipotesi di cui al punto a). Al fine di ritenere realizzata la fattispecie, integrata dal timore di una variazione sostanziale dell'importo del contratto stesso per effetto delle contestazioni mosse dall'esecutore, indipendentemente dal raggiungimento della soglia del dieci per cento, è necessario effettuare una valutazione caso per caso.

Vi è peraltro un ulteriore presupposto che si deve realizzare per l'avvio della procedura di accordo bonario. Il responsabile del procedimento deve infatti valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle contestazioni avanzate con le riserve al fine di verificare l'ef-

fettivo raggiungimento del limite di valore.



#### **La reiterazione del procedimento di accordo bonario**

*procedimento di accordo bonario, una volta realizzati i presupposti indicati nei precedenti punti a) e b), ha ad oggetto tutte le contestazioni avanzate sino al momento dell'apertura del procedimento medesimo. Rispetto a successive contestazioni, che integrino nuovamente i presupposti di cui ai punti a) e b), il procedimento di accordo bonario può essere reiterato con riguardo a queste ultime una sola volta. Ciò significa che, in relazione ad eventuali altre contestazioni, che pure raggiungano i limiti di valore indicati ai punti a) e b), non è possibile una terza reiterazione del procedimento di accordo bonario. In tale ipotesi, ove la stazione appaltante lo ritenga opportuno, può eventualmente decidere di addvenire ad una transazione ovvero di attendere la conclusione dell'esecuzione contrattuale per difendersi in sede di arbitrato ovvero, ove quest'ultimo non sia previsto, in sede di giudizio dinanzi al giudice ordinario.*

### 3.2.2. IL PROCEDIMENTO DI ACCORDO BONARIO

Il procedimento in questione si articola nelle seguenti fasi.

- A) Il direttore dei lavori comunica immediatamente le riserve al responsabile del procedimento, trasmettendo contestualmente la propria relazione riservata in cui sono illustrate e valutate le riserve medesime.
- B) Il responsabile del procedimento, previa verifica dell'ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve di cui si è detto nel precedente paragrafo, promuove, per gli appalti e le concessioni di lavori pari o superiori a dieci milioni di euro, la costituzione di apposita commissione, affinché formuli, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, entro novanta giorni dalla costituzione della commissione medesima, proposta motivata di accordo bonario.
- C) La promozione della costituzione della

commissione ha luogo mediante invito del responsabile del procedimento, entro dieci giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori, al soggetto che ha formulato le riserve a nominare il proprio componente.

- D) La commissione è formata da tre componenti. Oltre a quello indicato dal soggetto che ha mosso le contestazioni, vi è il componente indicato dalla stazione appaltante nonché il terzo, con funzioni di presidente, scelto dalle parti di comune accordo. In caso di mancato raggiungimento dell'accordo il presidente è nominato dal presidente del Tribunale del luogo dove è stato stipulato il contratto su istanza della parte più diligente.
- E) I componenti della commissione devono avere competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto ed in ogni caso il presidente deve essere scelto tra i magistrati amministrativi e contabili, i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del D. Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 che abbiano svolto funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali ed in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale.
- F) Sulla proposta di accordo bonario formulato dalla commissione si pronunciano entro 30 giorni dal ricevimento, dandone comunicazione entro tale termine al responsabile del procedimento, il soggetto che ha formulato attraverso le riserve le contestazioni e la stazione appaltante. Quest'ultima deve avere acquisito gli eventuali ulteriori pareri occorrenti o ritenuti necessari.
- G) Le parti hanno comunque facoltà di conferire alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti perfezionando pertanto l'accordo bonario. In tale caso non sono necessarie le pronunce di cui al punto precedente né la sottoscrizione delle parti dell'accordo bonario.
- H) Per gli appalti e le concessioni di lavori di importo inferiore a euro 10.000.000 la costituzione della commissione è facoltativa e, ove costituita, il responsabile del procedimento può esserne componente per conto della stazione appaltante. Per tali appalti, nel caso in cui non venga promossa la costituzione della commissione, la proposta di accordo bonario è formulata dal responsabile del procedimento e sulla medesima vi è la necessità che si pronuncino i soggetti indicati nel punto F.
- I) Nell'ipotesi in cui il soggetto che ha formulato delle riserve non provveda alla nomina del componente di sua scelta nel termine di 20 giorni dalla richiesta del responsabile del procedimento la proposta di accordo bonario è formulata da quest'ultimo, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo entro 60 giorni dalla scadenza del termine assegnato all'altra parte per la nomina del componente della commissione.
- L) Per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore ad euro 10.000.000, indipendentemente dall'importo economico delle contestazioni, la costituzione della commissione va fatta al momento del ricevimento da parte del responsabile del procedimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione.
- M) Qualora il termine di 90 giorni per la formulazione della proposta di accordo bo-

nario da parte della Commissione non sia rispettato ovvero quando il termine di 60 giorni per la formulazione della proposta di accordo bonario da parte del responsabile del procedimento non siano rispettati a causa di ritardi negli adempimenti della commissione ovvero dello stesso responsabile del procedimento, la prima perde qualsivoglia diritto al compenso mentre il secondo risponde per danno erariale.

In aggiunta alla scansione procedimentale che si è descritta, quale disciplinata dall'art. 240 del Codice, si deve ricordare che nel medesimo articolo sono presenti ulteriori disposizioni che concernono, tra l'altro, la materia degli interessi legali, nonché gli effetti connessi al fallimento del tentativo di accordo bonario.

### 3.2.3. L'ACCORDO BONARIO NEI CONTRATTI DI SERVIZI E FORNITURE

Come in precedenza osservato, la disciplina dell'accordo bonario delineata dall'art. 240, commi da 1 a 21, del Codice si applica, in quanto compatibile, anche ai contratti ordinari di servizi e forniture. Sul problema della compatibilità si deve peraltro precisare quanto segue.

A) Nell'ambito dei contratti di servizi e forniture le contestazioni non avvengono tramite l'apposizione di riserve, ma, così come prevede il comma 22 del citato art. 240, attraverso verbalizzazione delle medesime contestazioni nei documenti contabili. Ciò significa che l'appaltatore deve utilizzare ogni documento che afferisce alla contabilità, successivo al verificarsi del fatto da cui si origina la contestazione, per l'esternazione della contestazione medesima, nonché per quantificare la maggiore richiesta economica all'amministrazione. Il concetto di documento contabile va evidentemente inteso in

senso ampio: può trattarsi ad esempio della risposta ad una richiesta effettuata dalla stazione appaltante ovvero dell'emissione di una fattura per il pagamento della parte di contratto eseguita, posto che ciò che rileva ai fini dell'ammissibilità della contestazione è la sua esternazione nella prima occasione utile successiva al fatto.

- B) Il presupposto per l'attivazione dell'accordo bonario è unicamente il fatto che l'importo economico controverso sia non inferiore al 10% dell'importo originariamente stipulato, donde l'automatismo tra calcolo aritmetico e avvio della procedura di accordo bonario.
- C) Il punto più delicato è quello di stabilire se la soglia dieci milioni di euro al di sotto della quale negli appalti di lavori non vi è obbligo della costituzione della commissione, ma facoltà in capo al responsabile del procedimento di costituire la medesima ovvero di formulare in proprio la proposta di accordo bonario si applichi anche ai contratti di servizi e forniture. In assenza di orientamenti giurisprudenziali sul punto, sembra preferibile ritenere che sussistendo anche in relazione agli appalti di servizi e forniture l'esigenza di non aggravare il procedimento di accordo bonario la disposizione di cui all'art. 240, comma 5, sia applicabile anche agli appalti in questione. Da ciò consegue che per questi ultimi quando l'importo contrattuale sia inferiore a dieci milioni di euro la costituzione della commissione è facoltativa ed il responsabile del procedimento può farne parte.
- D) In relazione agli appalti di servizi e forniture in luogo del direttore dei lavori si rinviene la figura del direttore dell'esecuzione del contratto, così come espressamente previsto dal comma 22, il quale precisa altresì

che le competenze riconosciute al primo in relazione alla disciplina dell'accordo bonario spettano al secondo.

- E) Al di fuori delle peculiarità predette il procedimento di accordo bonario in materia di servizi e forniture non si discosta da quello relativo alla materia dei lavori.

#### **4. L'arbitrato nella materia dei contratti pubblici: i principi generali**

Il Codice detta negli artt. 241 e ss. la disciplina dell'arbitrato per la risoluzione delle controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti d'appalto. Il sistema delineato dal Codice si basa sui seguenti principi: i) possibilità di utilizzare l'arbitrato rituale soltanto in presenza di una esplicita clausola compromissoria che deve essere indicata nel bando o nell'avviso con cui si indice la gara ovvero nella lettera d'invito nelle procedure senza bando e poi inserita nel contratto; ii) possibilità per l'aggiudicatario di rifiutare la clausola compromissoria, attraverso ricazione, mediante comunicazione alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione e conseguente impossibilità di inserimento della clausola nel contratto; iii) competenza della Camera arbitrale per i Contratti Pubblici a nominare il presidente del collegio arbitrale, nel caso in cui le parti non provvedano di comune accordo; iv) scelta del presidente tra gli iscritti all'albo degli arbitri di cui la Camera Arbitrale cura la formazione e la tenuta; v) scelta dei periti che il collegio arbitrale intende utilizzare nell'ambito dell'elenco dei periti formato e tenuto sempre dalla Camera Arbitrale; vi) applicazione ai giudizi arbitrali delle disposizioni del codice di procedura civile dettate in tema di arbitrato, salvo quanto disposto dal Codice degli appalti.

Di seguito verranno trattate le questioni che maggiormente interessano la stazione appaltante in quanto oggetto di scelte che quest'ultima è tenuta ad operare. Non verrà invece esaminata la disciplina che regola lo svolgimento del giudizio arbitrale.

#### **4.1. La domanda di arbitrato e la nomina degli arbitri**

La procedura arbitrale viene avviata con la domanda di arbitrato che una delle parti, la più diligente, notifica all'altra.

Ai sensi dell'art. 241, comma 4, del Codice ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza, nomina l'arbitro di propria competenza tra professionisti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce.



##### **Sulla particolare esperienza dell'arbitro**

*La particolare esperienza dell'arbitro non coincide con l'esercizio della professione forense ovvero con la comprovata competenza giuridica. È possibile infatti che, ove la materia del contendere investa profili tecnici, l'arbitro possa essere scelto in ragione della comprovata esperienza sui suddetti profili. Ciò si ricava tra l'altro dalla circostanza che possono richiedere l'iscrizione all'albo degli arbitri tenuto dalla Camera Arbitrale nell'ambito del quale quest'ultima designa il presidente del collegio in caso di mancato accordo tra le parti: i) magistrati amministrativi, contabili e avvocati dello Stato; ii) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori ed in possesso dei requisiti per la nomina a Consigliere di Cassazione; iii) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria o architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni.*

Il collegio arbitrale è composto da tre arbitri. Il Presidente viene indicato di comune accordo dalle parti o dagli arbitri dalle stesse nominati, ove sia stato loro conferito il mandato di indivi-

duare il terzo arbitro con funzione di presidente del Collegio. Anche il Presidente deve essere scelto tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce ed in relazione al significato di un tale criterio valgono le stesse considerazioni in precedenza svolte per gli arbitri nominati dalle parti.

Tuttavia con riferimento alla figura del Presidente l'art. 241, comma 5, del Codice prevede in aggiunta al requisito della particolare esperienza, che il soggetto scelto debba essere munito di precui requisiti di indipendenza. Sempre il suddetto comma specifica che il Presidente deve comunque essere scelto tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 241 del Codice ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di un dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico. La nomina del Presidente del collegio adottata in violazione di quanto prescritto dall'art. 241, comma 5, del Codice determina la nullità del lodo emesso dal collegio.

Infine, ai sensi del successivo comma 6, non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi e le forniture oggetto di controversia, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o un parere sull'oggetto delle controversie stesse anche ai sensi dell'art. 240 del Codice che disciplina l'accordo bonario. Alla luce della richiamata normativa la stazione appaltante, con riferimento all'arbitrato, è chiamata a compiere le seguenti valutazioni: i) scegliere se ricorrere o meno allo strumento arbitrale; ii) in caso di decisione affermativa indicare nel bando o nella lettera d'invito che

il contratto conterrà la clausola arbitrale. A tal proposito va ricordato che: i) se si opta per il ricorso all'arbitrato risulta precluso il ricorso alla giurisdizione statale, a meno che l'aggiudicatario ricusi la clausola compromissoria con comunicazione alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione; ii) in tale ultimo caso la clausola non potrà essere inserita nel contratto con la conseguenza che ogni controversia dovrà essere decisa in sede giurisdizionale.

Una volta che la clausola arbitrale è inserita nel contratto, la stazione appaltante in caso di controversia deve: i) attivare l'arbitrato ovvero resistere; ii) procedere alla nomina dell'arbitro di propria competenza; iii) nominare d'accordo con l'altra parte il Presidente salvo che in relazione a tale adempimento non abbia dato mandato a provvedere al proprio arbitro; iv) in tale ipotesi sarà quest'ultimo a nominare d'accordo con l'altra parte o con l'arbitro da quest'ultima nominato il Presidente del collegio arbitrale.

#### **4.2. La nomina del Presidente del collegio da parte della Camera arbitrale**

Nel caso in cui le parti non trovino l'accordo sulla nomina del Presidente, quest'ultimo viene scelto dalla Camera arbitrale istituita presso l'AVCP, previa istanza formulata dalla parte più diligente. La nomina viene effettuata, sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, nell'ambito degli iscritti all'albo degli arbitri formato e tenuto dalla Camera arbitrale.

In proposito è opportuno sottolineare come, ai sensi dell'art. 242, comma 6, del Codice, possono essere iscritti all'albo degli arbitri i soggetti appartenenti alle seguenti categorie: a) magistrati amministrativi, magistrati contabili e avvocati dello Stato in servizio, designati dagli organi competenti secondo i rispettivi ordinamenti,

nonché avvocati dello Stato e magistrati a riposo; b) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori ed in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di Cassazione; c) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria o architettura, abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni e iscritti ai relativi albi; d) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti generali delle pubbliche amministrazioni laureati nelle stesse materie con particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.



# Il contenzioso

CAPITOLO  
QUARTO

# Il contenzioso (Salvatore Dettori)

## 1. L'oggetto del contenzioso

L'affidamento e l'esecuzione di un appalto possono risultare oggetto di contenzioso giurisdizionale sotto diversi profili.

Nella fase di evidenza pubblica, la stazione appaltante pone in essere una procedura funzionale alla scelta del soggetto a cui affidare l'appalto. In tale contesto il contenzioso è dunque destinato ad insorgere tra le parti per lo più a seguito dell'adozione di decisioni unilaterali dell'amministrazione ritenute dai partecipanti alla procedura illegittime e lesive dei propri interessi. Si pensi, ad esempio, all'atto con cui la stazione appaltante esclude un'impresa dalla gara ovvero il provvedimento con cui viene aggiudicata la gara medesima. Nella fase dell'affidamento saranno dunque di solito i concorrenti a censurare gli atti e le attività compiute dalle amministrazioni pubbliche.

A seguito della stipulazione del contratto, le parti si vincolano invece a reciproche obbligazioni, che hanno come principale oggetto, da una parte, l'esecuzione dell'appalto e, dall'altra, la dazione del corrispettivo pattuito. Tale circostanza, a livello di contenzioso, determina l'insorgere di pretese sia da parte del soggetto esecutore dell'appalto, sia da parte della stazione appaltante. Il primo infatti potrà dolersi, ad esempio, della mancata corresponsione degli importi dovuti con le modalità e nei termini pattuiti; la stazione appaltante potrà censurare la non corretta esecuzione dell'appalto.

In tale quadro si inseriscono inevitabilmente aspetti legati alla tutela sia di interessi legittimi, sia di diritti soggettivi.

La disciplina del contenzioso in materia di appalti è stata peraltro di recente oggetto di diversi interventi del legislatore, sia comunitario sia nazionale.

A livello comunitario va segnalata la cosiddetta

Direttiva ricorsi, ossia la Direttiva 11 dicembre 2007 n. 66, che ha sostanzialmente modificato le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali.

A livello nazionale vanno invece evidenziati il D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, che ha recepito la Direttiva ricorsi e novellato il Codice degli appalti, e, soprattutto, il Codice del processo amministrativo, D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che ha codificato la disciplina processuale della materia.

## 2. La giurisdizione

La compresenza nella materia degli appalti pubblici di una fase disciplinata dal diritto pubblico - quella in cui avviene la scelta del contraente - ed una governata dalle regole del diritto privato - quella di stipula ed esecuzione del contratto - ha tradizionalmente portato la giurisprudenza ad affidare le controversie relative a ciascuna di tali fasi rispettivamente al giudice amministrativo ed al giudice ordinario. Tale criterio di riparto corrispondeva peraltro a quello generale, che attribuiva al giudice amministrativo la giurisdizione sulle questioni aventi ad oggetto interessi legittimi ed al giudice ordinario su quelle aventi ad oggetto diritti soggettivi. In particolare, nella fase dell'evidenza pubblica l'amministrazione esercita il proprio potere autoritativo, a fronte del quale i privati vantano una situazione giuridica soggettiva di interesse legittimo. A seguito dell'aggiudicazione e della stipula del contratto tale posizione muta, vantando l'aggiudicatario un vero e proprio diritto soggettivo.

L'applicazione del tradizionale riparto di giurisdizione non risolveva peraltro tutti i problemi posti dal contenzioso in materia, a partire dalla difficoltà di individuare il confine tra la fase pubblicistica

e quella privatistica e, dunque, tra le due diverse giurisdizioni. Il punto controverso riguardava in particolare la natura della situazione giuridica soggettiva vantata dal soggetto aggiudicatario ed in particolare se costui avesse o meno diritto a stipulare il contratto, con la conseguente individuazione della giurisdizione in capo al giudice ordinario ovvero al giudice amministrativo.

Una serie di interventi del legislatore hanno gettato luce su diverse delle questioni aperte, lasciandone in ombra altre. In particolare prima con il D. Lgs. n. 80 del 1998 e successivamente con la legge n. 205 del 2000 tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture venivano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Oggi la disciplina in tema di giurisdizione nella materia degli appalti pubblici è stabilita nell'art. 244 del Codice, come modificato dall'art. 7 del D. Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, e sostituito dall'art. 3, comma 19, dell'Allegato 4 al Codice del processo amministrativo. La richiamata norma opera peraltro un rimando, disponendo che le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici siano individuate dal Codice del processo amministrativo.

Sul punto il Codice del processo amministrativo dispone, all'art. 120, comma 1, che gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'AVCP, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente. È dunque esclusa la possibilità di ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Di seguito verranno dunque trattate le questioni che maggiormente interessano le stazioni appaltanti nel contenzioso dinanzi al giudice amministrativo,

con particolare riferimento alle recenti novità normative.

### 3. Gli atti della procedura di affidamento che possono essere oggetto di impugnazione giurisdizionale

Può essere oggetto di impugnazione qualsiasi atto della procedura di gara che soddisfi un duplice presupposto:

- determini in capo al destinatario una lesione immediata della propria sfera giuridica;
- abbia una rilevanza esterna, non configurandosi cioè quale atto endoprocedimentale, come tale destinato a rimanere in un ambito interno della stazione appaltante.

Alla luce dei richiamati presupposti, sarà allora sempre impugnabile, ad esempio, l'aggiudicazione illegittima, in quanto atto a sicura rilevanza esterna ed in quanto atto da cui deriva una immediata lesione in capo ai concorrenti non aggiudicatari. In applicazione del medesimo principio, sarà altresì sempre impugnabile il bando di gara che contenga una clausola che illegittimamente impedisca la partecipazione alla gara a taluni concorrenti.



#### L'impugnazione del bando di gara

*In giurisprudenza è stato precisato come la tutela giurisdizionale dei privati avverso le disposizioni del bando, inteso quale lex specialis della procedura ad evidenza pubblica, si atteggi diversamente, a seconda che lo stesso presenti un contenuto immediatamente lesivo o meno. Talune prescrizioni del bando, infatti, si riferiscono ai requisiti soggettivi ed oggettivi per l'ammissione alla gara: queste sono ex se idonee a provocare l'esclusione e producono una lesione concreta ed attuale nella sfera giuridica dei partecipanti. Si richiede, quindi, in caso di illegittimità, che tali prescrizioni siano impuginate autonomamente ed immediatamente, chiedendone l'eventuale sospensione al fine di ottenere l'ammissione con riserva alla*



gara. Nel caso in cui siano lasciati inutilmente scadere i termini per proporre ricorso avverso la disposizione illegittima del bando, questa diviene inoppugnabile e, pertanto, i successivi atti che derivano dalla stessa potranno essere impugnati soltanto nel caso in cui presentino vizi propri.

Altre prescrizioni del bando, invece, non sono idonee a determinare una lesione con concretezza ed attualità, in quanto non determinano automaticamente e direttamente conseguenze negative nella sfera giuridica dei partecipanti: in caso di illegittimità, allora, occorrerà impugnare le stesse, unitamente al relativo atto applicativo, viziato per invalidità derivata. Ciò accade, ad esempio, con riferimento alle regole riguardanti l'aspetto procedurale della gara, che saranno impugnabili solo successivamente, in seguito all'eventuale atto di esclusione, adottato in applicazione delle stesse, oppure con riferimento alle regole che si riferiscono alla composizione della commissione aggiudicatrice od alla possibilità di partecipazione di determinati soggetti, che andrebbero in realtà esclusi, le quali saranno impugnabili solo unitamente al successivo atto ricollegabile alla disposizione illegittima, da identificarsi nell'aggiudicazione.

Secondo il giudice amministrativo il sindacato del giudice amministrativo sulle clausole del bando di gara incontra gli stessi limiti sussistenti nei confronti di ogni atto amministrativo. E, invero, la stazione appaltante, nella predisposizione del bando, esercita un potere attinente al merito amministrativo laddove inserisce disposizioni ulteriori rispetto al contenuto minimo ex lege previsto; queste ultime, quindi, saranno censurabili in sede giurisdizionale allorché appaiano viziate da eccesso di potere, ad esempio per illogicità, irragionevolezza od incongruenza rispetto al fine pubblico della gara (Cons. St., sez. V, 21 settembre 2010, n. 7031).

Nel caso invece in cui la lesione derivi da un atto della procedura privo di rilevanza esterna, oggetto di impugnazione potrà essere l'atto conclusivo della procedura, ossia l'aggiudicazione. Così, ad esempio, nell'ipotesi in cui la Commissione di gara non svolga correttamente le operazioni di valutazione delle offerte, i verbali di gara, atti interni alla procedura, saranno impugnabili esclusivamente unitamente al provvedimento finale di aggiudicazione.

#### L'impugnazione della scelta del criterio di aggiudicazione

In giurisprudenza è stato affermato che sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto (tra quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e quello del prezzo più basso), sia la scelta dei criteri più adeguati (tra quelli esemplificativamente indicati dall'art. 83 del Codice) per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante e, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, sono sottratte al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, irragionevoli, irrazionali ovvero macroscopicamente viziate da travisamento di fatto, così che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'amministrazione.

In particolare è stato evidenziato che nel criterio di aggiudicazione di un appalto secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa si tiene conto di una pluralità di elementi, anche qualitativi, e non solo del prezzo, spettando all'amministrazione appaltante, a seconda delle peculiarità specifiche dell'appalto, e dunque dell'importanza che, nel caso concreto, ha il fattore prezzo (prestazione particolarmente semplice) o l'elemento qualità (prestazione particolarmente complessa), dare il peso relativo a ciascun elemento; inoltre la scelta da parte dell'amministrazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, pur essendo connotata da ampia discrezionalità, deve avvenire nel rispetto dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e non discriminazione, dovendo in ogni caso i singoli criteri essere riferiti direttamente ed esclusivamente alle prestazioni che formano oggetto specifico dell'appalto ed essere pertinenti alla natura, all'oggetto ed al contenuto del contratto (Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259).

#### 4. I vizi della procedura di gara

Gli atti della procedura di gara saranno annullabili quando presentino un vizio di legittimità, nella forma della violazione di legge, dell'incompetenza e dell'eccesso di potere.

Con riferimento al vizio di violazione di legge va evidenziato come esso si espliciti nella non conformità dell'atto impugnato ad una disposi-

zione normativa vigente ovvero ad una disposizione della *lex specialis* di gara.

Per quanto riguarda il vizio di eccesso di potere, esso si riscontra in particolare in quelle operazioni svolte dagli organi della stazione appaltante in cui è prevista un'attività di verifica o di valutazione. Ciò può avvenire ad esempio in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai concorrenti, ma soprattutto nelle operazioni di valutazione delle offerte, con particolare riferimento alle procedure da aggiudicarsi mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.



#### L'applicazione giurisprudenziale del vizio di eccesso di potere

*Ad esempio, sotto il primo profilo, con riferimento alla fattispecie contenuta nell'art. 38, comma 1, lett. f), ove è prevista l'esclusione dalla partecipazione alla procedura di gara per quei soggetti che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, è stato affermato in giurisprudenza che, anche condividendo l'impostazione secondo cui l'esclusione in questione non ha carattere sanzionatorio, ma si fonda semplicemente sul venir meno del rapporto fiduciario determinato dall'inadempimento grave di precedenti rapporti contrattuali, non può escludersi che il giudice amministrativo sia chiamato a verificare, al fine di scrutinare l'eventuale ricorrenza di ipotesi di eccesso di potere, se effettivamente, nella situazione concreta, alla base del provvedimento, vi siano fatti idonei a giustificare il venir meno della fiducia o se, al contrario, ricorrano elementi sintomatici tali da denotare un esercizio del potere per finalità diverse da quelle prese in considerazione dalla norma attributiva (Cons. St., sez. VI, 28 luglio 2010, n. 5029).*

*Assai variegata è la casistica relativa alle ipotesi di eccesso di potere nella valutazione delle offerte di gara. Ad esempio è stato sostenuto in giurisprudenza che la asserita insufficienza del tempo dedicato dalla commissione alla valutazione delle offerte presentate, salvo che non sia assolutamente macroscopica, pur non potendo*

*costituire di per sé un vizio della valutazione stessa, può eventualmente rappresentare un elemento sintomatico dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento ovvero della carenza di istruttoria, qualora si accompagni ad altri elementi indizianti, come, per esempio, la omessa valutazione di alcuni parametri qualitativi stabiliti dalla *lex specialis* della gara (Cons. St., sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259)*

Si ha vizio di incompetenza quando determinati atti o attività della procedura di gara sono posti in essere da un soggetto diverso rispetto a quello a cui tale competenza è attribuita da una norma di legge ovvero da una previsione della *lex specialis* di gara.



#### La verbalizzazione delle modalità di custodia delle offerte compiuta dal presidente della Commissione di gara

*Sono stati impugnati gli atti di una procedura ristretta avente ad oggetto un servizio di pulizia. La ricorrente censura l'aggiudicazione per una serie di profili, tra i quali l'omissione, una volta aperti i plichi, dell'onere di documentare le modalità di custodia al fine di preservare la segretezza del contenuto delle offerte e, contestualmente, assicurare l'esclusività dell'accesso alla Commissione giudicatrice. L'amministrazione resistente sostiene sul punto che l'omessa verbalizzazione sia suscettibile di essere sanata ex post. Nel caso di specie la sanatoria sarebbe avvenuta con dichiarazione resa dal presidente della Commissione.*

*Il Consiglio di Stato sostiene in proposito che, posto che la verbalizzazione delle modalità di custodia è un'attività che necessariamente deve essere formalizzata per iscritto, l'omessa verbalizzazione delle operazioni in questione si riflette sull'inesistenza di esse, non essendo peraltro suscettibile di essere sanata con la dichiarazione resa dal presidente della Commissione.*

*Si sottolinea in particolare che nel caso in esame le operazioni di verbalizzazione gravano sul segretario non già sul presidente della Commissione, il quale semmai sottoscrive il verbale in funzione di controllo e d'attestazione di conformità a quanto verbalizzato. Secondo il*

*giudice amministrativo, in definitiva, il cosiddetto atto di sanatoria del presidente della Commissione è una mera dichiarazione di scienza testimoniale di fatti che però acquistano rilievo giuridico solo se formalmente documentati. Da ciò, secondo il Consiglio di Stato, l'inefficacia giuridica della dichiarazione di sanatoria dell'omessa verbalizzazione delle operazioni di custodia effettuata da organo radicalmente incompetente, qual è il presidente della Commissione di gara (TAR Liguria, Genova, sez. II, 23 giugno 2010, n. 5252).*

## 5. I soggetti legittimati ad impugnare gli atti della procedura di gara

Legittimati ad impugnare gli atti della procedura di gara sono quei soggetti che da tali atti ricevono un pregiudizio. Esiste peraltro in giurisprudenza un orientamento tradizionale che riserva l'impugnazione degli atti di gara esclusivamente ai partecipanti alla procedura sulla quale si innesta la controversia. A tale orientamento se ne oppone un altro che invece estende la legittimazione ad impugnare anche a quei soggetti la cui partecipazione alla gara sia stata impedita da una espressa clausola del bando, a condizione che abbiano impugnato tale clausola.

## 6. L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale

Al fine di prevenire l'insorgere il contenzioso giurisdizionale in materia, l'art. 243-bis del Codice, inserito dall'art. 6 del D. Lgs. n. 53 del 2010, prevede che i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale in merito all'affidamento di un appalto siano tenuti ad informare le stazioni appaltanti della presunta violazione e della relativa intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

Tale informativa:

- deve essere contenuta in una comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante;

- deve recare una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di legittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori;
- può essere fatta mediante l'assistenza di un difensore;
- può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale;
- è diretta al responsabile del procedimento;
- può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara. In tal caso:
  - è inserita nel verbale della seduta;
  - è comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.



### L'informativa ed il decorso dei termini procedurali e processuali

*L'informativa in questione, ai sensi dell'art. 243-bis, comma 3, non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.*

A fronte dell'informativa in questione la stazione appaltante, entro quindici giorni dal ricevimento della stessa, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato. In particolare l'amministrazione dovrà valutare se agire o meno in autotutela nei confronti degli atti della procedura di gara. A tal fine dovrà dunque operativamente verificare il ricorrere dei presupposti, di cui si è detto in precedenza, necessari per l'adozione di un provvedimento di annullamento d'ufficio ovvero di revoca. Va peraltro sottolineato che, per espressa previsio-

ne di legge, l'inerzia dell'amministrazione equivale a diniego di autotutela. Ai sensi dell'art. 243-bis, comma 6, il diniego, totale o parziale, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.

L'omissione della comunicazione in ordine all'intenzione di proporre ricorso non determina peraltro l'impossibilità in capo all'interessato di adire le vie giurisdizionali: tale omissione, così come l'inerzia della stazione appaltante costituiscono infatti esclusivamente comportamenti valutabili ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché in termini di concorso del fatto colposo del creditore, ai sensi dell'art. 1227 del codice civile.

### **7. La previsione del rito abbreviato per le controversie relative alle procedure di affidamento**

Per espressa previsione contenuta nell'art. 245 del Codice dei contratti pubblici, la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal Codice del processo amministrativo. In tale Codice, all'art. 119, è espressamente disposta l'applicabilità alle controversie relative ai provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture del rito abbreviato ivi disciplinato, salvo quanto previsto nelle successive disposizioni del medesimo Codice contenute negli articoli 120 e seguenti.

La volontà del legislatore è dunque quella di concentrare in tempi quanto più brevi possibile il giudizio in materia di appalti dinanzi al giudice amministrativo. A tal fine la disciplina vigente prevede sia una significativa riduzione dei termini processuali rispetto a quelli ordinari sia una sostanziale semplificazione delle fasi di svolgimento del giudizio.

### **7.1. I termini processuali**

I nuovi termini processuali sono specificatamente indicati negli artt. 120 e ss. del Codice del processo amministrativo. In ogni caso, per quanto non previsto in tali articoli, ai sensi della previsione generale contenuta nell'art. 119, comma 2, nei riti abbreviati tutti i termini ordinari processuali debbono considerarsi dimezzati.

Per quanto riguarda in particolare in termine di impugnazione degli atti delle procedure di gara, l'art. 120, comma 5, del Codice del processo dispone che il ricorso e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente:

- dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del Codice dei contratti pubblici;
  - per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione effettuata ai sensi dell'art. 66, comma 8, del Codice medesimo;
  - in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto.
- L'art. 120, comma 2, del Codice del processo dispone altresì che il ricorso non può comunque essere più proposto:
- nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'art. 65 e all'art. 225 del Codice dei contratti pubblici, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando;
  - nel caso in cui siano omessi gli avvisi o le informazioni di cui al punto precedente oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.

Ai sensi dell'art. 120, comma 7, a seguito della presentazione di un ricorso contro gli atti di una procedura di gara, i nuovi atti attinenti la medesima procedura devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti.



#### **La notifica del ricorso**

*Ai sensi dell'art. 120, comma 4, quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura. Tale previsione è funzionale all'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.*

## **7.2. La tutela cautelare**

Il rito abbreviato prevede comunque la possibilità di un giudizio cautelare. La disciplina del giudizio cautelare per la materia degli appalti pubblici è stabilita nel Codice del processo amministrativo.

In sede cautelare il TAR:

- accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti (art. 119, comma 3, del Codice del processo);
- con l'ordinanza di cui sopra, in caso di estrema gravità ed urgenza, può disporre le opportune misure cautelari (art. 119, comma 4);
- purché siano trascorsi almeno venti giorni

dall'ultima notificazione del ricorso, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione (art. 60, comma 1, del Codice del processo);

- decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

## **7.3. Lo svolgimento del giudizio e la decisione**

Anche la disciplina relativa allo svolgimento del giudizio di merito risponde alle ricordate esigenze di riduzione dei tempi processuali e di semplificazione delle relative attività. In particolare è espressamente previsto che se il giudizio non è stato definito nel merito con sentenza in forma semplificata in sede di decisione della domanda cautelare, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio con l'ordinanza cautelare medesima, sia immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità. Nella medesima direzione è posta la disposizione di cui all'art. 120, comma 10, del Codice del processo, ove è previsto che tutti gli atti di parte ed i provvedimenti del giudice devono essere sintetici, compresa la sentenza che deve essere redatta, ordinariamente, in forma semplificata ed il cui dispositivo deve essere pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione.

## **8. Il giudizio di appello**

La sentenza con cui il giudice amministrativo di primo grado definisce il giudizio (così come



l'ordinanza cautelare) è naturalmente soggetta ad appello dinanzi al Consiglio di Stato. A tal proposito, sempre in un'ottica di accelerazione e semplificazione delle attività processuali, l'art. 119, comma 6, stabilisce che la parte può chiedere al giudice di appello la sospensione dell'esecutività del dispositivo, proponendo appello entro trenta giorni dalla relativa pubblicazione, con riserva dei motivi da proporre entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza ovvero entro tre mesi dalla sua pubblicazione. La mancata richiesta di sospensione dell'esecutività del dispositivo non preclude peraltro la possibilità di chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza dopo la pubblicazione dei motivi. Anche nel giudizio di appello tutti gli atti di parte ed i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza deve essere redatta in forma semplificata.

### 9. L'annullamento dell'aggiudicazione e le ipotesi di inefficacia del contratto

Il contenzioso dinanzi al giudice amministrativo in materia di appalti potrebbe portare all'annullamento degli atti della procedura ed in particolare dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto. Un tale esito del giudizio potrebbe peraltro intervenire quando il contratto tra la stazione appaltante e l'originario aggiudicatario è già stato stipulato e l'appalto ha già avuto parziale o totale esecuzione. Il verificarsi di tale circostanza ha determinato il sorgere della questione della sorte di tale contratto stipulato a fronte dell'annullamento dell'aggiudicazione, in merito alla quale la giurisprudenza ha tradizionalmente prospettato diverse soluzioni, facendo di volta in volta discendere dall'annullamento dell'aggiudicazione l'annullabilità, la nullità, la caducazione automatica ovvero l'inefficacia del contratto.

*La difficoltà di individuare una soluzione pienamente soddisfacente tra quelle prospettate dalla giurisprudenza era in particolare riconducibile all'esigenza di dover verificare l'incidenza del venire meno degli effetti di un atto della procedura ad evidenza pubblica - sottoposta alla disciplina del diritto pubblico - nei confronti del contratto, ossia di un atto soggetto alle regole del diritto privato.*

Sulla questione è intervenuto il legislatore sia con il D. Lgs. n. 53 del 2010, sia con il Codice del processo amministrativo.

In particolare, l'art. 1 del D. Lgs. n. 53 del 2010, oltre ad aver modificato il termine dilatorio di cui all'art. 11, comma 10, del Codice degli appalti, ha inserito nel medesimo art. 11 il comma 10-ter, ai sensi del quale, come in precedenza ricordato, è prevista la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto in pendenza della decisione del giudice amministrativo sull'istanza cautelare proposta con un ricorso avverso l'aggiudicazione della gara.



#### **Art. 11, comma 10-ter, del Codice**

*Ai sensi dell'art. 11, comma 10-ter, del Codice, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.*

*L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 4, del Codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.*

Il Codice del processo amministrativo, per un verso, ha attribuito al giudice amministrativo la giurisdizione in merito agli effetti del contratto in caso di pronuncia (di annullamento) sull'aggiudicazione e, per altro verso, ha previsto le conseguenze sul contratto di tale pronuncia.

In particolare, l'art. 121, comma 1, di detto Codice prevede che il giudice che annulli l'aggiudicazione definitiva debba dichiarare l'inefficacia del contratto in presenza di gravi violazioni:

- a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella GUCE o nella GURI, quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice degli appalti;
- b) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella GUCE o nella GURI, quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice degli appalti;
- c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, del Codice degli appalti, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;
- d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 11, comma 10-ter, del Codice degli appalti, qualora tale violazione, aggiungendosi

a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In tutti i suddetti casi il giudice dovrà precisare, in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia sia limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo od operi in via retroattiva.

Ai sensi dell'art. 122 del Codice del processo amministrativo, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce peraltro se dichiarare inefficace il contratto anche al di fuori dei casi indicati in precedenza e dei casi in cui risultano applicabili le sanzioni alternative di cui all'articolo 123, comma 3.

A tal fine il giudice dovrà tenere conto, in particolare:

- degli interessi delle parti;
- dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;
- dello stato di esecuzione del contratto;
- della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

### **9.1. Il mantenimento dell'efficacia del contratto**

Ai sensi dell'art. 121, comma 2, il contratto resta peraltro efficace, anche in presenza delle violazioni richiamate, qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti.

Nella medesima disposizione di legge vengono peraltro fornite indicazioni in merito a tali esigenze imperative. Viene in particolare previsto

che:

- tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale;
- gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara;
- non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

Le sentenze che provvedono in tal senso sono trasmesse, a cura della segreteria del giudice, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie.

Ai sensi dell'art. 121, comma 5, l'inefficacia del contratto prevista nelle ipotesi di cui al medesimo art. 121, alle lettere a) e b) (sulle quali si rimanda al paragrafo precedente) non trova peraltro applicazione nelle ipotesi in cui:

- la stazione appaltante abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella GUCE ovvero nella GURI sia consentita dal Codice degli appalti;
- la stazione appaltante abbia pubblicato, ri-

spettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella GUCE ovvero nella GURI un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del Codice degli appalti, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;

- il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui al punto precedente.

## 9.2. Le sanzioni alternative

Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata, il giudice, ai sensi dell'art. 121, comma 4, applica alternativamente o cumulativamente le seguenti sanzioni alternative di cui all'art. 123 del Codice del processo amministrativo:

- la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;
- la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

Ai sensi del comma 3 della norma in esame, il giudice applica le suddette sanzioni anche qualora:

- il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito;
- il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Per quanto riguarda le modalità applicative e la misura delle sanzioni in questione l'art. 123, comma 2, prevede che il giudice amministrativo:

- applichi le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio;
- ne determini la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante ed all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione.



*In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.*

## 10. La tutela risarcitoria

Come in precedenza evidenziato, l'attivazione del contenzioso giurisdizionale da parte dei partecipanti ad una procedura di evidenza pubblica è volto ad ottenere tutela rispetto al non corretto svolgimento da parte delle stazioni appaltanti delle attività connesse alla procedura di

gara. Tale tutela può esperirsi nell'azione tipica del processo amministrativo, ossia l'azione di annullamento, ovvero nell'azione di condanna al risarcimento del danno ingiusto derivante dall'illegittimo esercizio dell'attività amministrativa. Nel primo caso il giudizio avrà ad oggetto l'accertamento delle censure prospettate dalla parte e dunque l'illegittimità degli atti della procedura di gara che, in caso di esito positivo di tale accertamento, il giudice amministrativo provvederà ad annullare. Nel secondo caso il giudizio verterà sull'operato della stazione appaltante ai fini dell'accertamento e della quantificazione dell'eventuale danno subito dal partecipante alla gara.

Nell'ambito della tutela risarcitoria viene peraltro tradizionalmente ricompresa la cosiddetta tutela in forma specifica che consiste nella condanna dell'amministrazione a rendere disponibile al ricorrente il bene della vita a cui aspira, rendendo così la tutela realmente effettiva.

Nell'ipotesi in cui ad esempio venga impugnata l'esclusione dalla procedura, il soggetto escluso non riceverà tutela effettiva se non quando, a seguito dell'annullamento del provvedimento di esclusione, sia riammesso alla gara. Ma soprattutto, nell'ipotesi di aggiudicazione illegittima, il ricorrente sarà completamente soddisfatto solo quando, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, la stazione appaltante gli affidi l'appalto. Qualora poi i suddetti esiti non siano possibili, poiché ad esempio l'appalto ha già avuto parziale o totale esecuzione, la tutela potrà dirsi effettiva nel momento in cui il giudice abbia disposto un corrispondente risarcimento del danno. Nel primo caso, quando il ricorrente è riammesso alla procedura o, se legittimo aggiudicatario, gli viene affidato l'appalto, la tutela è detta "in



forma specifica”; nel secondo caso, la tutela è detta “per equivalente”.

Il rapporto tra tali diverse forme di tutela nella materia degli appalti è ora disciplinato nell’art. 124 del Codice del processo amministrativo. Ai sensi del comma 1 di tale disposizione normativa l’accoglimento della domanda volta al conseguimento dell’aggiudicazione e del contratto è condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente in essere, ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122.

Ciò significa che, nella ipotesi in cui a seguito dell’aggiudicazione sia già stato stipulato il contratto, il giudice potrà accordare una tutela in forma specifica al ricorrente solo a seguito dell’annullamento dell’aggiudicazione in questione:

A) dopo aver obbligatoriamente dichiarato l’inefficacia del contratto al ricorrere delle ipotesi espressamente previste dall’art. 121, comma 1, del Codice del processo amministrativo. In tali casi il giudice preciserà in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è peraltro limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva.

B) al di fuori delle ipotesi sub A), dopo aver dichiarato l’inefficacia del contratto a seguito di una valutazione che abbia tenuto conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell’effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l’aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell’aggiudicazione non comporti l’obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

*La giurisprudenza, nel caso di contratti in avanzato stato di esecuzione, ha recentemente reputato conforme all’interesse della stazione appaltante e all’interesse generale garantire la continuità del servizio in corso, privilegiando l’opzione del risarcimento per equivalente (Cons. St., sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759).*

Va tenuto conto che una tutela in forma specifica non sarà altresì possibile quando si verifichi la fattispecie di cui all’art. 121, comma 2, ai sensi della quale il contratto resta comunque efficace in caso di esigenze imperative connesse ad un interesse generale.

L’art. 124, comma 1, prevede altresì che se il giudice non dichiara l’inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato. Detto in altri termini, la tutela per equivalente è dunque possibile esclusivamente nelle ipotesi in cui il contratto stipulato con l’illegittimo aggiudicatario non venga dichiarato inefficace dal giudice adito.

Il Codice prevede peraltro che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non abbia proposto la domanda volta ad ottenere l’aggiudicazione ed il contratto, o non si sia resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell’articolo 1227 c.c., alla stregua dunque del fatto colposo del creditore che ha concorso a cagionare il danno.



#### **La colpa della stazione appaltante nelle fattispecie risarcitorie**

*In giurisprudenza è stato affermato che il profilo dell’accertamento della sussistenza della colpa della stazione appaltante nelle fattispecie risarcitorie in materia di appalti pubblici è destinato a perdere consistenza alla luce della recente sentenza della Corte di Giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010 (causa C-314/2009).*

*La Corte ha infatti ritenuto che gli Stati membri non*

*possono subordinare la concessione di un risarcimento al riconoscimento del carattere colpevole della violazione della normativa sugli appalti pubblici commessa dall'amministrazione aggiudicatrice. Nel quadro complessivo descritto dalla Corte il rimedio risarcitorio risponde dunque al principio di effettività perseguito dalla direttiva soltanto a condizione che la possibilità di riconoscerlo "... non sia subordinata ... alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice" (TAR Lombardia, Brescia, sez. II, 04 novembre 2010, n. 4552).*





---

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI

Dipartimento per le politiche di gestione e di sviluppo delle risorse umane

Capo del Dipartimento *Giuseppina Perozzi*

Via della Mercede 96 - 00187 Roma

Tel. 06 67795288 Fax 06 67795465

E-mail: [segreteriaadipru@palazzochigi.it](mailto:segreteriaadipru@palazzochigi.it)

---

Ufficio programmazione politiche di gestione e formazione del personale

*Coordinatore Alessandra Gasparri*

Autori dei volumi:

*Prof. Avv. Alberto Zito*  
*Ordinario di diritto amministrativo nell'Università di Teramo e Docente nella SSPA*

*Prof. Avv. Salvatore Dettori*  
*Docente di diritto degli appalti pubblici nell'Università di Teramo*

*Avv. Teresa Felicetti*  
*Avvocato amministrativista esperto in materia di contratti pubblici*

*Dott. Ilario Sorrentino*  
*Ufficiale dell'Arma dei Carabinieri ed esperto in materia di contratti pubblici*

---

Piano dell'opera

**VOL. 1°**

Il mercato degli appalti pubblici

**PARTE PRIMA**

I principi e le tipologie contrattuali

**PARTE SECONDA**

Gli atti e le attività preliminari all'espletamento della procedura ad evidenza pubblica

**VOL. 2°**

L'evidenza pubblica

**PARTE TERZA**

La gestione della gara

**VOL. 3°**

Il contratto ed il contenzioso

**PARTE QUARTA**

La stipula del contratto ed il sistema dei controlli

**PARTE QUINTA**

I poteri di autotutela, l'esecuzione del contratto e la gestione del conflitto



---

Pubblicazione edita dalla **PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**

Dipartimento per l'informazione e l'editoria

Capo del Dipartimento *Elisa Grande*

---

Stampa e distribuzione: The Big Fusion srl







*Presidenza del Consiglio dei Ministri*  
DIPARTIMENTO PER L'INFORMAZIONE E L'EDITORIA