

Articoli e note

n. 7-2006 - © copyright

LUIGI PIANESI

(Dottore di ricerca in diritto regionale e degli enti locali, Università degli Studi di Macerata)

La disciplina della procedura di affidamento: prima lettura degli artt. 11 e 12 del Codice dei contratti pubblici

(Intervento al Convegno su "Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", Osimo 25-26 maggio 2006)

1. La disciplina generale delle procedure di affidamento e dei controlli

Una delle novità più interessanti introdotte dal d.lgs. 12.4.2006, n. 163, recante il "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" (di seguito: "Codice") è costituita dalla compiuta disciplina delle fasi delle procedure di affidamento dettata dagli artt. 11 e 12 del Codice.

In accordo con le complessive finalità di razionalizzazione e semplificazione della complessa normativa in tema di contratti della pubblica amministrazione caratterizzanti le direttive comunitarie di cui il Codice è attuazione [1], le norme appena citate introducono una disciplina generale delle varie fasi in cui si articola la procedura di affidamento del contratto, con l'evidente intento di rendere il procedimento uniforme almeno nelle sue linee generali, introducendo una serie di regole e scansioni temporali precise da applicare a tutte le procedure di affidamento[2], salve le singole discipline speciali.

La disposizioni del Codice dei contratti vanno ad incidere sulle scarse indicazioni poste dagli artt. 16, 17 e 19 del r.d. n. 2440/1923 e dall'art. 109 del d.P.R. n. 554/1999, non abrogati espressamente dal Codice (il che può comportare, come si vedrà, qualche problema di coordinamento), recependo orientamenti dottrinali e giurisprudenziali, nonché prassi consolidate e distribuendo la complessiva disciplina su due norme: in particolare, l'art. 11 individua e disciplina le singole fasi della procedura, mentre l'art. 12 è dedicato ai controlli sugli atti delle procedure di affidamento.

Si esamineranno qui le due norme appena citate, cercando di ricostruire il quadro complessivo, riservandosi all'esito della ricostruzione alcuni spunti di riflessione in merito al rapporto tra la fase procedimentale oggi complessivamente disciplinata e le nuove forme di tutela introdotte nella parte IV del Codice.

2. Le fasi della procedura: aggiudicazione e stipula del contratto

Ad un primo esame del contenuto dell'art. 11 appare evidente l'intento del legislatore di separare nettamente la fase di scelta del contraente, dominata da regole pubblicistiche e dall'esercizio dei poteri tipici delle amministrazioni stazioni appaltanti, che culmina nell'aggiudicazione, atto unilaterale dell'amministrazione, dalla fase di stipulazione del contratto, che ricade nell'alveo del diritto privato.

2.1 Quanto alla prima fase, l'art. 11, dopo aver premesso al comma 1 la necessità di rispettare il quadro definito con gli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici ove previsti dal Codice o da altre norme vigenti, conferma innanzitutto, al comma 2, la necessità di una preventiva formalizzazione della volontà di contrarre dell'amministrazione, prevedendo che preliminarmente all'avvio delle procedure di affidamento le amministrazioni aggiudicatrici "decretano e determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti".

Va ricordato, in proposito, che la necessità di una preventiva deliberazione a contrattare, pur se affermata pressoché pacificamente dalla dottrina e dalla giurisprudenza [3], che ne hanno più volte rimarcato l'importanza, in quanto elemento fondamentale sia relativamente alla predeterminazione degli scopi, dei criteri e delle modalità della successiva attività contrattuale dell'amministrazione, sia ai fini della successiva attività di controllo, non era prevista in termini generali nel nostro ordinamento, se non dall'art. 192 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli enti locali), che (recependo la norma posta dall'art. 56 della l. 8 giugno 1990, n. 142) richiede che "la stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa, indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base".

Con formulazione più generica, il comma 2 dell'art. 11 del Codice detta oggi una disciplina generale della determinazione a contrarre ed individua quale contenuto della determinazione (o del decreto, a seconda dei diversi ordinamenti delle stazioni appaltanti) "gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte".

Si può qui osservare, in via generale, che l'espressa previsione della determinazione a contrarre può avere importanti riflessi sul problema, che pure si è posto all'attenzione sia della dottrina che della giurisprudenza, degli effetti dell'eventuale invalidità della stessa sul contratto concluso, risolto in linea di massima ricostruendo l'invalidità della deliberazione in termini di errore-vizio della volontà, a cui segue l'annullabilità del contratto o la sua inefficacia ab origine [4]. L'espressa previsione della necessità di tale atto all'interno (ed anzi all'inizio) della procedura di formazione della volontà dell'Amministrazione va comunque inserita nell'ambito dell'intenso dibattito, non risolto dal Codice [5] e su cui non è possibile qui intrattenersi, relativo al tema della sorte del contratto in seguito all'invalidità accertata degli atti della procedura ad evidenza pubblica ed in particolare dell'aggiudicazione, in cui si rinvengono diverse posizioni che vanno da quella che ritiene nullo il contratto (qualificato come contratto contra legem), a quella appunto che lo ritiene annullabile (per vizio della volontà o per vizio della capacità dell'Amministrazione), a quella che propende invece per l'inefficacia sopravvenuta del contratto o per la sua caducazione automatica [6].

Quanto ai sistemi e criteri di selezione dei partecipanti e delle offerte, l'art. 11, commi 3 e 4, primo periodo, precisa, forse in modo un po' ridondante, che si debba far ricorso ai sistemi e criteri previsti dal Codice medesimo.

Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria al miglior offerente (comma 4, secondo periodo) e si prevede all'art. 12, comma 1, che detta aggiudicazione provvisoria debba essere approvata dall'organo competente (a seconda dell'ordinamento delle varie amministrazioni aggiudicatrici o soggetti aggiudicatori) nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, nel termine di trenta giorni, decorsi i quali, con previsione ad evidente intento semplificatorio, l'aggiudicazione provvisoria si intende approvata [7].

All'aggiudicazione provvisoria, approvata nei termini di cui si è appena detto, consegue l'aggiudicazione definitiva (comma 5), che tuttavia non è ancora efficace, ma diviene tale solamente "dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti" (comma 8).

È a questo punto che appare più evidente la netta distinzione tra fase pubblicistica dell'aggiudicazione e fase privatistico della stipula del contratto e la ricostruzione in termini innovativi del rapporto tra aggiudicazione e contratto che appare scaturire dalla lettura delle nuove previsioni.

Occorre ricordare, in proposito, che ai sensi dell'art. 16, comma 3 del r.d. n. 2440/1923 [8] "I processi verbali di aggiudicazione definitiva, in seguito ad incanti pubblici o a private licitazioni, equivalgono per ogni legale effetto al contratto". Sulla base di tale previsione si poteva affermare che "al di fuori delle ipotesi di trattativa privata, il processo verbale di aggiudicazione definitiva è atto non preparatorio, ma conclusivo del procedimento, ed equivalente, per ogni effetto legale, al contratto" [9], con l'ulteriore conseguenza, pacificamente affermata dalla giurisprudenza, che in tali ipotesi la stipula formale del contratto avesse carattere meramente riproduttivo di un vincolo contrattuale già sorto in sede di aggiudicazione [10], di modo che il processo verbale di aggiudicazione in questa

prospettiva non ha natura di atto preparatorio, ma equivale ad ogni effetto legale al contratto, con ogni conseguenza in ordine ai vincoli che ne possono derivare anche per l'amministrazione.

Ebbene, una simile conclusione potrebbe non essere più valida in base all'art. 11 del Codice e ciò alla luce del complessivo contesto ridisegnato dalle nuove norme e di alcune specifiche disposizioni introdotte.

Si è sopra ricordato che l'aggiudicazione definitiva non è immediatamente efficace, ma lo diviene solamente dopo che sia stato verificato il possesso dei prescritti requisiti; da tale momento, ai sensi del comma 9, decorre il termine di 60 giorni entro cui va stipulato il contratto (salvo il diverso termine eventualmente previsto nel bando o nell'invito a offrire o il differimento espressamente concordato con l'aggiudicatario).

Ebbene, il comma 7 dell'art. 11 dispone, da un lato, che "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta" (primo periodo) e dall'altro che "l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9" (secondo periodo).

Il legislatore sembra così ricusare il principio per cui l'aggiudicazione vale contratto, scandendo la procedura in fasi nettamente distinte[11] e non prevedendo più quella fusione di momento autoritativo e momento contrattuale rintracciabile nella disciplina dettata dal regio decreto del 1923 [12].

L'aggiudicazione, dunque, ancorché definitiva, sembra oggi comportare un vincolo solamente per l'aggiudicatario, la cui offerta diviene irrevocabile sino a che non sia decorso il termine entro cui deve essere stipulato il contratto, mentre il vincolo contrattuale vero e proprio sembra rinviato, per ogni ipotesi e dunque non più solo per i casi diversi dall'asta pubblica e dalla licitazione privata, alla stipulazione del contratto, con cui l'offerta viene "accettata" dalla stazione appaltante.

L'aggiudicazione appare ora esclusivamente l'atto con cui l'amministrazione formalizza l'individuazione del contraente, sulla base dell'offerta presentata, mentre tutto quanto riguarda il vincolo contrattuale è spostato sul contratto che andrà stipulato successivamente; occorre chiedersi, poi, se alla luce dell'odierna caratterizzazione dell'aggiudicazione si potrà procedere sulla base di essa ad alcune attività prodromiche all'inizio dei lavori, come prima si ammetteva.

La disciplina dettata dal Codice appare, però, in alcuni punti piuttosto macchinosa, al di là degli intenti di semplificazione, apprezzabili nel senso di individuare una procedura unica con fasi ben individuate. L'aggiudicazione, in particolare, è articolata in una sequenza costituita da: aggiudicazione provvisoria - approvazione della aggiudicazione provvisoria - aggiudicazione definitiva, la cui efficacia è sottoposta alla condizione della verifica dei requisiti - aggiudicazione definitiva efficace, a cui può finalmente seguire la stipulazione del contratto.

È vero che l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria e la verifica dei requisiti, il cui esito rende efficace l'aggiudicazione definitiva, competono a soggetti diversi (i soggetti competenti quanto alla prima, la stazione appaltante quanto alla seconda), ma occorrerebbe chiedersi se non si potesse trovare il modo di concentrare il tutto prima dell'aggiudicazione definitiva, senza sottoporre l'efficacia di quest'ultima alla condizione sospensiva della verifica dei requisiti.

Sino al momento della stipulazione, del resto, permangono i poteri pubblicistici dell'amministrazione, che può agire comunque in via di autotutela, come si preoccupa di precisare il comma 9 dell'art. 11, evidentemente anche nei casi in cui la verifica del possesso dei requisiti prescritti richiesta dal comma 8 abbia esito negativo, in cui si sarebbe in presenza di una aggiudicazione sì definitiva, ma inefficace, che non sembra consentire la stipulazione del contratto (che può avvenire "diventa efficace l'aggiudicazione definitiva").

L'aggiudicatario, dal canto suo, se non è, per ciò solo, contraente, ha tuttavia un termine preciso per la stipulazione del contratto, decorso inutilmente il quale, sempre ai sensi del comma 9, "può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto" [13]: il linguaggio utilizzato dal legislatore desta qualche perplessità quanto al recesso, atteso che, come si è visto, si sta discutendo dell'ipotesi in cui il contratto non è stato ancora stipulato e resta difficile comprendere come si possa recedere da un contratto non ancora concluso.

Un effetto che comunque sembra certamente avere l'inutile decorso del termine per la stipulazione è la decadenza del vincolo di irrevocabilità dell'offerta posto dal comma 7, mentre, a scanso di eventuali richieste dell'aggiudicatario, viene espressamente escluso il diritto ad un indennizzo per quest'ultimo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate e, trattandosi di lavori e nel caso in cui vi sia stata la consegna degli stessi in via d'urgenza, delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori.

Ci si può, inoltre, domandare se le norme poste dall'art. 11 possano avere qualche riflesso circa l'individuazione dell'atto lesivo della posizione giuridica dei concorrenti non aggiudicatari.

È principio pacifico in giurisprudenza [14] che la lesione effettiva, che legittima al ricorso, deriva dall'aggiudicazione definitiva, essendo l'aggiudicazione provvisoria un mero atto endoprocedimentale, l'impugnazione del quale è facoltativa e deve essere seguita dall'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, con cui effettivamente si ha la manifestazione della volontà negoziale dell'Amministrazione e che dunque è atto autonomamente impugnabile e necessariamente da impugnare.

Ora, a fronte delle previsioni per cui neppure dall'aggiudicazione definitiva consegue l'accettazione dell'offerta individuata come la migliore all'esito della procedura di gara e per cui, dunque, l'aggiudicazione definitiva non è più manifestazione della volontà contrattuale della pubblica amministrazione, ci si domanda [15] se effettivamente l'aggiudicazione definitiva sia oggi in grado di causare una effettiva lesione della sfera giuridica dei non aggiudicatari, non essendosi ancora formato alcun vincolo per l'Amministrazione, dovendosi piuttosto ricercare l'effettiva lesione nell'atto di stipula del contratto.

Va peraltro ricordato, in proposito, che l'aggiudicazione definitiva integra, nelle parole del Consiglio di Stato [16], "una vera e propria determinazione autoritativa dell'esito della procedura selettiva, mediante una statuizione propria degli atti pubblici diretti a creare certezze legali privilegiate ed a incidere sulla posizione soggettiva degli aspiranti all'aggiudicazione, qualificabile come interesse legittimo con conseguente giurisdizione del g.a." e che l'obbligo, previsto dal Codice, di comunicare ai controinteressati l'aggiudicazione (e non la stipula del contratto) sembra comunque presupporre una valenza lesiva dell'aggiudicazione stessa.

Occorrerà, poi, verificare se il fatto che sia stato legislativamente previsto un termine specifico per l'esercizio del potere discrezionale di stipulazione del contratto, la possibilità di reazione dell'aggiudicatario nei termini appena visti e l'esclusione dell'indennizzo escludano sempre e comunque la configurabilità di un ritardo colpevole e dunque la sussistenza di una responsabilità precontrattuale dell'amministrazione o se detta responsabilità possa comunque verificarsi se, nel far decorrere inutilmente il termine, la stazione appaltante abbia comunque posto in essere comportamenti contrari all'art. 1337 del codice civile [17].

2.2. Non meno dettagliata è la disciplina della fase successiva all'acquisto di efficacia da parte dell'aggiudicazione definitiva e cioè la fase della stipulazione del contratto, in cui vengono introdotte delle scadenze temporali precise.

Occorre premettere che l'art. 79 del Codice, al comma 5, lett. a), prevede che l'amministrazione debba comunicare d'ufficio "l'aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta è stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione".

Questa disposizione, in cui sembra leggersi l'intento di rendere il più certo ed il più ravvicinato possibile il momento della conoscenza dell'aggiudicazione da parte non solo dell'aggiudicatario, ma anche di chi avrebbe interesse a ricorrere avverso l'aggiudicazione medesima, introducendo la comunicazione d'ufficio (andando oltre, pertanto, quanto previsto dall'art. 41 della direttiva 2004/18/CE), anche per limitare il lasso di tempo in cui eventuali ricorsi possano essere proposti, oltre ad individuare espressamente i controinteressati relativamente all'aggiudicazione, è richiamata dall'art. 11, comma 10, laddove prevede che il contratto non possa comunque essere stipulato prima di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione ai sensi dell'art. 79.

Va segnalato che la norma non specifica se oggetto della comunicazione sia l'aggiudicazione provvisoria o l'aggiudicazione definitiva, ma considerato che l'aggiudicazione definitiva (efficace) sembra porsi come presupposto necessario per la stipulazione del contratto appare più logico pensare che sia dalla comunicazione di essa che decorra il termine dilatorio per la stipulazione del secondo.

Il termine dilatorio di trenta giorni, previsto solo per le procedure relative alle infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi dall'art. 14 del D.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, costituisce una novità ed è stato introdotto sulla spinta di una procedura di infrazione aperta contro l'Italia dalla Commissione Europea [18] proprio relativamente alla mancata previsione di un tale termine nella disciplina italiana e può essere derogato (tranne che nel caso di contratti relativi ad infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi) nel caso in cui vi siano " motivate ragioni di particolare urgenza che non consentano all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine".

Il contratto così stipulato andrà poi approvato dall'organo competente (laddove l'approvazione sia prevista dai singoli ordinamenti) entro i termini previsti dalle singole discipline o in mancanza entro 30 giorni (art. 12, comma 2 [19]) [20]. L'approvazione a sua volta, andrà sottoposta ai controlli eventualmente previsti dai singoli ordinamenti nei termini previsti o in mancanza anche qui entro 30 giorni (art. 12, comma 3).

L'esito positivo dell'approvazione e dei controlli costituisce, poi, vera e propria condizione sospensiva del contratto (art. 11, comma 11), che diviene efficace solamente in seguito a tale esito; a sua volta, l'efficacia del contratto è condizione necessaria per l'esecuzione dello stesso, a meno che non vi siano casi di urgenza in cui la stazione appaltante o il soggetto aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata (art. 11, comma 12, che rinvia all'emanando regolamento di attuazione la disciplina dei modi e delle condizioni relative a tale ipotesi).

Il rispetto dei termini previsti può dunque essere derogato solamente laddove vi siano ragioni di urgenza, che sembra debbano essere più stringenti per consentire la deroga al termine dilatorio per la stipulazione del contratto (" motivate ragioni di particolare urgenza"), che per la richiesta di esecuzione anticipata del contratto (per la quale si fa riferimento semplicemente a "casi di urgenza").

3. Brevi spunti ricostruttivi e problematici

All'esito di questa brevissima e schematica disamina di un tema che richiederebbe ben altro approfondimento è comunque possibile avanzare alcuni spunti di riflessione.

Innanzitutto, la netta separazione operata dall'art. 11 del Codice anche a livello formale tra aggiudicazione e contratto, tra fase pubblicistica e fase privatistica, sembra confermare che ormai, come messo in evidenza in dottrina [21], la specificità della disciplina pubblicistica dei contratti pubblici sia da ricercare non nel riconoscimento di poteri speciali all'amministrazione nell'esecuzione del contratto, ma nella fase di scelta del contraente, regolata da norme di diritto pubblico, principalmente di derivazione comunitaria (che non a caso non riguardano l'esecuzione del contratto, ma sono incentrate sulla disciplina di scelta del contraente), il cui scopo principale è il rispetto del principio di concorrenza.

La disciplina pubblicistica dei contratti pubblici è sempre più disciplina della scelta del contraente, in cui si sostanziano le regole volte a garantire e tutelare la concorrenza nel settore del public procurement: le norme del Codice sin qui esaminate possono, dunque, essere lette in quest'ottica, in cui va inserito lo sforzo del legislatore di separare aggiudicazione e contratto, che nella disciplina previgente e proprio per le ipotesi di sistemi di scelta del contraente maggiormente concorrenziali, erano fusi in un unico atto.

La complessiva e dettagliata scansione temporale dettata dalle norme sopra esaminate, poi, non può non avere riflessi sulla tutela giurisdizionale, posto che in una procedura caratterizzata da una scansione delle sue varie fasi così dettagliata e formalizzata, anche quanto ai tempi, in cui il momento della stipulazione del contratto è tutto sommato prevedibile da parte di chi ha avuto comunicazione dell'aggiudicazione, la tutela stessa risulta forse facilitata.

Si potrebbe anche rilevare che se effettivamente dovesse confermarsi il fatto che l'aggiudicazione sembra oggi configurarsi soprattutto come individuazione del contraente dell'amministrazione, con cui poi stipulare il contratto, solamente dopo la stipula del quale è possibile eseguire lo stesso, la scansione procedurale potrebbe consentire una adeguata "programmazione difensiva" da parte dei soggetti legittimati al ricorso, a cui peraltro l'aggiudicazione va comunicata d'ufficio.

Ciò potrebbe, peraltro, non essere sempre vero, considerate le ipotesi di cui ai commi 10 e 12 dell'art. 11, in cui, come si è visto, ragioni di urgenza possono consentire di non attendere il termine di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione per la stipula del contratto e di non attendere l'esito dei procedimenti di approvazione e controllo per consentire l'esecuzione del contratto.

In tali ipotesi, potrebbe assumere rilievo la previsione, all'art. 245, comma 3 del Codice, della possibilità di richiedere ed ottenere, "in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie di cui all'art. 21, comma 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034", le "misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito della domanda cautelare di cui ai commi 8 e 9 del citato articolo 21".

La norma, anch'essa emanata sulla base di specifiche contestazioni comunitarie circa l'assenza di un simile rimedio nel nostro ordinamento [22], introduce nel sistema processuale amministrativo le misure

cautelari ante causam [23], ancorando la possibilità di ricorso a tale forma di tutela alla presenza di ragioni di eccezionale gravità ed urgenza che non consentono neppure la previa notifica del ricorso e l'ottenimento di provvedimenti presidenziali interinali sino alla prima camera di consiglio utile, prevedendo, coerentemente all'evoluzione della tutela cautelare nel processo amministrativo ed al suo attuale assetto, un contenuto atipico delle misure cautelari che possono essere concesse[24], in modo da renderle adattabili ed effettive in riferimento alla situazione concreta da tutelare, specie nei casi di eccezionale gravità ed urgenza.

--- *** ---

[1] Sulle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, cfr. M. Baldinato, *Le nuove direttive europee in materia di appalti*, in *Il diritto della Regione*, 2004, p. 23 ss.; G. Marchianò, *Prime osservazioni in merito alle direttive di coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici*. Direttive nn. 17 e 18/2004 del 31 marzo 2004, in *Riv. trim. appalti*, 2004, p. 854 ss.; C. Vitale, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, *ivi*, p. 1128 ss.; L. Fiorentino - C. Lacava (a cura di), *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, IPSOA, Milano, 2004; R. Garofoli - M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano, 2005; C.H. Bovis, *The new public procurement regime of the European Union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence*, in *European Law Review*, 2005, p. 607 ss..

[2] Comprendenti, ai sensi dell'art. 3, comma 36 del Codice "sia l'affidamento di lavori, servizi, o forniture, o incarichi di progettazione, mediante appalto, sia l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione, sia l'affidamento di concorsi di progettazione e concorsi di idee".

[3] Si vedano, per tutti, R. Caranta, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 277 ss.; A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1577; G. Rossi, *Diritto amministrativo*, Vol. II - *Approfondimenti*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 99. In giurisprudenza v., ad esempio, Cons. Stato, Sez. IV, 28 ottobre 1996, n. 1159; Cons. Stato, Sez. V, 30 giugno 1997, n. 760; T.A.R. Emilia Romagna - Bologna, Sez. I, 27 gennaio 1998; T.A.R. Puglia - Bari, Sez. I, 3 luglio 1995, n. 705.

[4] Cfr. R. Caranta, *op. cit.*, p. 282. Nel senso dell'inefficacia del contratto in caso caducazione della deliberazione a contrattare, v. Cons. Stato, Sez. VI, 27 ottobre 2003.

[5] Scelta ritenuta condivisibile dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di Codice, trattandosi di questione "su cui non vi è ancora sufficiente chiarezza in giurisprudenza e dottrina".

[6] La questione è estremamente complessa ed è stata rimessa all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che non si è, però, ancora pronunciata. Ci si limita qui ad osservare che il Codice parla, all'art. 246, comma 4, con riferimento alle controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi, di "caducazione" del contratto, recependo un termine di uso giurisprudenziale, laddove la norma posta dal comma 2 dell'art. 14 del d. lgs. 20 agosto 2002, n. 190 utilizzava il termine "risoluzione" e che, confermando l'esclusione della caducazione del contratto in caso di sospensione o di annullamento dell'affidamento in detta materia, parrebbe implicitamente affermare la conseguenza della caducazione negli altri casi. Una ricostruzione delle varie tesi, con ampi riferimenti giurisprudenziali, è in Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465.

[7] La norma prevede, poi, che il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti ed inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

[8] Si è già detto che tra le norme espressamente abrogate dal Codice, ai sensi dell'art. 256 dello stesso, non risultano né l'art. 16 del r.d. 2440/1923 (che prevede il principio per cui il verbale di aggiudicazione vale contratto), né l'art. 109 del d.P.R. n. 554/1999, dando così luogo a qualche incertezza interpretativa. La disciplina oggi posta dall'art. 11 del Codice appare però incompatibile, almeno per certi versi, con quella dettata dalle norme della legge generale sulla contabilità, tanto che il Consiglio di Stato nel suo parere parla di superamento di detta disciplina, il che farebbe pensare ad una abrogazione tacita delle norme in questione.

[9] Così R. Caranta, *op. cit.*, p. 383.

[10] Di recente, v. T.A.R. Liguria, Sez. II, 7 febbraio 2005, n. 165, secondo cui il processo verbale di aggiudicazione definitiva ha "effetto immediatamente vincolante per l'amministrazione stessa oltre che per l'altro contraente"; Cons. Stato, Sez. V, 14 giugno 2004, n. 3819; Cass., Sez. I, 11 giugno 2004, n. 11103; Cass., Sez. I, 13 aprile 2004, n. 7008. Va comunque ricordato che la regola posta dal citato art. 16 non si applica laddove il bando (come spesso accade in pratica) subordini la nascita del vincolo

contrattuale ad una successiva ed espressa manifestazione di volontà dell'Amministrazione.

[11] Ciò che si verifica nella prassi allorché il bando contenga la previsione di cui si è detto alla nota precedente.

[12] Cfr. ancora di recente Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, in cui si precisa che l'aggiudicazione contiene in primo luogo "un atto (amministrativo) di accertamento (costitutivo)" e in secondo luogo "anche la manifestazione di volontà (negoziale) della p.a. in ordine al contratto da stipulare".

[13] Tale possibilità sussiste anche per l'ipotesi in cui il controllo sull'approvazione del contratto di cui all'art. 12, comma 3, non avvenga nei termini previsti. La previsione introdotta dal Codice richiama, generalizzandola, quella posta dall'art. 114 del r.d. 23 maggio 1924, n. 827, secondo il quale "1. Quando nel capitolato di oneri o nello schema del contratto sia stabilito un termine per l'approvazione, il contraente ha diritto di essere liberato da ogni suo impegno, ove entro il termine stesso non venga emesso il decreto di approvazione. 2. All'uopo egli deve notificare all'amministrazione appaltante la sua volontà di sciogliersi dall'impegno mediante dichiarazione che però rimane priva di effetti, se prima che pervenga all'amministrazione, il decreto di approvazione sia stato già emesso. 3. Il contraente dichiaratosi sciolto dall'impegno assunto non può pretendere compenso di sorta".

[14] V., tra le molte, Consiglio di Stato, Sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4769; Consiglio di Stato, Sez. v, 10 maggio 2005, n. 2338; T.A.R. Toscana, Sez. II, 13 febbraio 2004, n. 366; Consiglio di Stato, Sez. V, 17 aprile 2003, n. 2074.

[15] L. Caso, *Approvazione dell'aggiudicazione e del contratto*, relazione tenuta al convegno I.G.I. "Dall'aggiudicazione alla giurisdizione nel Codice dei Contratti Pubblici", svoltosi a Roma il 3 maggio 2006, p. 9 del dattiloscritto.

[16] Consiglio di Stato, Sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368, cit..

[17] Il tema può qui essere solamente accennato. Cfr., sul punto, R. Caranta, op. cit., p. 387, anche per ulteriori riferimenti di dottrina e giurisprudenza.

[18] L'affermazione della necessità della previsione del termine di cui si discute viene fatta risalire alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 28 ottobre 1999, causa C-81/98, "Alcatel", richiamata espressamente dalla Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 10 marzo 2003, n. 2107, in cui, in attesa di modifiche legislative volte ad adeguare l'ordinamento interno alle istanze comunitarie, invitano le amministrazioni aggiudicatrici ad adeguare i propri comportamenti a dette istanze.

[19] La norma, come anche quella posta dal comma 3 con minime differenze, è speculare a quella di cui al comma 1 dello stesso articolo, anche quanto all'interruzione del termine in caso di richiesta di chiarimenti o documentazione; non è stato seguito, pertanto, sul punto il suggerimento del Consiglio di Stato di accorpare l'intero articolo in un unico comma.

[20] Ricorda R. Caranta, op. cit., p. 389, citando C. Conti, Sez. contr., 3 gennaio 1994, n. 136, che "l'approvazione di un contratto è intesa a verificare la conformità sostanziale del negozio concluso alla deliberazione a contrattare, la conformità di esso alle norme, alle clausole dei capitolati o del bando e del procedimento seguito nonché l'opportunità stessa del contratto concluso".

[21] R. Caranta, op. cit., p. 413 ss..

[22] Cfr. l'ordinanza della Corte di Giustizia comunitaria del 29 aprile 2004, Causa C-202/03, riferita all'ordinamento italiano, con cui la Corte, sulla scorta delle precedenti decisioni del 19 settembre 1996, causa C-236/95, commissione/Grecia e del 15 maggio 2003, causa C-214/00, Commissione/Spagna, ha statuito che "l'art. 2, n. 1, lett. a), della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretata nel senso che gli Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto in esame". L'introduzione delle misure cautelari ante causam è stata, in sostanza, per il legislatore italiano una necessità imposta dal diritto comunitario, anche se sono stati già avanzati dubbi sulla sua effettiva utilità.

[23] Si potrebbe porre, peraltro, in proposito, qualche problema di costituzionalità, sotto il profilo della disparità di trattamento rispetto ad altri settori con esigenze analoghe, circa la scelta di introdurre tale forma di tutela cautelare solamente nello specifico settore dei contratti pubblici e non

in via generale, cosa peraltro impedita dai limiti della delega: il problema è stato rilevato anche dal Consiglio di Stato, secondo il quale l'amministrazione dovrà valutare "se non sia il caso di assumere una specifica ed urgente iniziativa legislativa diretta a prevedere la tutela cautelare per la generalità dei casi di giurisdizione amministrativa".

[24] Il che comporta, secondo E. Follieri, in F.G. Scoca (a cura di), Giustizia amministrativa, Giappichelli, Torino, 2006, p. 287, l'onere per il ricorrente di specificare il tipo di provvedimento richiesto.

