

1. Proposta di aggiudicazione.

Il d.lgs 50/2016 mantiene l'impostazione procedurale del DLGS 163/2006.

Ma vi è una modifica, di carattere nominale: non si parla più di "aggiudicazione provvisoria", bensì di "proposta di aggiudicazione"; allo stesso modo non si parla più di "aggiudicazione definitiva", ma di aggiudicazione vera e propria.

Questa nuova denominazione è stata chiesta espressamente dal Consiglio di stato, col suo parere della Commissione speciale in data 21.3.2016, allo scopo di non ingenerare negli operatori economici equivoci che li portassero a presentare ricorsi su un provvedimento, l'aggiudicazione "provvisoria" ad efficacia solo interna e non lesiva delle posizioni giuridiche dei partecipanti alle gare.

Ai sensi dell'articolo 32, comma 9, del "nuovo" codice, il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

Pertanto, si conferma l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione. Essa, ovviamente, va comunicata non solo all'aggiudicatario, ma a tutti i concorrenti, visto che si parla espressamente di "ultima delle comunicazioni", a testimoniare della pluralità dei soggetti destinatari, i quali non possono che coincidere con chi ha partecipato alla selezione.

2. Comunicazioni.

A proposito delle comunicazioni, il d.lgs 50/2016 fa un indispensabile passo in avanti rispetto alla vecchia disciplina del d.lgs 163/2006, che in maniera molto confusa prevedeva modalità "miste" di comunicazione cartacea, via fax e mediante sistemi di posta elettronica.

L'articolo 52 del d.lgs 50/2016 è molto chiaro nello stabilire che nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni debbono essere eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dai commi 1, e dai commi da 2 a 9, dell'articolo 52 medesimo, nonché dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

La regola, quindi, è che le informazioni tra amministrazioni appaltanti ed operatori economici transitino esclusivamente attraverso i canali elettronici e digitali. In altre parole, è necessario che tanto le amministrazioni appaltanti, quanto gli operatori, si dotino degli strumenti necessari a tali scambi, purchè, ovviamente, le amministrazioni non impongano metodologie discriminatorie. Sono, comunque, ammesse alcune deroghe all'obbligo della comunicazione per via digitale, disposte espressamente dal citato articolo 52 del d.lgs 50/2016.

3. Trasmissione della proposta di aggiudicazione per la successiva approvazione.

La commissione di gara è un organo straordinario dell'amministrazione, che agisce nell'esercizio di proprie competenze e responsabilità.

Essa conclude le proprie operazioni con l'ultimo verbale, contenente la proposta di aggiudicazione, che potrebbe essere formalizzata in una formula del tipo seguente:

“La commissione, ultimate le operazioni di gara, approva la graduatoria finale degli offerenti, come sopra riportata, e propone al dirigente/responsabile di servizio l'aggiudicazione all'operatore economico piazzato al primo posto, trasmettendogli allo scopo il presente verbale”.

Occorre, dunque, una formale assegnazione degli atti al dirigente, che poi provvederà all'approvazione della proposta di aggiudicazione, provvedendo così all'aggiudicazione vera e propria.

Gli stessi passaggi vanno effettuati se invece della commissione di gara, obbligatoria quando si aggiudica col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ci si avvale del “seggio di gara”, attivabile quando il criterio di aggiudicazione è quello del massimo ribasso.

Naturalmente, la fase della trasmissione della proposta di aggiudicazione al dirigente/responsabile di servizio negli enti locali è più “virtuale” che reale, soprattutto se, come nella maggior parte dei casi avviene, il presidente della commissione di gara coincide col dirigente responsabile della procedura di spesa che porta alla conclusione del contratto. Lo stesso vale quando non si sia insediata una commissione, ma un seggio di gara, cioè un collegio di supporto al dirigente.

Pertanto, può verificarsi concretamente una sostanziale mancanza di soluzione di continuità tra l'adozione della proposta di aggiudicazione (che coincide con l'ultimo verbale di gara) e la sua “trasmissione” al dirigente competente ad approvarla e, dunque, ad adottare l'aggiudicazione.

4. Approvazione della proposta di aggiudicazione = Aggiudicazione.

Il dirigente approva la proposta di aggiudicazione con una determinazione di aggiudicazione. È pacifico in giurisprudenza che negli enti locali può e deve provvedere il medesimo dirigente che ha presieduto la gara. Infatti, nelle gare per l'aggiudicazione di contratti comunali non sussiste incompatibilità tra la funzione di presidente della commissione di gara e quella di organo che dispone l'aggiudicazione, entrambe nella persona del dirigente di settore. Tale conclusione è indotta dalle chiare disposizioni dell'articolo 107, comma 3, del d.lgs. 267/2000.

L'aggiudicazione deve essere adottata entro il termine previsto dall'ordinamento di ciascuna amministrazione. Nel caso degli enti locali, è regolamento dei contratti a fissarlo. Laddove il regolamento non fissi tale termine, si deve procedere entro i 30 giorni previsti dall'articolo 33 del d.lgs 50/2016. Occorre ricordare che se il dirigente non provvede entro il termine fissato, la proposta di aggiudicazione si intende approvata ope legis e, dunque, si forma implicitamente il provvedimento di aggiudicazione. Il termine previsto per l'approvazione della proposta di

aggiudicazione è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere, ripristinando da zero la durata (30 giorni o il diverso termine fissato dal regolamento dei contratti) da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente.

Il comma 6 dell'articolo 32 del d.lgs 50/2016 chiarisce che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. Dall'approvazione definitiva, quindi, non deriva alcun vincolo obbligatorio tra amministrazione appaltante ed operatore economico aggiudicatario. Anche perché l'aggiudicazione non è immediatamente efficace: lo diviene solo dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti soggettivi in capo all'aggiudicatario. Per questo l'aggiudicazione non autorizza alla stipulazione del contratto, né all'emanazione dell'ordine di esecuzione in via d'urgenza.

5. L'aggiudicazione diventa efficace

Il termine dilatorio che impedisce di stipulare il contratto per 35 giorni, di cui si parlerà diffusamente di seguito, decorre non dalla data di adozione dell'aggiudicazione, ma dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Il d.lgs 50/2016 modifica l'impostazione precedente, che faceva partire il termine dilatorio dei 35 giorni dalla comunicazione della data di conseguimento di efficacia dell'aggiudicazione medesima, non più richiesta.

C'è, tuttavia, da aggiungere che il termine dilatorio di 35 giorni nel quale è vietato stipulare il contratto è leggermente sfasato. Infatti, esso decorre, come vedremo meglio dopo, dall'invio della comunicazione dell'adozione dell'aggiudicazione. Ma, il termine di 30 giorni per presentare ricorso (teoricamente inferiore ai 35 giorni di stop alla stipulazione) decorre dalla ricezione della comunicazione. Prudenza, allora, invita ad astenersi dalla stipulazione del contratto finché non pervenga la prova della ricezione della comunicazione.

6. Comunicazione dell'aggiudicazione – inizio del decorso del termine entro il quale è vietato stipulare il contratto.

Si è visto prima che l'amministrazione appaltante ha l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione entro termini autoregolamentati.

Poiché tale provvedimento deve essere adottato con atto del dirigente (o del responsabile di servizio negli enti in cui non sia presente la dirigenza), nel caso degli enti locali esso decorre dalla data di adozione della determinazione con la quale tale dirigente approva la proposta di aggiudicazione.

L'articolo 76, comma 5), lettera a), del d.lgs 50/2016 contiene una complessa elencazione di soggetti ai quali rivolgere la comunicazione, che, nella sostanza ricomprende tutti coloro il cui interesse al corretto espletamento della gara ed alla determinazione dell'aggiudicatario avvenisse in modo corretto, si da garantire la propria aspirazione a stipulare il successivo contratto: in sostanza, si tratta di tutti i partecipanti.

Dall'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione decorre il termine dilatorio di 35 giorni, durante il quale "il contratto non può comunque essere stipulato".

È fondamentale, pertanto, tracciare l'invio delle comunicazioni e a questo scopo ovviamente fa fede il protocollo. Altrettanto utile è prendere atto che il termine dilatorio di 35 giorni decorre dall'invio e non dalla ricezione della comunicazione. In effetti, dunque, l'amministrazione appaltante potrebbe non sapere quando si verifica la "piena conoscenza" del provvedimento che approva l'aggiudicazione provvisoria, scaturente, ovviamente, dalla presa visione della comunicazione.

Il termine dilatorio per la stipulazione del contratto, come visto, è di 35 giorni, decorrenti dall'invio dell'ultima comunicazione di aggiudicazione ed è previsto per permettere alle imprese appaltatrici di presentare il ricorso avverso l'aggiudicazione evitando che la situazione giuridica si consolidi, a loro danno ma anche a danno dell'ente appaltante, attraverso la stipulazione del contratto. Con la riduzione del termine per presentare il ricorso da 60 a 30 giorni, operata dagli articoli 119, comma 1, e 120, comma 5, del d.lgs. 104/2010, il termine dilatorio entro il quale è fatto divieto di stipulare il contratto consente di sapere con certezza se uno dei potenziali interessati presenterà o meno ricorso.

Bisogna ricordare che ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del d.lgs. 163/2006, il contratto può essere stipulato solo "divenuta efficace l'aggiudicazione" entro i successivi 60 giorni. V'è anche, pertanto, un termine sollecitatorio da rispettare, la cui scadenza è comunque modificabile attraverso il bando di gara.

In ogni caso, verosimilmente il contratto difficilmente può essere stipulato entro il termine dilatorio dei 35 giorni decorrenti dall'ultima comunicazione dell'aggiudicazione. Infatti, non solo occorre attendere che questa divenga efficace, consumandosi già quasi tutti, se non di più, i 35 giorni previsti dalla norma; ma, poi, occorre stendere il contratto, liquidare i diritti di segreteria, convocare la parte e procedere alla stipulazione formale se si procede a seguito di procedure aperte o ristrette.

7. Casi tipici di mancata applicazione del termine dilatorio di 35 giorni.

Il termine dilatorio per la stipulazione del contratto non si applica nelle seguenti ipotesi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del Codice:

- è stata presentata una sola offerta;
- o è stata ammessa una sola offerta;
- non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito;
- o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di:

- un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54 del codice;
- appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55 del codice;
- acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico;
- acquisti di importo inferiore alle soglie comunitarie affidati per importi fino a 150.000 euro per lavori, e fino alla soglia comunitaria per forniture e servizi (articolo 36, comma 2, lettere a) e b)).

Il d.lgs 50/2016 razionalizza il sistema e rende più chiare ed esplicite le ipotesi in cui il termine dilatorio non va applicato. Tuttavia, è da ritenere che l'elencazione risulti incompleta. Vi sono, infatti, casi eventuali di affidamento diretto ad una sola impresa ammessi dell'articolo 63 del d.lgs 50/2016, che sostituisce la disciplina contenuta dall'articolo 57 del d.lgs 163/2006, e cioè:

- quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

- 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
- 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
- 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

- nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, ivi comprese le emergenze di protezione civile, nonché nei casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza dei siti contaminati ai sensi della normativa ambientale, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici;

- nel caso di appalti pubblici di forniture, la procedura di cui al presente articolo è, inoltre, consentita nei casi seguenti:

- a) qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che non si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;
- b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero

incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;

d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

- negli appalti pubblici relativi ai servizi qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso;

- nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura prevista dall'articolo 59 del Codice, di tipo concorrenziale.

- affidamenti mediante adesione alle convenzioni della Consip o di altri soggetti aggregatori.

In tutti questi casi non si dà vita ad una procedura di gara tra più imprenditori. Manca, pertanto, il controinteressato dotato dell'interesse a ricorrere avverso la procedura. Al limite, potrebbe evidenziarsi l'interesse a ricorrere contro la scelta dell'amministrazione di procedere seguendo le procedure di affidamento diretto indicate sopra, che oltre tutto è possibile rendere note attraverso l'avviso volontario per la trasparenza preventiva, allo scopo di evitare l'inefficacia del contratto. Per altro, nel caso delle convenzioni con la Consip o altri soggetti aggregatori l'ipotesi non è possibile materialmente formularla. Infatti, le amministrazioni aderiscono semplicemente ad un contratto già stipulato da Consip stessa o altro soggetto aggregatore. L'eventuale vertenza sarà stata proposta dagli interessati avverso l'appalto svolto dalla Consip o dal soggetto aggregatore.

8 Termine dilatorio di 20 giorni per ricorso con istanza cautelare.

Vi è, però, un ulteriore ed eventuale termine dilatorio che impedisce di stipulare il contratto. Nel caso in cui sia proposto un ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare (la richiesta di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato), il contratto non può essere stipulato:

a) dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi 20 giorni, se, però, 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;

b) oppure anche per oltre 20 giorni laddove la pronuncia di detti provvedimenti intervenga successivamente (non si capisce perché il legislatore non abbia inteso, come sarebbe stato

opportuno, fissare un termine al giudice per decidere).

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

- 1) il giudice si dichiara incompetente;
- 2) 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.

L'istanza cautelare ha lo scopo fondamentale di sospendere proprio gli effetti del provvedimento impugnato – l'aggiudicazione – i quali, essenzialmente, consistono proprio nell'abilitare la stazione appaltante a stipulare il contratto.

Allora, laddove il ricorso avverso l'aggiudicazione con istanza cautelare sia notificato entro la parte iniziale del termine dei 35 giorni, questa seconda ipotesi di sospensione del contratto può non incidere in modo rilevante sulla durata del procedimento di gara e stipulazione. In caso contrario, quando la notifica avvenga nella seconda metà del termine dei 35 giorni le cose potrebbero complicarsi, quanto meno ai fini della durata del procedimento.

9. Verifica del possesso dei requisiti per l'aggiudicazione.

In parallelo ai termini dilatori visti sopra si continuano a svolgere le ordinarie attività necessarie per giungere alla stipulazione.

Ai sensi dell'articolo 32, comma 7, del d.lgs 50/2016Codice, ai fini dell'attribuzione di efficacia all'aggiudicazione si provvede alla verifica, nei confronti del solo aggiudicatario, dei requisiti previsti ai fini della stipulazione: si tratta dei requisiti di ordine generale previsti cui all'articolo 80 del d.lgs 50/2016, riferiti al casellario giudiziale, posizioni Inps e Inail, cassa edile (Durc), legge 68/1999, requisiti operativi richiesti dal bando.

Acquisita la documentazione a comprova dell'effettivo possesso dei requisiti di ordine generale e compiute le operazioni di verifica dei requisiti tecnici, finanziari ed operativi (ad esempio, verifica in contraddittorio dei macchinari, ecc.), il responsabile unico del procedimento attesta in una relazione istruttoria, protocollata, datata e sottoscritta, l'esito positivo o negativo del possesso di tali requisiti.

10. Efficacia aggiudicazione.

Sempre a cura del responsabile del procedimento, si riportano i dati della relazione istruttoria in calce alla determina di aggiudicazione, indicando gli estremi della relazione istruttoria e l'esito che: se positivo, attesta l'intervenuta efficacia del provvedimento; se negativo, indica l'irrimediabile inefficacia del provvedimento.

A tale scopo, ci si può dotare di un timbro, riportante la seguente formula:

“ La presente determinazione ha acquisito efficacia oggi,, come da relazione istruttoria n., in data, del Rup, che ha accertato il possesso in capo all’aggiudicatario definitivo dei requisiti di ordine generale, come richiesti dal bando.

Il Responsabile del procedimento

..... ”

Nulla vieta che, invece del timbro, le determine di aggiudicazione dispongano di una formula simile, in calce ai riquadri per le firme del dirigente che le adotta e del responsabile del servizio finanziario.

Solo dopo l’acquisizione di efficacia dell’aggiudicazione è possibile ordinare la consegna dei lavori in via d’urgenza e anche l’esecuzione anticipata in via d’urgenza.

Infatti, ai sensi dell’articolo 32, comma 8, del Codice l’esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l’ente aggiudicatore ne chieda l’esecuzione anticipata.

Ordinariamente, dunque, la consegna dei lavori o l’ordinazione delle prestazioni deve seguire la stipulazione del contratto e, dunque, anche l’efficacia dell’aggiudicazione.

11. Autotutela.

Tra l’efficacia dell’aggiudicazione la successiva stipulazione del contratto resta salvo l’esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti.

Dunque, fino alla stipulazione del contratto, l’amministrazione appaltante può revocare o annullare la procedura di gara, nei casi ammessi dalla legge 241/1990 (articoli 21-quinquies e 21-nonies).

Questo dimostra che fino alla stipulazione del contratto si resta in una fase integralmente sorretta dalle regole pubblicistiche: ecco perché non nascono obbligazioni tra le parti.

12. Decorso termini per la stipulazione.

Si deve, dunque, attendere il decorso dei trentacinque giorni dalla comunicazione ai controinteressati, e l’eventuale ulteriore termine sospensivo nel caso di notificazione di ricorso con istanza cautelare, per poter giungere alla tanto agognata stipulazione del contratto.

Naturalmente non va dimenticato che in questo vero e proprio percorso ad ostacoli estremamente complesso l’amministrazione appaltante conserva il potere di non giungere alla stipula. Anzi, i termini sospensivi hanno il preciso scopo di permettere alla stazione appaltante di vagliare in via amministrativa le doglianze presentate dalle imprese partecipanti, per verificare se le loro doglianze, soprattutto se confluite in un ricorso, abbiano un fondamento tale da indurre ad un ripensamento delle proprie decisioni ed agire, così, in autotutela, annullando il provvedimento di aggiudicazione.

Del resto, la stipulazione del contratto ha luogo entro il termine di sessanta giorni dal conseguimento dell’efficacia dell’aggiudicazione fatto salvo, come visto prima, l’esercizio dei

poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti. L'ente, dunque, fino alla stipulazione del contratto conserva il potere amministrativo di agire in esercizio dello *jus poenitendi* a conferma che l'aggiudicazione non produce alcun effetto obbligatorio di diritto civile: questo è consentito solo alla prestazione del consenso derivante dalla stipulazione del contratto. La quale deve intervenire entro il termine di 60 giorni dal conseguimento di efficacia dell'aggiudicazione, o entro il diverso termine previsto nel bando.

L'articolo 32, comma 8, del nuovo Codice insiste nel contenere una previsione erronea, che si trascina sin dal d.lgs 554/1999: “ *se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto* ”. Come sia possibile recedere da un contratto non stipulato non è dato saperlo.

Più sensata è la facoltà di sciogliersi da ogni vincolo, connessa evidentemente all'eventualità di una consegna delle prestazioni in via d'urgenza.

Nel caso in cui non si giunga alla stipulazione del contratto all'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate.