

Art. 10 Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

(artt. 4, 5 e 6, l. n. 241 del 1990; art. 6, comma 12, l. n. 537 del 1993; art. 7, l. n. 109 del 1994; art. 7, d.P.R. n. 554 del 1999)

1. Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 ⁽¹⁾, un responsabile del procedimento, unico per le fasi della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.

2. Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

3. In particolare, il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del presente codice:

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;

b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;

d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;

e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;

f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;

g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;

h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241 ⁽²⁾, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.

4. Il regolamento individua gli eventuali altri compiti del responsabile del procedimento, coordinando con essi i compiti del direttore dell'esecuzione del contratto e del direttore dei lavori, nonché dei coordinatori in materia di salute e di sicurezza durante la progettazione e durante l'esecuzione, previsti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 ⁽³⁾ e dalle altre norme vigenti.

5. Il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico. Per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo. In caso di accertata carenza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalità adeguate, le amministrazioni aggiudicatrici nominano il responsabile del procedimento tra i propri dipendenti in servizio ⁽⁴⁾.

6. Il regolamento determina i requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento; per i lavori determina l'importo massimo e la tipologia, per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il progettista. Le ipotesi di coincidenza tra responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione del contratto sono stabilite dal regolamento, in conformità all'articolo 119.

7. Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in

esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico - finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

8. Il nominativo del responsabile del procedimento è indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta.

9. Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, in conformità ai principi della legge 7 agosto 1990, n. 241 ⁽⁵⁾, individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente codice alla cui osservanza sono tenuti ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* (in *Gazz. Uff.* 18 agosto 1990, n. 192).

⁽²⁾ Cit. a nota 1, che precede.

⁽³⁾ Recante *Attuazione della direttiva 92/57/CEE concernente le prescrizioni minime di sicurezza e di salute da attuare nei cantieri temporanei o mobili* (in *Gazz. Uff., S.O.*, 23 settembre 1996, n. 223).

⁽⁴⁾ Comma così modificato dall'art. 2, comma 1, lett. b), d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, recante *Disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 12 aprile 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, a norma dell'art. 25, comma 3, della l. 18 aprile 2005, n. 62 (Legge comunitaria 2004)* (in *Gazz. Uff.* 31 gennaio 2007, n. 25).

⁽⁵⁾ Cit. a nota 1, che precede.

⁽⁶⁾ V. gli artt. 9 e 10 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti, approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (v. *sub* Parte II).

■ SOMMARIO

■ **SEZ. I - L'INQUADRAMENTO** •1. Il responsabile del procedimento nella legge generale sull'azione amministrativa n. 241 del 1990. •2. La nuova figura del responsabile unico dei procedimenti amministrativi finalizzati all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. •3. Le competenze. •3.1. Le competenze generali indicate al comma 3 ed il rinvio alla fonte regolamentare contenuto nel comma 4. •3.2. La competenza residuale in ordine ad ogni compito che non sia specificamente attribuito ad altro organo o soggetto e le sanzioni per la violazione degli obblighi posti a suo carico.

■ **SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE** •1. Quali poteri sono riconosciuti al responsabile del procedimento nei riguardi degli atti di gara? •1.1. Quali sono le competenze del RUP in ordine alla valutazione della congruità delle offerte? •2. Come si procede alla nomina del responsabile del procedimento? •2.1. Il rinvio alle disposizioni della l. n. 241 del 1990. •2.2. Il momento nel quale deve avvenire la nomina e la possibilità di individuare il responsabile del procedimento in via preventiva e generale per ciascuna tipologia di intervento destinato a realizzarsi mediante un contratto pubblico. •3. Di quali requisiti soggettivi specifici è necessario essere in possesso per poter essere nominati responsabili del procedimento? •3.1. Gli specifici requisiti di professionalità richiesti dal Codice e dal regolamento. •3.2. Come si procede se nessun dipendente della stazione appaltante è in possesso di tali requisiti? •3.3. Sussiste incompatibilità tra la figura di responsabile del procedimento e quella di Presidente della Commissione giudicatrice? •4. Come possono conoscere il nome del responsabile del procedimento i soggetti interessati alla partecipazione alla procedura? •4.1. Onere di comunicazione. •4.2. Gli effetti della mancata indicazione del nominativo. •5. Come si individua il responsabile del procedimento nell'ipotesi in cui la stazione appaltante non sia una pubblica amministrazione?

BIBLIOGRAFIA

FRANCO, *Il responsabile del procedimento con particolare riguardo alla realizzazione delle opere pubbliche*, in *Il Cons. di Stato*,

1995, II, 141; ANGELETTI, *Il responsabile del procedimento*, in *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni Ter)*, Milano, 1999, 159 ss.; TESSARO, *Il responsabile unico dei lavori pubblici dopo la Merloni Ter*, Rimini, 1999; RENNA, *Il responsabile del procedimento a quasi dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241/1990*, in *Dir. amm.*, 2000, 506 ss.; CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 2003, 253 ss.; CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004; DI MARIO, *Il responsabile del procedimento diventa il quasi responsabile del provvedimento*, in *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di Caringella, t. I, Milano, 2005, 373 ss.; ROSI, *Responsabile del procedimento*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, a cura di Perfetti, t.II, Padova, 2005, 1236 ss.; SANDULLI - MUSSELLI, *Responsabile del procedimento. Commento agli artt. 4-5-6 l. n. 241/90*, in *L'azione amministrativa*, a cura di Sandulli, Milano, 2005, 192 ss.; CANCRINI - PISELLI - CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Roma, 2006; BOTTINO, *Art. 10*, in *Codice dei contratti pubblici – Commento al d.lvo 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007; LUCE, *Le novità in materia organizzativa*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, a cura di De Nictolis, Milano, 2007; RAGOZINI, *Art. 10*, in *La disciplina dei contratti pubblici (commentario al codice appalti)*, a cura di Baldi - Tomei, Milano, 2007, 129 ss.

■ SEZ. I - L'INQUADRAMENTO

1. Il responsabile del procedimento nella legge generale sull'azione amministrativa n. 241 del 1990. L'introduzione nell'ordinamento della figura del responsabile del procedimento ha costituito una delle principali innovazioni riconducibili all'emanazione della legge generale sull'azione amministrativa 7 agosto 1990, n. 241, recentemente modificata dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15. Attraverso di essa – può dirsi – il legislatore ha inteso soddisfare due differenti ordini di esigenze, inerenti sia all'efficienza dell'azione amministrativa che alla trasparenza della medesima di fronte a tutti coloro i cui interessi siano coinvolti da attività amministrative aventi carattere autoritativo. Dal primo punto di vista, infatti, l'innovazione in questione ha consentito di identificare con precisione e sicurezza il soggetto al quale è affidato il compito di gestire le connessioni tra le varie fasi del procedimento amministrativo, dal momento propulsivo a quello conclusivo, con evidenti benefici per quel che riguarda il coordinamento delle attività demandate sovente a diversi uffici del medesimo ente se non ad enti differenti. Dal punto di vista, invece, dell'obiettivo della **trasparenza dell'azione amministrativa**, la creazione della figura del **responsabile del procedimento** ha permesso al cittadino di conoscere il nominativo di colui al quale potrà rivolgersi per chiedere conto dell'operato svolto dalla pubblica amministrazione competente in ordine alla vicenda amministrativa che lo riguarda, modificandosi con ciò la precedente situazione che lo vedeva, viceversa, legittimamente ignaro in ordine a quale fosse l'unità organizzativa responsabile del procedimento *in itinere*, scoraggiandolo da qualsiasi iniziativa finalizzata a pretendere informazioni dall'amministrazione.

A ciascuna delle suddette funzioni

corrispondono, dunque, una parte dei compiti che vengono attribuiti al responsabile del procedimento dall'art. 6, l. n. 241 del 1990. Per un verso, infatti, è il responsabile del procedimento che deve provvedere ad effettuare le **comunicazioni** e le **notificazioni** previste dalla legge in favore dei destinatari dell'azione amministrativa, a partire dalla stessa comunicazione di avvio del procedimento che dovrà appunto contenere, tra l'altro, anche l'indicazione dell'ufficio e della persona del responsabile. Per altro verso, poi, è il responsabile del procedimento colui che dovrà compiere tutte le attività utili per pervenire ad un'**esatta rappresentazione dei fatti** e ad una **completa manifestazione degli interessi** coinvolti nell'azione amministrativa, in maniera tale da offrire al responsabile della decisione finale che sarà contenuta nel provvedimento conclusivo del procedimento un quadro esauriente e completo della situazione di fatto e di diritto entro il quale dovrà essere operata la scelta discrezionale.

Tale connotazione, nella sua duplice veste, pare essere stata ulteriormente potenziata dalle novità introdotte sul punto dalla l. n. 15 del 2005, che per un verso ha arricchito il numero e il contenuto delle comunicazioni che devono essere effettuate in favore del cittadino, estendendo anche ai procedimenti ad istanza di parte l'obbligo della comunicazione dell'avvio del procedimento e prevedendo che, in essa, debba essere indicato il termine entro il quale il procedimento deve concludersi, per l'altro ha accentuato la centralità della figura del responsabile all'interno del procedimento, attribuendogli **compiti predecisionali** e non più meramente istruttori, dovendo ora questi redigere un progetto di atto che puntualizzi le risultanze istruttorie dalle quali

«l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale ... non può discostarsi ... se non indicandone le motivazioni del provvedimento finale» (art. 6, lett. e), l. n. 241 del 1990).

2. La **nuova** figura del responsabile unico dei procedimenti amministrativi finalizzati all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'introduzione della figura del **responsabile** unico del procedimento nell'ambito dei «principi fondamentali» del Codice dei contratti pubblici rappresenta un tipico esempio, tra i tanti che caratterizzano il d.lgs. n. 163 del 2006, di estensione alle procedure di affidamento di servizi forniture di istituti nati e sviluppati con riferimento al settore degli **appalti di lavori pubblici**. Solo con riferimento a tale genere di contratto di appalto, infatti, la figura in questione era stata oggetto di una ulteriore e specifica regolamentazione, di principio e di dettaglio, rispetto a quella contenuta nella legge generale, in virtù di quanto stabilito dall'art. 7, l. 11 febbraio 1994, n. 109, con le relative successive modificazioni ed integrazioni, e dagli artt. 7 e 8, d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554. Ulteriore regolamentazione che aveva avuto cura di precisare, tra l'altro, come fosse compito del responsabile del procedimento, in materia, formulare proposte e fornire dati e informazioni ai fini della predisposizione degli atti di programmazione dei lavori pubblici, assicurare il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria ed ai tempi di realizzazione del programma, segnalare eventuali disfunzioni impedimenti o ritardi nell'attuazione degli interventi e fornire all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni necessarie per le attività di coordinamento e controllo di sua competenza (art. 7, comma 3, l. n. 109 del 1994).

Tali competenze vengono ora **confermate e generalizzate** dalla disposizione in commento, che estende il proprio ambito di operatività oltre la sfera degli appalti pubblici di lavori, fino ad investire la generalità dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. In questa direzione, essa costituisce dunque una conferma della volontà del legislatore del 2006 di costruire una nozione unitaria di «contratto pubblico», che non distingua più tra affidamenti di lavori, forniture o servizi, ma imponga dei principi di azione comuni alle stazioni appaltanti.

3. Le competenze. 3.1. Le competenze generali indicate al comma 3 ed il rinvio alla fonte

regolamentare contenuto nel comma 4. Il comma 2 della disposizione in commento assegna espressamente una serie di competenze al responsabile unico del procedimento che valgono a rendere particolarmente chiara ed evidente l'intenzione del legislatore di far confluire su tale figura soggettiva la generalità dei compiti relativi tanto alla concreta gestione sia delle procedure di affidamento previste dal Codice, compresi gli affidamenti in economia, quanto alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti che siano poi stati, in esito ad esse, effettivamente stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici. Prendendo in considerazione, peraltro, sia le competenze generali indicate nel comma 2 che quelle emergenti dal rinvio alla fonte regolamentare di cui al comma 4, ne viene che il responsabile del procedimento è **l'organo competente** (a) con riferimento alla **fase di affidamento dei lavori**, tra l'altro, a verificare i presupposti di fattibilità dell'intervento da realizzarsi mediante il contratto pubblico, a **proporre** all'amministrazione aggiudicatrice il sistema di **aggiudicazione** del contratto, a garantire la legittimità del bando e degli inviti alla procedura, a richiedere la nomina della commissione giudicatrice nelle ipotesi di aggiudicazione con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ad operare le valutazioni di congruità nel caso di anomalia delle offerte (o meglio – come la giurisprudenza più recente sembra ritenere – a recepire le valutazioni di congruità operata dalla Commissione giudicatrice: si cfr. la giurisprudenza citata *infra*, alla Sez. III); nonché (b) con riguardo alla **fase di esecuzione dei lavori**, ancora tra l'altro, ad autorizzare la consegna dei lavori o l'inizio dell'esecuzione delle prestazioni, a fissare i tempi di adempimento delle prestazioni e vigilare sul loro rispetto, ad ordinare la sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o di necessità, a verificare i presupposti onde addivenire all'**approvazione di varianti**, a proporre alla stazione appaltante la risoluzione del contratto nei casi previsti dalle norme vigenti. Attività riconducibili, dunque, a differenti macro-aree funzionali che consentono di comprendere l'importanza che l'intera architettura del Codice ha inteso riservare alla figura del responsabile unico del procedimento, chiamato a svolgere in prima persona sia funzioni tecnico-amministrative che di controllo, coordinamento e raccordo tra le diverse fasi del procedimento aventi rilevanza determinante in ordine al divenire del rapporto.

Più in particolare, il Regolamento di attuazione

del Codice disciplina le funzioni del responsabile del procedimento agli artt. 9 e 10, con riferimento ai contratti pubblici relativi ai lavori (nei settori ordinari), ed agli artt. 272 e 273, con riferimento ai contratti pubblici di servizi e forniture.

In tali norme si ribadisce ulteriormente il ruolo centrale riconosciuto oggi alla figura soggettiva in questione, alla quale, nei procedimenti in materia di **lavori**, viene affidata in via generale la diretta responsabilità relativa all'esecuzione delle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento (art. 9, comma 1, del Regolamento), dovendo questi provvedere a *creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza ed alla salute dei lavoratori ed in conformità ad ogni disposizione di legge vigente in materia* (art. 9, comma 2).

Analogamente, con riferimento ai procedimenti relativi agli appalti di **servizi e di fornitura**, l'art. 272 del Regolamento affida al responsabile del procedimento il compito di creare le medesime condizioni di corrispondenza del processo realizzativo dell'intervento (in realtà l'espressione è in questo caso sostituita dal termine «acquisizione») rispetto a quanto preventivato, in termini di tempi, costi, sicurezza e salute dei lavoratori ed altri profili rilevanti individuati in sede di verifica della fattibilità del progetto. In particolare, infatti, secondo quanto previsto dall'art. 273 del nuovo Regolamento il responsabile unico predispone ovvero coordina la progettazione, curando la promozione, ove necessario, di accertamenti ed indagini preliminari idonei a consentire la progettazione; formula proposta all'amministrazione aggiudicatrice del sistema di affidamento dell'intervento; coordina ovvero cura l'andamento delle attività istruttorie dirette alla predisposizione del bando di gara relativo all'intervento; coordina le attività necessarie per la nomina della commissione giudicatrice, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 84 del codice, da parte dell'organo competente e le relative procedure sotto il profilo della tempistica e delle modalità da seguire; compie le azioni dirette a garantire un adeguato flusso informativo e di comunicazione tra la commissione giudicatrice e l'amministrazione aggiudicatrice, ai fini dell'efficiente svolgimento delle attività di rispettiva competenza; effettua le attività dirette a monitorare i tempi di svolgimento delle varie fasi procedurali dell'intervento, al fine di realizzare le condizioni per il corretto e razionale

svolgimento della procedura, segnalando agli organi competenti eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi; svolge, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, le attività di controllo e vigilanza nella fase di esecuzione; compie, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, le azioni dirette a verificare, anche attraverso la richiesta di documentazione, attestazioni e dichiarazioni, il rispetto, da parte dell'esecutore, delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro; provvede alla raccolta, verifica e trasmissione all'Osservatorio degli elementi relativi agli interventi di sua competenza; svolge, su delega del soggetto di cui all'art. 26, comma 3, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, i compiti ivi previsti.

3.2. La competenza residuale in ordine ad ogni compito che non sia specificamente attribuito ad altro organo o soggetto e le sanzioni per la violazione degli obblighi posti a suo carico.

Ancora il comma 2 dell'art. 10 prevede infine espressamente, quale norma di chiusura, che spettano al responsabile del procedimento tutte le competenze che non siano state da altra fonte specificamente attribuite ad altri organi o soggetti. Il tenore letterale della predetta disposizione lascia intendere, pertanto, come il legislatore abbia inteso assegnare **carattere residuale e generale** alle attribuzioni del responsabile unico, con la conseguenza che in tutte le ipotesi nelle quali non sia diversamente indicato, sarà il responsabile del procedimento a dover assumere le decisioni inerenti alla concreta gestione della procedura di evidenza pubblica o del rapporto contrattuale in essere. Ciò rileva anche ai fini dell'individuazione delle puntuali responsabilità alle quali è soggetto il responsabile unico del procedimento per l'ipotesi di violazione delle competenze ad esso affidate dall'ordinamento. Sanzioni che, naturalmente, possono essere di tipo risarcitorio nei confronti dei terzi ai quali abbia arrecato, dolosamente o colposamente, danni ingiusti, ovvero possono derivare dall'affermazione di una sua responsabilità amministrativo-contabile per condotte caratterizzate (almeno) da colpa grave, ovvero ancora disciplinari, secondo l'ordinamento dell'amministrazione di appartenenza. Proprio quanto a quest'ultimo profilo, anzi, va ricordato come il Regolamento disponga espressamente sul punto che *«il responsabile del procedimento che violi gli obblighi posti a suo carico dal codice e dal presente regolamento o che non svolga i compiti assegnati con la dovuta diligenza è tenuto a risarcire i danni derivati alla amministrazione aggiudicatrice in conseguenza del suo comportamento, ferme*

restando le responsabilità disciplinari previste dall'ordinamento di appartenenza» (artt. 10, comma 7 e 273, comma 3:

con norme di identico tenore letterale).

■ SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE

■ **1. Quali poteri sono riconosciuti al responsabile del procedimento nei confronti degli atti di gara?** Risponde con ampiezza alla domanda, da ultimo, Tar Napoli, sez. I, 12 febbraio 2007, n. 989, da cui si trae che «non può il dirigente responsabile del procedimento, in sede di approvazione dei verbali e di aggiudicazione definitiva, provvedere autonomamente alla correzione anche parziale dell'assegnazione dei punteggi», in quanto «unico organo legittimato a compiere un siffatto intervento di autotutela è la Commissione stessa, organo collegiale competente ad operare all'interno della fase procedimentale che le è propria, ossia quella di valutazione delle offerte». Del resto – prosegue la sentenza richiamata – «ritenere che il responsabile del procedimento, in fase di approvazione, possa autonomamente modificare o comunque correggere le operazioni compiute dalla Commissione finirebbe per dare vita ad una duplicazione dell'attività di valutazione delle offerte». Si precisa pertanto, in conclusione ed in positivo, che «al responsabile del procedimento spetta, invece, un compito di controllo successivo ed in un certo senso "esterno" rispetto alle operazioni di valutazione delle offerte, potendo questi, in caso di dissenso, adottare un provvedimento di mancata approvazione dei verbali di gara, con rinvio alla Commissione per le necessarie correzioni, modifiche o integrazioni».

Quanto detto riguarda, dunque, i rapporti tra le competenze del responsabile del procedimento e gli atti di gara che contengono valutazioni delle offerte. Quanto invece alla possibilità, per il responsabile del procedimento, di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee od incomplete e/o integrazioni documentali ad alcuna delle imprese partecipanti, nell'esercizio dei generali poteri ad esso attribuiti dall'art. 6, l. n. 241 del 1990, ritiene la giurisprudenza che ciò possa avvenire solo nell'ipotesi in cui non vi siano stati errori od omissioni significative, risultando altrimenti alterato il principio della parità delle condizioni delle imprese partecipanti alla gara che caratterizza la generalità dei procedimenti concorsuali (Cons. St., sez. V, 28 giugno 2006, n. 4222; Tar Lazio, sez. III, 23 novembre 2005, n. 12000). Precisa Cons. St., sez. VI, 25 settembre 2006, n. 5609, che, anche in questa ipotesi, la possibilità di richiedere la rettifica di dichiarazioni erronee od incomplete costituisce «solo una facoltà e non un obbligo del

responsabile del procedimento».

Per ciò che concerne, invece, le operazioni prodromiche alla fase di valutazione delle offerte, il Tar Napoli (sez. I, 28 luglio 2008, n. 9477) ha recentemente affermato che «l'esistenza di una Commissione di gara, prevista dalla *lex specialis*, impedisce al responsabile del procedimento di effettuare autonomamente le operazioni di verifica della documentazione presentata dalle imprese partecipanti», annullando conseguentemente l'aggiudicazione di una gara nella quale le operazioni di verifica della documentazione amministrative delle imprese partecipanti era stata effettuata dal Responsabile del procedimento in violazione della *lex specialis*, che demandava tale attività ad un'apposita Commissione.

■ **1.1. In particolare. Quali sono le competenze del RUP in ordine alla valutazione della congruità delle offerte?** Nel caso in cui la gara debba essere aggiudicata secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la giurisprudenza maggioritaria ritiene che sussista l'esigenza che le argomentazioni chiarificatrici, fornite dalla ditta la cui offerta anormalmente bassa sia sottoposta a verifica di congruità, vengano vagliate dalla Commissione giudicatrice, ossia dallo stesso organo tecnico che è deputato alla valutazione delle offerte, in quanto dotato delle necessarie competenze, mentre il RUP può esercitare un ruolo di carattere esclusivamente ausiliario, limitandosi sostanzialmente a recepire e formalizzare il giudizio tecnico espresso dalla Commissione.

È stato in effetti da tempo affermato che «verificare l'attendibilità e la congruità delle offerte, sulla base delle giustificazioni presentate dai concorrenti, è compito che spetta alla commissione giudicatrice e non a un ufficio dell'amministrazione appaltante, anche se tale ufficio opera, ed è quindi specificamente competente, proprio nel settore che attiene l'oggetto della gara » (Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108; T.A.R. Trentino Alto Adige Bolzano, 30 luglio 2008, n. 269; T.A.R. Lazio Roma Sez. II bis, 16 aprile 2008, n. 3250). Ciò in quanto il *discrimen* tra la competenza della commissione di gara e quella degli organi ordinari dell'amministrazione appaltante è segnato dalla formale chiusura della gara pubblica e, pertanto,

prima di tale momento, è il suddetto organo temporaneo e straordinario a dover provvedere a tutti gli adempimenti necessari, ivi compresa la verifica delle offerte sospette di anomalia (cfr. Cons. Giust. Amm. Sicilia, Sez. giur., 6 settembre 2000, n. 413; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661; T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 31 maggio 2007, n. 5891; T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 7 febbraio 2006, n. 139).

Ancor più recentemente, del resto, il medesimo Consiglio di Stato ha affermato che « nelle gare di appalto, in sede di verifica delle offerte anomale, il responsabile unico del procedimento (RUP) non è competente ad esprimere un giudizio definitivo sul carattere o meno anomalo delle offerte [...]; il RUP (anche se competente nel settore al quale attiene l'oggetto della gara) può, infatti, dare pareri d'ordine tecnico, ragguagli ed altri elementi utili alla valutazione delle offerte presentate in sede di gara con aggiudicazione all'offerta più vantaggiosa, ma non può essere rimesso allo stesso il giudizio definitivo sulla congruità delle offerte allorché sia stata costituita un'apposita Commissione valutatrice » (Cons. Stato, Sez. VI, 15 luglio 2010 n. 4584; Sez. III, 15 luglio 2011, n. 4332; Sez. III, 13 maggio 2011, n. 4331; *Idem*, 3 marzo 2011, n. 1368). Tale interpretazione, consolidatasi nei descritti termini prima dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento di attuazione ed esecuzione di cui al D.P.R. n. 207/2010, sembra aver trovato ora nuove conferme. Con una recentissima pronuncia, infatti, il Consiglio di Stato è tornato sull'argomento evidenziando come « Il potere di disporre l'esclusione di una offerta perché ritenuta anomala spetta alla commissione di gara, tramite il responsabile del procedimento, così come ormai previsto dall'art. 121, commi 2 e 10, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 ». Attraverso la valutazione dell'anomalia, hanno rilevato i giudici, viene in effetti « posta in essere una concreta attività valutativa dei contenuti dell'offerta non di carattere comparativo, ma pur sempre preordinata ad indagare sugli specifici contenuti dell'offerta stessa, sulla sua affidabilità e sulla piena rispondenza, a questo stesso fine, delle giustificazioni adotte originariamente o di quelle integrative eventualmente richieste » (Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2011, n. 5491. In senso opposto, tuttavia, si cfr. TAR Lombardia, Brescia, 17 maggio 2011, n. 732 e TAR Lazio, Roma, Sez. III Bis, 21 gennaio 2011, n. 643, che ha affermato, proprio sulla base del nuovo Regolamento, che « la competenza in ordine alla verifica di congruità resta assegnata in via principale alla stazione appaltante nella persona del responsabile del procedimento, il quale solo ove lo ritenga – in ragione ad esempio delle competenze e professionalità presenti tra i commissari – può ricorrere alla commissione giudicatrice »).

■ **2. Come si procede alla nomina del responsabile del procedimento?** ■ **2.1. Il rinvio alle disposizioni della l. n. 241 del 1990.** Per quanto attiene alla nomina del responsabile unico, occorre sottolineare come, innanzitutto, la norma prescrive che questa debba avvenire « ai sensi della l. 7 agosto 1990, n. 241 », ossia nel rispetto dei già enunciati principi posti dalla vigente legge generale sui procedimenti amministrativi. Dovrà pertanto riconoscersi nel dirigente dell'unità organizzativa responsabile della procedura l'organo competente ad emanare il provvedimento di nomina del responsabile unico ed affermarsi l'operatività della regola generale secondo cui, in mancanza di tale provvedimento, il responsabile del procedimento sarà identificabile nel dirigente dell'unità organizzativa competente all'emanazione del provvedimento finale. In questo caso, riguardando la questione profili strettamente organizzativi delle amministrazioni aggiudicatrici, può rammentarsi quanto già chiarito sul punto dall'Autorità della vigilanza sui lavori pubblici con la determinazione 23 febbraio 2001, n. 10, nella quale si è precisato come sarà in questa ipotesi necessario fare riferimento alle disposizioni interne delle singole amministrazioni che definiscono l'ambito di competenza degli organi delle amministrazioni stesse.

■ **2.2. Il momento nel quale deve avvenire la nomina e la possibilità di individuare il responsabile del procedimento in via preventiva e generale per ciascuna tipologia di intervento destinato a realizzarsi mediante un contratto pubblico.** Quanto al momento nel quale deve avvenire la nomina, esso dovrà normalmente coincidere con quello nel quale, ancor prima dell'inserimento dell'intervento nell'eventuale atto di programmazione, sussista da parte dell'amministrazione competente una determinazione sufficientemente precisa in ordine all'esigenza di addivenire alla **stipulazione del contratto** in questione. Sarà naturalmente possibile, comunque, una successiva sostituzione del **responsabile** del procedimento, laddove l'amministrazione ne ravvisi l'opportunità.

La norma prescrive poi che la nomina del responsabile unico del procedimento debba avvenire con riferimento ad « ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico ». La disposizione va tuttavia interpretata alla luce dei principi e delle finalità alle quali essa obbedisce

nell'ambito del sistema delle garanzie procedurali nel quale si inserisce, sicché pare potersi ritenere assolutamente legittima, oltre che ordinariamente praticata, una nomina del responsabile del procedimento generalizzata per ambiti di intervento ascrivibili ad una determinata tipologia preventivamente individuata in via generale, fermi restando gli obblighi di comunicazione di cui si dirà *infra*, I, 4. Sul punto, d'altra parte, si è anche di recente pronunciata la giurisprudenza, che ha appunto ritenuto «legittimo il conferimento con **delega della qualifica di responsabile** del procedimento senza limiti di tempo in ordine ad un determinato oggetto», rilevandosi come «la *ratio* sottesa all'individuazione del responsabile del procedimento non è in alcun modo compromessa ove la designazione effettuata dal dirigente dell'unità organizzativa riguardi non un determinato procedimento ma tutti i procedimenti relativi ad una delle materie rientranti nella competenza dell'ufficio». Si è anzi esattamente osservato come «una siffatta designazione generale, essendo ancorata al criterio obiettivo della materia, garantisce il rispetto del principio di imparzialità più e meglio delle designazioni effettuate caso per caso» (Tar Liguria, sez. II, 1 settembre 2006, n. 979).

■ **3. Di quali requisiti soggettivi specifici è necessario essere in possesso per poter essere nominati responsabili del procedimento?**

■ **3.1. Gli specifici requisiti di professionalità richiesti dal Codice e dal Regolamento.** Il Codice richiede che tutte le stazioni appaltanti debbano nominare un responsabile unico del procedimento che possieda « adeguati titoli di studio e competenza». In particolare, laddove il contratto pubblico abbia ad oggetto *lavori e servizi attinenti all'ingegneria ed all'architettura*, questi dovrà essere un *tecnico*, il che altro non significa se non che, in tal caso, il responsabile deve possedere un titolo di studio strettamente attinente alle materie oggetto dell'appalto. La fissazione degli specifici requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento è stata però demandata dal Codice alla disciplina del regolamento di attuazione, il quale, secondo il disposto dell'art. 5 del Codice medesimo, avrebbe dovuto determinare: a) i predetti requisiti professionali; b) l'importo massimo della tipologia di lavori pubblici per i quali la figura del responsabile del procedimento può coincidere con quella del progettista dei medesimi; c) l'ulteriore ipotesi di coincidenza, a prescindere dall'oggetto del contratto pubblico, tra responsabile del procedimento del

direttore dell'esecuzione del contratto stesso. Ebbene, nella versione definitiva del Regolamento si precisa che, con riferimento ai lavori pubblici, i suddetti requisiti di professionalità siano integrati laddove il tecnico sia un soggetto «abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, un funzionario, anche di qualifica non dirigenziale, con anzianità di servizio non inferiore a cinque anni» (art. 9, comma 4). Si aggiunge ancora che il responsabile del procedimento «può svolgere per uno o più interventi, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori», a condizione che, tuttavia, non si tratti di «interventi di cui all'art. 3, comma 1, lett. l) ed m) del regolamento stesso» [ossia: lavori di speciale o particolare complessità o di rilevanza architettonica o ambientale, o storico-artistica o conservativa, ai sensi delle disposizioni di cui agli artt. 90-91, 122 e 142 del Codice ovvero opere che siano caratterizzate dalla presenza rilevante di alcuni «almeno due» dei seguenti elementi: utilizzo di materiali o di processi produttivi innovativi, esecuzione in luoghi che presentano particolari difficoltà logistiche o geotecniche, esecuzione in ambienti aggressivi, dotazioni impiantistiche non usuali - lett. l) - ovvero lavori che richiedono - lett. m) - un progetto integrato di intervento ai sensi dell'art. 90 del Codice, ossia un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale ed impiantistica] e che si tratti comunque di lavori di importo inferiore a 500.000 euro.

Ancora con riferimento ai lavori di importo inferiore a 500.000 euro, diversi da quelli di cui alla testé riassunta lett. l) del comma 1 dell'art. 3 del Regolamento stesso, il successivo comma 5 dell'art. 9 prevede ancora che «in caso di particolare necessità», le competenze del responsabile del procedimento possono essere attribuite «al responsabile dell'ufficio tecnico o della struttura corrispondente» ovvero ancora, laddove «non sia presente tale figura professionale, al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare». Il responsabile del procedimento può altresì svolgere le funzioni di progettista per la predisposizione del progetto preliminare relativo a lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 28, comma 1, lett. c), del Codice.

Più semplice, viceversa, è la disciplina posta dal Regolamento per gli appalti relativi a servizi e forniture, in relazione ai quali la richiesta di una qualificazione professionale tecnica del Responsabile del procedimento non viene ripetuta (né v'era evidentemente ragione di richiederla), limitandosi

Part. 272, comma 4, a richiedere che il responsabile unico del procedimento sia «un funzionario, anche di qualifica non dirigenziale, dell'amministrazione aggiudicatrice» che normalmente sarà deputato a svolgere «nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, a meno di diversa indicazione della stazione appaltante».

■ **3.2. Come si procede se nessun dipendente della stazione appaltante è in possesso di tali requisiti?** Richiede inoltre il Codice che, in linea di principio, tale soggetto dotato di adeguata professionalità e competenza sia individuato tra i dipendenti di ruolo della stazione appaltante ovvero, in caso di accertata carenza, tra i propri dipendenti in servizio, confermandosi così il principio già affermato in alcune pronunce dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (ossia, in particolare, le determinazioni n. 10 del 2001 e n. 290 del 2003) per il quale è legittimo l'affidamento dell'incarico anche a personale in rapporto (solo) di collaborazione coordinata e continuativa, dal momento che le funzioni di responsabile del procedimento presuppongono comunque l'immedesimazione organica con l'ente che precede all'affidamento dell'appalto pubblico. Nel caso, tuttavia, in cui l'organico dell'amministrazione procedente presenti comunque carenze accertate relativamente a tali professionalità, previa attestazione del dirigente competente, compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento – che deve essere comunque individuato nel dirigente dell'unità organizzativa responsabile od in soggetto da questi designato – possono essere affidati, con le procedure previste dal Codice per l'affidamento di incarichi di servizi, a soggetti aventi le specifiche competenze carattere tecnico, economico, finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, a condizione che questi abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

■ **3.3. Sussiste incompatibilità tra la figura di responsabile del procedimento e quella di Presidente della Commissione giudicatrice?** La giurisprudenza ha dato unanimemente risposta negativa al quesito, ritenendo che «in un pubblico appalto bandito da un ente locale, non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella stessa persona, delle funzioni di Presidente della Commissione valutatrice e di responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai

principi sulla responsabilità della dirigenza negli enti locali come delineati dall'art. 107, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267» (Tar Sardegna, sez. I, 29 gennaio 2007, n. 50). Identico principio era già stato affermato, d'altra parte, da Tar Milano, sez. III, 10 febbraio 2005, n. 350 e Tar Napoli, sez. I, 27 gennaio 2006, n. 1080, ancora in materia di enti locali, e da Tar Liguria, sez. II, 23 giugno 2005, n. 940 e Tar Lazio, sez. III, 25 marzo 2005, n. 2132, in termini generali. Si rileva in tale ultima sentenza, in effetti, come non vi possa essere «alcuna sovrapposizione di funzioni tra controllore e controllato, dato che l'approvazione degli atti della Commissione non può essere tecnicamente ascritta alla nozione di controllo, risolvendosi in una revisione meramente interna, connessa alla responsabilità unitaria del procedimento». Sempre per ciò che concerne le procedure di gara indette dagli **enti locali**, inoltre, il suddetto orientamento è stato ribadito, da ultimo, nella recente sentenza del Consiglio di Stato Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2143, nella quale si riafferma che «i dirigenti di enti locali possono legittimamente cumulare le funzioni di responsabile del procedimento e di componente della commissione di gara, atteso che è proprio il terzo comma dell'art. 197 del T.U. enti locali ad attribuire a costoro sia la responsabilità della procedura di appalto che la presidenza della commissione». **Diverso** è, invece, il caso in cui il Responsabile assuma il ruolo di **semplice componente** della Commissione giudicatrice. Ha affermato Tar Sardegna, sez. I, 10 aprile 2009, n. 477, infatti, che l'art. 84, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, impone ai componenti della commissione giudicatrice diversi dal presidente il divieto di svolgere «alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta». Tale norma, ha proseguito il Collegio, attua, nell'ambito specifico dei relativi procedimenti, il principio della distinzione tra organo istruttorio e organo decidente, mediante il quale si intende affermare il diritto delle parti del procedimento ad una decisione amministrativa adottata da un organo terzo e imparziale. In attuazione di tale principio, pertanto, deve ritenersi illegittima la composizione della commissione giudicatrice il cui componente abbia svolto la funzione di responsabile del procedimento, anche solo nella fase di rettifica del bando di gara.

■ **4. Come possono conoscere il nome del**

responsabile del procedimento i soggetti interessati alla partecipazione alla procedura?

■ **4.1. Onere di comunicazione.** Stabilisce il comma 8 dell'articolo in commento, ribadendo e precisando la prescrizione generale contenuta nella l. n. 241 del 1990 (artt. 4, comma 2, e 5, comma 3), che il nominativo del responsabile del procedimento è indicato nel bando o nell'avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi o forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso, nell'invito a presentare un'offerta. Viene così garantita l'esigenza generale di trasparenza sottesa alla normativa sull'individuazione del responsabile del procedimento, consentendosi ai soggetti coinvolti dall'esercizio delle funzioni amministrative finalizzate alla successiva stipulazione di un contratto pubblico di venire a conoscenza del nominativo del funzionario che costituirà il proprio punto di riferimento per qualsiasi esigenza informativa in ordine allo stadio di avanzamento della procedura essi dovessero formalmente manifestare alla stazione appaltante.

■ **4.2. Gli effetti della mancata indicazione del nominativo.** Va rammentato tuttavia che, alla stregua delle posizioni unanimemente affermate dalla giurisprudenza amministrativa, alla violazione del suddetto onere di comunicazione non consegue l'invalidità degli atti della procedura che si sia comunque svolta in assenza di altre illegittimità. Ritiene infatti la giurisprudenza che «l'omessa nomina del responsabile del procedimento amministrativo non è causa di illegittimità del provvedimento finale, poiché non si determina un vuoto procedimentale in quanto, fino a quando il procedimento non venga assegnato ad uno specifico responsabile, risponde di esso il funzionario preposto alla unità organizzativa competente; parimenti avviene quando tale nomina sia avvenuta ma non sia stata comunicata all'interessato» (così, tra le altre, Tar Lazio, sez. III, 31 gennaio 2004, n. 917. Principio ribadito, ancor più di recente, da Cons. St., sez. VI, 7 settembre 2006, n. 5186; id. 31 gennaio 2006, n. 332). Stesso principio vale per la comunicazione di avvio del procedimento volto alla revoca dell'aggiudicazione di una gara d'appalto, nel qual

caso si è infatti ritenuto «che la circostanza che non sia indicato formalmente il responsabile del procedimento costituisce una mera irregolarità, come tale inidonea ad inficiare la legittimità del provvedimento conclusivo, posto che tale indicazione è surrogabile tramite l'applicazione della norma suppletiva di cui all'art. 5, l. n. 241 del 1990, in base alla quale è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente» (Tar Lazio, sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369).

■ **5. Come si individua il responsabile del procedimento nell'ipotesi in cui la stazione appaltante non sia una pubblica amministrazione?** Per le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici, il comma 9 dell'art. 10 in commento prescrive l'individuazione di uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento. La disposizione, dunque, anche con riferimento ai soggetti privati qualificabili quali amministrazioni aggiudicatrici ai sensi del Codice dei contratti pubblici, assicura che, nelle procedure finalizzate all'affidamento dei contratti in questione, siano comunque soddisfatte le garanzie di efficienza e trasparenza dell'azione che si sarebbero avute allorché a procedere fosse stata un'amministrazione pubblica, con un vero e proprio responsabile del procedimento. Viene dato seguito, in tal modo, ad alcune indicazioni contenute nella determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 10 del 23 febbraio 2001, che sul punto aveva rilevato come sebbene i soggetti in questione, in quanto privati, non fossero tenuti a procedere alla nomina del responsabile unico del procedimento, nondimeno anche questi avrebbero dovuto «ottemperare a quanto previsto dall'art. 7, comma 6 del regolamento: devono quindi garantire che vengano comunque svolti i compiti attribuiti al responsabile del procedimento dalle norme alla cui osservanza sono tenuti». In giurisprudenza, in particolare, si cfr. C.g.a. 14 giugno 2005, n. 544, in senso conforme al principio testé enunciato, in riforma della contraria decisione presa in primo grado da Tar Catania 14 aprile 2005, n. 660.

Art. 11 Fasi delle procedure di affidamento

(artt. 16, 17 e 19, r.d. n. 2440 del 1923; art. 109, d.P.R. n. 554 del 1999)

1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.
2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.
3. La selezione dei partecipanti avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti.
4. Le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente ⁽¹⁾.
5. La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'articolo 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva.
6. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.
7. L'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9.
8. L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.
9. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma non è consentita 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, 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 ⁽²⁾.
10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79 ⁽³⁾.

10-bis. Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e 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 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60 ⁽⁴⁾.

10-ter. 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 245, comma 2-quater, primo periodo, 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 ⁽⁵⁾.

11. Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

12. 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, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento.

13. Il contratto è stipulato mediante atto pubblico notarile, o mediante forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero mediante scrittura privata, nonché in forma elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante.

⁽¹⁾ Per la verifica dell'aggiudicazione provvisoria nelle procedure bandite dalla Banca d'Italia v. il Provvedimento 11 febbraio 2009, recante *Disciplina della verifica dell'aggiudicazione provvisoria, ai sensi degli articoli 11, comma 5, e 12, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni* (in *Gazz. Uff.* 26 febbraio 2009, n. 47).

⁽²⁾ Comma così modificato prima dalla lettera e) del comma 1 dell'art. 2, D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e poi dalla lettera b) del comma 1 dell'art. 1, d.lgs 20 marzo 2010, n. 53.

⁽³⁾ Gli attuali commi da 10 a 10 *ter* così sostituiscono l'originario comma 10, ai sensi di quanto disposto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 1, d.lgs 20 marzo 2010, n. 53. Vedi, anche, il comma 1 dell'art. 15 dello stesso decreto.

⁽⁴⁾ Gli attuali commi da 10 a 10 *ter* così sostituiscono l'originario comma 10, ai sensi di quanto disposto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 1, d.lgs 20 marzo 2010, n. 53. Vedi, anche, il comma 1 dell'art. 15 dello stesso decreto.

⁽⁵⁾ Gli attuali commi da 10 a 10 *ter* così sostituiscono l'originario comma 10, ai sensi di quanto disposto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 1, d.lgs 20 marzo 2010, n. 53. Vedi, anche, il comma 1 dell'art. 15 dello stesso decreto.

■ SOMMARIO

■ **SEZ. I - L'INQUADRAMENTO** •1. La codificazione delle fasi del procedimento di affidamento dei contratti pubblici: gli obiettivi perseguiti e le innovazioni di maggiore rilevanza. •2. La fase pubblicistica della scelta del contraente. •2.1. La programmazione e la determinazione a contrarre. •2.2. Il bando di gara e la lettera d'invito. •2.3. L'aggiudicazione, provvisoria e definitiva. •3. Il principio di unicità dell'offerta. •4. L'esercizio dell'autotutela e le sue conseguenze. •4.1. L'esercizio dell'autotutela durante la procedura di gara e al termine di essa. •4.2. Le conseguenze dell'esercizio dell'autotutela sul piano risarcitorio e/o indennitario. •5. La fase privatistica della stipulazione del contratto. •5.1. I rapporti con l'aggiudicazione definitiva. •5.2. Il termine finale per la stipulazione del contratto. •5.3. Il meccanismo di "standstill" introdotto dal d.lgs. n. 53/2010 e l'effetto sospensivo automatico derivante dal ricorso

giurisdizionale. -5.4. L'eventuale necessità di approvazione del contratto e l'avvio dell'esecuzione.

■ SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE -1. È sindacabile la scelta dell'amministrazione in ordine ad una determinata procedura di affidamento? -2. È legittima l'aggiudicazione operata in favore di un'offerta dopo la scadenza del termine di 180 giorni previsto dal comma 6, senza che vi sia stata richiesta di differimento agli offerenti? -3. Nella verifica dell'aggiudicazione provvisoria di cui al comma 5 è compresa la verifica della effettiva sussistenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario? -4. L'aggiudicazione provvisoria è un provvedimento impugnabile? -5. L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria comporta la necessità di impugnare comunque quella definitiva? -6. È impugnabile il diniego di approvazione dell'aggiudicazione? -7. Quali sono le conseguenze del mancato rispetto del c.d. "stand still"? -8. Quali sono le conseguenze che derivano dal mancato rispetto del principio di unicità dell'offerta? -9. L'Amministrazione può intervenire in autotutela sugli atti della procedura di gara anche successivamente alla stipula del contratto? -10. La stazione appaltante è tenuta a comunicare all'aggiudicatario provvisorio l'avvio del procedimento di revoca della gara?

BIBLIOGRAFIA

CARULLO, *Appalti pubblici*, voce dell'Enc. dir., Agg., vol. V, Milano, 2001; LIPARI, *Aggiudicazione, stipulazione e approvazione del contratto*, in *L'appalto di opere pubbliche* (a cura di Villata), Padova, 2001, 486 ss.; CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XI^a ed., Milano, 2003; DE NICTOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2003; CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, 277 ss.; FIORENTINO - LACAVA, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004; GAROFOLI, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici*, in *Serv. pubbl. e app.*, 2004; PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*, 2004; CANCRINI - PISELLI - CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, 2006; SANTORO, *Il ritorno dell'aggiudicazione provvisoria*, in *Appalti e contratti*, 2/2006; BARDELLI, *Commento all'art. 11*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 156 ss.; DE NICTOLIS, *Le nuove direttive appalti, il quadro normativo italiano, le problematiche del recepimento*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, t. I, 3 ss.; GRECO - MASSARI, *La gestione della gara ad evidenza pubblica*, in *Appalti e contratti*, 2007, 261; LUCE, *La programmazione*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, t. II, 3 ss.; ROSAPEPE, *Commento agli artt. 11-12*, in *La disciplina dei contratti pubblici* (a cura di Baldi - Tomei), Milano, 2007, 149 ss.; PIANESI, *La disciplina della procedura di affidamento: prima lettura degli artt. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici*, in www.giustamm.it; LIPARI, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficienza "flessibile" del contratto*, in www.federalismi.it, 7/2010; DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in www.giustizia-amministrativa.it; BARTOLINI, FANTINI, FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 6, 638 ss..

■ SEZ. I - L'INQUADRAMENTO

1. La codificazione delle fasi del procedimento di affidamento dei contratti pubblici: gli obiettivi perseguiti e le innovazioni di maggiore rilevanza. La disposizione in commento risponde innanzitutto, come molte altre del Codice, all'obiettivo di soddisfare le più volte rammentate esigenze di uniformità della disciplina normativa vigente in materia di affidamenti di contratti pubblici. Vengono così, per un verso, riprodotte e generalizzate norme già contenute nella legislazione di contabilità generale dello Stato (ossia gli artt. 16, 17 e 19, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, come si legge nella relazione illustrativa) e nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (l'art. 109, in tema di stipulazione ed approvazione del contratto), per l'altro vengono «codificati» principi e regole sulla progressione temporale del procedimento

desumibili dalla consolidata esperienza giurisprudenziale, provvedendosi anche a chiarire e superare taluni aspetti che avevano dato luogo ad ancora insolite problematiche (come, in particolare, in tema di rapporti tra verbale di aggiudicazione e contratto). Ne deriva la costruzione di un articolato procedimento finalizzato alla scelta del contraente ed alla stipulazione di un contratto pubblico che muove a) da una prima fase identificabile nella **determinazione a contrarre**, che precede lo stesso avvio della procedura di affidamento (arg. ex comma 2) e costituisce l'atto con il quale l'amministrazione aggiudicatrice, ora anche sul piano normativo, individua gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte; prosegue b) con la selezione dei partecipanti, in conformità ai criteri

stabiliti nel **bando di gara** o nelle **lettere di invito ad offrire**, a seconda del sistema che, tra quelli previsti dal Codice, sia stato concretamente preferito per l'individuazione dei soggetti offerenti; perviene c) alla selezione della migliore offerta ed all'**aggiudicazione provvisoria**, ad essa, dell'appalto, per concludersi infine, previa verifica dei contenuti e della regolarità di tale ultimo atto, d) con l'**aggiudicazione definitiva**, la quale non diverrà tuttavia efficace prima che sia avvenuta e) la **verifica del possesso dei prescritti requisiti**. Solo a questo punto, e salvo l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione (con eventuale revoca o annullamento d'ufficio dell'intera procedura), si potrà procedere f) alla **stipulazione del contratto**, la cui efficacia rimarrà però a sua volta sottoposta alla condizione sospensiva dell'esito positivo g) dell'eventuale approvazione e degli altri *controlli* previsti dalle norme vigenti: momento al quale si collega, dunque, la definitiva chiusura della fase propriamente pubblicistica della procedura e l'avvio di quella caratterizzata dalla vigenza ed operatività degli istituti di diritto privato, relativamente all'esecuzione delle prestazioni dedotte in obbligazione.

Qualcuno, tra i primi commentatori, ha rilevato come il sistema così delineato risulti in alcuni punti ridondante e/o foriero di taluni inutili appesantimenti procedurali (SANTORO, *Il ritorno dell'aggiudicazione provvisoria*, in *Appalti e contratti*, 2/2006). Certo è però che l'art. 11 in commento, unitamente al successivo art. 12, ha il merito di avere per la prima volta introdotto nell'ordinamento una disciplina generale e completa dei procedimenti di evidenza pubblica, che non si limita invero a riprodurre formalmente soluzioni e principi già noti grazie all'opera della giurisprudenza, né a fare chiarezza in ordine a taluni aspetti e nodi problematici ancora in attesa di definitiva soluzione giurisprudenziale, ma ha il pregio ricondurre a sistema le scansioni procedurali individuate dalla giurisprudenza ed il complesso di regole poste a loro presidio, evitando (o diminuendo) i possibili dubbi interpretativi, con l'effetto di individuare – unitamente ai rinvii operati alle altre parti del Codice (in tema di scelta dei metodi di individuazione degli offerenti, o delle migliori offerte, etc.) – un nucleo comune e di base di disciplina normativa con il quale dovranno in ogni caso confrontarsi le eventuali differenti soluzioni prese in successive discipline speciali.

In tale opera, in particolare, il legislatore appare

essersi ispirato ad una scelta di fondo assolutamente chiara, individuabile nella separazione della fase della scelta del contraente, che culmina nell'aggiudicazione, rispetto alla successiva fase della stipulazione del contratto, per la quale pure vengono dettate e generalizzate norme funzionali a disciplinare in maniera chiara e compiuta i termini – massimo ordinatorio (comma 9) e minimo dilatorio (comma 10) – entro i quali deve essere stipulato il contratto e/o prima dei quali non può essere stipulato il contratto.

Proprio in questa logica, allora, si spiega bene quella che può essere considerata la più importante delle innovazioni recate dal Codice rispetto alla normativa previgente, costituita dall'aver introdotto, al comma 7, la nuova regola secondo cui l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta (e dunque non è sufficiente ai fini della immediata formazione del contratto), superandosi in tal modo definitivamente la disciplina di cui al r.d. n. 2440 del 1923, il cui art. 16 stabiliva invece che, per le aste pubbliche e le licitazioni private, « i processi verbali di aggiudicazione definitiva ... equivalgono per ogni legale effetto al contratto ». Principio di equipollenza che – come si vedrà meglio *infra*, al n. I. 3 del presente commento – aveva in effetti determinato più di un problema ed era stato ritenuto ormai superato dalla più recente normativa in tema (almeno) di appalti di lavori, come interpretata dalla già consolidata giurisprudenza amministrativa.

Quanto infine alle ulteriori **innovazioni** recate dal Codice con la norma in commento, esse possono sinteticamente individuarsi nella a) **generalizzazione della norma sulla programmazione** operata al comma 1, che era finora prevista solo in materia di lavori pubblici, nell'art. 14, l. 11 febbraio 1994, n. 109, come modificata dalla l. 1 agosto 2002, n. 166; nella b) generalizzazione, altresì, della previsione della necessità di una formale **determinazione a contrarre**, finora prevista solo nel T.U. Enti Locali; nella c) articolazione della fase dell'**aggiudicazione in provvisoria e definitiva**, con precisazione dei relativi passaggi procedurali; nella d) previsione di precisi **termini**, ordinatori e dilatori, entro i quali (ma non prima dei quali) si dovrà o potrà pervenire alla formale stipulazione **del contratto**. Di ciascuno di tali profili ci si vorrà occupare dunque, sinteticamente, nei due successivi numeri di questa sezione del commento.

2. La fase pubblicistica della scelta del

contraente. 2.1. La programmazione e la determinazione a contrarre. Come si è già accennato, il primo atto della procedura previsto dal comma 2 della disposizione in commento è costituito dalla determinazione a contrarre, che la norma precisa che si colloca, anzi, in un momento da ritenersi temporalmente antecedente persino all'avvio stesso della procedura di affidamento del contratto. Tale determinazione, tuttavia, ai sensi di quanto dispone ora il comma 1 del medesimo art. 11, dovrà essere a sua volta conforme agli **atti di programmazione** delle amministrazioni aggiudicatrici, «se previsti dal presente Codice o dalle norme vigenti», con ciò generalizzandosi – quanto meno in prospettiva, e comunque nella scelta di metodo – il sistema finora vigente solo nella materia dei lavori pubblici, in virtù di quanto stabilito dall'art. 14, l. n. 109 del 1994, nel testo modificato dalla l. n. 166 del 2002 (cd. Merloni *quater*), che richiede che l'attività di realizzazione dei lavori pubblici di importo superiore a centomila euro si svolga sulla base di un programma triennale, da inserire a sua volta nel più ampio contesto degli strumenti programmatici a vario titolo previsti dalla normativa vigente, in particolare per quanto riguarda la disciplina urbanistica. Atto programmatico che, in particolare, ha lo scopo di fissare le priorità tra le categorie di lavori pubblici di cui si rappresenta la necessità di esecuzione, il quale – come chiarito da Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824 – lungi dal costituire un'attività meramente interna delle amministrazioni pubbliche, può essere considerato espressione del principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. e «rappresenta un **atto fondamentale di individuazione degli obiettivi** da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente, cui corrisponde una facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità e correttezza delle scelte effettuate».

Quanto alla stessa **determinazione a contrarre**, può rammentarsi poi come anch'essa assurga ora ad atto formalmente necessario, sul piano normativo, in ogni procedimento amministrativo di affidamento dei contratti pubblici, mentre era precedentemente prevista espressamente solo con riferimento ai procedimenti di competenza degli enti locali dall'art. 192, comma 1, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, recante il T.U. delle leggi sull'ordinamento di tali enti, che con norma riproduttiva di quanto già disposto dall'art. 56, l. 8 giugno 1990, n. 142 stabiliva che la **stipulazione** dei contratti pubblici dovesse essere sempre

preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento 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 ... e le ragioni che ne sono alla base».

L'art. 11 in commento generalizza, dunque, il contenuto di tale prescrizione, che a sua volta non altro aveva fatto che ribadire, comunque, un principio alla cui affermazione era già da tempo pervenuta la giurisprudenza con riferimento alle generalità delle procedure di affidamento di contratti pubblici, precisando come la determinazione a contrarre debba necessariamente individuare «*gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*» (con ciò operando delle scelte che, come si dirà nel successivo punto II. 1 del presente commento, sono sottoponibili al sindacato di legittimità del giudice amministrativo).

2.2. Il bando di gara e la lettera d'invito. Laddove la scelta in questione sia caduta su una procedura in gara, aperta o ristretta, ovvero anche nell'ipotesi di trattativa privata necessariamente preceduta da bando di gara ai sensi delle disposizioni di cui al Codice stesso, il procedimento che condurrà all'affidamento del contratto pubblico proseguirà con la formale pubblicazione, appunto, di un bando di gara e/o con la diramazione delle lettere di invito ad offrire, che costituiscono, com'è noto, la c.d. *lex specialis* della procedura, in considerazione del carattere inderogabile delle prescrizioni in esso contenute, che devono essere rigorosamente rispettate dalla stessa amministrazione appaltante che le ha adottate.

Quanto al contenuto di tali atti, si può rinviare integralmente al contenuto degli artt. 63 ss. del Codice ed ai relativi commenti, limitandoci a rammentare come, giusta quanto disposto dal comma 4 dell'art. 64, il bando di gara debba contenere gli elementi indicati nel Codice, le informazioni di cui all'allegato IX A, punto 3, ed ogni altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante. Esso dovrà poi essere conforme ai formulari adottati dalla Commissione europea in applicazione della procedura di cui all'art. 77, paragrafo 2 della direttiva 2004/18. Quanto invece alle modalità di pubblicazione dei bandi, valga il rinvio a quanto stabilito in particolare dall'art. 66 del Codice, che recepisce la «nutrita serie di articoli, alquanto minuziosi, dedicati alla pubblicità dei bandi e degli avvisi dalla direttiva 2004/18», in quanto considerati «strumento essenziale di

garanzia della concorrenza» (DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, op. cit.*, 911). In ordine a tali formalità, ribadisce poi ancora il comma 7 dell'art. 66 come gli avvisi e i bandi debbano essere pubblicati non solo sulla *Gazzetta Ufficiale*, nella serie speciale relativa ai contratti pubblici, bensì anche «per estratto su almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno due a maggiore diffusione locale nel luogo ove si eseguono i contratti». Ebbene, sul punto si può rammentare almeno che, in dottrina, è stato sottolineato come, durante i lavori preparatori, si sia tentato di sopprimere del tutto o quanto meno di ridimensionare la portata di tale norma, considerata «superflua e inutilmente onerosa per le amministrazioni aggiudicatrici» una volta che si fosse istituita l'apposita serie speciale della *Gazzetta Ufficiale*. Norma che, tuttavia, è rimasta, «a causa delle pressioni delle società editoriali», tanto da costituire poco più che «un contributo indiretto alla stampa quotidiana» (DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, op. cit.*, 32 - 33).

2.3. L'aggiudicazione, provvisoria e definitiva.

Novità di rilevante interesse, anche sul piano sistematico, discendono poi dalla previsione della necessaria articolazione della fase dell'aggiudicazione in un preliminare atto di aggiudicazione provvisoria ed in una successiva aggiudicazione definitiva, da adottarsi solo dopo che sia stata sottoposta la prima ad una rituale verifica dei contenuti. Vero è infatti che, nonostante la prassi amministrativa considerasse assolutamente normale, ormai, l'addivenire ad una preventiva aggiudicazione provvisoria, pronunciata dal seggio di gara, alla quale seguirà poi la definitiva aggiudicazione, in esito ad autonome valutazioni compiute della stazione appaltante, tale prassi non si fondava su alcuna espressa previsione normativa, derivando unicamente dalla considerazione che, sul piano dei principi ed in considerazione della (ordinaria) diversità delle competenze, fosse opportuno che la commissione aggiudicatrice si pronunciasse in maniera espressa sull'esito del procedimento prima ancora che la stazione appaltante avesse modo di svolgere l'attività di verifica finalizzata a far proprie le risultanze della gara.

Deriva dunque dalla disposizione in commento la formalizzazione e l'emersione definitiva, sul piano normativo, della **provvisoria aggiudicazione pronunciata dal seggio di gara**, con ciò avallandosi la suddetta prassi che, come rilevato

anche di recente in dottrina (SANTORO, *Il ritorno dell'aggiudicazione provvisoria, op. cit.*), si era sviluppata prendendo spunto da quanto avveniva nelle ipotesi in cui l'aggiudicazione fosse soggetta ad un'ulteriore possibilità di ribasso (es.: parità di prezzo offerto nelle ipotesi di aggiudicazione al prezzo più basso). Ipotesi originaria di aggiudicazione provvisoria, muovendo dalla quale si era appunto diffusa la tendenza, avallata dalla giurisprudenza amministrativa (che ne ha riconosciuto l'autonomia ed immediata impugnabilità, come si vedrà al successivo punto II, 4), di pervenire praticamente in ogni caso ad una provvisoria pronuncia di conclusione del procedimento di gara, in attesa che la stazione appaltante provvedesse a verificare l'attività svolta nella procedura e la sua regolarità, pronunciando l'aggiudicazione definitiva. Aggiudicazione che, in ogni caso, si prevede ora espressamente (al comma 8 della norma in commento) che non acquisti efficacia e non produca dunque alcun effetto se non dopo che questa abbia superato, a sua volta, un nuovo atto di verifica, finalizzato a riscontrare nell'aggiudicatario l'effettivo possesso dei requisiti prescritti per poter addivenire contraente della pubblica amministrazione nel rapporto contrattuale oggetto di gara. In ordine a tali fasi di **controllo**, peraltro, si veda quanto si dirà più ampiamente nel commento al successivo art. 12.

3. Il principio di unicità dell'offerta. Il comma 6 della disposizione normativa in commento prevede che «ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta»: si tratta del c.d. principio di unicità dell'offerta, che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica (ed univoca) proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta. Il principio in questione, come è stato costantemente evidenziato dalla giurisprudenza, è giustificato dall'esigenza di consentire una comparazione delle diverse proposte che veda le imprese partecipanti in posizione di parità. La presentazione di un'unica offerta capace di conseguire l'aggiudicazione, infatti, è il frutto di una attività di elaborazione nella quale ogni impresa affronta il rischio di una scelta di ordine tecnico, che la stazione appaltante rimette alle imprese del settore, ma che comporta una obiettiva limitazione delle possibilità di vittoria, sicché la possibilità di presentazione di una pluralità di offerte o di offerte alternative, comportando l'opportunità di sfruttare una pluralità di opzioni, genera inevitabilmente una situazione di vantaggio idonea ad incidere sulla par

condicio tra i partecipanti (Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2010 n. 6695).

Il principio in questione, d'altro canto, risponde altresì all'esigenza di far emergere la migliore offerta nella gara (TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 27 ottobre 2011, n. 1857) ed è, dunque, connaturale al concetto stesso di gara e applicabile nelle procedure da aggiudicare sia secondo il criterio del prezzo più basso, sia sulla base dell'offerta economicamente più vantaggiosa (TAR Lazio, Roma, Sez. III, 7 luglio 2007, n. 6506; Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2002, n. 719), annoverandosi l'esigenza di chiarezza e di certezza degli elementi dell'offerta tra gli interessi di particolare rilevanza che il principio enunciato tende a tutelare (Tar Lazio, Roma, sez. I *bis*, 8 luglio 2009, n. 6681).

4. L'esercizio dell'autotutela e le sue conseguenze. 4.1. L'esercizio dell'autotutela durante la procedura di gara e al termine di essa.

Il comma 9 della disposizione in commento – che si pone in coerenza con la previsione recata dal precedente comma 7, ai sensi del quale l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta – codifica la possibilità per le stazioni appaltanti di intervenire in autotutela sulla procedura di gara anche una volta che sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva e fino al momento della stipula del contratto. Questo è, in effetti, il momento in cui sorge il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto stesso e si modifica il piano dei rapporti tra la stazione appaltante e l'impresa appaltatrice. Logico corollario di tali principi sarebbe quello secondo cui, intervenuta la stipula del contratto, qualora l'ente intenda sciogliersi dal vincolo che lo lega al privato, dovrebbe farlo sulla base delle regole che regolano quel rapporto, tra cui quelle pattuite in caso di recesso unilaterale, nonché quelle che l'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006 (e, prima di esso, l'art. 122 del d.P.R. n. 554/1999 e l'art. 345 dell'allegato F al R.D. n. 2248/1865) espressamente prevede per gli appalti pubblici. L'atto con il quale la stazione appaltante intendesse sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale che la lega con l'appaltatore in ragione di una riconsiderazione dell'interesse alla realizzazione delle opere, della fornitura e/o del servizio affidato, in altri termini, dovrebbe ricondursi al generale potere di **recesso ad nutum** riconosciuto (nel caso dei pubblici appalti dall'art. 134 del d.lgs. n. 163/2006) al committente nel caso in cui questi non trovi più rispondente ai propri interessi l'oggetto dell'appalto: è certamente

indubbio che, nel caso in cui il committente sia uno dei soggetti menzionati dai commi 25 e ss. dell'art. 3 del Codice, la rivalutazione degli interessi connessi alla realizzazione dell'opera coincida con una riconsiderazione dell'interesse pubblico sotteso allo stesso, ma i termini della questione non dovrebbero cambiare sul piano della natura dell'atto, dei suoi effetti e del giudice competente a pronunciarsi su di essi (i.e. il giudice ordinario: si cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 gennaio 2009, n. 8).

La giurisprudenza amministrativa, peraltro, si è dimostrata finora di diverso avviso, avendo esteso la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere all'autotutela **anche a seguito della stipula del contratto** e ritenuto non condivisibile l'impostazione che vorrebbe far derivare automaticamente dall'esistenza del contratto l'insussistenza del potere di revoca degli atti amministrativi che ne hanno costituito il presupposto. Ponendo l'accento sulla distinzione tra le ipotesi in cui la cessazione del rapporto contrattuale sia disposta *iure privatorum* e quella in cui, invece, l'Amministrazione agisca *iure imperii* sugli atti di gara, in effetti, fin dalla pronuncia della Sezione V, 24 ottobre 2000, n. 5710 il Consiglio di Stato ha ritenuto che la circostanza che l'atto di autotutela «sia stato emanato quando ormai il rapporto è giunto alla fase meramente privatistica [...] non esclude che si tratti, comunque, dell'esercizio di poteri pubblicistici di chiara matrice provvedimentoale». Ad avviso dei giudici, infatti, i presupposti dell'atto sono in questo caso «indubbiamente collegati al pubblico interesse e ciò segna una netta distanza rispetto all'ipotesi di recesso di cui all'art. 345 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F; la revoca dell'aggiudicazione, del resto, si sostanzia proprio nel ritiro di quel provvedimento che chiude la fase procedimentale, sicché lo scioglimento conseguente del rapporto contrattuale è una conseguenza dei vizi che inficiavano proprio tale fase, di rilievo pubblicistico» (nello stesso senso, si cfr. altresì Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2001, n. 2895 e, più recentemente, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554, che evidenzia altresì come il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990, faccia espressamente salvo il potere di revoca del provvedimento successivamente alla nascita del vincolo negoziale). Sotto il profilo della **giurisdizione**, d'altro canto, tale impostazione comporta necessariamente che le relative controversie vengano devolute al giudice amministrativo, trattandosi in ultima analisi di sindacato riguardante l'esercizio del potere di

autotutela sugli atti di gara; ed infatti la citata giurisprudenza ha concluso nel senso che «nonostante l'intervento [in autotutela] abbia luogo nella fase dell'esecuzione del contratto, dominata da posizioni di diritto soggettivo, esso è espressione di un potere autoritativo, estraneo alla sfera del diritto privato e rimesso al **sindacato del giudice amministrativo**».

4.2. Le conseguenze dell'esercizio dell'autotutela sul piano risarcitorio e/o indennitario. La revoca degli atti di gara determina conseguenze diverse a seconda del momento in cui essa si colloca e della legittimità o meno del suo esercizio. In linea generale si ritiene che l'**illegittimo** esercizio del potere di autotutela sugli atti di gara determini conseguenze di **carattere risarcitorio** per la stazione appaltante, sia che esso intervenga dopo l'aggiudicazione, sia che la revoca incida su una procedura ancora in corso. In quest'ultimo caso, peraltro, la domanda risarcitoria avanzata dal concorrente non (o non ancora) aggiudicatario potrà essere accolta nei limiti della sola **perdita di "chance"**, atteso che la possibilità di partecipare ad una gara non significa né aggiudicazione della gara, né danno per il mancato conseguente guadagno (TAR Abruzzo, L'Aquila, 9 giugno 2006 n. 410).

Più articolata, invece, è la questione relativa alle conseguenze derivanti dal legittimo esercizio del potere di autotutela da parte delle stazioni appaltanti. Qualora la **revoca legittima** incida sull'aggiudicazione definitiva e/o, a maggior ragione, sul contratto stipulato a seguito di essa, in effetti, l'appaltatore ha sicuramente diritto all'**indennizzo** alla stregua dei principi generali sulla tutela dell'affidamento nei rapporti di durata espressi sul piano legislativo dall'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990. In caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria o non approvazione della stessa, invece, tale diritto all'indennizzo non sussiste né è configurabile (Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554).

L'adozione di un legittimo provvedimento di autotutela non esclude, peraltro, che possa configurarsi comunque una **responsabilità precontrattuale** a carico della stazione appaltante. Come chiarito dal Consiglio di Stato, infatti, «*sottoposta al sindacato del giudice ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale non è la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica cristallizzato nel provvedimento amministrativo, ma la correttezza del contegno tenuto dall'ente pubblico durante la fase delle trattative e*

della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti paciscenti di comportarsi secondo buona fede in forza di quanto stabilito dall'art. 1337 del codice civile; tanto è vero che l'applicabilità della norma sancita dall'art. 1337 c.c. non è preclusa dall'intervenuta stipulazione del contratto [...] (cfr. Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24795; sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724)» (così, Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245; nel senso dell'irrelevanza della legittimità del provvedimento di revoca ai fini del riconoscimento della responsabilità precontrattuale si cfr., inoltre, Cons. Stato, Ad. Plen., n. 6 del 5.9.2005; Id., sez. V, n. 6137 del 30.11.2007; TAR Lazio, Sez. III, 9 marzo 2009, n. 2372). La responsabilità precontrattuale dell'amministrazione, in effetti, è stata indifferentemente configurata dalla giurisprudenza sia in presenza del preventivo annullamento per illegittimità di atti della sequenza procedimentale, sia nell'assodato presupposto della loro validità ed efficacia (cfr. fra le tante, Cons. St., sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; sez. VI, 5 aprile 2006, n. 1763; sez. V, 6 dicembre 2006, n. 7194; Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6), come ad esempio nel caso di revoca dell'indizione della gara e dell'aggiudicazione per esigenze di una ampia revisione del progetto, disposta vari anni dopo l'espletamento della gara, ovvero ancora per impossibilità di realizzare l'opera prevista per essere mutate le condizioni dell'intervento (si cfr. Cons. Stato, Sez. V, 7 settembre 2009 n. 5245).

5. La fase privatistica della stipulazione del contratto. 5.1. I rapporti con l'aggiudicazione definitiva.

Ai sensi del previgente art. 16, comma 4, r.d. n. 2440 del 1923, recante norme sulla contabilità di Stato, l'aggiudicazione definitiva, in tal modo pronunciata e divenuta efficace, avrebbe dovuto considerarsi del tutto equipollente al contratto, di cui si prevedeva che «tenesse luogo ad ogni legale effetto». Anche sul punto, tuttavia, tanto la **prassi** quanto la **giurisprudenza amministrativa** avevano già avuto modo di «*intervenire*», anche in considerazione del fatto che, indiscutibilmente, la realtà dei rapporti negoziali è oggi assai più complessa rispetto a quanto non potesse prevedere il legislatore del 1923 e sia l'amministrazione che i soggetti privati aggiudicatari ritengono ormai da tempo senz'altro opportuno e preferibile addivenire alla puntuale stipulazione di un formale contratto, nel quale siano riprodotte le clausole previste nel capitolato di gara e regolati con la dovuta chiarezza e precisione i rispettivi rapporti obbligatori. D'altra parte, come puntualmente

rilevato sia dalla giurisprudenza che nella determinazione del 2 ottobre 2002, n. 24 dell'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici, pur senza addivenire ad una abrogazione esplicita della citata disposizione di legge, l'evoluzione normativa aveva già condotto all'adozione di disposizioni che, quanto meno in materia di lavori pubblici, prevedevano espressamente dei termini per la stipulazione del contratto (sessanta giorni dall'aggiudicazione: art. 109, d.P.R. n. 554 del 1999) e stabilivano altrettanto espressamente che la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario dovesse avvenire in un momento successivo all'aggiudicazione (art. 10, comma 1 *quater*, l. n. 109 del 1994, nel testo introdotto, sul punto, dalla l. 18 novembre 1998, n. 415). Per la generalità degli appalti pubblici, inoltre, presupposto necessario per l'effettiva stipulazione del contratto è costituito dall'esito positivo della verifica antimafia, secondo la disciplina di cui al d.P.R. n. 252 del 1998: sicché può dirsi che, già da alcuni anni, si fosse con sicurezza pervenuti all'affermazione del principio per il quale «non si può arguire automaticamente dalla lettera della norma contenuta nel comma 4 dell'art. 16, r.d. n. 2440 del 1923 che il verbale di aggiudicazione abbia valore di contratto giacché tale norma ... non ha di per sé natura automatica ed obbligatoria», con la conseguenza che «affinché si realizzi il vincolo giuridico contrattuale e sorga il diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione del contratto stesso, è necessaria la stipulazione ...» (Cons.St., sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065. Conforme, tra le altre, Cons. St., sez. V, 28 maggio 2004, n. 3470). La norma in commento risolve dunque ora, definitivamente, la questione.

5.2. Il termine finale per la stipulazione del contratto. Il comma 9 dell'art. 11 stabilisce che la stipulazione del contratto debba avere luogo entro il termine massimo di sessanta giorni dal momento in cui l'aggiudicazione definitiva sia divenuta efficace. Si tratta di un **termine legale** che opera ogni qualvolta non sia stato diversamente stabilito nel bando o nella lettera d'invito e/o non sia stato diversamente pattuito tra le parti. Oltre questo termine, si prevede che l'aggiudicatario possa sciogliersi dal vincolo discendente dall'aggiudicazione, ottenendo il rimborso delle spese sostenute per la partecipazione alla gara (e di quelle sostenute per l'esecuzione di lavori urgenti eventualmente ordinati dal Direttore dei lavori, nel caso fosse intervenuta la consegna anticipata in via d'urgenza), mentre viene negata espressamente la spettanza di qualsiasi forma di indennizzo o di

risarcimento danni.

Si tratta di una norma che ancora una volta ha generalizzato, dunque, quanto era in precedenza previsto per i soli appalti di lavori pubblici dal citato art. 109, d.P.R. n. 554 del 1999 ed è evidentemente finalizzata a tutelare gli interessi dell'aggiudicatario, che (almeno) non rimane così vincolato alla propria offerta a tempo indeterminato e non è costretto a subire le conseguenze pregiudizievoli eventualmente discendenti da ritardi dell'amministrazione nella sottoscrizione del contratto.

5.3. Il meccanismo di *stand still* introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010 e l'effetto sospensivo automatico derivante dal ricorso giurisdizionale.

Diverso è il fine che giustifica la regola contenuta nel successivo comma 10 dell'articolo in commento, il quale stabilisce che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79 (c.d. *stand still*). Si tratta, infatti, di una disposizione finalizzata a garantire gli interessi dei controinteressati, recependo e offrendo effettività al principio comunitario che impone appunto tale onere di comunicazione al fine di consentire, eventualmente, la proposizione delle necessarie impugnazioni. In senso tecnico, in effetti, lo *stand still* è l'impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto per un determinato periodo temporale successivo all'aggiudicazione definitiva, ossia il termine dilatorio che deve intercorrere tra quest'ultima e la stipulazione.

Occorre, peraltro, chiarire come si sia arrivati all'attuale formulazione del comma in commento, che ha fissato come detto in **trentacinque giorni** il termine dilatorio per la stipulazione del contratto, modificando l'originaria previsione introdotta dal legislatore del 2006 e comportando diverse conseguenze di assoluto rilievo sulla complessiva coerenza del «micro-ordinamento» dei pubblici appalti.

Prima dell'emanazione del **d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53**, in effetti, il comma 10 stabiliva che il contratto tra l'aggiudicatario e la stazione appaltante potesse essere sottoscritto dopo trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati. Tale circostanza comportava, tuttavia, una situazione di disarmonia tra norme dell'ordinamento in grado di vulnerare l'effettività della **tutela giurisdizionale** dei partecipanti alle pubbliche gare d'appalto. Prima della novella del 2010, infatti, i soggetti interessati potevano ricorrere avverso l'aggiudicazione definitiva di un appalto entro **sessanta giorni** dal momento della conoscenza dell'aggiudicazione medesima, cosicché

gli stessi erano di fatto esposti al rischio – e nella pratica accadeva assai spesso – di perdere la possibilità di ottenere **tutela in forma specifica**. Ciò in quanto il giudice amministrativo, pur potendo sospendere (e poi annullare) gli effetti del provvedimento amministrativo di aggiudicazione, non poteva fare altrettanto con il contratto stipulato; o almeno così si riteneva in conseguenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del luglio 2008 e fino alla recentissima ordinanza delle Sezioni Unite della **Corte di Cassazione 10 febbraio 2010, n. 2906** (quest'ultima, anticipando di un mese il d.lgs. n. 53 del 2010 e con un deciso *revirement* rispetto al suo precedente orientamento, aveva dichiarato che il giudice amministrativo ha giurisdizione in ordine alla domanda di privazione degli effetti del contratto eventualmente stipulato con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo). Le conseguenze di tale disarmonia erano, peraltro, gravissime sia per gli operatori privati che per le stazioni appaltanti, in quanto non di rado accadeva che gli appalti pubblici fossero portati ad esecuzione da soggetti che poi, all'esito del giudizio amministrativo sulle sorti della procedura di gara, venivano riconosciuti come illegittimi aggiudicatari, generandosi in tal modo ovvie «code» giudiziali di carattere risarcitorio.

Il nodo è stato ora definitivamente sciolto con l'entrata in vigore del **d.lgs. n. 53 del 2010, di attuazione della c.d. seconda direttiva ricorsi**. Il decreto in questione ha infatti introdotto un nuovo rito speciale in materia di appalti, che ha abbreviato (ancorché forse non completamente razionalizzato) tutti i termini precedentemente vigenti in materia, ivi compreso quello per la proposizione del ricorso, che, per espressa previsione, è ora pari a **trenta giorni**. Ciò comporta, evidentemente, che – ad eccezione di ipotesi limite – il contratto di appalto verrà stipulato solo allorché gli effetti dell'aggiudicazione si saranno cristallizzati o per il decorso del relativo termine di impugnazione o perché quest'ultima, ancorché proposta, ha esaurito la sua portata preclusiva ai sensi del nuovo comma 10 *ter*.

Quest'ultima previsione, in effetti, si cumula con lo *stand still* di cui si è detto e determina un **effetto sospensivo automatico**, introducendo quella che è stata definita una tutela cautelare *ex lege*, riconnessa alla notificazione del ricorso giurisdizionale. Tale forma di tutela opera, peraltro, a condizione che sia impugnata l'aggiudicazione definitiva e che sia contestualmente avanzata richiesta di tutela cautelare. Non solo. Per le Amministrazioni statali e altri Enti che fruiscono del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, si prevede che al (solo) fine della sospensione

obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto il ricorso debba essere notificato, oltre che presso l'Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale (art. 245, comma 2 *ter*, del Codice).

Per quanto concerne il ***dies ad quem*** di tale effetto sospensivo, l'art. 11, comma 10 *ter*, dispone che lo stesso duri per almeno venti giorni decorrenti dalla notifica del ricorso alla stazione appaltante, 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.

Se invece entro il suddetto termine non interviene uno di tali due provvedimenti – come per la verità accade molto spesso, specie in dipendenza dell'affollamento dei ruoli dei TAR e dei tempi connessi alla notifica del ricorso – l'effetto sospensivo si protrae fino alla relativa pronuncia. L'effetto sospensivo, evidentemente, si consolida se la pronuncia cautelare o di merito ritengono il ricorso fondato. Lo stesso viene meno, di converso, se l'istanza cautelare (o il ricorso, ove definito in esito all'udienza camerale) viene respinta, oppure quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente, 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. È stato peraltro osservato (DE NICTOLIS) che, «con un maggiore sforzo organizzativo», si sarebbe potuto prevedere un effetto sospensivo quanto meno fino alla sentenza di primo grado, assicurando contestualmente un giudizio immediato e super accelerato. Nell'attuale sistema, infatti, laddove il provvedimento cautelare di primo grado venga ribaltato in sede di appello, è possibile che la stazione appaltante stipuli il contratto e ne avvii l'esecuzione, facendo così venir meno l'esigenza mantenere la *res adhuc integra* fino alla delibazione di merito del giudizio.

In conclusione, la nuova disciplina sui termini contrattuali appare ora strutturalmente collegata alla disciplina della relativa tutela processuale, posto da un lato che il legislatore ha fissato in trenta giorni il termine di proposizione del ricorso, ossia in un arco temporale praticamente coincidente con quello dilatorio di stipulazione del contratto, prevedendo altresì il meccanismo di sospensione automatica di cui al comma 10 *ter* e dall'altro, che l'eventuale dichiarazione di inefficacia da parte del giudice, nel

caso di mancato rispetto dei termini per la stipula del contratto, è condizionata, come si chiarirà nella Sezione II, alla verifica della violazione della possibilità per il ricorrente di procedere in via giurisdizionale per l'effettiva tutela delle proprie legittime pretese.

Ai sensi del nuovo comma 10 *bis* il **meccanismo di *stand still*** di cui al comma 10 **non si applica (i)** se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; **(ii)** nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60.

5.4. L'eventuale necessità di approvazione del contratto e l'avvio dell'esecuzione. La norma in commento si conclude prevedendo poi, al comma 11, che il contratto stipulato rimanga sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori. Sul punto, tuttavia, occorre rammentare come sia il successivo art. 12 ad occuparsi approfonditamente dei controlli sugli atti della procedura di affidamento e della stessa eventuale necessità di approvazione del contratto. Al commento di tale norma, pertanto, appare opportuno rinviare qualsiasi considerazione in argomento.

Per ciò che concerne l'**avvio dell'esecuzione**, il nuovo regolamento di attuazione si occupa partitamente della disciplina applicabile agli appalti di lavori e di quella riguardante i servizi e le forniture.

Con riferimento ai **lavori**, l'art. 153 dispone, come regola generale, che il responsabile del procedimento autorizzi il direttore dei lavori alla consegna dei lavori dopo che il contratto è divenuto efficace. Si prevede, tuttavia, alla seconda parte del comma 1, la possibilità che il responsabile del procedimento autorizzi, ai sensi dell'art. 11, comma 9, del codice, ossia in caso di **urgenza**, il direttore dei lavori alla consegna dei lavori subito dopo che

l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace. In questo caso, il direttore dei lavori tiene conto di quanto predisposto o somministrato dall'esecutore, per rimborsare le relative spese nell'ipotesi di mancata stipula del contratto. Quale termine ultimo per la consegna dei lavori, la disposizione regolamentare prevede che, per le amministrazioni statali, la consegna dei lavori avvenga 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. Per le altre stazioni appaltanti, invece, il termine di quarantacinque giorni decorre dalla data di stipula del contratto. Per i cottimi fiduciari il termine decorre dalla data dell'accettazione dell'offerta.

Per quanto riguarda i **servizi e le forniture**, la disciplina viene dettata dall'art. 302 del Regolamento.

Come nel caso dei lavori si prevede che il responsabile del procedimento autorizzi, di regola, il direttore dell'esecuzione a dare avvio all'esecuzione della prestazione dopo che il contratto è divenuto efficace.

Anche in questo caso, tuttavia, il comma successivo ammette che, ai sensi del comma 9 dell'art. 11 in commento, il responsabile del procedimento possa autorizzare l'esecuzione anticipata della prestazione dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace. A differenza di quanto avviene per gli appalti di lavori, peraltro, tale possibilità viene esplicitamente circoscritta alle ipotesi in cui **(i)** il contratto abbia 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; **(ii)** in casi di comprovata urgenza.

Resta ferma comunque, in entrambe le ipotesi, la necessità che il responsabile del procedimento autorizzi l'esecuzione anticipata del contratto attraverso apposito provvedimento che indica in concreto i motivi che giustificano l'esecuzione anticipata. Nell'ipotesi di mancata stipula del contratto il direttore dell'esecuzione tiene conto di quanto predisposto o somministrato dall'esecutore, per il rimborso delle relative spese.

■ SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE

■ **1. È sindacabile la scelta dell'amministrazione in ordine ad una determinata procedura di**

affidamento? Come si è detto, nella determinazione a contrarre è contenuta la scelta

operata dall'amministrazione in ordine alla procedura da seguire per l'affidamento di un contratto pubblico: scelta che verrà poi ulteriormente formalizzata nei primi atti della procedura, che ad essa daranno concreta esecuzione. Si è posta in giurisprudenza la questione in ordine alla sindacabilità o meno di tale scelta, in considerazione del fatto che, invero, siffatta determinazione potrebbe considerarsi essere inerente unicamente all'interesse dell'amministrazione, con la conseguenza che, di fronte ad essa, potrebbe ritenersi che non sussistano posizioni di interesse legittimo da far valere di fronte alla giurisdizione amministrativa. Tale era, in effetti, la posizione della meno recente giurisprudenza in ordine alla scelta con la quale la pubblica amministrazione si determinava a contrattare seguendo il procedimento di licitazione privata in luogo di quello di asta pubblica (quando il primo era considerato eccezionale e solo il secondo il metodo generale) e/o con riguardo alla scelta con la quale questa si determinava a procedere mediante trattativa privata, in luogo di una procedura di gara, aperta o ristretta che fosse. In ordine al primo profilo, tuttavia, già da tempo la giurisprudenza era invero giunta ad ammettere che «a fronte di una delibera che stabilisce di indire una licitazione privata ed individuare le imprese da invitare, deve ritenersi sussistere l'interesse all'impugnazione in capo ad una impresa la quale, pur non invitata, abbia avuto sulla base di pregressi rapporti con l'ente, concreti affidamenti in ordine ad un possibile invito»: Cons. St., sez. V, 18 gennaio 1984, n. 49, con nota di VACIRCA, *Atti amministrativi di scelta del procedimento di contrattazione e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1984, 67 ss. Persistenti dubbi, viceversa, erano ancora a lungo rimasti, in giurisprudenza, in ordine alla possibilità di addivenire alle medesime conclusioni nelle ipotesi di scelta di un procedimento di contrattazione a trattativa privata oltre che, in via generale, con riferimento alle ipotesi nelle quali non ci si fosse trovati di fronte a situazioni di fatto in ordine alle quali, per l'esistenza dei suddetti pregressi rapporti, l'impresa aspirante alla partecipazione ad una procedura di gara non potesse vantare una posizione giuridica soggettiva in qualche maniera differenziata rispetto a quella della generalità delle imprese operanti nel settore oggetto dello stipulando contratto. Tali incertezze sono state però definitivamente superate dai più recenti sviluppi giurisprudenziali, che hanno ammesso la legittimazione a ricorrere avverso le deliberazioni di procedere alla scelta del contraente attraverso il metodo della trattativa privata in capo a

ciascun imprenditore operante nel medesimo settore economico-produttivo interessato dal contratto d'appalto, a prescindere dalla preesistenza di una relazione giuridica in grado di ingenerare un legittimo affidamento ad ottenere un invito ad offrire (Cons. St., sez. V, 22 marzo 1995, n. 454; id. 26 giugno 1996, n. 792, confermata da Cass. civ., s.u., 18 novembre 1998, n. 11619, commentata da MONTEDORO, *Orientamenti in tema di sindacabilità della scelta del metodo di gara*, in *Urbanistica e appalti*, 1999, 845. Da ultimo, Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2955, ove si puntualizza ulteriormente che «la scelta di ricorrere a trattativa privata per l'assegnazione di un servizio è sindacabile sotto il profilo del rispetto dei presupposti che legittimano la stazione appaltante ad adottare tale procedura in luogo di quelle più confacenti ai principi comunitari e nazionali di individuazione del contraente privato nei contratti della pubblica amministrazione»).

■ **2. È legittima l'aggiudicazione operata in favore di un'offerta dopo la scadenza del termine di 180 giorni previsto dal comma 6, senza che vi sia stata richiesta di differimento agli offerenti?** Il comma 6 dell'articolo in commento prevede che l'offerta sia vincolante, per chi l'ha proposta, per il periodo indicato nel bando o nell'invito ovvero, in mancanza, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può tuttavia chiedere il suo differimento. Laddove ciò non sia avvenuto, e sia decorso il suddetto termine, l'impresa offerente potrà confermare o meno la validità della propria offerta al momento dell'apertura delle buste.

È sorto il problema, in giurisprudenza, se sia legittima l'aggiudicazione disposta in favore di un'**offerta scaduta** nel caso in cui non si sia verificato alcuno dei suddetti adempimenti, e cioè nell'ipotesi in cui né l'amministrazione abbia chiesto il differimento né l'impresa offerente abbia dichiarato di ritenere ancora valida la propria offerta prima dell'apertura delle buste. Nei pochi precedenti riscontrabili sul punto prevale la soluzione affermativa, essendosi ritenuto che «l'omesso interpello delle imprese offerenti non determina *ex se* l'invalidità sopravvenuta delle offerte per scadenza del termine, in quanto ... la persistenza dell'interesse alla aggiudicazione si può desumere anche *per facta concludentia*, ad esempio dalla circostanza che il concorrente aggiudicatario accetti di rendere le giustificazioni dell'offerta anomala (come nel caso di specie) o si presenti per la stipula del contratto, senza formulare riserve o

eccezioni»: Tar Lecce 2 maggio 2007, n. 1790.

In tali ipotesi, pertanto, si è ritenuto che «quel che è venuta meno, è [solo] la copertura cauzionale provvisoria, ed era onere della stazione appaltante chiederne la proroga. ... Trattandosi di una negligenza dell'amministrazione, vale però lo *imputet sibi* ... [sicché] se dal punto di vista della regolarità formale è palese la poca diligenza della stazione appaltante, sul piano sostanziale non vi è stata alcuna conseguenza e la gara si è conclusa con tutti gli iniziali partecipanti. Va pertanto validamente considerato ed applicato l'art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15 ...; un annullamento della gara, per un vizio che non ha avuto incidenza sostanziale, contrasterebbe con il principio di conservazione dei valori giuridici, di economicità e buona amministrazione»: Tar Pescara 19 novembre 2005, n. 622.

■ **3. Nella verifica dell'aggiudicazione provvisoria di cui al comma 5 è compresa la verifica della effettiva sussistenza dei requisiti in capo all'aggiudicatario?** Un profilo problematico riguarda il momento della verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario, risultando dubbio se questa debba seguire l'aggiudicazione provvisoria ovvero l'aggiudicazione definitiva.

La norma in commento prevede, infatti, che «la stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria, provvede all'aggiudicazione definitiva» (comma 5) e che «l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti» (comma 8). Dalla sua lettura sembrerebbe, dunque, doversi evincere che il momento in cui deve avvenire la verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario coincida con un momento successivo a quello dell'adozione dell'aggiudicazione definitiva, nel quale questa è già intervenuta ma non è ancora efficace. Parrebbe cioè delinearsi la seguente scansione procedimentale: aggiudicazione provvisoria, aggiudicazione definitiva non ancora efficace, aggiudicazione definitiva efficace, con collocazione del momento della verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario nella seconda delle suddette fasi.

Senonché, la norma va coordinata con quanto dispone l'art. 48 del Codice, che stabilisce che la richiesta all'aggiudicatario di comprovare i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara deve essere inoltrata entro dieci giorni dal momento della conclusione delle operazioni di gara, che coincide

normalmente con quello dell'aggiudicazione provvisoria; ed in giurisprudenza, invero, era fino a questo momento stato pacifico che fosse «alla fase endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria» che «segue la verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta dalla ditta individuata come aggiudicataria», tanto che «solo in caso di esito positivo della predetta verifica l'aggiudicazione può divenire definitiva, mentre l'esito negativo determina l'inefficacia dell'aggiudicazione provvisoria»; Tar Reggio Calabria 27 gennaio 2004, n. 48; Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1885.

Rispetto a tali posizioni, pertanto, di fronte al chiaro testo del comma 8 della norma in commento, occorre riconoscere un effetto innovativo alla disposizione codicistica. Al fine di operarne un opportuno coordinamento con la disposizione di cui all'art. 48 (oltre che con le posizioni giurisprudenziali richiamate), che sia in grado, al tempo stesso (ed in particolare), di salvaguardare la necessaria rapidità della procedura, evitando la sua eccessiva frammentazione e/o inutili appesantimenti e ritardi, pare potersi sostenere che la verifica *ex* art. 48, comma 2 possa essere comunque legittimamente avviata subito dopo il momento dell'emanazione dell'aggiudicazione provvisoria (ossia dopo la conclusione della gara, *ex* art. 48), in modo tale che, ove tale verifica si concluda positivamente, il provvedimento di l'aggiudicazione definitiva del contratto venga in essere già efficace fin dal momento dell'adozione stessa dell'atto. La giurisprudenza, peraltro, pare ora comunque orientarsi nel senso della possibilità per la stazione appaltante di procedere alla verifica dei requisiti dopo l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, il quale, **nelle more, rimane valido ancorché inefficace**. Il Tar Toscana, infatti, ha recentemente affermato che la previsione di cui all'art. 11, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006 «non impedisce alla stazione appaltante di procedere all'aggiudicazione definitiva prima della verifica in capo alla impresa aggiudicataria del possesso dei requisiti prescritti, prevedendone, invece, soltanto l'inefficacia temporanea fino al perfezionamento di tale verifica e ciò per ovvie ragioni di chiarezza di posizioni tra i futuri contraenti e di prevalenza dell'interesse pubblico al buon andamento dell'attività amministrativa» (Tar Toscana, sez. II, 29 febbraio 2008, n. 248).

■ **4. L'aggiudicazione provvisoria è un**

provvedimento impugnabile? La giurisprudenza amministrativa ribadisce costantemente il carattere endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, facendo discendere dal riconoscimento di tale natura coerenti conseguenze quali, ad esempio, la negazione della necessità che l'annullamento d'ufficio della medesima sia preceduto da avviso di avvio del procedimento ex art. 7, l. n. 241 del 1990 (Cons. St., sez. V, 2 luglio 2001, n. 3605). In applicazione dei generali principi in tema di attualità della lesione che giustifica l'insorgenza dell'interesse a ricorrere, pertanto, l'aggiudicazione provvisoria non dovrebbe essere considerata atto idoneo oggetto di ricorso per l'annullamento giurisdizionale, dovendosi questo dirigere di regola nei riguardi dei soli atti conclusivi dei procedimenti amministrativi, e dunque, nel caso, solo nei confronti della aggiudicazione definitiva. Senonché, in questa ipotesi, ritiene la giurisprudenza che si debba pervenire a conclusioni diverse, dovendosi riconoscere l'autonoma capacità lesiva dell'aggiudicazione provvisoria in quanto questa «inibisce all'impresa non aggiudicataria l'ulteriore partecipazione al procedimento» (Cons. St., sez. V, 3 aprile 2001, n. 1998; id. 24 maggio 2002, n. 2863) ed è pertanto idonea a determinare, per questa impresa, un arresto procedimentale, immediatamente lesivo del proprio interesse protetto e per tale ragione immediatamente impugnabile.

Si chiarisce tuttavia opportunamente in giurisprudenza che, a fronte di un'aggiudicazione provvisoria, «l'impresa non aggiudicataria non ha l'onere ma solo la facoltà di immediata impugnazione» (Cons. St., sez. V, 6 luglio 2002, n. 3717; id. 7 ottobre 2008, n. 4854; Sez. III, 4 novembre 2011, n. 5866; Sez. V, 20 giugno 2011, n. 3671).

■ **5. L'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria comporta la necessità di impugnare comunque quella definitiva?** Tradizionalmente la giurisprudenza ha ritenuto che l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria non esima il ricorrente dal **dover impugnare** successivamente anche l'**aggiudicazione definitiva** disposta in favore dell'impresa controinteressata, a pena di improcedibilità del primo ricorso, proprio in considerazione del fatto che il procedimento che conduce all'affidamento del contratto è proseguito anche dopo l'aggiudicazione provvisoria e si è definitivamente concluso con un nuovo atto nel quale sono espresse le autonome valutazioni compiute dalla stazione appaltante, anche in ordine

alla persistenza dell'interesse alla stipulazione del contratto (Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2003, n. 1417; id., sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845).

All'indomani dell'entrata in vigore del Codice degli Appalti, tuttavia, non erano mancate pronunce che avevano messo in discussione siffatto orientamento.

Con sentenza sez. V, 7 maggio 2008, n. 2089, con netta presa di posizione, il Consiglio di Stato aveva, infatti, affermato che «gli assunti sopra riportati appaiono non più sostenibili alla luce degli artt. 11 e 12, d.lgs. n. 163 del 2006, nei quali si precisa che l'aggiudicazione provvisoria in favore del miglior offerente interviene al termine della procedura di affidamento (art. 11, comma 4) e che la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione definitiva previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria secondo l'art. 12, comma 1 (art. 11, comma 5). Ai sensi di quest'ultima disposizione «l'aggiudicazione provvisoria è soggetta all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici ...» e «si intende approvata decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o in mancanza quello di trenta giorni». Anche secondo la rubrica dell'art. 12 (controlli sugli atti delle procedure di affidamento), l'aggiudicazione definitiva segue alla verifica dell'effettivo possesso in capo all'aggiudicataria dei requisiti dichiarati al momento della partecipazione. Verifica che condiziona la sola efficacia - e non la validità - dell'aggiudicazione ai sensi del comma 8 dell'art. 11 e il cui carattere di atto dovuto è confermato dal suo verificarsi *ope legis* se non intervenga tempestivamente, in base all'ultimo inciso dell'art. 12, comma 1». Alla luce di ciò - secondo la citata decisione - occorrerebbe allora ammettere che «l'operazione di semplice riscontro dei requisiti, propria della verifica, priva di volontà discrezionale, ne esclude il carattere di «nuova e autonoma valutazione» e la necessità dell'autonoma impugnazione dell'aggiudicazione definitiva di cui essa necessiterebbe, anche se sia già stata impugnata quella provvisoria (Cons. St., sez. V, 12 ottobre 2004, n. 6568). [...] L'effettiva lesione del concorrente escluso interviene perciò solo con la selezione della migliore offerta, al termine della quale è dichiarata l'aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente, secondo quanto ora prescrive l'art. 11, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006», con la conseguenza che l'obbligo di impugnare distintamente l'aggiudicazione definitiva, «a pena d'improcedibilità dell'impugnazione avverso l'aggiudicazione provvisoria, può rinvenirsi, dunque

nel solo caso in cui l'amministrazione abbia previsto nel bando o nel disciplinare il procedimento di scelta del contraente articolato in una fase che si conclude con l'aggiudicazione provvisoria ed in una successiva che può condurre o meno all'aggiudicazione definitiva».

Tale interpretazione, che pure era stata confermata dalla medesima Sez. V con la sentenza 16 giugno 2009, n. 3908, è stata poi comunque ampiamente circoscritta, se non del tutto rinnegata dalla giurisprudenza successiva.

Richiamando la tradizionale distinzione fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante dell'atto presupposto, la prima soltanto delle quali comporta travolgimento dell'atto consequenziale indipendentemente dalla relativa impugnazione, infatti, il Consiglio di Stato ha recentemente evidenziato come tale situazione non intercorra (di norma) fra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, avendo quest'ultima autonoma incidenza lesiva, quale provvedimento di formale ricezione, da parte dell'Amministrazione, dell'esito della gara, non senza nuova valutazione degli interessi pubblici e privati sottostanti (in questo senso, tra le altre, Sez. V, 11 gennaio 2011, n. 80; Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7586; Sez. V, 23 novembre 2010, nn. 8154 e 8153). Su queste basi, dunque, è stato nuovamente ribadito che il soggetto che si consideri leso può impugnare l'aggiudicazione provvisoria, ma deve comunque contestare, a pena di improcedibilità del ricorso, anche l'aggiudicazione definitiva (Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482).

Ciò, peraltro, con una **eccezione**. Nel precedente da ultimo citato, infatti, il Consiglio di Stato ha evidenziato come non possa comunque a priori escludersi che, in presenza di un'aggiudicazione definitiva di fatto meramente confermativa di quella provvisoria ed anche in assenza di invalidità di atti presupposti, tali da travolgere "ab initio" l'intera procedura di gara, in singoli casi l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria sia idonea a travolgere quella definitiva indipendentemente dalla relativa impugnazione alla stregua dei principi generali in precedenza richiamati (Cons. St., Sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482).

■ **6. È impugnabile il diniego di approvazione dell'aggiudicazione?** L'aggiudicatario provvisorio o definitivo hanno sicura legittimazione ad impugnare le delibere che pongono nel nulla il suo interesse all'affidamento dell'appalto. Sul punto la giurisprudenza è naturalmente costante. Vale la

pena di segnalare la problematica, pertanto, soprattutto in considerazione del fatto ove il diniego di aggiudicazione contenga, come sovente accade, il contestuale provvedimento di indizione di una nuova gara, avente oggetto almeno parzialmente sovrapponibile a quello proprio della procedura non aggiudicata, la giurisprudenza ritiene inammissibile il ricorso ove questo non sia rivolto, insieme, sia nei riguardi del diniego di aggiudicazione che nei confronti della delibera di indizione della nuova gara. L'eventuale inoppugnabilità conseguita da tale ultimo atto, infatti, secondo la giurisprudenza farebbe venire meno l'interesse ad ottenere l'annullamento del diniego di aggiudicazione, posto che non potrebbe in ogni caso ormai procedere all'affidamento del contratto originario, superato dalla nuova determinazione a contrarre in ordine al medesimo oggetto (Cons. St., sez. V, 27 marzo 2000, n. 1766).

■ **7. Quali sono le conseguenze del mancato rispetto del c.d. *stand still* ?** L'inosservanza del termine di trentacinque giorni previsto dall'art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006, per la stipulazione del contratto di appalto conseguente all'aggiudicazione, non costituisce causa sopravvenuta di invalidità dell'aggiudicazione stessa. La giurisprudenza, infatti, già prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53 del 2010, aveva chiarito che l'inosservanza della clausola di *stand still* non è in alcun modo destinata ad incidere sul procedimento di gara, potendo tale circostanza avere unicamente effetti sul contratto ed eventualmente rilevare ai fini della valutazione delle responsabilità, anche risarcitorie, conseguenti ad un'illegitima aggiudicazione, mentre la stessa non ha autonomo rilievo invalidante su quest'ultima, specie laddove i vizi della procedura di gara evocati con il ricorso non siano ritenuti sussistenti (Tar Napoli, sez. I, 29 gennaio 2009, n. 514). L'orientamento in questione ha trovato ora ulteriore conferma sul piano legislativo, avendo dapprima il predetto decreto di recepimento della direttiva 77/66/CE e poi l'art. 121, lett. c) del nuovo Codice del processo amministrativo confermato che la violazione della clausola di *standstill*, senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento di quest'ultima, né l'inefficacia del contratto. Ai sensi della richiamata normativa, infatti, il giudice che annulla l'aggiudicazione dichiara inefficace il contratto solo laddove il mancato rispetto dell'art. 11, comma 10 cit. abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di

mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione si aggiunga ai vizi propri dell'aggiudicazione, diminuendo le possibilità del ricorrente di ottenere il bene della vita (si cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II Ter, 11 aprile 2011, n. 3169; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16776; TAR Calabria, Reggio Calabria, 20 ottobre 2010, n. 942). La giurisprudenza stessa ha invece puntualizzato che l'inosservanza del termine di *stand still* determina l'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 123, c.p.a. anche nel caso in cui manchi il presupposto per la declaratoria di inefficacia del contratto alla luce del vizio fatto valere in sede giurisdizionale (TAR Puglia, Bari, Sez. I, 10 marzo 2011, n. 409), purché tale inosservanza non sia giustificata da evidenti ragioni di urgenza idonee ad indurre l'amministrazione a provvedere all'immediata stipulazione del contratto e contestuale esecuzione dello stesso (TAR Lazio, Roma, Sez. II Ter, 11 aprile 2011, n. 3169).

■ **8. Quali sono le conseguenze che derivano dal mancato rispetto del principio di unicità dell'offerta?** La violazione del principio di unicità dell'offerta comporta certamente la necessità di escludere il concorrente dalla gara e non può ritenersi sanata dalla circostanza che, in presenza di due diverse proposte, l'offerta sia stata ricondotta ad unicità dalla commissione disponendo l'esclusione di una delle soluzioni proposte, risolvendosi in tale ipotesi il rispetto della *par condicio* a circostanza meramente eventuale discendente dall'operato della commissione, mentre notoriamente la *par condicio* va assicurata a monte attraverso l'esclusione della stessa possibilità di presentazione di duplici offerte o di plurime proposte nell'ambito della medesima offerta (tra le più recenti, TAR Puglia, Lecce, Sez. III, 27 ottobre 2011, n. 1857; TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 7 aprile 2010 n. 429. Si veda, altresì, *supra*, alla Sez. I, par. 3). La presentazione di due offerte alternative, invece, può comportare la **integrale rinnovazione** della gara solo ove tale circostanza abbia influito sul procedimento di selezione nel suo complesso e non sia, pertanto, possibile addivenire ad una diversa soluzione sulla base del principio di conservazione degli atti giuridici. Con una recente sentenza, in effetti, il Consiglio di Stato ha evidenziato che l'Amministrazione deve in tal caso ispirare la sua condotta al suddetto principio e al divieto di aggravamento del procedimento amministrativo, evitando, se possibile, di annullare una procedura

assai complessa e laboriosa e le cui risultanze ben possono essere valorizzate senza lesione alcuna della *par condicio* tra i partecipanti (Cons. Stato, Sez. V, 14 settembre 2010 n. 6695; Consiglio Stato, sez. IV, 05 marzo 2010, n. 1299). Sussiste sempre, infatti, a carico dell'Amministrazione, nell'ambito di un appalto pubblico, l'obbligo di valutare adeguatamente se sussista o meno, in relazione allo specifico vizio riscontrato, un interesse alla conservazione degli atti compiuti prevalente su quello all'annullamento degli stessi atti, ove non risultino pregiudicati i fondamentali principi del rispetto delle regole di gara e della correlata *par condicio* che tale rispetto garantisce (Consiglio Stato, sez. V, 12 febbraio 2010, n. 743). Nel caso in esame, dunque, la stazione appaltante deve di regola limitarsi ad annullare i provvedimenti riguardanti l'illegittima ammissione dell'offerta alternativa alla gara, conservando l'efficacia degli ulteriori atti legittimi del procedimento.

■ **9. L'Amministrazione può intervenire in autotutela sugli atti della procedura di gara anche successivamente alla stipula del contratto?** La giurisprudenza amministrativa fornisce al quesito risposta positiva. Il potere di eliminare gli atti amministrativi della serie di evidenza pubblica, infatti, sussiste anche in caso di esistenza del contratto, fermo restando che in tal caso sorge, per effetto della revoca legittima (art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990), un diritto all'indennizzo derivante dai principi generali sulla tutela dell'affidamento nei rapporti di durata ed affidato alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre, in caso di revoca dell'aggiudicazione provvisoria o non approvazione della stessa (arg. ex art. 12 del d.lgs. n. 163 del 2006), tale diritto all'indennizzo non sussiste né è configurabile (Cons. Stato, Sezione V, 24 ottobre 2000, n. 5710; *Idem*, 28 maggio 2001, n. 2895; Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554; sull'argomento si cfr. *supra*, alla Sezione I, par. 4).

■ **10. La stazione appaltante è tenuta a comunicare all'aggiudicatario provvisorio l'avvio del procedimento di revoca della gara?** La risposta è negativa. L'aggiudicazione provvisoria è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, che determina la nascita di una mera aspettativa, anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo. Di conseguenza, ove la stazione appaltante decida di revocare, in sede di autotutela, il provvedimento di aggiudicazione

provvisoria, l'avvio del relativo provvedimento non dovrà essere notificato al soggetto provvisoriamente aggiudicatario (Cons. Stato, Sez. V, 9 aprile 2010, n. 1997; *Idem*, 24 marzo 2006, n. 1525; Sez. VI, 26 aprile 2005, n. 1885; TAR Lazio, Roma, Sez. II *Quater*, 16 marzo 2010, n. 4175). All'opposto, l'Amministrazione che intenda procedere al riesame in autotutela dell'**aggiudicazione definitiva** è tenuta ad

adempiere alla prescrizione imposta dall'art. 7 della l. n. 241/1990, provvedendo conseguentemente alla comunicazione dell'avvio del procedimento nei confronti dell'aggiudicatario, la cui sfera giuridica potrebbe essere incisa dagli effetti sfavorevoli derivanti dall'adozione dell'atto di revoca (Cons. Stato, Sez. V, 27 aprile 2011, n. 2456).

Art. 12 Controlli sugli atti delle procedure di affidamento

(art. 3, commi 1, lett. g), e 2, l. n. 20 del 1994; art. 7, comma 15, l. n. 109 del 1994)

1. L'aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, l'aggiudicazione si intende approvata.

2. Il contratto stipulato è soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto si intende approvato.

3. L'approvazione del contratto di cui al comma 2 è sottoposta agli eventuali controlli previsti dagli ordinamenti delle amministrazioni aggiudicatrici, degli enti aggiudicatori, o degli altri soggetti aggiudicatori, nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento del contratto approvato da parte dell'organo di controllo. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine può essere interrotto, per non più di due volte, dalla richiesta di chiarimenti o documenti, e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. L'organo di controllo si pronuncia entro trenta giorni dal ricevimento dei chiarimenti. Decorsi i termini previsti dai singoli ordinamenti o, in mancanza, quello di trenta giorni, il contratto diventa efficace.

4. Restano ferme le norme vigenti che contemplano controlli sui contratti pubblici al fine di prevenzione di illeciti penali.

■ SOMMARIO

■ SEZ. I - L'INQUADRAMENTO •1. L'esegesi della norma. Gli atti soggetti ad approvazione ed il procedimento da seguire per l'adozione dei relativi atti. •2. Le principali innovazioni recate dalla disciplina codicistica e la necessità di un coordinamento con i contenuti dell'art. 11.

■ SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE •1. È obbligatoria la motivazione per gli atti che vengono adottati in sede di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria o del contratto? •2. Quale è l'organo competente all'approvazione degli atti di gara? •3. Quale giudice ha giurisdizione sugli atti di approvazione e controllo della procedura contrattuale? •4. Può la Commissione giudicatrice riesaminare autonomamente il procedimento di gara una volta che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria?

BIBLIOGRAFIA

CARULLO, *Appalti pubblici*, voce dell'*Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, 2001; LIPARI, *Aggiudicazione, stipulazione e approvazione del contratto*, in *L'appalto di opere pubbliche* (a cura di Villata), Padova, 2001, 486 ss.; CIANFLONE - GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, XIa ed., Milano, 2003; D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, II ed., t. 2, Milano, 2003; LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003; CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004; CANCRINI - PISELLI - CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, 2006; SANTORO, *L'approvazione dell'aggiudicazione e del contratto nel nuovo codice dei contratti*, in

Appalti e contratti, 3/2006; DE NICTOLIS, *Le novità in materia organizzativa*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, t. I, 91 ss.; ROSAPEPE, *Commento agli artt. 11-12*, in *La disciplina dei contratti pubblici* (a cura di Baldi – Tomei), Milano, 2007, 149 ss.; TANZARELLA, *Commento all'art. 12*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 176 ss.

■ SEZ. I - L'INQUADRAMENTO

1. L'esegesi della norma. Gli atti soggetti ad approvazione ed il procedimento da seguire per l'adozione dei relativi atti. L'art. 12 completa la «codificazione» delle fasi del procedimento di affidamento di un contratto pubblico, per la gran parte contenuta nel precedente art. 11, ed introduce per la prima volta nell'ordinamento una norma generale dedicata ai controlli che debbono o possono essere svolti sugli atti della procedura in questione.

Tali atti, più in particolare, sono: a) **l'aggiudicazione provvisoria**, di cui viene obbligatoriamente prevista una fase di approvazione rimessa alla competenza dell'organo individuato «secondo l'ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori»; b) **il contratto**, di cui viene prevista l'eventuale approvazione, secondo quanto disposto – di nuovo – dall'«ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori»; c) **il decreto di approvazione del contratto**, anche del quale viene prevista l'eventuale approvazione e pure per il quale viene ripetuto il medesimo rinvio a quanto disposto dall'«ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori, ovvero degli altri soggetti aggiudicatori». Riferimento che, in questo caso, si rivolge evidentemente ed in primo luogo a quanto stabilito dall'art. 3, comma 1, lett. g), l. 14 gennaio 1994, n. 20, che sottopone al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti «i decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome: attivi, di qualunque importo, ad eccezione di quelli per i quali ricorre l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 19, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore di ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato».

Quanto al **procedimento** che occorre seguire per addivenire alla loro approvazione, dispone la norma in commento che l'approvazione debba intervenire entro il termine previsto dai singoli

ordinamenti, disponendo tuttavia, in via suppletiva, che «in mancanza, il termine è pari a trenta giorni»; che esso «è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti ed inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente» (si tratta dunque, più correttamente, di un'ipotesi non di interruzione, in senso tecnico, bensì di sospensione del termine); che ove siano decorsi i termini indicati dai rispettivi ordinamenti, ovvero quello suppletivo di trenta giorni, l'atto soggetto a controllo «si intende approvato». Norme pressoché identiche per tutte e tre le tipologie di controllo indicate, distinguendosi solo il comma 3, sull'approvazione del contratto, nella parte in cui si precisa che il termine in questione può essere interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti «per non più di due volte». Disposizione che non si ritrova nei due commi precedenti.

Conclude la norma in commento il comma 4, per il quale «Restano ferme le norme vigenti che contemplano controlli pubblici al fine di prevenzione di illeciti penali»: con evidente riferimento, in primo luogo, a quelli previsti dalla legislazione c.d. antimafia.

2. Le principali innovazioni recate dalla disciplina codicistica e la necessità di un coordinamento con i contenuti dell'art. 11. La descritta normativa appare dunque innovare nell'ordinamento previgente, in realtà, solo in quanto a) individua un procedimento uniforme per l'adozione degli atti di **approvazione** adottati da qualsiasi amministrazione aggiudicatrice od altro soggetto aggiudicatore, ancorché tale disciplina generale ed uniforme sia destinata ad operare solo in via suppletiva, nell'ipotesi dell'assenza di una specifica disciplina prevista nei singoli ordinamenti di tali enti; e b) formalizza sul piano normativo la necessità, peraltro già desumibile dal precedente art. 11, di un atto di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Si tratta, dunque, com'è stato osservato nei primi commenti, di una «**norma apparentemente lineare**», che delinea «un sistema relativamente semplice» (TANZARELLA, *Commento all'art. 12*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 176 ss.). In

realtà, infatti, i problemi che la disposizione di cui all'art. 12 pone all'interprete vengono in evidenza, più che altro, per quel che attiene alla necessità di coordinare le chiare e semplici prescrizioni in essa contenute con quanto stabilito, viceversa, nel precedente art. 11, il quale contiene al comma 5 un esplicito rinvio alla norma in commento laddove prevede che «da stazione appaltante, previa *verifica* dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva». Si parla di **verifica**, dunque, e **non di approvazione**: ci si è chiesti allora se si tratti di una «mera svista linguistica» del legislatore ovvero se «la qualificazione quale verifica (art. 11.5) dell'atto di **approvazione** dell'**aggiudicazione** provvisoria (art. 12.1) sia funzionale ad una [diversa e] specifica configurazione dell'atto di **approvazione** in parola rispetto al modello classico», che si caratterizza per l'esprimere «una volontà provvedimentale che può comprendere sia una valutazione di legittimità *che di merito*» (TANZARELLA, *Commento all'art. 12, op. cit.*). Dubbio che la dottrina in commento scioglie in questo secondo senso, ritenendo che ancorché qualificata come approvazione, l'attività di controllo voluta dall'art. 12.1 si diversifichi rispetto a quella che viene svolta allorché si procede ad una vera e propria approvazione ed abbia, in particolare, un contenuto limitato al controllo della legittimità degli atti di gara, senza estendersi ad alcuna valutazione di merito: «sicché, verosimilmente, ad essa si addice più correttamente la classificazione quale verifica, [qualificazione] del resto contenuta nell'art. 11.5 ».

Prescindendo dalla specifica analisi delle ragioni addotte a sostegno della descritta tesi interpretativa,

che non è evidentemente qui possibile operare, va osservato come siffatte conclusioni appaiono tuttavia di difficile coordinamento, allo stato attuale, con le posizioni giurisprudenziali prevalenti in ordine all'ampiezza delle valutazioni che si riconosce che siano ordinariamente affidate alla stazione appaltante in presenza, appunto, di un'aggiudicazione provvisoria, le quali garantiscono alle amministrazioni aggiudicatrici, fino al momento dell'aggiudicazione definitiva (ed invero fino anche a quello dell'approvazione del contratto, ove prevista: cfr. Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6338), «il potere di ritirare gli atti di gara ... in presenza di adeguate ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito o di legittimità», considerando pienamente legittima «anche in ossequio al principio costituzionale di buon andamento ... la revoca dell'aggiudicazione provvisoria giustificata dalla non persistenza dell'interesse pubblico all'esecuzione delle opere appaltate» (tra le altre, in questo senso, Tar Lecce, sez. I, 7 maggio 2009, n. 956; Trga Trento 25 settembre 2006, n. 219; ma è giurisprudenza costante). Ebbene, nella logica della tesi ricostruttiva qui rammentata, occorrerebbe ritenere che la valutazione di opportunità che può essere operata dalla stazione appaltante ai fini di una revoca di un'aggiudicazione provvisoria non possa essere operata, esattamente negli stessi termini, ai fini della mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria stessa, trattandosi in questo caso di attività limitata ad una mera verifica di legittimità. Il che è forse difficile; trattandosi di provvedimenti e funzioni diverse, tuttavia, la tesi mantiene intatta la sua plausibilità.

■ SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE

■ 1. È obbligatoria la motivazione per gli atti che vengono adottati in sede di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria o del contratto?

Risponde al quesito, **tra le altre**, la decisione resa da Tar Napoli, sez. I, 5 maggio 2006, n. 3979, che ribadisce il principio generale, consolidato in giurisprudenza, secondo cui nella fase di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva una specifica motivazione è richiesta solo nell'ipotesi che l'organo di amministrazione attiva, competente a formare la volontà dell'amministrazione nel procedimento di evidenza pubblica e deputato a verificare la legittimità dell'intero *iter* procedimentale, ravvisi, nell'operato della Commissione di gara irregolarità o vizi tali da comportare provvedimenti difformi da quelli

proposti dalla Commissione medesima. Ha puntualizzato, inoltre, il Consiglio Stato nella decisione sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838 che, ove in capo ai concorrenti non si sia consolidata alcuna situazione giuridica, come nel caso in cui non sia stato ancora esercitato il potere di approvazione, oppure non vi sia stata un'aggiudicazione provvisoria, ovvero a questa consegua l'onere di provare il possesso di determinati requisiti, non v'è neppure uno specifico onere di motivazione circa le ragioni di pubblico interesse che hanno mosso l'Amministrazione a non aggiudicare il contratto. Ad avviso del Collegio, infatti, è sufficiente in questo caso che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed

obiettivi, in base ai quali si è ritenuto di non procedere all'aggiudicazione. In via generale, infatti, la giurisprudenza ha osservato con riguardo all'esercizio del potere di autotutela sugli atti della procedura di gara che laddove l'atto di revoca e/o di annullamento d'ufficio incida sulla posizione dell'aggiudicatario provvisorio non incombe sulla stazione appaltante un obbligo di particolare motivazione, mentre più stringente è l'onere motivazionale qualora il provvedimento di autotutela intervenga dopo l'aggiudicazione definitiva (in questo senso, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V, 1° ottobre 2010, n. 7273; TAR Toscana, Sez. II, 1° settembre 2011, n. 1372; TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 18 maggio 2011, n. 435; TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 febbraio 2011, n. 210; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 4 novembre 2010, n. 22688).

■ **2. Quale è l'organo competente all'approvazione degli atti di gara?** La norma, come si è visto, rinvia agli ordinamenti dei singoli enti od amministrazioni aggiudicatrici per l'individuazione dell'organo competente per ciascuna delle tre tipologie di approvazione previste dall'art. 12. Ci si può limitare a sottolineare come, in giurisprudenza, si sia da ultimo ritenuta annullabile per difetto di competenza la delibera giuntale di approvazione degli atti della gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, «trattandosi di atto di amministrazione attiva riservato, ai sensi dell'art. 107, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, alla competenza dei dirigenti» (Tar Catanzaro, sez. II, 13 marzo 2007, n. 177). Ha precisato poi Tar Palermo, sez. I, 18 luglio 2006, n. 1652, che «in Sicilia, dopo l'entrata in vigore dell'art. 25, l. reg. n. 21 del 1985 ed attualmente in forza dell'art. 18, l. reg. n. 7 del 2002, non è più richiesta l'approvazione del verbale di aggiudicazione dell'appalto»; il che evidenzia la possibilità che venga in essere qualche problema di coordinamento tra la nuova disciplina nazionale e le discipline previste nelle singole leggi regionali. Problema risolto in altra sede ed altro commento (*retro*, 4, I, 1 ss.).

■ **3. Quale giudice ha giurisdizione sugli atti di approvazione e controllo della procedura contrattuale?** Risponde al quesito Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1364, che – ribadendo invero principi consolidati – ha rammentato come «se è pacifico che gli atti di approvazione e controllo della procedura contrattuale si pongano come

condiciones juris di efficacia del contratto sul piano negoziale, con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie risarcitorie connesse al mancato avveramento di dette condizioni», nondimeno «ciò non esclude la loro rilevanza e sindacabilità anche come atti amministrativi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative questioni di legittimità». Si è dunque negato che tali atti attingano alla fase dell'esecuzione del contratto: momento a partire dal quale, secondo i più consolidati insegnamenti giurisprudenziali, occorre riconoscere la giurisdizione del ordinario, essendo sorto un «diritto soggettivo dell'aggiudicatario all'esecuzione dello stesso». Diritto che, invece, «si costituisce solo al momento dell'approvazione del contratto, che costituisce espressione della potestà di controllo che fa capo all'organo competente ed esprima la volontà dell'ente» (Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6338).

■ **4. Può la Commissione giudicatrice riesaminare autonomamente il procedimento di gara una volta che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria?**

Ritiene la giurisprudenza che l'attività della Commissione di gara acquisisca rilevanza esterna solo in quanto recepita ed approvata dall'Amministrazione medesima: di conseguenza, anche dopo che sia stata adottata l'aggiudicazione provvisoria e fino a quando non intervenga l'approvazione degli atti di gara da parte della stazione appaltante per il tramite dell'aggiudicazione definitiva, la Commissione può riesaminare, in autotutela, il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo la gara ed escludendo concorrenti che erano stati illegittimamente ammessi. Tale possibilità si fonda, infatti, sul principio costituzionale di buon andamento e di non aggravamento del procedimento; principio che impegna l'Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e che quindi autorizza il riesame di quelli già adottati, quando ciò sia necessario od opportuno, alla luce di un nuovo apprezzamento della fattispecie o di circostanze sopravvenute, anche al fine di prevenire successive contestazioni (in questo senso, da ultimo, Tar Valle d'Aosta 14 maggio 2009, n. 44. Già prima dell'emanazione del Codice dei contratti, peraltro, tale principio veniva affermato in giurisprudenza: tra le altre, si cfr. Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360).

Art. 13 Accesso agli atti e divieti di divulgazione

(art. 6, direttiva 2004/18; artt. 13 e 15, direttiva 2004/17, art. 22, l. n. 109 del 1994; art. 10, d.P.R. n. 554 del 1999; l. n. 241 del 1990)

1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241 ⁽¹⁾ e successive modificazioni.
2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segretiati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:
 - a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
 - b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione Ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
 - c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;
 - c bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva ⁽²⁾.
3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.
4. L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale.
5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segretiati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:
 - a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
 - b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento;
 - c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
 - d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto.
6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.
7. Limitatamente ai contratti nei settori speciali soggetti alla disciplina della parte III, all'atto della trasmissione delle specifiche tecniche agli operatori economici interessati, della qualificazione e della selezione degli operatori economici e dell'affidamento dei contratti, gli enti aggiudicatori possono imporre requisiti per tutelare la riservatezza delle informazioni che trasmettono.
- 7 bis. Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili

agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Recante *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi* (in *Gazz. Uff.* 18 agosto 1990, n. 192).

⁽²⁾ Lettera aggiunta dall'art. 2, d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, recante *Ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62* (in *Gazz. Uff., S.O.*, 2 ottobre 2008, n. 231).

⁽³⁾ Comma aggiunto dall'art. 1, d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, cit. a nota 2, che precede. Tale modifica è stata apportata al fine di recepire le disposizioni dettate dall'art. 35 della direttiva 2004/17/CE.

⁽⁴⁾ In materia di accesso alla documentazione attinente la realizzazione di opere strategiche v. art. 20, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, recante *Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale* (in *Gazz. Uff., S.O.*, 29 novembre 2008, n. 263). Ai sensi dell'art. 15, comma 4, d.lgs. n. 53 del 2010 la disciplina del comma 8 dell'art. 20, abrogato dallo stesso art. 15, comma 1, resta ferma limitatamente agli interventi previsti nel citato articolo 20, per i quali siano già stati nominati i relativi commissari o vengano nominati entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

V. anche l'art. 294 del Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti, approvato con d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (v. *sub* Parte II).

⁽⁵⁾ Dopo la rubrica, l'elenco dei riferimenti normativi è stato così sostituito dall'art. 1, d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, cit. a nota 2, che precede.

■ SOMMARIO

■ SEZ. I - L'INQUADRAMENTO -1. Considerazioni introduttive. Il diritto d'accesso nella l. n. 241 del 1990. -2. La disciplina speciale dettata per i procedimenti di affidamento di contratti pubblici: i casi di accesso differito e le informazioni escluse.

■ SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE -1. Quali soggetti hanno titolo ad avere accesso agli atti di gara? -2. L'offerta dell'aggiudicatario può formare oggetto di accesso? -3. In quale forma deve essere garantito il diritto di accesso alla documentazione di gara? -4. L'inutile decorso del termine per impugnare il diniego di accesso consente la reiterazione dell'istanza all'amministrazione? -5. Il ricorso ex art. 25 (ora art. 116, comma 2, c.p.a.) è ammissibile anche in pendenza di un giudizio ordinario? -6. E' ammissibile l'impugnazione, ex art. 116 c.p.a., del provvedimento con il quale la stazione appaltante abbia consentito ad un concorrente il diritto di accesso agli atti della procedura di evidenza pubblica? -7. Quali sono i limiti del segreto ex art. 13 del Codice? -8. È legittimo il differimento "fino all'aggiudicazione definitiva" nel caso in cui l'accesso riguardi esclusivamente la posizione della ditta richiedente? -9. Il soggetto definitivamente escluso dalla gara ha diritto di accedere alle offerte presentate dalle imprese ammesse? -10. I partecipanti alla gara devono motivare la propria istanza di accesso agli atti? -11. Come si esercita il diritto di accesso nelle c.d. aste elettroniche? -12. Come si esercita il diritto di accesso nel caso di appalti relativi agli interventi rientranti nel c.d. Quadro Strategico Nazionale?

■ SEZ. III - LE FORMULE -1. Schema di istanza di accesso.

BIBLIOGRAFIA

CARINGELLA - GAROFOLI - SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; MARCHIANÒ, in AA.VV., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004, 1046 ss.; BISCHI, *Accesso agli atti e privacy*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, a cura di Perfetti, Padova, 2005; SECCI, *L'accesso ai documenti*, Milano, 2005; CANCRINI - PISELLI - CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici. Commentario al codice degli appalti pubblici di lavori, servizi e fornitura*, Roma, 2006; BOHUNY, *Art. 13*, in *La disciplina dei contratti pubblici (commentario al codice appalti)*, a cura di Baldi e Tomei, Milano, 2007, 129 ss.; CAMARDA, *Art. 13*, in *Codice dei contratti pubblici – commento al d.lvo 12 aprile 2006, n. 163*, Milano, 2007; CARINGELLA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, in AA.VV., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 93 ss.; DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *Urb. e app.*, 2009, 26 ss.; M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo super accelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in *www.federalismi.it*; PAOLANTONIO, *Misure congiunturali ed "asimmetrie" illiberali (in margine all'art. 20, l. 28 gennaio 2009, n. 2)*, in *www.giustamm.it*; C. CONTALDI, *Art. 13 d.lgs. n. 163/2006*, in Bartolini – Fantini – Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2009, 921 ss. LIPARI, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo*

*processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto, in www.federalismi.it, 7/2010; DE NICTOLIS, Il recepimento della direttiva ricorsi, in www.giustizia-amministrativa.it.; BARTOLINI, FANTINI, FIGORILLI, Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, in *Urb. e app.*, 2010, 6, 638 ss.*

■ SEZ. I - L'INQUADRAMENTO

1. Considerazioni introduttive. Il diritto d'accesso nella l. n. 241 del 1990. L'art. 13 del Codice dei contratti pubblici disciplina l'accesso agli atti delle procedure di affidamento, tenendo conto sia dei principi generali dettati in materia di evidenza pubblica al livello comunitario quanto di quelli affermati, a livello nazionale, dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 (art. 22), alla cui disciplina il primo comma della disposizione in esame espressamente rinvia. La disposizione normativa in commento ribadisce così, anche in materia, la cogenza assoluta del **principio di trasparenza** dell'attività amministrativa, il quale può trovare deroga solo in ipotesi eccezionali, invocabili esclusivamente laddove vengano in rilievo preminenti interessi garantiti a livello costituzionale, che la pubblica amministrazione è tenuta a tutelare. Solo in ragione di tali circostanze la stazione appaltante potrà, infatti, motivatamente opporre il proprio rifiuto alla richiesta di accesso, circoscrivendo lo stesso soltanto a determinati atti ovvero escludendolo in maniera completa. Come è stato osservato, il c.d. segreto amministrativo, oggi (i.e.: dopo le novità della l. n. 241 del 1990), non può più essere rapportato, dunque, alla qualità dei soggetti che detengono le informazioni protette, bensì alla qualità delle informazioni stesse (CAMARDA, *Art. 13, in Codice dei contratti pubblici – commento al d.lvo 12 aprile 2006, n. 163, op. cit.*).

Più in particolare, ma in estrema sintesi, può dirsi che la disciplina generale alla quale rinvia il primo comma della norma in commento, che è costituita naturalmente dagli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990, nel testo risultante dalle recenti modifiche recate dalla l. 11 febbraio 2005, n. 15, afferma in materia i seguenti principi:

a) il diritto di accesso è garantito a tutti i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un **interesse diretto e concreto** a venire a conoscenza del contenuto di determinati atti, purché tale interesse sia collegato effettivamente al contenuto del documento richiesto e corrisponda a una situazione giuridicamente tutelata (art. 22, comma 1). Non sono viceversa ammissibili domande di **accesso** preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni (art. 24, comma 4);

b) sono soggetti al diritto d'accesso tutti i **documenti amministrativi**, intendendosi per tali tutte le rappresentazioni grafiche, fotografiche, etc.

detenute da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale;

c) sono in via eccezionale **sottratti all'accesso** i documenti coperti da segreto di Stato, quelli inerenti a procedimenti tributari, quelli finalizzati all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali e di programmazione e pianificazione (per i quali restano le ferme le particolari norme che li riguardano), quelli contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale inerenti a procedimenti selettivi, quelli previsti con regolamento governativo adottato ai sensi dell'art. 17, comma 2, l. 23 agosto 1988, n. 400 con riferimento ad ipotesi già identificate ed elencate nella stessa l. n. 241 del 1990, tra le quali particolare interesse assume quella della «riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, imprese, ... con particolare riferimento agli interessi ... industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari»;

d) il diritto di accesso si esercita mediante **esame ed estrazione di copie** dei documenti amministrativi;

Sul piano **procedimentale e processuale**, inoltre, la disciplina generale prevede, all'art. 25, che a) l'istanza deve essere motivata così come motivato deve essere il rifiuto, il differimento o la limitazione dell'accesso; e che b) decorsi trenta giorni dal ricevimento della richiesta, questa si intende respinta ed il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale, il quale dovrà decidere entro trenta giorni dalla scadenza del termine fissato per il deposito del ricorso.

2. La disciplina speciale dettata per i procedimenti di affidamento di contratti pubblici: i casi di accesso differito e le informazioni escluse. È a tale disciplina generale che rinvia, dunque, il comma 1 della disposizione in commento, la quale si preoccupa poi di dettare talune **disposizioni speciali** destinate più che altro a precisare la normativa applicabile in materia nelle ipotesi di procedimenti di affidamento dei contratti pubblici. Preoccupazione di cui non sfuggono, evidentemente, le ragioni, essendo tale materia caratterizzata, in particolare, dalla circostanza che «i documenti detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse» di cui viene richiesto l'ostensione sono normalmente non documenti formati dalla pubblica amministrazione stessa bensì atti che provengono

da altri soggetti privati, ed in particolare dai concorrenti nella medesima gara alla quale partecipa colui che richiede l'accesso. Onde la particolare delicatezza della materia; tanto che la giurisprudenza ha dovuto più volte occuparsi dell'argomento, chiarendo e ribadendo che tutti gli atti prodotti e redatti in sede di gara, ivi compresi quelli relativi alla capacità tecnico economica dei partecipanti, le offerte, i progetti, e le relazioni tecniche degli stessi prodotti, nonché tutti i verbali della commissione di gara, costituiscono a tutti gli effetti di cui all'art. 22, l. n. 241 del 1990, documenti amministrativi soggetti all'**accesso** *«in quanto contenenti rappresentazione del contenuto di atti formati direttamente dalla stazione appaltante e comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa inerente alla scelta del contraente»* (Tar Bari, sez. I, 3 settembre 2002, n. 3827).

Viene così operata, in particolare, dalla norma in commento una chiara e puntuale elencazione delle ipotesi in cui – fatta salva la disciplina prevista dal presente Codice per gli appalti segretiati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza – il diritto di accesso è **differito** ad un momento nel quale il suo esercizio non potrà più in alcun modo influire negativamente sulla regolarità della procedura di gara (comma 2) e delle ipotesi in cui, viceversa, il diritto d'accesso ed ogni forma di divulgazione risultano essere del tutto esclusi (comma 5), salvo quanto viene conclusivamente disposto per alcuni di essi dal comma 6 con riferimento al caso – ritenuto evidentemente particolare – in cui l'accesso sia stato chiesto in vista della difesa in giudizio dei legittimi interessi del richiedente: che costituisce invero l'ipotesi che si verifica con maggiore frequenza.

Quanto alle ipotesi nelle quali l'esercizio del diritto di accesso viene differito, l'art. 13 stabilisce, al comma 2, che questo non possa essere esercitato: a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine di presentazione delle medesime; b) nelle procedure ristrette e negoziate, ed in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno segnalato il proprio interesse a contrattare, parimenti fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte; c) in tutte le procedure, fino all'approvazione dell'aggiudicazione, con riferimento alle offerte.

In caso di accesso differito, si aggiunge, i suddetti atti non possono essere comunicati a terzi ovvero divulgati, pena l'insorgenza a carico degli incaricati di pubblico servizio ovvero dei pubblici ufficiali responsabili del reato di cui all'art. 326 c.p.

Quanto invece alle **informazioni escluse dal diritto di accesso**, il comma 5 della disposizione in commento stabilisce, a salvaguardia del diritto alla riservatezza dei partecipanti alle procedure di affidamento e dei soggetti privati che hanno formato alcuni degli atti ivi indicati, un divieto di accesso e di divulgazione assoluto e non circoscritto alla fase anteriore rispetto all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, in quanto finalizzato questa volta a tutelare non già la regolarità della procedura di affidamento bensì a proteggere le posizioni giuridiche soggettive dei concorrenti in gara e degli altri soggetti privati coinvolti.

Si prevede così che siano esclusi il diritto di accesso ed ogni forma di divulgazione in relazione: *«a) alle informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscono, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; b) a eventuali ulteriori aspetti riservati delle offerte, da individuarsi in sede di regolamento; c) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici; d) alle relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto».*

Quanto al caso previsto alla lett. a), il legislatore ha inteso dunque salvaguardare tutta quella documentazione suscettibile di rivelare il *know-how* industriale e commerciale contenuto nelle offerte dalle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra di loro possano utilizzare il diritto di accesso non già per prendere visione della stessa al fine di tutelare la propria legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, bensì per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. La composizione di interessi tra le parti private in competizione richiede dunque che il soggetto che ha presentato istanza di accesso prenda visione della documentazione in questione solo previa adozione da parte della stazione appaltante di specifiche misure adottate al fine di tutelare la riservatezza e gli operatori economici indirettamente coinvolti nell'accesso. Al riguardo, occorre tuttavia sottolineare come non sia immaginabile un dovere dell'amministrazione di procedere ad alcuno sforzo investigativo al fine di individuare le informazioni per così dire «inaccessibili» contenute all'interno dei documenti

presentati dalle aziende partecipanti, dovendosi più ragionevolmente ritenere che sia onere dell'impresa concorrente indicare (motivatamente) quali parti della documentazione prodotta debbano qualificarsi come propri segreti tecnici e commerciali.

Senonché, è poi proprio in relazione a tale ipotesi che si applica altresì la disposizione contenuta al comma 6 della norma in commento il quale prevede una **specifica deroga** all'obbligo di segretezza imposto dal comma 5 prescrivendo che sia comunque consentito l'accesso a tali informazioni del concorrente che lo richieda «*in vista della difesa in giudizio dei propri interessi*». Il che corrisponde sicuramente, come già si accennava, all'*id quod plerumque accidit*. La formulazione letterale (...*in vista della difesa in giudizio...*), inoltre, appare particolarmente vaga e generica, stante l'assenza di un presupposto giuridico concreto al quale ancorare la dimostrazione della ricorrenza dello stato di fatto previsto dalla norma: il che impone di ritenere che il legislatore abbia inteso riconoscere la possibilità che l'istanza di accesso possa essere inoltrata dal partecipante non aggiudicatario della procedura anche prima che la causa sia instaurata, purché l'istanza stessa venga motivata in ragione di un futuro giudizio. Motivazione che diverrà dunque rapidamente, probabilmente, una clausola di stile.

Il legislatore stabilisce, inoltre, il divieto di divulgare i pareri legali acquisiti per la soluzione di liti (potenziali o in atto) relative ai contratti pubblici, così da tutelare l'operato dei legali e non favorire i terzi ricorrenti, salvaguardando in tal modo la serenità della gara e le strategie degli avvocati coinvolti in controversie potenziali o già in atto (art. 13, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006; cfr. CAMARDA, *op. cit.*, 192). Tale disposizione normativa è stata probabilmente introdotta nell'ottica di risolvere in maniera univoca una questione che aveva dato adito ad orientamenti giurisprudenziali contrastanti, essendo stato ritenuto anche recentemente da alcuni Tribunali amministrativi regionali che la consulenza legale, pur traendo origine da un rapporto privatistico normalmente sottratto al diritto di accesso, diventa ostensibile in caso di procedure di affidamento in quanto oggettivamente correlata ad un provvedimento amministrativo (Tar Napoli, sez. V, 23 gennaio 2003, n. 386), mentre il Consiglio di Stato aveva già in passato affermato che anche gli atti dei legali e dei professionisti in esecuzione di specifici rapporti di consulenza con l'amministrazione dovessero rientrare nell'ambito dei segreti sottratti all'accesso ai documenti (Cons. St., sez. V, 26

settembre 2000, n. 5105).

Con la lett. d) del comma 5 è stata, infine, riproposta la norma precedentemente recata dall'art. 10, d.P.R. n. 554 del 1999, che escludeva espressamente dal diritto di accesso e dalla divulgazione anche le relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto. Anche sul punto la norma si spiega in considerazione della presenza, nel recente passato, di orientamenti giurisprudenziali divergenti sul punto, che avevano dato luogo alla pronuncia del Consiglio di Stato, A.P., 13 settembre 2007, n. 11, con la quale si era appunto ribadito che il citato art. 10, d.P.R. n. 554 del 1999 non era stato implicitamente abrogato dalle modifiche apportate all'art. 31 *bis*, l. n. 109 del 1994, l. n. 166 del 2002 e che pertanto andava confermato che le relazioni del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto dovessero considerarsi sottratte al diritto di accesso riconosciuto ai soggetti interessati dagli artt. 22 e ss., l. n. 241 del 1990.

Il contrasto giurisprudenziale, più in particolare, era sorto in quanto l'art. 7, l. n. 166 del 2002, nel modificare il testo originario dell'art. 31 *bis*, l. n. 109 del 1994 (che definiva espressamente le relazioni in questione come *riservate*), non aveva questa volta ribadito, per esse, l'attributo *riservate*: il che aveva fatto immediatamente sorgere in giurisprudenza il dubbio che l'intenzione del legislatore fosse stata quella di far sì che anche tali relazioni fossero divenute, a questo punto, accessibili da parte dei soggetti privati interessati. Dubbio tanto più consistente in quanto, prima che l'art. 10, d.P.R. n. 554 del 1999 offrisse una risposta esplicita alla questione, era emerso in giurisprudenza un orientamento volto a ritenere che, attraverso l'aggettivo «riservate», il legislatore della legge n. 109 del 1994 (testo originario, risalente al d.l. n. 101 del 1995) non avesse affatto inteso escludere il diritto di accesso di cui alla l. n. 241 del 1990, che avrebbe dovuto anzi affermarsi pienamente anche in quanto relativo al compimento di un procedimento avente natura precontenziosa, soggetto all'obbligo d'imparzialità (Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 1998, n. 1771; Cons. St., sez. VI, 11 dicembre 1996, n. 1744). L'entrata in vigore del d.P.R. n. 554 del 1999 aveva superato momentaneamente la questione; ma essa si era riproposta, come si è detto, dopo l'entrata in vigore della legge n. 166/2002, con la modifica portata all'art. 31 *bis* e la cancellazione dell'aggettivo *riservate*,

fino a che essa non è stata risolta con la richiamata Plenaria n. 11 del 2007, che ha concluso nel senso che « le relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore siano rimaste sottratte all'accesso anche durante la vigenza dell'art. 31 *bis*, l. n. 109 del 1994 nel testo risultante dall'emendamento introdotto dall'art. 7, l. n. 166 del 2002, essendo rimasto confermato l'intento del legislatore di ricondurre ai casi di «divieto di divulgazione altrimenti previsti dall'ordinamento di cui all'art. 24, comma 1, l. n. 241 del 1990».

Ha ritenuto l'Adunanza Plenaria, nella decisione citata, che, in effetti, «la finalità delle relazioni in questione, [che è quella] di offrire alla stazione appaltante il resoconto delle vicende relative all'esecuzione dei lavori appaltati, esclude che esse rispondano all'interesse di ambedue le parti e non all'esclusivo sostegno dell'amministrazione che si opponga alle richieste dell'appaltatore», ed in questo senso debbono continuare a considerarsi non ostensibili anche dopo l'esaurimento della fase precontenziosa delineata dall'art. 31 *bis*: poiché – conclude la plenaria – anche quando sia «venuta meno la possibilità dell'accordo bonario, esse mantengono la loro caratteristica di strumento di tutela degli interessi dell'amministrazione, del quale l'amministrazione stessa dispone nell'eventuale contenzioso che l'appaltatore intenda instaurare per il riconoscimento delle riserve e per il pagamento del prezzo integrale dell'opera».

Anche alla luce di tali considerazioni, dunque, ben si comprende la scelta ribadita dal Codice, nella norma in commento, nel senso della non ostensibilità delle relazioni in questione; scelta che è stata poi ulteriormente confermata e precisata nel nuovo Regolamento di attuazione, il cui art. 234, comma 5, precisa ancora ed a sua volta che «*sono sottratte all'accesso [...] le relazioni riservate di cui all'art. 200, comma 2, lett. f)* [ossia la relazione riservata del direttore dei lavori relativa alle riserve dell'appaltatore non ancora definite: n.d.s.], *all'art. 202, comma 2* [ossia la relazione finale riservata del responsabile del procedimento con la quale questi esprime parere motivato sulla fondatezza delle domande dell'appaltatore per le quali non siano intervenuti la transazione di cui all'art. 239 del Codice o l'accordo bonario di cui all'art. 240 del Codice: n.d.s.] *ed al comma 1 del presente articolo* [ossia le eventuali relazioni dell'organo di collaudo sulle riserve e sulle richieste formulate dall'appaltatore nel certificato di collaudo: n.d.s.]».

Pur dovendosi rinviare, per ovvie ragioni, al relativo commento, merita infine di essere svolta

anche in questa sede una breve riflessione in ordine al **nuovo accesso «immediato» e «superinformale»** (LIPARI, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in www.federalismi.it, 7/2010) che il **d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53** – respingendo il suggerimento del Consiglio di Stato di collocare l'innovazione legislativa nella sua sede naturale, ossia il presente art. 13 – ha introdotto all'interno dell'art. 79 del Codice, nel nuovo comma 5 *quater*.

La disposizione normativa in questione prevede che fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'art. 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione (aggiudicazioni, esclusioni, etc.) è consentito **entro dieci giorni** dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Secondo la previsione medesima, inoltre, **non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione**, e deve essere indicato nelle comunicazioni l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio. L'impatto della norma è francamente tutto da misurare all'atto della sua concreta applicazione, in quanto si dovrà soprattutto capire quali siano le conseguenze sul piano processuale e sostanziale nel caso in cui l'accesso non venga esercitato entro il suddetto termine. È stato, a tal proposito, messo in evidenza come il termine di dieci giorni entro cui si può esercitare lo speciale accesso sia essenzialmente previsto in funzione di tutela dell'Amministrazione e miri ad accelerare l'impugnabilità dei provvedimenti, cosicché scaduto il suddetto termine dovrebbe ritenersi che l'interessato perda il diritto di accesso ai documenti, quanto meno se il suo esercizio è finalizzato alla proposizione di un ricorso contro gli atti di gara (LIPARI, *Il recepimento della "Direttiva ricorsi"*, cit.). La soluzione è certamente drastica e, ove dovesse essere recepita all'atto pratico, dovrà essere altrettanto sicuramente misurata, in base alle peculiarità dei singoli casi, con la tutela del diritto di difesa dei partecipanti alle pubbliche gare, ma non può che rilevarsi come essa appaia, allo stato, assolutamente plausibile alla luce del rigido sistema di preclusioni introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010 e della super-accelerazione che caratterizza il nuovo rito in materia di appalti pubblici.

■ SEZ. II - LE DOMANDE E LE RISPOSTE

■ 1. Quali soggetti hanno titolo ad avere accesso agli atti di gara?

I soggetti che hanno titolo ad avere accesso agli atti di gara sono in generale tutti coloro che possano dimostrare che il provvedimento e gli atti interni allo stesso siano idonei a dispiegare effetti diretti o indiretti nei propri confronti, indipendentemente dalla lesione di una posizione giuridica (Cons. St., sez. IV, 3 febbraio 1996, n. 98), vale a dire, nello specifico, tutti i partecipanti alla gara. È dubbio, invece, se abbiano titolo a richiedere l'accesso anche coloro comunque abbiano una legittima aspirazione a contrarre con la pubblica amministrazione in ragione dell'attività economica esercitata (come sostiene MARCHIANÒ, in AA.VV., *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, 2004, 1046). Al riguardo, tuttavia, pare ormai tramontata la possibilità di riconoscere la legittimazione ad accedere agli atti di gara a «chiunque lo richieda», sulla scia di una lettura estensiva dell'art. 24 della c.d. legge Merloni, che esplicitamente ammetteva tale facoltà con riferimento agli atti delle trattative private. La giurisprudenza sembra, infatti, essersi ormai attestata nell'affermare che «se la situazione giuridicamente rilevante all'esercizio del diritto di **accesso** si ritrova nell'interesse del concorrente alla gara a sindacare l'operato della stazione appaltante nell'aggiudicare ad altro soggetto la fornitura da appaltare, laddove l'impresa non abbia partecipato ... viene a mancare quel nesso diretto che lega l'interesse all'accesso ai documenti amministrativi alla situazione giuridicamente rilevante principale che è sottostante all'interesse all'accesso medesimo»: la mancata partecipazione alla gara priva pertanto il richiedente di quella posizione differenziata e qualificata che lo legittima all'accesso, «cui non si può aspirare per la sola appartenenza allo stesso settore di impresa dell'aggiudicatario» (Tar Liguria, sez. II, 4 febbraio 2004, n. 122; Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2005, n. 7616. Tale principio è stato altresì ribadito, da ultimo, da Tar Bari, sez. I, 26 febbraio 2009, n. 434, pur dovendosi evidenziare come nella pronuncia in questione si sia prestata attenzione, nell'affermazione dell'anzidetto principio, all'esame della rilevanza dei documenti richiesti per tutelare la posizione giuridica dell'impresa richiedente). Non può dirsi, ad ogni modo, che la questione sia definitivamente risolta nel senso anzidetto. Oltre alla presenza di alcune motivate **voci di dissenso** in dottrina, infatti, (CONTALDI, *Art. 13 d.lgs. n. 163/2006*, in Bartolini – Fantini – Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa e*

delle responsabilità, Roma, 2009, 924), occorre registrare come in taluni casi anche la giurisprudenza abbia riconosciuto legittimazione ad accedere agli atti a soggetti estranei alla gara, pur ravvisandosi al contempo la necessità di dimostrare l'esistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale ad avanzare la richiesta, quale quello ad ottenere la riedizione della gara medesima (C.g.a. 5 dicembre 2007, n. 10087).

In materia di **project financing** la giurisprudenza prevalente ritiene che soltanto i soggetti ammessi alla fase di ponderazione delle offerte siano titolari di una posizione qualificata che consente loro l'esercizio del diritto di accesso in relazione alle proposte presentate dagli altri concorrenti (Cons. St., sez. V, 28 maggio 2009, n. 3319). Ciò in ragione del peculiare procedimento che caratterizza la finanza di progetto. Nella sentenza stessa si è evidenziato, infatti, come già nella fase che si compie con la selezione del progetto da dichiarare di pubblico interesse, uno degli elementi di tale progetto (il piano economico – finanziario) è destinato a diventare l'elemento fondamentale per lo svolgimento della successiva gara ad evidenza pubblica, ed in particolare per la selezione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Di conseguenza, consentire accesso al progetto di interesse pubblico garantirebbe, quanto meno al richiedente (cui non risulta interdetta la partecipazione alla fase di gara ad evidenza pubblica per l'individuazione della offerta economicamente più vantaggiosa), di conoscere non solo i valori degli elementi necessari del piano economico – finanziario del progetto posto a base di gara per la determinazione dell'offerta, ma addirittura gli elementi costitutivi del piano economico – finanziario stesso del progetto posto a base di gara, alterando sicuramente la procedura ad evidenza pubblica e violando, in particolare, il principio della par condicio degli offerenti (si cfr., a tal proposito, i recenti precedenti del Cons. St., sez. IV, 26 gennaio 2009, nn. 391 e 392, richiamati dalla sentenza n. 3319 del 2009).

■ 2. **L'offerta dell'aggiudicatario può formare oggetto di accesso?** Ai sensi dell'art. 24, comma 7, l. 7 agosto 1990, n. 241 e dell'art. 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, «l'impresa partecipante ad una procedura concorsuale per l'aggiudicazione di un appalto pubblico può accedere nella forma più

ampia agli atti del procedimento di gara, ivi compresa l'offerta presentata dalla impresa risultata aggiudicataria, senza che possano essere opposti motivi di riservatezza, sia perché, una volta conclusa la procedura concorsuale, i documenti prodotti dalle ditte partecipanti assumono rilevanza esterna, sia in quanto la documentazione prodotta ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla P.A. esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa, essendo versata in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza» (da ultimo, Tar Napoli, sez. V, 10 ottobre 2008, n. 14691; Tar Bari, sez. II, 9 luglio 2008, n. 2087; Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2006, n. 3418).

■ **3. In quale forma deve essere garantito il diritto di accesso alla documentazione di gara?**

Sul piano normativo, risponde ora al quesito il nuovo art. 79, comma 5 *quater*, del Codice, introdotto dal **d.lgs. n. 53 del 2010**, ai sensi del quale l'accesso agli atti del procedimento di gara deve essere garantito « *mediante visione ed estrazione di copia* ». Sul piano giurisprudenziale la questione era già stata affrontata e risolta nei medesimi termini dalla decisione del Tar Bari, sez. I, 5 febbraio 2007, n. 337 (che richiama in termini il proprio precedente Tar Bari, sez. I, 13 settembre 2006, n. 320 e la decisione Tar Lazio, sez. III, 30 marzo 2006, n. 2212), nella quale viene affermato che il diritto di accesso è garantito nella forma dell'estrazione di copia e non della semplice visione al concorrente non aggiudicatario di una gara d'appalto che abbia interesse a conoscere la documentazione di gara al fine di tutelare i propri interessi in sede giurisdizionale. Si tratta di questione dibattuta dalla giurisprudenza (in questo senso, cfr. Cons. St., sez. IV, 6 ottobre 1999, n. 1627; *contra*, invece, Cons. St., sez. VI, 9 gennaio 2004, n. 14) che ad avviso del Tar pugliese «deve ritenersi superata dall'intervenuta normativa di cui alla l. n. 15 del 2005, modificativa in parte qua della l. n. 241 del 1990. Infatti, in base alla nuova disciplina, deve ricomprendersi nel diritto di accesso dia la visione che il rilascio di copia del documento, e ciò soprattutto a seguito dell'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24, comma 2, lett. d) nella formulazione originaria della l. n. 241, abrogazione che fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due modalità di accesso che non si ravvisano più separabili». In questi stessi termini si è espressa, da ultimo, Cons.

St., sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393 che, richiamando esplicitamente il citato precedente del Tar pugliese, ha ribadito come l'abrogazione della disposizione dettata dall'art. 24, comma 2, lett. d), nella formulazione originaria della l. n. 241 del 1990, fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due indicate modalità di accesso. Per completezza, si ricorda che la cit. lett. d) prevedeva, a tutela della riservatezza dei terzi, persone ed imprese, la possibilità di escludere il diritto d'accesso «garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici». Si era così sviluppata la prassi di consentire il diritto d'accesso nella forma della visione degli atti, permettendo di prendere appunti ma non di estrarre copia. Prassi di cui v'è più di una traccia, infatti, nell'art. 7, d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, *Regolamento in materia di accesso ai documenti amministrativi*, dedicato appunto alle modalità dell'accesso.

■ **4. L'inutile decorso del termine per impugnare il diniego di accesso consente la reiterazione dell'istanza all'amministrazione?**

Si è pronunciata recentemente in senso negativo, sul punto, l'Adunanza Plenaria, chiamata ad esprimersi in presenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine alla possibilità di impugnare un diniego all'accesso adottato dalla pubblica amministrazione avente carattere meramente confermativo di altro diniego già precedentemente opposto e consolidatosi per effetto della mancata impugnazione. Ha sottolineato la Plenaria come «il disposto legislativo che, rispettivamente, fissa il termine di trenta giorni per la proposizione dei ricorsi e qualifica in termini di diniego il silenzio serbato sull'accesso, pone un termine all'esercizio dell'azione giudiziaria da ritenere necessariamente fissato a pena di decadenza, a meno di volerne sostenere l'irrelevanza a fronte del chiaro tenore della norma ...; ed il carattere decadenziale del termine reca in sé che la mancata impugnazione del diniego nel termine non consente la reiterazione dell'istanza e l'impugnazione di un successivo diniego avente carattere meramente confermativo del primo». Il concorrente potrà dunque reiterare l'istanza di accesso e pretendere riscontro alla stessa solo in presenza di fatti nuovi, sopravvenuti o meno, ma comunque non rappresentati nell'originaria istanza. Solo in tal caso l'originario diniego, ancorché non ritualmente impugnato, non spiegherà alcun rilievo,

trattandosi di una nuova istanza cui farà fronte, eventualmente, un nuovo provvedimento di diniego, non avente carattere meramente conformativo di quello precedente, rimasto inoppugnato (Cons. St., A.P, 20 aprile 2006, n. 7).

■ **5. Il ricorso ex art. 25 (ora art. 116, comma 2, c.p.a.) è ammissibile anche in pendenza di un giudizio ordinario?** Chiarisce la questione la decisione Tar Lazio, sez. III, 30 marzo 2006, n. 2212, da cui si trae che «il rimedio speciale previsto a tutela del diritto d'accesso deve ritenersi consentito anche in pendenza di un giudizio ordinario, all'interno del quale i documenti oggetto della domanda di accesso potrebbero essere acquisiti, in via istruttoria, dal giudice adito», a tacer d'altro per la ragione che «il giudice, chiamato a decidere sulla domanda d'accesso, deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso, e non anche la ricevibilità, l'ammissibilità o la rilevanza dei documenti richiesti rispetto al giudizio principale pendente». Tali conclusioni – sottolinea la decisione citata – sono rafforzate alla luce di quanto disposto «dall'art. 1, comma 1, l. 21 luglio 2000, n. 205, che prevede la possibilità di proporre il ricorso in materia di accesso incidentalmente all'interno del giudizio ordinario. Il legislatore ha infatti espressamente previsto il carattere facoltativo della proposizione dell'impugnativa in via incidentale («in pendenza di un ricorso l'impugnativa di cui all'art. 25, comma 5, l. n. 241 del 1990 può essere proposta ...»)), il che esclude che si sia voluto «imporre il rimedio incidentale, precludendo quello principale, tutte le volte in cui il documento è inerente, sotto il profilo istruttorio, al giudizio principale». **Le modalità di esercizio del rimedio in esame sono ora disciplinate dall'art. 116, comma 2, del c.p.a., il quale prevede che «in pendenza di un giudizio cui la richiesta di accesso è connessa, il ricorso di cui al comma 1 può essere proposto con istanza depositata presso la segreteria della sezione cui è assegnato il ricorso principale, previa notificazione all'amministrazione e agli eventuali controinteressati. L'istanza è decisa con ordinanza separatamente dal giudizio principale, ovvero con la sentenza che definisce il giudizio».**

■ **6. E' ammissibile l'impugnazione, ex art. 116 c.p.a., del provvedimento con il quale la stazione appaltante abbia consentito ad un concorrente il diritto di accesso agli atti della procedura di evidenza pubblica?** Forniscono risposta affermativa al suddetto quesito due recenti pronunce del TAR Lazio. Come evidenziato da

TAR Lazio, Roma, Sez. III quater, 6 aprile 2011, n. 1210, l'art. 116 c.p.a. fa infatti riferimento all'impugnazione delle "determinazioni [...] sulle istanze di accesso ai documenti" e, dunque, sia a quelle che respingono che a quelle che accolgono le istanze di accesso. Tale orientamento è stato poi confermato dalla stessa Sezione con sentenza 31 ottobre 2011, n. 8314, ove si è nuovamente puntualizzato che la norma del codice di procedura non opera, sul punto, alcuna distinzione tra le determinazioni di contenuto positivo e quelle di carattere negativo, dovendosi pertanto concludere nel senso della piena ammissibilità dell'impugnazione ex art. 116 c.p.a. da parte di una ditta partecipante ad una gara d'appalto di una determinazione con la quale la stazione appaltante abbia consentito ad un altro concorrente il diritto di accesso agli atti della procedura ad evidenza pubblica.

■ **7. Quali sono i limiti del segreto ex art. 13 del Codice? L'art. 13 del Codice amplia i limiti oggettivi del segreto** dettando delle regole speciali incondizionatamente prevalenti sulla disciplina generale sulla trasparenza amministrativa, anche in mancanza di espressa previsione nell'ambito delle limitazioni oggettive di cui all'art. 24, l. 7 agosto 2000, n. 241, con la conseguenza che non è consentito esercitare l'accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata, ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistano esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale, e il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio (Cons.St., sez. V, 9 dicembre 2008, n. 6121). Il Consiglio di Stato ha comunque puntualizzato, al riguardo, che il funzionamento della causa di esclusione del diritto di accesso posta dall'art. 13, comma 5, della disposizione in commento è subordinato alla manifestazione di interesse da parte della stessa impresa cui si riferiscono i documenti cui altri intende accedere: è necessario, infatti, che si tratti di informazioni integranti, secondo **motivata e comprovata dichiarazione** dell'offerente, segreti tecnici o commerciali. In mancanza di apposita dichiarazione, pertanto, la causa di esclusione in questione non opera (Cons. St., sez. VI, 19 ottobre 2009, n. 6393).

Qualora, peraltro, l'accesso sia funzionale alla difesa in giudizio degli interessi dell'impresa richiedente, l'esigenza di tutela dei segreti tecnici e commerciali deve essere mitigata. Ha, infatti,

recentemente ritenuto il Consiglio di Stato che, poiché l'art. 13, comma 6, d.lgs. 163 del 2006 ammette comunque l'accesso agli atti di una gara di appalto (anche quando sono in gioco segreti tecnici o commerciali), una ditta che ha partecipato alla gara ha **diritto di ottenere copia** della documentazione relativa alle offerte tecniche delle società risultate prime due graduate all'esito della gara quando ciò sia funzionale alla difesa in giudizio dei propri interessi. In questo caso, infatti, la stazione appaltante può al più adottare accorgimenti utili ad evitare la divulgazione di eventuali segreti tecnici o commerciali, inibendo l'estrazione di copia di quelle parti dei documenti da cui potrebbero trarsi informazioni sui dati da mantenere segreti, ma pur sempre se e nella misura in cui la loro acquisizione non risulti in ogni caso utile al richiedente per la difesa dei propri interessi (Cons. St., sez. VI, ordinanza 1° febbraio 2010, n. 524).

■ **8. È legittimo il differimento «fino all'aggiudicazione definitiva» nel caso in cui l'accesso riguardi esclusivamente la posizione della ditta richiedente?** Risposta negativa al quesito si trae dalla recente sentenza Tar Sardegna, sez. I, 26 gennaio 2010, n. 89. Si legge nella citata pronuncia che l'art. 13, comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera e), d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, ai sensi del quale in relazione al procedimento di **verifica dell'anomalia** dell'offerta l'accesso è differito fino all'aggiudicazione definitiva, « non può essere esteso fino a comprendere il differimento dell'accesso per la documentazione relativa all'offerta presentata in gara dal medesimo concorrente che richiama l'accesso ». Quando si tratti, in particolare, degli atti con i quali si sancisce l'**esclusione** dalla procedura di gara di una impresa concorrente, infatti, deve trovare applicazione prevalente l'art. 79, quinto comma, lettera b), del Codice dei contratti pubblici, secondo cui « in ogni caso l'Amministrazione comunica di ufficio [...] l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione » (in questi stessi termini, già in precedenza, si era espressa Tar Lecce, sez. II, 31 gennaio 2009, n. 178). Tale soluzione eseguitica, ad avviso del TAR cagliaritano, deve essere accolta anche con riguardo all'ipotesi di cui alla lettera c-bis, nel caso cioè in cui la documentazione richiesta abbia per oggetto gli atti di verifica della congruità dell'offerta della stessa

impresa richiedente, ove la procedura si sia conclusa con esito negativo e quindi con l'esclusione della concorrente per anomalia dell'offerta, dovendosi di conseguenza ritenere illegittimo il provvedimento che, in relazione ad una istanza di accesso presentata da una ditta la cui offerta era stata ritenuta anomala a seguito di apposita verifica, tendente ad ottenere la documentazione relativa al giudizio di verifica, aveva disposto il differimento dell'accesso.

Più in generale, inoltre, la giurisprudenza ha rilevato come dall'art. 13, comma 2 lett. c), del Codice dei contratti pubblici emerge che il diritto di accesso può essere differito fino all'aggiudicazione **solo «in relazione alle offerte»** presentate dalle imprese partecipanti. Di conseguenza, dunque, tale differimento non può essere operato nel caso di richiesta di documenti presentata nel corso della gara da una impresa partecipante che abbia ad oggetto i documenti attestanti i requisiti di ammissione alla gara, i verbali di gara od i provvedimenti di riammissione alla procedura delle imprese che in un primo tempo erano state escluse (Tar Bari, sez. I, 18 novembre 2008, n. 2612).

■ **9. Il soggetto definitivamente escluso dalla gara ha diritto di accedere alle offerte presentate dalle imprese ammesse?** La risposta è negativa. Come evidenziato dalla giurisprudenza, infatti, il diritto di accesso ai documenti amministrativi è riconosciuto a chiunque vi abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti. Di conseguenza, dunque, deve ritenersi legittimo il comportamento della stazione appaltante che abbia negato ad un concorrente definitivamente escluso da una gara l'accesso agli atti contenenti le offerte dell'aggiudicatario. La definitiva esclusione (sia perché non contestata in sede giurisdizionale, sia perché ormai consolidata dall'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale), infatti, priva il richiedente di quella posizione differenziata e qualificata che sola avrebbe potuto fondare il diritto all'accesso ai documenti di gara (TAR Liguria, Sez. II, 10 novembre 2010, n. 10262). Merita, peraltro, di essere segnalata in argomento la recente pronuncia del Consiglio di Stato Sez. VI, 30 luglio 2010, n. 5062, che ha operato una opportuna e condivisibile precisazione in merito alla possibilità di accesso agli **atti di gara** da parte delle **imprese che non abbiano partecipato alla stessa** (e, dunque, anche a quelle che dalla procedura siano state escluse). Il Collegio ha infatti chiarito che la speciale legittimazione

all'accesso riconosciuta dal comma 6 dell'art. 13 del d.lgs. 163/06 soltanto «al concorrente che lo chieda per la difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso» opera esclusivamente allorché la richiesta di accesso riguardi documenti concernenti informazioni tecniche e commerciali, ossia le offerte presentate dalle ditte ammesse. Allorché, al contrario, la richiesta riguardi la ulteriore documentazione di gara, torna ad applicarsi la disciplina generale sull'accesso contenuta nella legge n. 241/1990 e la richiesta non potrà, pertanto, essere rigettata per il solo fatto che il richiedente non sia un'impresa concorrente. In tal caso, infatti, la stazione appaltante dovrà valutare la sussistenza di tutte le condizioni che legittimano l'accesso ai sensi degli art. 22 e ss. della legge n. 241/1990, prima fra tutte la presenza di un interesse concreto, diretto ed attuale alla visione o estrazione di copia dei documenti richiesti.

■ **10. I partecipanti alla gara devono motivare la propria istanza di accesso agli atti?** Già prima dell'entrata in vigore del Codice la giurisprudenza era unanime nel ritenere che un'impresa che abbia partecipato o chiesto di partecipare ad una gara d'appalto non deve necessariamente indicare nell'istanza di accesso le ragioni giuridiche sottese alla sua richiesta, atteso che, in tale ipotesi, l'accesso trova implicita giustificazione nel diritto dell'impresa stessa di conoscere le modalità di svolgimento della procedura e le determinazioni adottate in proposito dall'Amministrazione (Cons. St., sez. V, 10 maggio 2005, n. 2340). Il principio è stato, poi, costantemente ripetuto: tra le più recenti, infatti, si confrontano le sentenze Tar Lecce, sez. II, 9 luglio 2008, n. 2087; Tar Salerno, sez. I, 26 marzo 2007, n. 305 e Cons. St., sez. VI, 13 aprile 2006, n. 2068).

■ **11. Come si esercita il diritto di accesso nelle c.d. aste elettroniche?** Dell'argomento si occupa esplicitamente l'art. 294 del nuovo Regolamento di attuazione del Codice dei contratti. La disposizione normativa in questione, rubricata «condizioni e modalità di esercizio del diritto di accesso», dispone che «fermo restando quanto previsto agli articoli 13 e 77 del Codice, l'esercizio del diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti

atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti». La previsione riproduce pedissequamente, invero, il contenuto dell'art. 3, d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, il quale aggiunge anzi che «l'invio al soggetto che vi abbia titolo di copia autentica della documentazione è effettuato dall'amministrazione secondo i principi e le modalità stabilite in tema di documentazione amministrativa». Anche le ipotesi di **esclusione** dal diritto di accesso menzionate dal Regolamento coincidono con quelle indicate dal citato art. 3. Si tratta, in particolare, delle soluzioni tecniche e dei programmi per elaboratore utilizzati dall'amministrazione o dal gestore del sistema, la cui accessibilità viene inibita ove questi siano coperti da diritti di privativa intellettuale.

■ **12. Come si esercita il diritto di accesso nel caso di appalti relativi agli interventi rientranti nel c.d. Quadro Strategico Nazionale?** La questione è parecchio dibattuta in dottrina. Gli unici dati certi sono rappresentati dal termine imposto dall'art. 20, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito in l. 29 gennaio 2009, n. 2, il quale, nel dettare una disciplina peculiare per gli appalti relativi agli interventi rientranti nel c.d. Quadro Strategico Nazionale, ha previsto che «l'accesso agli atti del procedimento è consentito entro **dieci giorni** dall'invio della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione» e dal collegamento diretto tra l'accesso e il termine per la proposizione dei motivi aggiunti: ai sensi del medesimo comma 8, infatti, «i motivi aggiunti possono essere proposti entro dieci giorni dall'accesso agli atti e vanno notificati e depositati con le modalità previste per il ricorso principale». Per il resto, numerosi sono i ragionevoli dubbi avanzati dai primi commentatori. La norma, in effetti, non chiarisce se sia possibile applicare, per ciò che concerne le modalità ed i limiti per l'esercizio dell'accesso, la disciplina dettata in materia dall'art. 13 in commento, ovvero ci si trovi in presenza di un'ipotesi *tout court* eccezionale. Dal tenore della norma di cui all'art. 20 del c.d. «d.l. anticrisi» sembrerebbe in concreto doversi convenire con quanti, a fronte di un termine perentorio entro il quale esercitare il diritto di accesso, hanno ritenuto che le imprese possano ottenere accesso libero ed incondizionato agli atti di gara (si è detto «a prima richiesta»: PAOLANTONIO, *Misure congiunturali ed "asimmetrie" illiberali (in margine all'art. 20, l. 28 gennaio 2009, n. 2)*, in www.giustamm.it), addirittura presentandosi semplicemente e senza

preavviso presso i locali della stazione appaltante. Allo stesso modo, d'altro canto, senz'altro condivisibile da un punto di vista pratico è l'opinione di coloro che hanno ritenuto che la pubblica amministrazione non possa, in questo caso, negare o differire l'accesso richiesto (CONTALDI, *op. cit.*, 934). Ciò, si ritiene, quantomeno in assenza di un adeguato supporto motivazionale fondato, in ultima analisi, su ragioni di carattere eccezionale. Da un punto di vista più propriamente teorico, peraltro, non può non rilevarsi come la norma in questione abbia carattere meramente procedurale e non sia finalizzata ad introdurre una disciplina sostanziale in tutto difforme da quella dettata in generale per le pubbliche gare d'appalto dall'art. 13 in commento. Troppi sarebbero, in questo caso, i vuoti applicativi lasciati dalla norma e ipotizzare un regime dell'accesso in materia di opere strategiche in tutto libero e informale ridonderebbe, in ultima analisi, in una lesione degli interessi sia delle imprese richiedenti, sia di quelle destinatarie dell'istanza di accesso. Di conseguenza, dunque, deve ritenersi (ed altri lo hanno già sostenuto prima di chi scrive con maggior dovizia di argomenti: si cfr., in particolare, DE NICTOLIS, *La riforma del Codice appalti*, in *Urb. e app.*, 2009, 26; M.A. SANDULLI, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*, in www.federalismi.it) che la stazione appaltante sia pur sempre titolare di un certo *spatium deliberandi* in ordine alla richiesta, da esercitarsi tenendo adeguatamente conto delle citate innegabili criticità legate ad un eventuale diniego di accesso.

■ SEZ. III - LE FORMULE

Schema di istanza di accesso
(art. 13, d.lgs. n. 163 del 2006; art. 22 ss., l. n. 241 del 1990)

Spett.le
(indicare le informazioni relative all'Amministrazione procedente)

Att.ne del **Responsabile** del procedimento

A mezzo raccomandata A/R
(Anticipata via fax al n.: _____)

Luogo e data
Oggetto: _____ (estremi della procedura di affidamento relativa alla richiesta di accesso)

Il sottoscritto _____, in qualità di legale rappresentante p.t. (oppure soggetto delegato all'espletamento dell'accesso in virtù di procura) dell'impresa/ATI _____, partecipante alla procedura indetta da codesta spett.le Amministrazione per l'affidamento dell'appalto _____,

PREMESSO

_____ (esporre le vicende relative alla procedura di affidamento, **puntualizzando le motivazioni a sostegno della richiesta di accesso** ed allegando gli eventuali documenti allegati a sostegno della stessa)

CHIEDE

ai sensi del combinato disposto degli artt. 13, d.lgs. n. 163 del 2006 e 25, l. n. 241 del 1990, di poter prendere visione ed estrarre copia della seguente documentazione amministrativa, relativa alla procedura di affidamento di cui in oggetto:

_____ (indicare la documentazione oggetto della richiesta di accesso)

Si precisa che la richiesta viene formulata in vista della difesa in giudizio dei propri diritti ed interessi legittimi.

Si invita codesta spett.le Amministrazione a voler provvedere in ordine alla presente istanza entro e non oltre 30 giorni dalla data di ricezione della stessa, con l'espressa avvertenza che in difetto si agirà a tutela delle proprie posizioni giuridiche soggettive.

Il sottoscritto si impegna a corrispondere l'importo relativo ai costi di riproduzione anche se gli atti non saranno ritirati.

Ai sensi del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, si acconsente al trattamento dei propri dati personali per l'esercizio del diritto di accesso

Si allega alla presente la seguente documentazione atta a comprovare la propria legittimazione ad esercitare il diritto di prendere visione e ritirare la documentazione sopra indicata:

_____ (es. delega alla presentazione della richiesta)

Firma