

Appalti

Contratto, con il nuovo codice firma in 60 giorni anche in presenza di ricorsi

di Roberto Mangani

07 Luglio 2023

Le novità del nuovo codice sulla stipula degli appalti alla luce di una sentenza del Consiglio di Stato

Il termine di sessanta giorni successivi all'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione per la stipula del contratto di appalto non ha natura perentoria ma sollecitatoria. Tuttavia, tale termine non può essere ritardato dalla stazione appaltante in misura eccessiva e senza alcuna motivazione in ordine alle ragioni del ritardo. L'illegittimità del comportamento omissivo della stazione appaltante si rende evidente specie nei casi in cui il ritardo si estenda anche alla verifica in capo all'aggiudicatario del possesso dei requisiti di esecuzione, poiché in questo caso lo stesso produce un'indiretta violazione del principio della par condicio tra i concorrenti. In questo modo infatti si consente all'aggiudicatario di avere a disposizione un tempo più lungo per acquisire la disponibilità di quei mezzi d'opera in cui si sostanziano i requisiti di esecuzione che, in via di principio, l'aggiudicatario stesso dovrebbe possedere prima della stipula (nei termini ordinari) del contratto di appalto.

Si è espresso in questi termini il [Consiglio di Stato, Sez. III, 21 giugno 2023, n. 6074](#), che offre molti spunti di interesse ai fini della definizione del corretto svolgimento delle fasi della procedura di affidamento, giungendo a conclusioni che appaiono rafforzate dalle previsioni contenute nel nuovo Codice di cui al D.lgs. 36/2023.

Il fatto

La vicenda e la relativa controversia si presentano complesse, e vanno sinteticamente ricostruite per inquadrare correttamente la questione. Un ente appaltante aveva indetto una procedura aperta per l'affidamento del servizio di preparazione e somministrazione di pasti. A seguito dell'intervenuta aggiudicazione, il concorrente secondo classificato proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo, contestando la mancata disponibilità in capo all'aggiudicatario di alcune attrezzature (piani di cottura) indicati dallo stesso nell'offerta tecnica ai fini del corretto svolgimento delle prestazioni contrattuali. Il Tar Basilicata respingeva il ricorso, ritenendo che la disponibilità delle indicate attrezzature non integrasse un requisito di partecipazione bensì di esecuzione, con la conseguenza che il relativo possesso doveva essere dimostrato solo prima della stipula del contratto. A fronte di questa sentenza il ricorrente diffidava comunque la stazione appaltante ad effettuare la verifica dei prescritti requisiti di esecuzione prima della stipula del contratto. A fronte del mancato riscontro alla diffida, l'originario ricorrente si rivolgeva nuovamente al giudice amministrativo per

far dichiarare l'illegittimità del silenzio della stazione appaltante, ma il giudice di primo grado dichiarava il ricorso inammissibile.

Questa decisione veniva impugnata davanti al Consiglio di Stato, che invece giudicava ammissibile e fondata la richiesta del ricorrente volta alla verifica da parte della stazione appaltante dei requisiti di esecuzione dichiarati dall'aggiudicatario in sede di gara. A seguito di questa sentenza del Consiglio di Stato, la stazione appaltante adottava una specifica Delibera con cui dava atto di avere verificato il possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti di esecuzione (disponibilità dei centri cottura) dichiarando in via di sanatoria ora per allora che tali requisiti erano posseduti anteriormente alla stipula del contratto. Tale delibera veniva a sua volta impugnata dal concorrente secondo classificato – e già ricorrente nel precedente giudizio – davanti al giudice amministrativo.

Il Tar Basilicata respingeva anche questo ricorso. Il rigetto veniva motivato in relazione al fatto che la verifica dei requisiti di esecuzione in capo all'aggiudicatario era da ritenere legittima in quanto aveva sanato in via postuma la situazione. Ciò in relazione al fatto che la stazione appaltante mantiene il potere/dovere di procedere alla verifica anche successivamente alla stipula del contratto. Di conseguenza la verifica effettuata è stata correttamente riferita alla data di effettiva contrattualizzazione del servizio, e non a quella anteriore di avvio dello stesso in via anticipata o addirittura a quella ancora anteriore relativa al termine (60 giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione) entro cui il contratto andava stipulato. Anche questa pronuncia del Tar Basilicata è stata oggetto di impugnativa davanti al Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato

Anche in questo caso il Consiglio di Stato ha smentito le conclusioni del giudice di primo grado, la cui pronuncia è stata riformata. In via preliminare il giudice d'appello afferma la giurisdizione del giudice amministrativo sulla controversia in oggetto. La verifica dei requisiti – ancorché di esecuzione – si colloca infatti in una fase anteriore alla conclusione del contratto, e attiene quindi all'esercizio di poteri autoritativi in capo alla stazione appaltante. A fronte di tali poteri non vi è un rapporto paritetico fondato sulla dicotomia diritti/obblighi, bensì una situazione di soggezione dell'appaltatore nei confronti dell'ente appaltante. Da qui la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo. Nel merito, il Consiglio di Stato parte dall'affermazione secondo cui il termine per la stipula del contratto indicato dal legislatore – 60 giorni dall'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione – non può essere considerato un termine "libero", rinviabile a totale discrezione dell'ente appaltante e senza alcuna motivazione.

Tale termine si collega infatti al potere/dovere dell'ente appaltante di effettuare tempestivamente tutti i controlli relativi al possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti di qualificazione ma anche di esecuzione che, salvo casi eccezionali, devono svolgersi prima della stipula del contratto. Non è quindi legittimo il comportamento dell'ente appaltante che rinvi indefinitamente – nel caso di specie per circa due anni – tali controlli, senza una specifica e puntuale motivazione che dia conto anche dell'interesse pubblico al rinvio.

Un comportamento di questo tipo avrebbe infatti l'effetto indiretto di vanificare il principio della par condicio dei concorrenti alla procedura, in quanto finirebbe per favorire l'aggiudicatario consentendogli di avere a disposizione tutto il tempo necessario per apprestare i mezzi per adempiere alle prestazioni contrattuali che invece, essendo requisiti di esecuzione, avrebbero dovuto essere posseduti al momento della stipula del contratto da effettuarsi entro il termine indicato dal legislatore o comunque entro un termine ragionevole dall'avvenuta aggiudicazione.

La previsione legislativa – articolo 32, comma 8, D.lgs. 50/2016 – stabilisce infatti la stipulazione del contratto deve avvenire entro sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione, salvo diverso termine previsto dal bando o differimento espressamente concordato con l'aggiudicatario, purchè giustificato alla luce dell'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. Se è vero che da tale previsione non si può dedurre la natura inderogabilmente perentoria del termine indicato, è altrettanto vero come il principio che viene affermato è quello secondo cui la stipula del contratto costituisce un adempimento che va assolto entro un tempo il più rapido possibile. Tanto che la deroga al termine ordinario di sessanta giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione è prevista come eccezione alla regola, e deve essere accompagnata da una congrua motivazione dell'ente appaltante che giustifichi lo slittamento temporale.

D'altro canto, l'intero sistema normativo dei contratti pubblici va nel senso di considerare la stipula del contratto come un adempimento da porre in essere nei più brevi tempi tecnici necessari. Sarebbe infatti paradossale arrivare alla diversa conclusione secondo cui, una volta completata la procedura di gara e individuato l'aggiudicatario, non vi sia un termine entro il quale contrattualizzare il rapporto con quest'ultimo, poiché ciò significherebbe negare alla radice quelle esigenze – da soddisfare in virtù di un regolare contratto – che sono state alla base della gara bandita dall'ente appaltante. Con una palese violazione dei principi generali di buona amministrazione e di economicità, efficacia e tempestività che governano l'intera materia dei contratti pubblici. Nel caso di specie la tempestività nella stipula del contratto non è stata rispettata; e la giustificazione addotta al riguardo dall'ente appaltante, relativa al contenzioso pendente, non può considerarsi motivazione idonea a sostegno di un ritardo così significativo.

Le novità del Dlgs 36/2023

Il Dlgs 36/2023 ha parzialmente rivisto la disciplina delle fasi di affidamento – articoli 17 e 18 - introducendo alcune semplificazioni rispetto alle previsioni dell'articolo 32 del D.lgs. 50. In base al nuovo quadro normativo, l'organo preposto alla valutazione delle offerte formula la proposta di aggiudicazione. Quest'ultima viene esaminata dall'organo dell'ente appaltante competente a disporre l'aggiudicazione che, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, procede alla verifica dei requisiti in capo all'aggiudicatario e provvede all'aggiudicazione, che è immediatamente efficace (articolo 17, comma 5). La stipula del contratto deve avvenire entro i successivi sessanta giorni (articolo 18 comma 2).

La norma prevede che ciò debba avvenire anche in pendenza di contenzioso, e che la regola indicata possa subire eccezioni solo in alcuni casi predeterminati:


a) notificazione di istanza cautelare contro l'aggiudicazione fino all'emanazione del relativo provvedimento da parte del giudice;

b) diverso termine indicato nei documenti di gara;

c) differimento concordato con l'aggiudicatario e motivato in base all'interesse della stazione appaltante, compatibilmente con quello generale alla sollecita esecuzione del contratto.

La formulazione della nuova disposizione rende ancora più evidente rispetto al passato che la regola generale è quella della stipula del contratto entro i sessanta giorni dall'intervenuta aggiudicazione, potendo tale regola subire eccezioni solo nelle ipotesi sopra indicate. Peraltro questa impostazione appare coerente anche con alcuni dei principi generali sanciti dal nuovo Codice. In particolare, essa dà concreta attuazione in primo luogo al principio del risultato (articolo 1), da perseguire sia in fase di affidamento che in fase di esecuzione secondo il criterio della massima tempestività. Ma vengono in rilievo anche il principio della fiducia (articolo 2), che si fonda sulla reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'ente appaltante e degli operatori economici e sul principio della buona fede e della tutela dell'affidamento (articolo 5) cui si deve ispirare il comportamento dell'ente appaltante e dei concorrenti.

È infatti evidente che l'insieme di questi principi converge nel senso della necessità che sia rispettato il termine per l'assolvimento di un adempimento essenziale ai fini della corretta esecuzione delle prestazioni, quale è appunto la stipula del relativo contratto.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE