

Il RUP (Responsabile Unico del Procedimento): nuovi profili di responsabilità e giudizio di conto

Generalità sul nuovo regolamento attuativo

Sul supplemento ordinario n. 270 alla **Gazzetta Ufficiale** n. 288 del 10 dicembre 2010 è stato pubblicato il **Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207** relativo al "Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE". Così come previsto all'articolo 253, comma 2 del Codice dei contratti (D.Lgs. n. 163/2006), il **nuovo regolamento n. 207/2010 entrerà in vigore**, centottanta giorni dopo la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale e, quindi, **l'8 giugno 2011** data sino alla quale resterà in vigore il Regolamento di cui al D.P.R. n. 554/1999. Avremo, quindi, un congruo margine di tempo in cui dovremo familiarizzare con il nuovo articolato che, in verità, è conosciuto ormai da parecchi mesi e che ha fatto nascere **consensi ma anche numerosi dissensi**. Soltanto **alcune parti del Regolamento n. 207/2010 entreranno in vigore il prossimo 25 dicembre** al termine dei canonici 15 giorni successivi alla pubblicazione del provvedimento sulla Gazzetta. Si tratta in dettaglio degli **articoli 73 e 74** rubricati rispettivamente "Sanzioni pecuniarie nei confronti delle SOA - Sospensione e decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione" e "Sanzioni per violazione da parte delle imprese dell'obbligo d'informazione". In particolare il 25 dicembre 2010 entreranno in vigore le **sanzioni per le SOA** sino ad un massimo di **25.822 euro** (art. 73, comma 1) nei casi più lievi di mancate risposte alle richieste dell'Autorità, di mancate comunicazioni e di violazione agli obblighi di comunicazione e conservazione della documentazione e sino ad un massimo di **51.545 euro** (art. 73, comma 2) nei casi più gravi di trasmissione di documenti non veritieri e svolgimento dell'attività in maniera non conforme. In aggiunta alla sanzione pecuniaria è prevista, altresì, **la sanzione della sospensione da un minimo di 120 giorni ad un massimo di un anno**. Per le **imprese** è prevista, invece, una sanzione pecuniaria fino ad un massimo di **25.822 euro** (art. 74, comma 1) nel caso di **mancata risposta alle richieste dell'Autorità**. Quasi tutto l'articolato del nuovo regolamento, **entrerà in vigore**, quindi, **il 9 giugno 2011** ed avremo tempo per studiare dettagliatamente quelle norme che si differenziano dalle attuali contenute del D.P.R.n. 554/1999.

Gli aspetti più innovativi sono quelli legati:

- alle due nuove classifiche intermedie (art. 61, comma 4) III-bis e IV-bis, rispettivamente sino a 1.500.000 e sino a 3.500.000 euro, che rende più facile la qualificazione delle piccole e medie imprese;
- all'obbligatorietà della verifica dei progetti prima della loro validazione da parte del responsabile del procedimento (articoli 44 - 59) con la precisazione che la verifica deve accertare, tra l'altro, la completezza della progettazione, la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso e l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati;
- alla possibilità, nelle gare di progettazione, di scegliere esclusivamente l'offerta più vantaggiosa con l'obbligo da parte degli enti appaltanti di indicare un tetto massimo di

ribasso (art. 266, comma 1, lettera c1) e con la precisazione che nel caso di ribassi più alti di quello indicato l'offerta sarà dichiarata inammissibile;

- all'istituzione del responsabile del procedimento anche nel caso di contratti relativi a servizi e forniture (articolo 272).

RUP nel nuovo assetto di competenze normative alla luce del Regolamento

Direi che va da subito inquadrata la figura del RUP attraverso il riferimento all'art. 10 del codice dei contratti pubblici. Deve essere unico per le fasi della progettazione, affidamento ed esecuzione e deve essere nominato con atto formale. In caso di inerzia nella nomina del RUP si applica l'art. 5 della legge n. 241/90, oggetto di rinvio da parte dell'art. 2 del Codice Appalti, secondo cui, fino a quando non avviene la nomina è il funzionario responsabile dell'unità organizzativa "preposta" al proc. amm.vo che risponde di esso. Già la legge Merloni aveva introdotto questa figura in sostituzione dell'ingegnere capo e l'art. 10 estende la figura al servizio ed alle forniture (si parla infatti di merlonizzazione degli altri settori). Il secondo comma contiene una norma di chiusura per cui al RUP spettano tutti i compiti che non siano attribuiti ad altri organi o soggetti. Di certo l'art. 10 non racchiude l'intero novero delle competenze del RUP, posto che altri compiti dello stesso sono previsti da numerose altre disposizioni del Codice. Come gli artt. 90 e 112 e ss ; l'art. 125 (affidamenti in economia), gli artt. 135 e ss. (risoluzione del contratto), 153 e 154 (*project financing*), 240 (accordo bonario). Non può escludersi poi che talune competenze siano introdotte dalle norme regionali - stante quanto previsto dall'art. 4, comma 2 del Codice Appalti - e dalle Autonomie locali.

Ma sicuramente è la normativa regolamentare a costituire rilievo centrale ai fini della ricognizione delle competenze del RUP, alla luce del rinvio allo stesso contenuto dall'art. 10, commi 4 ss, normativa che, ad onta della unicità della figura contemplata dall'art. 10 per lavori, servizi e forniture, presenta una disciplina differenziata per i lavori, da un lato, e per servizi e forniture, dall'altro.

Oltre ai nuovi profili di responsabilità, tra le principali novità in materia di funzioni e compiti del responsabile del procedimento, introdotte dal Regolamento di esecuzione e di attuazione del Codice (che, in linea generale, ripropone le disposizioni contenute negli artt. 7 e 8, D.P.R. n. 554/1999) si segnalano, in estrema sintesi:

- la validazione dei progetti redatti all'interno della stazione appaltante – sempre che il Responsabile del procedimento non abbia svolto funzioni di progettista – pur in assenza del sistema interno del controllo di qualità, con limitazione a soglie di importo differenziate per opere puntuali e a rete;
- l'ampliamento della deroga ai requisiti professionali per l'esercizio delle funzioni, con innalzamento della soglia limite dai 300 mila ai 500 mila euro e applicabilità non più vincolata alla densità demografica dei Comuni;
- le funzioni di controllo della regolarità del lavoro e la facoltà di risolvere il contratto per verificata sottostima della congruità della manodopera;
- la promozione e definizione, sulla base delle indicazioni del dirigente, delle modalità di verifica dei livelli progettuali, delle procedure di eventuale affidamento a soggetti esterni, delle stime dei corrispettivi da inserire nel quadro economico di progetto;
- la verifica dell'effettiva possibilità di svolgere all'interno dell'ente le diverse fasi di progettazione, senza l'ausilio di consulenze esterne.

Gli articoli del Regolamento (DPR 5 ottobre 2010, n. 207) che in tema di lavori vengono da subito in considerazione sono il 9 e il 10; per quanto riguarda invece servizi e forniture, valgono gli artt. 272, 273 274, al cui testo faccio rinvio.

Complessità del ruolo e unicità della figura

La complessità del ruolo del RUP discende senz'altro dal rilevante coacervo di compiti e di funzioni che l'ordinamento gli attribuisce, tant'è che egli deve seguire tutte le fasi della procedura selettiva. Non è un caso che il legislatore stabilisca la necessità che il RUP sia una persona professionalmente qualificata. Invero, l'art. 10 del Codice prevede in primo luogo che debba avere *“titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato”* e che *“per i lavori e servizi attinenti all'ingegneria e architettura sia un tecnico”*. Il comma 5 prevede che per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo e che, in caso di accertata carenza di personale di ruolo, deve essere nominato tra i dipendenti in servizio. A tal riguardo si osserva che se può trattarsi di dipendente a tempo determinato sicuramente non può essere un co.co.co. in quanto qui manca il rapporto di dipendenza (Autorità di Vigilanza del. N. 290/2003). Ci si interroga sul se l'art. 10 trovi applicazione nei riguardi delle società pubbliche annoverabili nel contesto delle stazioni appaltanti. Per queste trova applicazione il nono comma dell'art. 10, che non comporta l'obbligo dell'unicità del RUP. Orbene, si ritiene che siano cogenti le prescrizioni dell'art. 10, relative alla professionalità del RUP, non anche quelle connesse alla necessaria appartenenza ai ruoli dell'ente.

In punto di professionalità del RUP, non può sottrarsi il peculiare ruolo che il Codice assegna al regolamento attuativo, in quanto, al comma 6, prevede che quest'ultimo fissi i requisiti di professionalità nonché i limiti in cui può coincidere con il progettista per gli appalti di lavori e con il direttore dell'esecuzione del contratto, figura quest'ultima prevista dall'art. 119 del codice e che concerne lavori, servizi e forniture. A tal riguardo occorre evidenziare l'antinomia tra l'art. 272, comma 5, e l'art. 300 del Regolamento, in quanto il primo prevede che *“Il responsabile del procedimento svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, a meno di diversa indicazione della stazione appaltante”*, mentre il secondo indica il superamento dei 500 mila euro ed il caso degli interventi particolarmente complessi tra le ipotesi in cui il direttore dell'esecuzione del contratto deve essere un soggetto diverso rispetto al RUP. L'antinomia viene risolta in dottrina ritenendo che il regolamento postuli l'unicità dei compiti fino all'anzidetto valore economico, salvo prevedere la distinzione tra le due figure nei casi anzidetti. Si ricordi che il regolamento aggiunge alle predette ipotesi obbligatorie le ipotesi facoltative in cui la nomina di due soggetti diversi è da ricondursi ad una scelta discrezionale dell'amministrazione, che però dovrebbe motivare al riguardo in considerazione del maggiore dispendio di risorse umane ed economiche. Si nota in dottrina che il regolamento non chiarisce il coordinamento tra le due qualifiche, ove attribuite a soggetti diversi, ancorché il legislatore avesse previsto una indicazione più precisa sul punto all'art. 10, comma 4, di talché si potrebbe ritenere, in caso di divergenza di opinioni, che debba intervenire in veste decisoria l'organo amministrativo sovraordinato..

Ma il Codice prevede anche l'ipotesi in cui nessuno in organico possa svolgere le funzioni di RUP, consentendo la possibilità di affidare in appalto l'incarico di servizi a soggetti esterni alla luce della disciplina prevista dal Codice stesso per tali procedure, secondo quanto previsto già nel 2001 dall'Autorità di Vigilanza al fine di esercitare esclusivamente *“compiti di supporto”* rimanendo il ruolo di RUP assegnato ad un soggetto incardinato nell'Amministrazione. Questo è interessante perché sottende l'esigenza, ritengo non infrequente, che avverte colui al quale sono state assegnate normativamente le competenze di responsabile del procedimento, di avvalersi di soggetti tecnicamente qualificati. Il rischio, in questi casi, è quello di devolvere indebitamente le relative funzioni a soggetti che invece dovrebbero rimanere estranei al compimento di attività propriamente valutative. Ecco perché al riguardo si pone la distinzione tra valutazione e apporti tecnici, i secondi soltanto da ritenere consentiti in base alla formula dell'art. 10 del Codice in commento. Sul punto si osserva in giurisprudenza che *“L'art. 10, comma 7, d.lg. n. 163 del 2006, dispone che « 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 ». La legge, dunque, prevede che, nelle ipotesi dalla stessa contemplate e nella specie non specificamente contestate, il responsabile del procedimento possa avvalersi di un supporto tecnico per lo svolgimento delle attività che allo stesso competono. Del resto, la stessa norma contenuta nel secondo comma dell'art. 89 del d.P.R. n. 554 del 1999, nella parte in cui afferma che la commissione di gara può ricorrere ad « organismi tecnici della stazione appaltante », non esclude che tali organismi possano essere composti anche da esterni. Ciò che rileva, ai fini della legittimità dell'attività posta in essere dalla stazione appaltante, è che i soggetti a cui il legislatore abbia attribuito determinate e specifiche competenze non le « trasferiscano » o « deleghino » ad altri soggetti privi di qualunque legittimazione legislativa: il che avviene quando il responsabile del procedimento mantenga nella sfera di propria pertinenza le funzioni valutative, limitandosi a ricorrere ad un mero supporto tecnico rilevante sul piano esclusivamente istruttorio. Ma anche qualora si ritenesse che manchi, nello specifico settore dell'analisi delle offerte anomale, una norma esplicita che autorizzi il ricorso ad un supporto tecnico esterno per finalità istruttorie, deve ritenersi che tale potere sia comunque implicito nelle stesse norme che disciplinano il potere valutativo. È infatti strumentale a tale potere e funzionale al migliore perseguimento dell'interesse pubblico ovvero di altri interessi di rilevanza costituzionale la possibilità di effettuare verifiche tecniche mediante il ricorso a soggetti competenti del settore, sempreché ciò non ridondi in un inutile aggravamento procedimentale” (cfr. TAR Catanzaro, II, 16/03/09, n. 287).

Non è consentito attribuire ad un medesimo soggetto la contestuale veste di supporto al responsabile del procedimento e al direttore dei lavori, pena la commistione di funzioni foriera di un possibile conflitto di interessi, atteso che il soggetto chiamato a vigilare sulla direzione dei lavori si avvale per tale attività del medesimo soggetto di cui si avvale il direttore per lavori per le attività sottoposte al controllo del responsabile del procedimento (TAR Lazio, III, 30 novembre 2009, n. 12075). L'Autorità di Vigilanza ha ritenuto che spetta al responsabile del procedimento e non alla Giunta comunale, certificare le carenze di organico che rendono necessario l'affidamento di incarichi professionali a soggetti esterni all'Amministrazione, esaminare i curricula degli aspiranti e provvedere al loro conferimento.

Sia il Consiglio di Stato che l'Autorità di Vigilanza hanno confermato la necessità che il RUP sia un tecnico, in considerazione della natura appunto tecnica delle sue incombenze, per cui l'incarico non può essere ricoperto da un ragioniere o dal segretario comunale. Non è però necessario il possesso del diploma di laurea e dell'abilitazione professionale, potendo il RUP essere un geometra (in tal caso però, se assume contestualmente anche le funzioni di direttore dei lavori occorre che tali competenze rientrino nelle sue competenze). Nemmeno deve trattarsi di un soggetto con qualifica dirigenziale. E' altresì possibile che le funzioni di RUP siano assegnate al dirigente dell'unità organizzativa, ma l'Autorità di Vigilanza ha reputato inopportuno il contemporaneo svolgimento di tali funzioni. E' illegittimo l'affidamento delle funzioni di RUP ad un professionista esterno legato all'Amministrazione da un rapporto di collaborazione coordinata e continuata, difettando il rapporto di immedesimazione organica. La nomina del RUP deve avvenire prima della predisposizione del progetto preliminare e a questi spetta la scelta del tecnico al quale affidare l'incarico professionale della progettazione..

Va evidenziato che l'art. 10 opera la distinzione tra amministrazioni aggiudicatrici e stazioni appaltanti non pubbliche amministrazioni o enti pubblici: per le prime vige il principio di unicità del RUP; per le seconde invece tale unicità non si impone, in quanto devono rispettare le sole norme alle quali sono tenute secondo il Codice, privilegiando una maggiore autonomia organizzativa.

Tra i vari compiti spettanti al RUP due meritano di essere segnalati:

1) attività propositiva di sostegno alla programmazione dei lavori pubblici (art. 9, comma 3, lett. a), 11, 12 comma 2, 13, comma 3, del Regolamento) e dei servizi e forniture, per i quali si applicano le stesse norme regolamentari in quanto compatibili;

2) centrali di committenza.

Quest'ultimo tema si ricollega a quello del direttore dell'esecuzione del contratto che appunto si riferisce, oltre che ai servizi, alle forniture. Anche nel caso di ricorso alle centrali di committenza ex art. 33 del Codice, il Regolamento esprime l'esigenza di accentramento in un unico soggetto della responsabilità di ogni singolo acquisto, tant'è che l'art. 274 prevede la nomina di un responsabile del procedimento per ciascuno degli acquisti. Ne consegue che questi, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione, ove nominato, in ordine al singolo acquisto, si assumerà i compiti di cura, controllo e vigilanza nella fase di esecuzione del contratto, nonché nella fase di collaudo e verifica di conformità delle prestazioni. Questo per garantire in fase esecutiva un controllo di conformità del contratto normativo prescelto alle specifiche esigenze che l'Amministrazione ordinante aveva programmato di soddisfare.

La complessità della figura del RUP è ben evidenziata dal fatto che il RUP è configurato come motore e guida dell'intero procedimento, dotato di poteri di impulso (verso l'amministrazione di appartenenza e verso altre amministrazioni), di organizzazione e direzione dell'istruttoria, di controllo e verifica, come interlocutore e punto di riferimento unico per i soggetti terzi, sia pubblici che privati, come centro unitario di responsabilità per tutti gli aspetti procedurali. Corollario di quella managerialità riconosciuta non solo ai dirigenti, ma ormai a tutti coloro che, all'interno della p.A., siano incaricati dell'espletamento delle funzioni con rilevanza esterna. E' proprio in relazione a questo ruolo di referente esterno che l'art. 10, comma 8, del Codice prevede che il nominativo del responsabile del procedimento sia indicato nel bando o avviso di gara.

A tal riguardo si pone il problema ermeneutico di stabilire se dall'omissione dell'obbligo in parola discenda una ricaduta patologica sui successivi atti di gara. Sul punto si potrebbe di primo acchito sostenere che tale ricaduta sia da escludere in ragione degli artt. 4, comma 1, e 5, comma 2 della l.n. 241/90, secondo cui risponde del procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa competente. Si afferma invero in giurisprudenza che *"l'omessa comunicazione del responsabile del procedimento costituisce una mera irregolarità non invalidante"* (T.A.R. Lazio, sez. II, 20 novembre 2002, n. 10155). Peraltro anche l'art. 21 *octies* cospira nel senso che la violazione degli adempimenti procedurali non ingenera profili patologici in nome della quotazione dei vizi formali. Ma le norme della legge sul procedimento amministrativo soccorrono sotto altro profilo, opinando la dottrina che anche nel settore in argomento permanga l'obbligo del dirigente di ciascuna unità organizzativa di assegnare a sé o ad altro dipendente dell'unità organizzativa la responsabilità di ogni adempimento connesso al singolo intervento, con la precisazione che, all'interno di ciascun segmento operativo, *"l'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione"* (cfr. art. 6, co. 1, lett. e) l.n. 241/90.

L'unicità del RUP è la diretta conseguenza della natura complessa del procedimento che fa capo ad ogni singolo intervento *in subiecta materia*. Tali procedimenti vengono distinti a seconda che consistano in una serie successiva di fasi implicanti l'intervento di uffici diversi della stessa amministrazione o ente (cd. procedimenti a complessità interna) ovvero di molteplici amministrazioni o enti diversi (cd. plurisoggettivati). E per i primi vale il disposto di legge che, come abbiamo visto impone l'unicità del RUP per tutte le fasi in cui si sostanzia il procedimento. La dottrina esprime l'auspicio che anche in tali procedimenti, pur in assenza di una precisa disposizione di legge, le diverse amministrazioni coinvolte provvedano ad individuare responsabilità unitarie in ordine alla conduzione dei procedimenti.

Una questione molto dibattuta è se il dirigente dell'unità organizzativa responsabile dell'appalto da aggiudicare possa cumulare le funzioni di responsabile del relativo procedimento e quelle di presidente della commissione di gara. Sulla questione si è espressa in senso positivo l'Autorità di Vigilanza con la determinazione n. 10/201 del 23 febbraio 2001, mentre la giurisprudenza è divisa, sostenendo alcuni la tesi negativa sulla base della considerazione che, così facendo, si verrebbe a sovrapporre il dirigente titolare della procedura di gara con il soggetto responsabile di verificarne e

controllarne la regolarità, concentrando in capo ad un unico soggetto il potere decisionale e quello di controllo. A tal riguardo non rileverebbe l'art. 107 TUEL, che demanda in via esclusiva ai dirigenti sia la presidenza delle commissioni di gara che la responsabilità delle procedure di appalto e la stipulazione dei contratti, perché qui viene in considerazione una evidente posizione di conflitto di interessi se tali funzioni vengano a cadere in capo alla stessa persona fisica. L'opinione contraria, del tutto prevalente, esclude che vi siano ragioni di incompatibilità nel cumulo di funzioni predette, investendo la responsabilità del dirigente tutte le fasi della procedura. Alcuni di recente valorizzano una pronuncia del Consiglio di Stato (V, 12 aprile 2007, n. 1706) dalla quale si evince che non sia possibile escogitare una soluzione valida per tutti i casi, dovendosi discernere tra le ipotesi in cui il criterio selettivo non contempla un diaframma di discrezionalità (prezzo più basso) da quelle in cui vi sono apprezzamenti di tale natura (offerta economicamente più vantaggiosa), prospettandosi la incompatibilità tra le predette funzioni solo in questa seconda ipotesi. Ad ogni modo si registra un orientamento cospicuo della giurisprudenza più recente che afferma la piena compatibilità delle predette funzioni alla luce dell'art. 84, comma 4, del codice appalti, che ha escluso qualsiasi incompatibilità tra presidenza della commissione di gara e funzioni tecnico-amministrative relativamente al medesimo contratto.

Altro discorso è se la stessa persona possa cumulare la funzioni di responsabile del procedimento e di componente della commissione giudicatrice. La giurisprudenza è divisa, ma tende a prevalere la tesi della compatibilità, come affermato di recente dal Consiglio di Stato (V, 22 giugno 2010, n. 3890). Non manca però l'opinione di segno contrario ancora una volta sulla base dell'art. 84, comma 4, ove imopne ai componenti della commissione giudicatrice diversi dal presidente il divieto di svolgere "alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratti del cui affidamento si tratta".

Il divieto di cumulo delle funzioni di RUP e di direttore dei lavori sussiste solo quando si tratti di lavori d'importo superiore a € 500.000.

L'Autorità di Vigilanza (deliberazione 28 aprile 2004, n. 75) ha affermato che il RUP può essere sostituito durante lo svolgimento dell'incarico purché vi siano sopravvenute ragioni di organizzazione interna degli uffici ovvero ragioni di opportunità conseguenti a comportamenti tenuti dal responsabile del procedimento.

Secondo il TAR Veneto (I, 19 febbraio 210, n. 493) il RUP può essere interpellato dalla commissione di gara per risolvere dubbi interpretativi insorti in ordine al criterio di aggiudicazione. Sulla competenza del RUP nelle gare indette dagli enti locali si rammenti questa pronuncia: "È attratta alla sfera dei poteri gestionali propri del dirigente la determina a contrarre, con cui questi, sulla base delle sue specifiche competenze tecniche, definisce l'oggetto, la forma e le clausole essenziali del contratto, nonché le modalità di selezione del contraente (ad esempio, con procedura aperta, ristretta, negoziata, con criterio di aggiudicazione del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa). Invero, l'ordinamento degli enti locali risulta aver conferito ai dirigenti non solo la presidenza delle Commissioni di gara, ma ogni responsabilità in tema di procedure di affidamento di appalti, a partire dall'adozione degli atti di gara. D'altronde, soltanto assegnando al medesimo dirigente la gestione unitaria dell'intera procedura di affidamento, dalla fase preparatoria (determina a contrarre) a quella conclusiva (stipulazione del contratto), acquista pieno significato la previsione legislativa di una sua diretta responsabilità, con correlativa esclusione di ogni interferenza dell'organo di governo sull'esercizio dei compiti di amministrazione attiva. In un simile contesto, la determina a contrarre assume, dunque, i connotati propri dell'atto di gestione, rientrando nella competenza del responsabile (dirigente) del procedimento di spesa ed attuativo della deliberazione della Giunta Comunale, espressiva dei poteri di indirizzo e controllo politico – amministrativo" (cfr. TAR Napoli, VIII, 3 febbraio 2010, n. 555).

Altra pronuncia interessante : "Atteso che la gara che viene aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è una procedura composta da varie fasi, alcune delle quali necessitano di competenze amministrative ed altre, invece, di competenze tecniche, è legittima la procedura nella quale le fasi amministrative siano state espletate in seduta pubblica dal

Responsabile Unico del Procedimento (ai sensi dell'articolo 10, comma 2, d.lg. n. 163 del 2006 il RUP "svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice...che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti") coadiuvato da testimoni e dall'Ufficiale rogante, mentre la fase di valutazione delle offerte tecniche sia stata demandata ad una commissione presieduta sempre dal RUP, ma composta (in misura maggioritaria) da due tecnici che hanno garantito la massima competenza possibile nella valutazione delle offerte pervenute" (cfr. TAR Veneto, I, 27 gennaio 2010, n. 174). Ha peraltro chiarito il TAR Reggio Calabria, I, 6 giugno 2010, n. 532 che "seppur nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa, l'incombenza di effettuare la verifica di congruità delle offerte non può essere affidata al responsabile unico del procedimento, ciò non impedisce, però, al medesimo di effettuare ogni indagine e verifica che egli ritenga necessaria, purché ciò non si traduca in una integrale sottrazione alla commissione delle funzioni valutative alla stessa riservate (nella specie, la decisione sulla congruità o meno dell'offerta è stata sottoposta al plenum della commissione di gara e l'anomalia dell'offerta, previa lettura dell'esito delle verifiche di congruità, è stata da questa definitivamente ritenuta)".

L'art. 10 demanda al Regolamento di attuazione la individuazione di eventuali altri compiti da affidare al RUP e di determinare i requisiti di professionalità. A tal riguardo occorre dire che la potestà regolamentare è stata esercitata in maniera discutibile, in quanto l'art. 10 del Regolamento è andato oltre l'incarico ricevuto operando la ricognizione pressoché completa di tutte le attribuzioni proprie del responsabile del procedimento, collocando nel relativo elenco anche compiti e funzioni già indicati dal Codice. Questo, se da un lato soddisfa esigenze degli operatori del diritto di avere un quadro completo ed esaustivo del ruolo del RUP, dall'altro impinge negativamente nella gerarchia delle fonti giacché la medesima prescrizione assume il rango di norma primaria e subprimaria.

Compiti e funzioni possono essere classificati a seconda che riguardino la fase della progettazione, dell'affidamento e della esecuzione del contratto. Per la prima si segnala il comma 7 dell'art. 10, che affida al RUP la redazione di un documento preliminare all'avvio della progettazione con allegato ogni atto necessario alla redazione del progetto; per la seconda spetta al RUP proporre all'amministrazione aggiudicatrice il sistema di affidamento dei lavori, chiedere alla stessa la nomina della commissione giudicatrice nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, promuovere l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori, accertare l'effettiva situazione di carenza di organico in presenza della quale le funzioni di collaudatore sono affidabili ai sensi dell'art. 141, comma 4, del Codice a soggetti esterni alla stazione appaltante. Non rientra invece fra gli obblighi del responsabile del procedimento partecipare alle operazioni di gara: lo ha sostenuto il TAR Palermo, III, 9 dicembre 2009, n. 1878. Per la fase di esecuzione del contratto va rammentato che il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e la salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro, salvo che il soggetto, che nella struttura organizzativa dell'amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, non intenda adempiere direttamente.

Si ricordi la seguente pronuncia: "Al riguardo il Collegio, concordando con la sentenza del Tar Lombardia sez. III, n. 2673/2004, richiamata a pag. 5 della memoria conclusionale del comune di Milano, osserva che giusta la normativa che ne disciplina i compiti, non è prescritto in alcun che il responsabile del procedimento debba essere un componente necessario della Commissione di gara, né che gli atti relativi al procedimento debbano essere dallo stesso adottati, ben potendo accadere, come è dato riscontrare nella fattispecie in esame, che il responsabile del procedimento si sia avvalso dell'attività di altre strutture o uffici comunali, del cui operato risulta in ogni caso responsabile" (cfr. Tar Lazio III, 7 maggio 2008, n. 3711).

Entro sessanta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo il responsabile del procedimento è tenuto a trasmettere alla stessa il "*conto della gestione delle fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto affinché questa possa trasmetterla nei successivi sessanta giorni alla sezione giurisdizionale della Corte dei Conti*

territorialmente competente". Il RUP deve altresì inviare alla competente Procura regionale della Corte dei Conti copia dei mandati di pagamento emessi al fine della corresponsione all'appaltatore delle maggiori somme dovutegli a titolo di interessi per ritardato pagamento. Deve poi informare l'Autorità Giudiziaria di eventuali subappalti non autorizzati rivestendo la qualifica di pubblico ufficiale al pari del direttore dei lavori (Autorità di Vigilanza delibera 8 giugno 2005 n. 62).

Per quanto attiene il ruolo del RUP rispetto al procedimento di gara l'orientamento della giurisprudenza del tutto prevalente è che questi non può esercitare il potere ex art. 6, comma 1, lett. b) di chiedere la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee perché ciò comporterebbe l'alterazione del principio di parità delle condizioni fra i partecipanti alla gara, almeno quando gli errori o le omissioni siano significativi. In applicazione del principio del *contrarius actus* si ritiene che il dirigente responsabile del procedimento, in sede di approvazione dei verbali e di aggiudicazione definitiva, non può provvedere autonomamente alla correzione anche parziale dell'assegnazione dei punteggi e ciò anche a prescindere alla riserva di conferma dal medesimo espressa in qualità di Presidente della commissione. L'unico organo, infatti, al quale compete un siffatto potere di autotutela è la Commissione, di talché al responsabile del procedimento spetta un compito di controllo successivo in un certo senso "esterno" rispetto alle operazioni di valutazione delle offerte, potendo, in caso di dissenso, al più adottare un provvedimento di mancata approvazione dei verbali di gara, con rinvio alla Commissione per le necessarie correzioni, modifiche o integrazioni (Tar Napoli, I, 12 febbraio 2007, n. 989). I medesimi principi valgono anche per la valutazione dell'anomalia delle offerte non potendo il RUP attivare una spontanea istruttoria, senza le competenze tecniche che avevano contrassegnato la precedente attività della commissione (Tar Reggio Calabria, 9 febbraio 2005, n. 89). Secondo una giurisprudenza (Tar Bari, I, 24 ottobre 2007, n. 2624), invece, il dirigente dell'ente locale responsabile del procedimento e presidente della commissione aggiudicatrice ha competenza ad adottare un provvedimento di sostanziale modificazione dell'aggiudicazione provvisoria facendo leva sui compiti attribuiti al dirigente degli enti locali e sulla natura endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria.

Si ritiene altresì in giurisprudenza che il RUP può assegnare carattere perentorio ai termini che fissano la scansione procedimentale delle singole fasi del procedimento di gara (TAR Piemonte, II, 6.12.2003, n. 1762).

Per quanto riguarda l'anomalia delle offerte, l'art. 121, comma 2 del Regolamento assegna al responsabile del procedimento la funzione di esame delle giustificazioni presentate dai concorrenti ai sensi dell'art. 86, comma 5, del Codice, avvalendosi degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante ovvero della commissione di gara, ove costituita. Tale disposizione si applica, quando il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, anche ai lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 28, comma 1, lett. c), del Codice e superiore alla soglia di cui all'art. 122, comma 9, del Codice, così come ai servizi e alle forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 28, comma 1, lett. b) e superiore alla soglia di cui all'art. 124, comma 8. In particolare, mentre nel precedente regolamento, l'esame delle giustificazioni presentate e la conseguente valutazione della congruità dell'offerta poteva essere effettuata dal responsabile del procedimento avvalendosi soltanto degli organismi tecnici della stessa stazione appaltante, le nuove previsioni regolamentari, in attuazione dell'art. 88, co. 1 bis, del "codice", attribuiscono al responsabile del procedimento la facoltà di avvalersi, oltre che degli uffici o organismi tecnici della stazione appaltante, della commissione di gara, qualora costituita, ovvero di una commissione ad hoc. Appare preferibile ritenere, peraltro, che, ove già costituita, vale a dire nell'ipotesi di selezione della migliore offerta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il responsabile del procedimento sia tenuto ad avvalersi della stessa commissione che, se costituita da componenti con professionalità adeguata per la valutazione delle offerte, è naturalmente in possesso delle competenze tecniche per procedere anche alla valutazione delle giustificazioni e, quindi, della congruità dell'offerta, mentre la costituzione di una commissione ad hoc per la verifica della congruità delle offerte può essere necessaria quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio del prezzo più basso in cui, pur non essendo vietato, è evidente che non vi è nessuna

necessità di nominare una commissione essendo il criterio di scelta adottato un criterio meccanicistico ed espressione di accertamento tecnico e non di discrezionalità tecnica.

Per quanto riguarda il RUP nelle procedure di servizi e forniture, l'art. 272, comma 1, prevede che deve essere nominato "contestualmente alla decisione di realizzare l'intervento" ovvero nella fase di predisposizione dell'atto di programmazione ovvero, in mancanza di questo, nella determina o decreto o delibera a contrarre. Nessuna specificazione reca il regolamento in merito ai requisiti di professionalità minimi, come invece avrebbe dovuto fare in attuazione dell'art. 10, comma 6, del codice, ma si deve ritenere che il RUP debba essere in possesso titoli e competenza adeguati. Anche la disciplina delle attribuzioni del RUP per gli appalti di servizi e forniture è modellata su quella per i lavori pubblici di cui agli artt. 9 e 10. L'art. 272, comma 2 descrive l'obiettivo perseguito che è quello di creare una stretta connessione con tutti gli organi competenti coinvolti nelle diverse fasi di realizzazione dell'intervento, nei confronti dei quali il responsabile del procedimento "formula proposte".

Adempimenti in materia contributiva. La Parte I, Titolo II del Regolamento, recante «tutela dei lavoratori e regolarità contributiva», all'art. 4 – che ripropone, solo in parte, l'art. 7, D.M. LL.PP. n. 145/2000 estendendone l'applicazione anche al settore dei servizi e delle forniture - detta norme in materia di *Intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza contributiva dell'esecutore e del subappaltatore*. In particolare, il comma 2 stabilisce che in sede di acquisizione d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, del documento unico di regolarità contributiva in corso di validità (in ciascuna fase del ciclo dell'appalto, nelle ipotesi di cui all'art. 6, commi 3 e 4), in caso di ottenimento da parte del responsabile del procedimento del documento unico di regolarità contributiva che segnali un'inadempienza contributiva relativa a uno o più soggetti impiegati nell'esecuzione del contratto, il medesimo trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza. Il pagamento di quanto dovuto per le inadempienze accertate mediante il documento unico di regolarità contributiva è disposto dai soggetti di cui all'art. 3, comma 1, lett. b) del Regolamento, direttamente agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. A termini del comma 3, in ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o della verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. A termini del comma 8, in caso di ottenimento del DURC dell'affidatario del contratto negativo per 2 volte consecutive, il responsabile del procedimento, acquisita una relazione particolareggiata predisposta dal direttore dei lavori ovvero dal direttore dell'esecuzione, propone, ai sensi dell'art. 135, comma 1 del Codice, la risoluzione del contratto, previa contestazione degli addebiti e assegnazione di un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione delle controdeduzioni. Ove l'ottenimento del DURC negativo per 2 volte consecutive riguardi il subappaltatore, la stazione appaltante pronuncia, previa contestazione degli addebiti al subappaltatore ed assegnazione di un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione delle controdeduzioni, la decadenza dell'autorizzazione di cui all'art. 118, comma 8, del Codice dandone contestuale segnalazione all'Osservatorio per l'inserimento nel casellario informatico di cui all'art. 8. A termini dell'art. 6 del Regolamento, recante disposizioni in materia di *Documento unico di regolarità contributiva*, in caso di ottenimento del DURC dell'affidatario del contratto negativo per due volte consecutive, il responsabile del procedimento, acquisita una relazione particolareggiata predisposta dal direttore dei lavori ovvero dal direttore dell'esecuzione, propone, per grave inadempimento contrattuale, la risoluzione del contratto ai sensi delle disposizioni e delle procedure di cui all'art. 136 del Codice. Ove l'ottenimento del DURC negativo per due volte consecutive riguardi il subappaltatore, la stazione appaltante pronuncia la decadenza dell'autorizzazione di cui all'art. 118, comma 8, del Codice, dandone contestuale segnalazione all'Osservatorio per l'inserimento nel casellario informatico di cui all'art. 8. A termini dell'art. 196 (recante Disposizioni in materia di documento unico di regolarità contributiva in sede di esecuzione dei lavori) è assegnato alle casse edili (in base all'accordo di livello nazionale tra le parti sociali

firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile) e al Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, il compito di verificare la regolarità contributiva e assumere i dati, forniti dal direttore dei lavori, relativi all'incidenza della mano d'opera riferita all'esecuzione dei lavori, in relazione al singolo cantiere sede di esecuzione del contratto. Dell'esito della verifica della regolarità contributiva e della congruità della manodopera relativa all'intera prestazione è dato atto nel documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 6, comma 3, lett. e). Non risulta riproposta, nell'ultima versione del Regolamento, la norma secondo cui in caso di DURC che accerti la non corrispondenza alla stima di congruità della manodopera compiuta in sede progettuale, il responsabile del procedimento, in base all'entità dello scostamento aveva, alternativamente, facoltà di: rimandare la valutazione di congruità in sede di collaudo; diffidare per iscritto il contraente; proporre la risoluzione del contratto.

Adempimenti in materia retributiva. L'art. 5 del Regolamento, recante «Intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva dell'esecutore e del subappaltatore», ripropone, solo in parte, le disposizioni dell'art. 13, D.M. LL.PP. n. 145/2000, estendendone l'applicazione anche al settore dei servizi e delle forniture. A termini del comma 1, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti di cui all'art. 118, comma 8, ultimo periodo, impiegato nell'esecuzione del contratto, il responsabile del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'esecutore, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Decorso infruttuosamente il suddetto termine e ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, i soggetti di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), possono pagare anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'esecutore del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi degli artt. 37, comma 11, ultimo periodo e 118, comma 3, primo periodo, del Codice. Il responsabile del procedimento predispone quietanza dei pagamenti eseguiti dai soggetti di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), sottoscritta dagli interessati. Spetta, altresì, al responsabile del procedimento, nel caso di formale contestazione delle richieste di pagamento delle retribuzioni, provvedere all'inoltro delle richieste e delle contestazioni alla direzione provinciale del lavoro per i necessari accertamenti.

Sicurezza sul lavoro. I relativi compiti sono regolati all'art. 10, commi 2 e 3, del Regolamento che deve essere coordinato con le disposizioni del D.Lgs. 81/2008. Il responsabile del procedimento assume il ruolo di responsabile dei lavori ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro, salvo che il soggetto che nella struttura organizzativa della Amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, intenda adempiere direttamente agli obblighi dalle stesse norme previsti.

Relazione sul conto finale ex art. 202 del Regolamento

Si tratta di una importante novità dettata dal nuovo Regolamento. La norma su citata, al suo comma 1, assegna al responsabile del procedimento un termine di 60 giorni decorrente dalla firma dell'esecutore sul conto finale ovvero dalla scadenza del termine a tal fine assegnatogli, per redigere una propria relazione finale riservata corredata dai seguenti documenti: a) contratto di appalto, atti addizionali ed elenchi di nuovi prezzi, con le copie dei relativi decreti di approvazione; b) registro di contabilità, corredato dal relativo sommario; c) processi verbali di consegna, sospensioni, riprese, proroghe e ultimazione dei lavori; d) relazione del direttore coi documenti di cui all'art. 200, comma 2; e) domande dell'esecutore. Il comma 2 dell'art. 202 pone, poi, a carico del responsabile del procedimento l'onere di formulare una propria relazione riservata, esprimendo il proprio motivato parere sulla fondatezza delle riserve dell'esecutore che non hanno formato oggetto di transazione o di accordo bonario.

Come si è ricordato in sede di commento generale al Regolamento, altra novità significativa introdotta ai compiti del RUP, in quanto prevede l'obbligatorietà della verifica dei progetti prima della loro validazione da parte del responsabile del procedimento (articoli 44 - 59), con la precisazione che la verifica deve accertare, tra l'altro, la completezza della progettazione, la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso e l'adeguatezza dei prezzi unitari utilizzati. L'art. 47, comma 2, lett. c) prevede che il responsabile del procedimento provvede alla verifica del progetto per lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro, per opere puntuali e inferiore alla soglia di cui all'art. 28, comma 1, lett. c) del codice, per opere a rete (semprech  non abbia svolto le funzioni di progettista). Gli artt. 47 e 48 disciplinano rispettivamente le modalit  di verifica attraverso strutture interne o esterne alla stazione appaltante, stabilendo che, in entrambi i casi, il responsabile del procedimento *“individua, nella lettera di incarico, nel caso di verifica ai sensi dell'articolo 47, e negli atti di gara, nel caso di verifica ai sensi dell'articolo 48 le modalit  di verifica degli elaborati”* (cfr. art. 49 del Regolamento).

Passaggio successivo   la validazione del progetto, che consiste, ai sensi dell'art. 55 del regolamento, nell'atto formale che riporta gli esiti delle verifiche. Essa   sottoscritta dal responsabile del procedimento e fa preciso riferimento al rapporto conclusivo di cui all'art. 54, comma 7. Il RUP pu  esprimere dissenso rispetto agli esiti delle verifiche. L'art. 56 stabilisce le responsabilit  che derivano dall'attivit  di verifica dei progetti e se ne parler  a tempo debito.

L'Autorit  di Vigilanza ha stabilito che la verifica implica un accertamento di tipo sostanziale, per cui il responsabile del procedimento deve verificare, tra l'altro, la corrispondenza tra elaborati grafici e computi metrici attraverso un riscontro appunto non meramente formale ma sostanziale. (delibera n. 146 del 30 settembre 2007 anche in contraddittorio con i progettisti (delibera n. 48 del 17 marzo 2004) e verificando l'avvenuta acquisizione dei prescritti pareri (Deliberazione n. 311 del 26 settembre 2001). Il RUP deve anche verificare, in contraddittorio, che il progetto esecutivo sia conforme alla normativa vigente e al documento preliminare della progettazione. In caso di apposizione di riserve deve valutare l'eventuale sussistenza delle condizioni per l'apporto di varianti.

Si ricordi che secondo una giurisprudenza affermata nel vigore del precedente regolamento attuativo in materia di lavori (n. 554/99) la validazione pu  anche intervenire in sanatoria, quindi ex post., ma l'Autorit  di Vigilanza ha di recente osservato che la validazione costituisce un atto formale, essenziale ai fini della successiva approvazione e dell'avvio delle procedure di affidamento dei lavori. Anche in base alla nuova disciplina si deve affermare che i soggetti esterni incaricati della verifica della progettazione non possono aver ricoperto in precedenza alcun ruolo nell'espletamento delle attivit  progettuali, n  tanto meno svolgere alcun compito in sede di realizzazione dei lavori.

RUP e gestione stragiudiziale del contenzioso

Vengono in rilievo gli artt. 239 e 240 del Codice Appalti, ma anche l'art. 10 lett. cc) del Regolamento. La prima norma prevede che il dirigente competente, sentito il responsabile del procedimento, esamina la proposta di transazione formulata dal soggetto aggiudicatario ovvero pu  formulare una proposta di transazione. Tale norma va letta in combinato disposto con quella regolamentare, la quale prevede che il RUP propone la transazione e la definizione bonaria delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori.

Per quanto riguarda l'accordo bonario, l'art. 240, cos  come profondamente rinnovato dalla riforma introdotta con il decreto legislativo n. 53/2010, assegna al RUP un ruolo particolarmente pregnante, in quanto prevede che, ove le riserve siano rilevanti (ove siano cio  in grado di variare l'importo contrattuale in misura almeno pari al 10 %), il direttore dei lavori dia comunicazione al RUP delle riserve stesse (trasmettendo la relazione riservata), ed il RUP valuta la ammissibilit  e non manifesta infondatezza delle riserve. Per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a dieci milioni di euro, il RUP promuove la costituzione di apposita commissione affin  formuli,

acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, entro novanta giorni dalla costituzione della commissione, proposta motivata di accordo bonario. Il comma 8 prevede che dei tre componenti della commissione uno sia nominato dal RUP stesso. Il comma 13 altresì prevede che, ove il soggetto che ha formulato le riserve non provveda alla nomina del componente della commissione di sua scelta nel termine di 20 gg. dalla richiesta del RUP, sarà quest'ultimo a formulare la proposta di accordo bonario. Si ricordi che in tema il comma 15 bis ha introdotto un duplice profilo di responsabilità, disciplinare ed erariale, in capo al RUP, cosa di cui si parlerà nel paragrafo che segue.

L'art. 241, infine, disciplina la procedura arbitrale senza fare specifico riferimento al ruolo del RUP.

Responsabilità civili, penali e amministrativo-contabili del RUP

Viene in considerazione la nuova disciplina introdotta dal Regolamento e che ha avuto una gestione alquanto travagliata. Invero la prima formulazione dello schema di regolamento prevedeva all'art. 10, comma 7 la responsabilità, oltre che disciplinare, risarcitoria del RUP ove derivino danni all'amministrazione aggiudicatrice in conseguenza del suo comportamento violativo degli obblighi previsti dal codice e dal regolamento o inadempiente dei compiti assegnati. Il CdS ne ha suggerito la soppressione, in quanto la disciplina in materia di risarcimento del danno è regolata dalla legge, di talché la sua formula è stata variata nel comma 7 dell'art. 10 alla quale si rinvia. E' stato altresì soppresso il terzo comma dell'art. 273 in materia di servizi e forniture. Si ritiene che la responsabilità del RUP è governata dai principi generali della l.n. 241/90 ed in particolare dell'art. 1 della legge n. 241/90 e l'art. 2-bis in materia di danno da ritardo. Dalle inadempienze o inerzie del RUP possono derivare sia illegittime esclusioni, sia illegittime aggiudicazioni, di talché può conseguire sia danno erariale diretto che indiretto. In particolare, ragioni di danno erariale possono derivare a seguito dell'annullamento di una procedura di appalto ad opera del giudice amministrativo con una duplice possibile conseguenza:

1) caso in cui il g.a., adito da un concorrente ingiustamente escluso, si sia limitato ad annullare l'intera procedura di gara, attesa la possibilità di ripeterla; in tal caso il danno che l'amministrazione può subire indirettamente si compone di due voci: le spese della nuova gara (C.Conti, sez. Abruzzo, sent. 11 giugno 2004, n. 453) e le spese legali che l'amm.ne sia stata eventualmente condannata a rifondere al ricorrente (C.Conti, sez. Abruzzo, sent. 24 gennaio 2006, n. 29), il tutto nei limiti della colpa grave;

2) altra ipotesi è quella in cui, non essendo possibile la ripetizione della gara, all'annullamento degli atti di gara fa seguito la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno, ove l'impresa ricorrente può chiedere il risarcimento sia del danno emergente sia il risarcimento n via equitativa del danno da perdita di chance di aggiudicarsi l'appalto sub specie di utile economico che sarebbe derivato dall'aggiudicazione illegittimamente negata, danno riconnesso documentalmente alla dimostrazione di non aver potuto utilizzare le maestranze e i mezzi, lasciati disponibili per l'appalto non aggiudicato, per altri servizi. Non è da trascurare la possibilità, quale *modus discessus*, di esercitare i poteri di autotutela.

Altra ipotesi è quella in cui, a fronte della legittimità del provvedimento di aggiudicazione, si verifichi un danno erariale nel corso della procedura di gara per: l'abuso o il cattivo uso da parte dell'amministrazione di quegli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie; per violazione del divieto di rinnovo tacito dei contratti (art. 57, comma 7 del Codice); per ricorso a trattativa privata fuori dai casi consentiti (danno corrispondente alla differenza tra il prezzo pagato e quello che si sarebbe ottenuto sperando una gara), danno da ritardato o omesso pagamento all'appaltatore; danno da pagamento di penali o perdita di caparra ovvero da omessa applicazione di penali o da omessa ritenuta di caparra; danni da mancata escussione della fideiussione.

Vi sono poi ipotesi di resp. contabile, quale *species* del *genus* resp. amministrativa, che grava solo sui funzionari tenuto al maneggio di denaro pubblico (agenti contabili) e che sono tenuti a documentare l'attività di gestione del denaro e dei beni pubblici custoditi (obbligo di

rendicontazione). In tal caso la responsabilità sarà accertata all'esito del cd. giudizio di conto che prende avvio dalla presentazione del conto, che è appunto il presupposto per l'avvio del procedimento di rendiconto.

Va infine evidenziato che l'art. 15 *bis*, introdotto dal d.Lgs. n. 53/2010, riconnette responsabilità sia disciplinare che erariale al ritardo da parte del RUP nei suoi adempimenti, segnatamente finalizzati alla costituzione della commissione (comma 5) o alla formulazione della proposta di accordo bonario (comma 13).

Si è detto che l'art. 56 del Regolamento fissa le responsabilità del soggetto che provvede alla verifica del progetto a base d'asta e che, come detto, può essere anche il responsabile del procedimento. La norma discorre di responsabilità da inadempimento (per mancato rilievo di errori ed omissioni), di responsabilità degli accertamenti previsti dagli artt. 52 e 53, profili di responsabilità che riguardano i danni "derivanti alla stazione appaltante" e se il soggetto preposto alla verifica è un dipendente della stazione appaltante ne risponderà nei limiti della copertura assicurativa.

Con riferimento al testo della legge Merloni, la giurisprudenza ha affermato che "La contestazione per l'irrogazione di sanzione amministrativa pecuniaria (nel caso di specie, per l'inottemperanza agli obblighi di fornire informazioni all'Autorità di vigilanza in materia di appalti di lavori pubblici) deve avvenire, oltre che nei confronti del responsabile del procedimento amministrativo, anche nei confronti del legale rappresentante dell'ente locale, stante la solidarietà nel pagamento della sanzione irrogata" (cfr. Tar L'Aquila, 10 marzo 2009, n. 139).

L'aggiudicazione e la stipulazione del contratto alla luce del Codice Appalti e del Regolamento

Giova preliminarmente fare rinvio al testo delle norme di riferimento contenute nel Codice dei contratti pubblici (artt. 11 e 12).

Aggiudicazione provvisoria, definitiva e relative comunicazioni ed avvisi funzionali alla trasparenza

L'iter procedimentale che conduce alla stipulazione del contratto si connota, come noto, per il duplice momento rappresentato dall'aggiudicazione provvisoria e definitiva, così come indicato all'art. 11 del Codice dei contratti pubblici testé riprodotto. E' da notare che sia il primo che il secondo atto sono sottoposti ad attività di controllo, il primo ai sensi dell'art. 12 (approvazione), il secondo ai sensi dell'art. 11, comma 8, che prescrive la verifica del possesso dei prescritti requisiti. Può dirsi fallito il tentativo di rinvenire nell'aggiudicazione provvisoria il vero provvedimento terminale del procedimento, tesi formulata da alcuni (C. Stato, V, 7 maggio 2008, n. 2089; Tar Liguria II, 3 febbraio 2010, n. 237) valorizzando la previsione di cui all'art. 12 comma 1 che contempla una ipotesi di silenzio assenso alla scadenza del termine per l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

Infatti, il momento terminale della procedura ad evidenza pubblica è contrassegnato dall'aggiudicazione (definitiva) del contratto al miglior offerente, atto con il quale la stazione appaltante, selezionate le offerte mediante il criterio indicato nel bando, individua la propria controparte negoziale. L'aggiudicazione provvisoria (art. 11, comma 4, Codice dei contratti) è soggetta all'approvazione da parte dell'organo competente, secondo l'ordinamento delle singole amministrazioni aggiudicatrici e nei termini ivi previsti (o, in mancanza di previsione, nel termine di trenta giorni), decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo di controllo, tenuto alla verifica della regolarità e della legittimità dell'intero iter procedimentale (art. 12, comma 1). Con l'approvazione (ovvero con il silente decorso del termine), si procede all'aggiudicazione definitiva ma non ancora efficace (art. 11, comma 5); inoltre, ex art. 11, comma

7, essa non equivale ad accettazione dell'offerta, sicché il rapporto contrattuale tra amministrazione aggiudicatrice e miglior offerente deve intendersi non ancora instaurato. L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso, da parte del miglior offerente, dei requisiti prescritti dal bando (art. 11, comma 8). Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto ha luogo entro il termine di sessanta giorni (termine ordinatorio), ma non prima che siano decorsi trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati dell'intervenuta aggiudicazione (termine dilatorio), salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentano all'amministrazione di attendere il decorso di tale termine (art. 11, commi 9 e 10). Nel caso in cui l'amministrazione, aggiudicato il contratto, rimanga inerte e silente, anziché provvedere alla stipulazione nel termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione, l'art. 11, comma 9, del Codice dei contratti pubblici attribuisce al soggetto individuato quale controparte negoziale della P.A. il diritto di sciogliersi da ogni vincolo con atto notificato alla stazione appaltante, escludendo però ogni spettanza indennitaria, fuorché il rimborso delle spese contrattuali sostenute (e documentate) per la partecipazione alla gara.

L'efficacia del contratto, infine, soggiace alla condicio iuris dell'approvazione da parte dell'organo competente (art. 12, comma 2), analogamente a quanto previsto per l'approvazione dell'aggiudicazione. In definitiva, l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto segnano, rispettivamente, il momento terminale della procedura ad evidenza pubblica e quello iniziale del rapporto negoziale tra l'amministrazione aggiudicatrice e il contraente privato risultato miglior offerente. Si supera quindi l'idea che l'aggiudicazione sia, al tempo stesso, momento terminale della procedura pubblicistica ed atto privatistico di perfezionamento del vincolo contrattuale. Detta scissione è volta sia a consentire il controllo dei requisiti dell'aggiudicatario prima della stipula sia, anche, in omaggio ai moniti comunitari, a rendere possibile il ricorso dei controinteressati prima del fatto, in senso lato ostativo, della stipula. In relazione alla natura giuridica dell'aggiudicazione, il Cons. Stato, sez. II, parere 27 marzo 2007, n. 440, ha affermato che "la tesi che riconosce all'aggiudicazione natura provvedimentale, non anche negoziale, pare ora confortata dall'art. 11, comma 7, D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, laddove prevede che "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta".

Viceversa, la giurisprudenza non ha ancora preso alcuna posizione in merito alla natura giuridica della posizione soggettiva vantata dal privato aggiudicatario nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva la stipulazione del contratto.

Nel procedimento di formazione dei contratti della pubblica amministrazione, la sesta sezione del Consiglio di Stato (sentenza 17.12.2008 n. 6275) registra l'attuale tendenza - scolpita dall'art. 11, co. 7, del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163 del 2006) - di separare l'aggiudicazione della procedura, dalla stipulazione del contratto, prevalendo l'opinione che, anche laddove il procedimento segua modelli che ancora ammettono la contestualità dei due atti sia facoltà della P.A. tenerli distinti. E ciò in ragione della ritenuta natura derogabile dell'art. 16 cit. in ragione di quanto disposto dall'art. 89 del regio decreto 827/1924 (regolamento di contabilità di Stato), nella parte in cui prevede che l'amministrazione invia agli interessati, prima dell'aggiudicazione, uno schema negoziale contenente condizioni generali e speciali, "non escluda quelle relative al quarto dell'insorgere del vincolo che, dunque, può essere diacronicamente posticipato rispetto all'aggiudicazione". Muovendo dalla piena valorizzazione del citato art. 11, il Collegio finisce per prendere posizione sulla questione relativa alla natura giuridica da ascrivere all'aggiudicazione, mostrando di aderire all'opzione interpretativa di stampo pubblicistico che qualifica l'atto conclusivo della fase di evidenza pubblica in termini di provvedimento: con l'aggiudicazione l'amministrazione appaltante si limita a selezionare l'impresa con la quale stipulerà successivamente il contratto, senza con ciò manifestare alcuna volontà negoziale (CGA Sicilia, 20 luglio 1999, n. 365; Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 677).

Su diverse posizioni si attesta un secondo orientamento, che ascrive all'aggiudicazione una natura "mista", certo provvedimentale ma anche negoziale, integrando, al contempo, la determinazione che conclude la procedura di selezione del contraente privato e l'atto giuridico con il quale

l'amministrazione formalizza la volontà, di contrarre con l'impresa prescelta ed alle condizioni dalla stessa offerte (CGA Sicilia, 8 marzo 2005, n. 104; Cons. Stato, sez. IV, n. 3355; Id., sez. IV, 14 gennaio 2000, n. 244).

L'art. in commento destina gli atti di aggiudicazione provvisoria e definitiva a due diverse forme di controllo, in quanto per la prima prevede l'approvazione, per la seconda la verifica del possesso dei requisiti. Si badi che questa verifica, che non condiziona il perfezionamento della fattispecie, ma solo l'efficacia, può intervenire sia prima che dopo l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria essendo parallela a questa.

Per quanto riguarda le comunicazioni e la trasparenza (gli avvisi funzionali alla trasparenza che sono ontologicamente differenti dall'accesso) valgono gli articoli 79 e 79 bis nella loro testuale formulazione.

Accesso agli atti e privacy

Da notare che l'art. 79 prevede l'accesso automatico agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione. L'accesso agli atti di gara è disciplinato dall'art. 13 del Codice contratti pubblici, norma alla quale quindi si fa rinvio. Dalla sua lettura si può dedurre che il legislatore ha inteso distinguere tra le ipotesi in cui il diritto di accesso è differito da quelle invece in cui è escluso. Si afferma infatti che l'art. 13 in esame amplia i limiti oggettivi dell'accesso dettando delle regole speciali che prevalgono sulla disciplina generale di cui all'art. 24 della l.n. 241/90, per cui il bilanciamento tra esigenze di riservatezza e interesse ostensivo è realizzato dallo stesso legislatore a favore del segreto (Know how). Segnalo che le informazioni contenute nelle offerte e nelle giustificazioni sono segretate su iniziativa dello stesso offerente in base a dichiarazione comprovata e motivata ovvero sulla base di previsione del regolamento. Tale controinteresse alla ostensione è però recessivo in caso di necessità di esercizio del diritto di difesa, che, si badi, non deve essere comprovato ma solo dichiarato (cd. accesso difensivo). Il diritto di accesso non assume carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, ma ha una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale e dalla stessa possibilità di instaurazione del medesimo. Pertanto è ammissibile anche in assenza di una rituale impugnazione degli esiti del procedimento di gara in relazione alla quale l'accesso è stato richiesto. In presenza di un contrapposto diritto alla riservatezza (nel caso di specie, relativa a beni della vita tutelati da altre norme dell'ordinamento, quale il "know how" industriale), il diritto di accesso è idoneo a prevalere nella forma attenuata della visione degli atti solo in relazioni a quegli atti o a quelle parti di documenti, la cui conoscenza è necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici del richiedente. Con particolare riguardo alle procedure di evidenza pubblica, la difesa degli interessi giuridici del partecipante alla gara, risultato non aggiudicatario, va limitata a quei documenti o parti di essi valutati dall'amministrazione per l'ammissione alla procedura, per la verifica della sussistenza dei requisiti di partecipazione e per la valutazione dell'offerta e l'attribuzione dei punteggi (C.Stato, sez. VI, 07 giugno 2006, n. 3418). La giurisprudenza è ormai orientata per la netta prevalenza del cd. accesso difensivo sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale (C. Stato, sez. VI, 10 maggio 2010, n. 2814, secondo cui "Ai sensi dell'art. 13, comma 5, d.lg. n. 163/2006, è esclusa dal raggio di azionabilità del diritto di ostensione la documentazione suscettibile di rilevare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti, sì da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso non già per prendere visione della stessa allorché utile a coltivare la legittima aspettativa al conseguimento dell'appalto, quanto piuttosto per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. È consentito l'accesso solo 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"). Laddove il regolamento interno della stazione appaltante contenga ulteriori limitazioni al diritto di accesso tali limitazioni devono considerarsi illegittime.

Mentre in passato la giurisprudenza era fortemente divisa tra chi sosteneva, per quanto riguarda l'ostensione dei progetti, che questa potesse ammettersi, in presenza di possibile lesione del segreto professionale, solo la visione e non anche l'estrazione di copia e chi sosteneva che dovessero ammettersi entrambi, oggi la questione deve ritenersi superata alla luce dell'intervento della l.n. 15/2005 che ha abrogato l'art. 24, comma 2, lett. d), con la conseguenza che il diritto di accesso si esercita mediante estrazione di copia. Si ricordi che, in base all'A.P. n. 7 del 2006, non è ammissibile la reiterazione dell'istanza di accesso e l'impugnazione del successivo diniego in caso di mancata reazione al silenzio serbato dall'amministrazione o al diniego sulla precedente istanza.

Diniego di aggiudicazione

Il diniego di aggiudicazione è espressamente contemplato dall'art. 79 comma 5 lett. b bis ove si dice che l'amministrazione comunica a tutti i candidati la decisione di non aggiudicare un appalto. E' una ipotesi diversa da quella di cui all'art. 11, ove si prevede che l'amministrazione lasci decorrere il termine fissato senza stipulare il contratto. La norma anzidetta va letta in combinato disposto con l'art. 81, co. 3, del Codice dei contratti pubblici, il quale prevede che " *le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto*". Tale norma fissa, a livello normativo, il principio giurisprudenziale secondo cui, in materia di contratti della Pubblica Amministrazione, il potere di non aggiudicare ben può trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse (Cons. St., sez. V, 25 novembre 1999, n. 1986; Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007, n.2838). Il T.A.R. Calabria - Catanzaro - 25.5.2009 n. 511 osserva che si tratta di una potestà pubblica "esercitabile sulla base della valutazione degli interessi pubblici, ma pur sempre in aderenza, tra l'altro, ai principi di ragionevolezza, non discriminazione, proporzionalità, affidamento e buona fede in senso oggettivo". Tale rilievo esclude "che quella riconosciuta alla stazione appaltante sia una semplice facoltà, comunque esercitabile in funzione esclusiva di una convenienza liberamente valutata al momento di procedere all'aggiudicazione". Peraltro, la giurisprudenza ha costantemente affermato la necessità 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. Occorre, pertanto, una congrua motivazione, che metta in risalto l'iter logico attraverso il quale, sulla base della considerazione di prevalenti interessi pubblici, si è statuito di concludere negativamente il procedimento concorsuale" (Tar Calabria, Catanzaro, 4 luglio 2006 n. 785). Peraltro, occorre osservare che " la potestà in questione appare esercitabile solo in presenza di circostanze obiettivamente rilevanti e non preventivabili e prevenibili al momento della predisposizione della *lex specialis*".

Diversamente - osservano i giudici - non si tratta di non convenienza dell'offerta, quanto piuttosto di errori o difetti della *lex specialis*, a cui l'amministrazione appaltante potrà ovviare mediante l'esercizio del potere di autotutela, ove ne ricorrano tutti i presupposti, e non già optando per il diniego di aggiudicazione.

Ciò premesso in termini generali, il Collegio accoglie le precipue censure formulate alla ricorrente, ove osserva che, in presenza della adozione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, i vincoli all'esercizio del potere di cui al terzo comma dell'art. 81 cit. appaiono ancor più stringenti per la stazione appaltante. Difatti, in sede di predisposizione del bando di gara o degli inviti, l'amministrazione, nel fissare il prezzo a base di gara, è tenuta ad effettuare una rilevazione dei prezzi di mercato, ai sensi dell'art. 89 del Codice dei contratti pubblici. Ne discende che, in linea di principio, "un'offerta in ribasso rispetto al prezzo a base di gara non potrà che essere allineata ai prezzi di mercato e non se ne potrà quindi affermare la non convenienza.

L'eventuale non convenienza non potrà che dipendere da errori nella predisposizione del bando o dell'invito, cui si potrà rimediare con gli stramenti dell'autotutela". Precisa ulteriormente che "ciò non esclude in modo assoluto la possibilità di non aggiudicazione, potendosi verificare soggettive di

interesse legittimo. Detta funzionalizzazione è indifferente al carattere situazioni eccezionali o comunque imprevedibili, quali ad esempio fluttuazioni del mercato, che possono giustificare valutazioni diverse, di cui, ovviamente, dovrà darsi ampiamente conto nel provvedimento di diniego di aggiudicazione”.

Tuttavia, nel caso di specie, il Collegio non ha ritenuto sussistente alcuna delle ragioni volte a fondare la legittimità della determinazione di non aggiudicazione. "Il provvedimento - si osserva - appare adottato in funzione di una generica valutazione di non convenienza dell'offerta e non di specifiche situazioni non preventivabili al momento dell'invio degli inviti”, sicché i giudici concludono per l'annullamento della determinazione adottata dalla stazione appaltante.

Asserita l'illegittimità della condotta tenuta dall'amministrazione, il Tar adito si sofferma sulla responsabilità alla stessa addebitabile, atteso che gli effetti demolitori prodotti dalla caducazione del provvedimento impugnato "si rivelano non soddisfatti dell'interesse della società ricorrente, che è correlato alla possibilità di aggiudicarsi l'appalto, al fine di conseguire un utile”. In proposito, i giudici non mancano di osservare che "il danno patrimoniale dedotto risulta prodotto in lesione di una situazione di interesse legittimo di tipo pretensivo, che sottende un interesse che appare meritevole di tutela, potendosi esprimere un positivo giudizio prognostico in ordine alla spettanza del bene della vita cui esso di riferisce, visto che la ricorrente era l'unica offerente in gara ed aveva conseguito l'aggiudicazione provvisoria. Tale rilievo e l'accertata illegittimità del provvedimento di aggiudicazione connotano in termini di ingiustizia il danno patrimoniale dedotto". Ciò premesso, i giudici vagliano, nello specifico, la positiva integrazione dei diversi elementi costitutivi della responsabilità della P.A., come individuati dalla fattispecie dell'illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. Il Collegio indugia, in particolare, sull'elemento soggettivo della colpa della P.A., integrato dal "comportamento illegittimo, consistente nell'adozione ed esecuzione dell'atto annullato, implichi la violazione delle regole di diligenza imparzialità e trasparenza, alle quali l'esercizio della funzione deve costantemente ispirarsi” e di cui il danneggiato deve fornire dimostrazione, mediante l'allegazione di elementi indiziari, "neutralizzabili" dall'amministrazione ove dimostri l'esistenza di elementi riconducibili allo schema dell'errore scusabile, "definibili sulla base dell'impostazione propria della giurisprudenza comunitaria, che, nell'assegnare valenza decisiva alla gravità della violazione, utilizza parametri quali il grado di chiarezza della norma violata, la presenza di una giurisprudenza consolidata sulla questione, la novità di essa, riconoscendo, in tal modo, portata esimente all'errore di diritto”. Tuttavia, con riguardo al caso di specie, i giudici osservano che l'amministrazione ha violato norme giuridiche e previsioni della lettera di invito "che si prestano ad interpretazione assolutamente univoca e non pongono soverchie difficoltà all'atto della loro applicazione. Il potere discrezionale di non aggiudicare in favore dell'offerta non congrua a non conveniente, previsto dall'art. 81, non è che una semplice facoltà ad esercitare in funzione esclusiva di una convenienza liberamente valutata al momento di procedere all'aggiudicazione”.

In conclusione, il potere che la norma in commento assegna all'amministrazione la facoltà di non aggiudicare che però, pur nel suo intrinseco contenuto discrezionale, deve essere esercitata in maniera conforme ai canoni della buona fede e dell'affidamento degli interessati. L'atto con il quale di concreta il diniego di aggiudicazione è quindi suscettibile di sindacato giurisdizionale, con conseguente esposizione della p.a. a responsabilità precontrattuale, con conseguente risarcibilità del solo interesse negativo.

La giurisprudenza afferma che, ove il diniego di aggiudicazione sia accompagnato dalla indizione di una nuova gara, occorre, a pena di inammissibilità del ricorso, che l'impresa impugni anche quest'atto articolando apposita censura.

La vicenda del diniego di aggiudicazione non va confusa con l'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante, che, come detto, presuppone l'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva; ne consegue che il potere in argomento può essere esercitato tra l'aggiudicazione provvisoria e la verifica del possesso dei requisiti, che rende efficace l'aggiudicazione definitiva.

Si ritiene, per tal motivo, che non sarebbe necessaria la comunicazione di avvio del procedimento (C. Stato, V, 24 ottobre 2006, n. 6332).

Non resta che da chiedersi quale rilevanza si possa attribuire alla clausola di riserva del potere di non aggiudicazione contenuta nel bando di gara. Taluni, in dottrina, ritengono che in tal caso l'amministrazione non sia onerata dall'obbligo di motivazione, potendo semplicemente richiamare tale clausola nel denegare l'aggiudicazione, ma altri ritengono invece che sia irrilevante, avendo comunque l'amministrazione l'obbligo di motivare. Si sottolineano altresì i presupposti in base ai quali il potere in oggetto può essere esercitato, costituiti, per espressa previsione normativa, dalla non convenienza o inidoneità delle offerte. Si tratta di ipotesi distinte, in quanto l'una riflette il dato economico, l'altra invece si riconnette alle caratteristiche tecniche dell'oggetto dell'appalto e si differenzia dalla non appropriatezza dell'offerta, in cui l'inadeguatezza della stessa è tale da rendere impossibile finanche la sua valutazione e costituisce motivo di ricorso alla procedura negoziata non preceduta da gara ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. a).

Aggiudicazione e autotutela

L'art. 11 prevede espressamente che l'amministrazione possa esercitare i poteri di autotutela sull'aggiudicazione definitiva con ciò implicitamente escludendo che essi siano esercitabili nei riguardi del provvedimento di aggiudicazione provvisoria. Se l'Amministrazione ritira tale atto, infatti, avendo questo natura di atto endoprocedimentale, non saranno necessarie le garanzie previste in materia di procedimenti di autotutela.

Il già esaminato art. 10 prevede che la stazione appaltante possa rimanere inerte dopo l'aggiudicazione definitiva lasciando così decorrere il termine per la stipulazione del contratto. Fermo che tale ipotesi è diversa da quella del diniego di aggiudicazione in quanto non si consolida attraverso un atto formale, ma la semplice inerzia e che la stessa fa sì che in capo all'impresa si configuri un diritto potestativo il cui esercizio le consente di sottrarsi alla stipulazione del contratto, è d'uopo osservare che l'impresa aggiudicataria ha sempre la possibilità di adire il g.a. per la declaratoria dell'inerzia dell'amministrazione e comunque per il risarcimento del danno precontrattuale. D'altro canto l'impresa può impugnare gli atti di autotutela dell'aggiudicazione sulla cui base l'amministrazione si rifiuta di stipulare il contratto d'appalto.

L'esercizio dei poteri di autotutela comporta però l'applicazione del regime che è previsto in tali casi. Infatti, "L'espressa previsione nell'art. 21 quinquies, l. n. 241 del 1990 dell'obbligo di indennizzare il privato, per eventuali pregiudizi subiti in conseguenza della revoca, non fa venire meno la possibile responsabilità della stazione appaltante, per violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto di appalto" (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 12 gennaio 2011, n. 20). Si afferma in giurisprudenza infatti che la legittimità dell'atto di revoca dell'aggiudicazione di una gara di appalto non elimina il profilo relativo alla valutazione del comportamento dell'amministrazione, con riguardo al rispetto dei canoni di buona fede e correttezza (da intendersi in senso oggettivo), nell'ambito del procedimento di evidenza pubblica preordinato alla selezione del contraente, così come l'espressa previsione nell'art. 21 quinquies l. n. 241 del 1990 dell'obbligo di indennizzare il privato, per eventuali pregiudizi subiti in conseguenza della revoca, non fa venir meno la possibile responsabilità della stazione appaltante per violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative che conducono alla conclusione del contratto di appalto; pertanto, non costituisce ostacolo al riconoscimento della responsabilità pre-contrattuale dell'ente la reiezione della domanda di annullamento del provvedimento di revoca, poiché è provato che l'elusione delle aspettative della ricorrente, seppure non intenzionale, è colposa e contraria ai canoni di correttezza e buona fede nella formazione del contratto. La responsabilità precontrattuale per la revoca della gara non ancora conclusa può infatti sempre ritenersi configurabile, quando il fine pubblico venga attuato attraverso un comportamento obiettivamente lesivo dei doveri di lealtà, sicché anche dalla revoca legittima degli atti di gara può scaturire l'obbligo di risarcire il danno, nel caso di affidamento suscitato nell'impresa.

Premesso che "la qualificazione del provvedimento amministrativo deve prescindere dal nomen juris attribuitogli dall'amministrazione ed essere effettuata sulla base della corretta esegesi del potere da essa in concreto esercitato, tenuto conto dei presupposti fattuali e normativi dell'atto, del suo contenuto, nonché del procedimento seguito dalla p.a.", il T.A.R. Lombardia, Milano, 29.12.2008 n. 6171 affronta il delicato tema della "revoca" dell'aggiudicazione dopo la stipula del contratto. I giudici procedenti assumono, preliminarmente, l'esatto incardinamento del giudizio innanzi al G.A., atteso che, ad onta della qualificazione dell'atto impugnato, formulata dal contro interessato, alla stregua di atto di risoluzione unilaterale del contratto di appalto, si ritiene che la "revoca" de qua non costituisca esplicazione di un potere negoziale di risoluzione per inadempimento o di recesso, bensì "il frutto di un potere tipico della fase pubblicistica di formazione del contratto, sia pure in autotutela", da sottoporre perciò al vaglio del giudice amministrativo. I giudici procedenti, muovendo da questa premessa, affermano che l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto non precludono alla p.a. il riesame degli atti relativi alla fase di formazione del contratto, nelle forme dell'esercizio del potere di autotutela, laddove l'atto impugnato sia illegittimo e vi sia un interesse pubblico al riesame per evitare che l'eccessivo ribasso influisca negativamente sulla corretta esecuzione del servizio. La giurisprudenza a riguardo precisa che l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, non preclude alla stazione appaltante di procedere, con atto successivo, purché adeguatamente motivato con richiamo ad un preciso e concreto interesse pubblico, alla revoca d'ufficio o all'annullamento dell'aggiudicazione.

Annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione e rinnovamento dei procedimenti

Una volta conclusosi il processo amministrativo con la sentenza di annullamento, la pronuncia del giudice non può non aver effetti sul prosieguo dell'attività della stazione appaltante, la quale avrà l'obbligo di rinnovare il procedimento a partire dal primo degli atti della procedura passato indenne al vaglio giurisdizionale. La prima ipotesi è quella dell'impresa illegittimamente esclusa. Al riguardo la giurisprudenza afferma che "quando in sede giurisdizionale viene disposto l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara, imponendo così la rinnovazione della gara stessa, ai fini dell'accoglimento della successiva domanda di risarcimento del danno per perdita di "chance" occorre che vi sia uno stretto collegamento tra tale danno ed il provvedimento originariamente impugnato (T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 17 novembre 2010, n. 12666). Altra pronuncia particolarmente interessante, che implica la necessità di una riflessione sull'interesse a ricorrere avverso un provvedimento di esclusione, è quella che avverte che "il soggetto legittimamente (o comunque inoppugnabilmente) escluso da una gara è normalmente privo di interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti e dell'aggiudicazione in favore di terzi, perché dal loro annullamento non trarrebbe alcun vantaggio concreto; tuttavia permane l'interesse a ricorrere, nella tipologia di quello strumentale alla rinnovazione della gara, qualora il concorrente escluso contesti l'ammissione di tutti gli altri concorrenti ovvero deduca un vizio idoneo a travolgere in radice la procedura; ciò in quanto tali deduzioni, ove fondate, comporterebbero l'onere dell'amministrazione di indire una nuova gara alla quale il concorrente precedentemente escluso sia in grado di partecipare, con conseguente chance di divenirne aggiudicatario" (cfr. T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 16 novembre 2010, n. 1889). Anche la seguente pronuncia lascia intendere che l'obbligo di rinnovare la procedura di gara in capo alla stazione appaltante può incidere sulla risarcibilità del danno: "dichiarata, in sede giurisdizionale, l'illegittimità del procedimento di gara, della determinazione di aggiudicazione definitiva e del contratto stipulato, e divenute pertanto improcedibili le domande impugnatorie aventi ad oggetto singoli atti di ammissione di imprese controinteressate, le connesse domande di risarcimento dei danni, per equivalente o in forma specifica (che di per sé, in astratto, sarebbero comunque esaminabili, in quanto la domanda di risarcimento non risulta preclusa dalla sopravvenuta improcedibilità di quella impugnatoria), devono essere respinte, in considerazione del fatto che

l'amministrazione dovrà rinnovare la procedura di gara e, pertanto, sussiste la possibilità che il bene della vita preteso (cioè l'aggiudicazione del contratto di appalto) sia attribuito alle società ricorrenti" (cfr. T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 15 ottobre 2010, n. 2299). Proprio nell'ottica di dar seguito alle domande risarcitorie proposte dal mancato aggiudicatario, la giurisprudenza ha coniato il concetto di "rinnovazione virtuale della gara": "In materia di appalti pubblici, il giudizio prognostico sulla spettanza del bene della vita cui il ricorrente aspira implica una rinnovazione virtuale della procedura di gara finalizzata a verificare se, in mancanza dell'aggiudicazione ritenuta illegittima, il ricorrente sarebbe risultato aggiudicatario; peraltro, un simile accertamento e la relativa condanna alla conclusione del contratto incontrano il duplice limite, da un lato, dell'insindacabilità delle valutazioni di merito e discrezionali compiute dalla p.a. e, dall'altro lato, della possibilità e non eccessiva onerosità per l'interesse pubblico della nuova aggiudicazione da disporre in caso di esito positivo della prognosi (cfr. T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 30 settembre 2010, n. 11233). Possiamo quindi distinguere tra rinnovazione virtuale, operata dal giudice per decidere sulla domanda risarcitoria, e rinnovazione reale della procedura di gara, effettuata dalla stazione appaltante in sede di esecuzione della pronuncia giudiziale e che di per sé esclude la risarcibilità del danno lamentato: "Va respinta la domanda risarcitoria per equivalente, ove venga disposta la rinnovazione delle operazioni di gara" (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 22 settembre 2010, n. 17495).

Controversie relative all'aggiudicazione

Tali controversie sono espressamente indicate all'art. 133, comma lett. c) punto 1 al fine di attribuirle alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, il quale pertanto può estendere la sua cognizione ai diritti soggettivi, non solo agli interessi legittimi. Essa, ancorché la norma si riferisca ai "soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente e del socio, all'applicazione della normativa comunitaria..." concerne sia gli appalti sopra soglia che quelli sotto soglia, essendo ormai superata la tesi in senso contrario sostenuta dal Consiglio di Stato in una isolata pronuncia. Sulla distinzione tra tali due categorie di appalti va infatti osservato che "se le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive comunitarie che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia espressamente prevista, e che pertanto le disposizioni di tali direttive non si applicano agli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime, ciò non significa che questi appalti siano del tutto esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, in quanto le amministrazioni aggiudicatrici sono comunque tenute a rispettare le norme fondamentali del trattato Ce, con particolare riferimento al principio di parità di trattamento e non discriminazione; conseguentemente il principio espresso dalla sentenza della Corte di Giustizia 30 settembre 2010 numero C-314/09 — circa l'irrilevanza, al fine di riconoscere il risarcimento in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, della colpevolezza della riscontrata violazione di legge — va applicato anche in relazione agli appalti il cui importo si collochi al di sotto della c.d. soglia comunitaria; pena una ingiustificabile disparità di trattamento tra imprese che partecipano a gare sopra la soglia, che si vedrebbero riconoscere il risarcimento in base a tale nuovo principio, ed imprese che, partecipando a gare sotto quella soglia, se lo vedrebbero invece negare a causa di difficoltà interpretative della normativa, o della riscontrata esistenza di un qualsivoglia errore scusabile dell'Amministrazione" (cfr. T.A.R. Sicilia Catania, sez. IV, 07 dicembre 2010, n. 4624). Alle controversie relative all'aggiudicazione si applicano le disposizioni di cui all'art. 120 del CPA, che introduce un termine più breve (30 giorni) di quello ordinario per la proposizione del ricorso e l'obbligo di impugnare i nuovi atti della procedura di gara nelle forme del ricorso per motivi aggiunti.

Stipulazione del contratto: termini, sospensioni e consegna in via d'urgenza

Si è detto che l'art 11 del Codice contratti pubblici esclude espressamente la equipollenza tra aggiudicazione e contratto, così consentendo di ritenere definitivamente superata la tesi sostenuta in dottrina e giurisprudenza della natura ibrida dell'aggiudicazione provvedimentale-negoziale. La tesi, che era stata superata dalla prassi e dalla evoluzione normativa – basti pensare al regolamento in materia di lavori pubblici (n. 554/99), che fissava il termine di sessanta giorni dalla aggiudicazione definitiva per la stipulazione del contratto – si poneva in contrasto con la giurisprudenza e la normativa comunitarie, secondo le quali va assicurato un giusto iato temporale tra aggiudicazione e contratto a fini di tutela delle imprese partecipanti alla gara. Ferma la necessità della stipulazione, il comma 13 impone la forma scritta, che può essere non solo l'atto pubblico notarile, potendo il contratto essere stipulato in forma amministrativa, elettronica o mediante scrittura privata. Per quanto riguarda i termini, il comma 9 dell'art. 11 fissa il termine di sessanta giorni dalla raggiunta efficacia dell'aggiudicazione definitiva per la stipulazione del contratto, salvo l'esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione aggiudicatrice. Si tratta di un termine dispositivo e derogabile, differibile con accordo delle parti. Ove la stipulazione del contratto non avvenga entro tale termine, all'aggiudicatario viene riconosciuto il diritto potestativo di sciogliersi da ogni vincolo, senza diritto ad alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese documentate definite dalla norma contrattuali. L'aggettivazione appare imperfetta, trattandosi delle spese connesse alla partecipazione alla procedura concorsuale. Altro termine è quello iniziale fissato dal comma 10 dell'art. 11 (*“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”*), al quale si aggiunge il termine introdotto dal d.lgs. n. 53/2010 attraverso l'aggiunta al testo dell'articolo del comma 10-ter, secondo cui in caso di proposizione di 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 (sospensione automatica del termine). Si tratta di una importante novità introdotta nel nostro ordinamento sulla spinta comunitaria (). Il primo termine sospensivo soggiace però ad eccezioni, prevedendo la norma che esso non si applichi in quei casi nei quali non vi è stata una procedura preceduta da un bando perché in tal caso ovvero in quelli nei quali è certo (gare con una sola offerta, ecc.) che non possano esservi valide impugnazioni della aggiudicazione. Va da sé che se il primo termine è necessario (al di là delle eccezioni previste) il secondo invece è eventuale, essendo subordinato alla presentazione di ricorso con domanda cautelare. Tale disciplina è coerente con quanto sul punto previsto dalla direttiva 89/665/CE (cd. direttiva ricorsi), secondo cui la limitazione delle forme di tutela dei partecipanti alle gare d'appalto dopo la stipula del contratto che gli Stati possono introdurre, segnatamente limitando la tutela al solo risarcimento del danno, non può operare nel caso di violazione dei termini di sospensione della stipula del contratto e della sua esecuzione. Occorre infatti a tal uopo prevedere apposite sanzioni delle quali quella di maggiore interesse è la declaratoria di inefficacia del contratto, oggi contemplata come si dirà di qui a poco dal CPA. La determinazione del lasso temporale di sospensione pari a 35 giorni) non è causale è assai vicino a quello prescritto per la proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione che è stato ridotto a trenta giorni dal d.lgs. n. 53/2010 e ora dall'art. 120 comma 5 del CPA.

Per quanto riguarda, infine, la consegna dei lavori in via di urgenza, essa è espressamente prevista dal comma 9 dell'art. 11 del Codice dei contratti pubblici. Per vero la norma prevede sia la consegna dei lavori in via d'urgenza che la consegna dei servizi e forniture n via d'urgenza stabilendo che l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'espletamento delle prestazioni ove però siano state oggetto di preciso ordine, rispettivamente, del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza però non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 (35 giorni) e durante il periodo di sospensione obbligatoria di cui al 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". Si osserva in dottrina la locuzione utilizzata dal legislatore "interesse pubblico" è ampia ed indefinita, tanto da lasciare forse eccessivi margini di discrezionalità in capo all'amministrazione con conseguente necessità di una motivazione di spessore da sottoporre all'attenzione del giudice in caso di contestazioni.

L'art. 153 del regolamento, a sua volta, prevede che sia il responsabile del procedimento ad autorizzare il direttore dei lavori alla consegna degli stessi dopo che il contratto è divenuto efficace oppure, nei casi previsti dall'art. 11, comma 9, del codice, alla consegna dei lavori subito dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace. In tale ultimo 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.

Si osserva in dottrina che le norme non chiariscono i presupposti dei casi di urgenza, ma trattandosi di un presupposto legittimante una facoltà riconosciuta (solo) al contraente pubblico devono evidentemente essere collegate alla cura dell'interesse pubblico a questa affidato.

Inefficacia, sanzioni alternative, risarcimento in forma specifica e per equivalente

Un'altra questione che di recente è stata posta all'attenzione della giurisprudenza riguarda il danno da mancata aggiudicazione. Al riguardo, il T.A.R. Veneto, 20 marzo 2007, n. 798, ha messo in rilievo che, "nel quantificare il danno spettante all'impresa illegittimamente posposta nella graduatoria stilata all'esito della gara per l'affidamento di appalti pubblici, non è ammissibile riportare a danno una voce di esborso quale quella delle spese per la predisposizione dell'offerta che di per sé costituisce un rischio di impresa, e che – in quanto tale – può essere dall'impresa recuperato soltanto mediante l'eventuale vincita della commessa, e cioè detraendo il relativo ammontare dal ricavo ottenuto dalla progettazione. Invero, il committente remunera non già la predisposizione dell'offerta ma la sola progettazione pura, i cui costi sono quindi ricompresi nelle spese generali sopportate dal progettista. La componente dei costi per la predisposizione dell'offerta va valutata quale voce naturalmente accessiva (o, meglio, consequenziale) al mancato utile. D'altro canto, non è consentito nemmeno tenere conto delle "spese legali e del contenzioso in genere", sostenute nel giudizio impugnatorio all'esito del quale è stata riconosciuta l'illegittimità dell'aggiudicazione pronunciata in favore di altri: e ciò per la semplice e del tutto assorbente ragione che le spese legali suddette sono state già liquidate nelle statuizioni giudiziali che hanno definito la causa conclusasi, nel mentre le spese del successivo giudizio risarcitorio sono destinate a formare oggetto di ulteriore liquidazione. Per quanto attiene al danno da mancato utile e da mancato assorbimento delle spese generali, va riconosciuta l'applicabilità in via analogica dell'art. 345 della L. 20 marzo 1865 n. 2248, all. F; criterio peraltro derogabile ove la parte danneggiata deduca e compri una maggiore entità del pregiudizio subito, ovvero la sussistenza di titoli di danno ulteriori, come ad esempio il danno da mancate referenze. Il danno da mancate referenze assume una valenza autonoma ed ulteriore rispetto al danno da mancato utile e da mancato assorbimento delle spese generali; la liquidazione di tale voce di danno soggiace al generale criterio equitativo di cui all'art. 1226 cod. civ."

Il tema conclusivo è quello che il legislatore del CPA affronta con una specifica norma, l'art. 124 rubricato "Tutela in forma specifica e per equivalente". La prima consiste ovviamente nel conferimento al ricorrente dello stesso bene della vita al quale aspira, ovverosia il contratto d'appalto. Ma questo è stato sempre difficile da conseguire, in quanto l'impresa deve dimostrare che avrebbe vinto la gara ove questa si fosse svolta legittimamente. Ciò si può configurare soltanto quando il criterio selettivo sia di tipo meccanico, come nel caso del criterio del prezzo più basso, non anche quando la selezione contempli un diaframma di discrezionalità riservato alla commissione giudicatrice. E' il caso del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa la cui applicazione non conduce a risultati certi ed invariabili. Ne consegue che il

giudice, quando non è in grado di stabilire se il ricorrente avrebbe vinto la gara, si limita ad annullare l'aggiudicazione e a disporre il risarcimento del danno da perdita di chance.

Altro problema che si è posto è quello di stabilire la sorte del contratto stipulato nei confronti dell'aggiudicataria illegittima, contratto ritenuto, per le ragioni di cui si dirà, non aggredibile da parte del giudice amministrativo.

Il legislatore del CPA ha voluto riparare proprio questa falla del sistema, stabilendo che il giudice amministrativo estende i suoi tentacoli giurisdizionali sul contratto d'appalto potendo dichiararne l'inefficacia. Tale declaratoria è riguardata nella sua strumentalità al conseguimento della tutela in forma specifica, in quanto questa non può che essere interdetta quando il contratto non venga dichiarato inefficace, residuando la sola tutela risarcitoria (sul tema si veda quanto si dirà nell'ultimo paragrafo).

Il CPA prevede anche la possibilità di irrogare le sanzioni alternative, cioè sanzioni pecuniarie da applicare alternativamente o cumulativamente nei casi di cui all'art. 121, comma 4, id est quando il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata. Tali sanzioni sono di natura pecuniaria (di importo dallo 0,5 % al 5 % del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione) e la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del 10 % ad un massimo del 50 % della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo. Va segnalato che il legislatore stabilisce la piattaforma valutativa, ovverosia i parametri affidati al giudice destinati a governare la sua discrezionalità, e che va rispettato il principio del contraddittorio attraverso l'indicazione in udienza della questione. Le norme del CPA in materia sono alquanto criticabili per attribuire all'autorità giurisdizionale un potere amministrativo che crea una innaturale commistione tra poteri. Non è un caso che a tutt'oggi queste norme siano rimaste sostanzialmente disapplicate da parte del g.a..

Dalla formula del secondo comma si evince che la tutela in forma specifica non può essere assicurata in assenza di domanda di parte ricorrente, tant'è che la sua mancata attivazione in tal senso è comportamento valutabile ai fini della diminuzione del risarcimento ex art. 1227 c.c. Infatti, l'art. 124 dispone l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 121, comma 1, e 122; se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato e la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, con la conseguenza che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di conseguire l'aggiudicazione, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, relativo al concorso del fatto colposo del creditore, e che dispone che se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza.

Un giudice amministrativo ha applicato la nuova disciplina processualistica evidenziando la compresenza delle due forme di tutela: "In tema di impugnazione di atti di gara d'appalto, allorché risulti che la ricorrente sarebbe risultata miglior offerente e quindi affidataria provvisoria del servizio, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione del servizio alla controinteressata, le pretese risarcitorie di parte ricorrente possono trovare adeguata soddisfazione mediante l'applicazione del disposto di cui all'art. 122, d.lg. n. 104 del 2010: di conseguenza, annullata l'aggiudicazione, tenuto conto degli interessi delle parti, della dimostrata effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione in assenza dei vizi di illegittimità riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nello stesso, non ravvisandosi le condizioni per disporre l'annullamento dell'intera gara, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto in essere con decorrenza dalla data della comunicazione della decisione a cura della Segreteria della Sezione ovvero dalla sua notificazione, a cura di parte ricorrente, se

anteriore; con la medesima decorrenza, vista la domanda di subentro dal ricorrente e considerato che il servizio è ancora in corso di svolgimento (nella specie: essendone prevista la conclusione al 31 dicembre del 2011, eventualmente prorogabile per ulteriori due anni) va disposto che, a titolo di risarcimento in forma specifica, la ricorrente subentri nel rapporto contrattuale con l'amministrazione e conseguentemente prosegua nella conduzione del servizio” In tema di impugnazione di atti di gara d'appalto, in caso di annullamento del provvedimento di aggiudicazione del servizio alla controinteressata e di subentro nel rapporto contrattuale con l'amministrazione, per il ristoro dei danni subiti per effetto del mancato svolgimento del servizio per tutto il periodo antecedente alla declaratoria di inefficacia del contratto la ricorrente va risarcita per equivalente: premesso che va condiviso l'orientamento più recente che non riconosce applicazione immediata, automatica ed indifferenziata al criterio che fissa tale percentuale al 10%, tenuto conto del periodo in cui parte ricorrente non ha potuto prestare il servizio e del restante periodo in cui lo stesso potrà essere direttamente gestito dalla stessa secondo le condizioni economiche da questa offerte, appare equo disporre che il margine di guadagno possa essere computato sull'ammontare del valore orario delle prestazioni offerto dalla concorrente, IVA esclusa, calcolato entro la ridotta percentuale del 5%, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo” (cfr. T.A.R Veneto Venezia, sez. I, 17 dicembre 2010, n. 6499). In ordine al quantum risarcibile si registra un recente orientamento giurisprudenziale secondo cui “Il criterio del 10% del prezzo a base d'asta, se pure è in grado di fondare una presunzione su quello che normalmente è l'utile che un'impresa trae dall'esecuzione di un appalto, non può, tuttavia, essere oggetto di applicazione automatica e indifferenziata. Viceversa, deve esigersi la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in specie, dall'esibizione dell'offerta economica presentata al seggio di gara. È quanto ora confermato, sul piano legislativo, dall'espressa previsione contenuta nell'art. 124 del Codice del processo amministrativo, a tenore del quale «se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente subito» a condizione, tuttavia che lo stesso sia ««provato»» (C. Stato sez. VI, 09 dicembre 2010, n. 8646). In senso contrario T.A.R Lazio Latina, sez. I, 29 ottobre 2010, n. 1857 nel senso di applicare il criterio secco del 10 %. Il Tribunale afferma che il ricorrente “ha diritto ad essere risarcito per equivalente relativamente alla quota di lavori già eseguiti da parte dell'impresa controinteressata; in particolare, gli unici danni da risarcire per equivalente sono quelli derivante dal mancato guadagno nonché il cd. "danno curriculare" correlabili alla quota di lavori che sono già stati eseguiti, mentre nulla può essere riconosciuto come ristoro delle spese di partecipazione alla procedura, trattandosi di un onere che parte ricorrente non avrebbe certo recuperato in caso di aggiudicazione (in generale le spese di partecipazione alla gara sono un onere che ogni concorrente sopporta "a fondo perduto); il danno da risarcire per equivalente può essere fissato nella misura del 10% della sua offerta (ovviamente percentualmente ridotta della quota dei lavori che essa andrà a eseguire), di cui il 9% viene riconosciuto a titolo di mancato guadagno (dato che è ragionevole presumere che parte ricorrente, nella prospettiva del subentro da esso chiesto sin dall'origine, non abbia potuto reimpiegare la propria organizzazione imprenditoriale in altri lavori se non in una misura minima) e il residuo 1% a titolo di danno curriculare”.

Responsabilità contrattuali

Il tema in oggetto ci impone una riflessione preliminare intesa a scogliere il quesito di fondo che pone il procedimento di gara: qual è la natura giuridica della responsabilità della stazione appaltante in caso di aggiudicazione illegittima ? Abbiamo già posto in debito rilievo che l'Amministrazione può incorrere in responsabilità precontrattuale quando dia interruzione al procedimento senza adeguata motivazione o comunque dando mostra di non aver ponderato profili di fatto e di diritto che avrebbero dovuto dissuadere dall'attivazione della gara in quelle forme. Altro però è il caso in

cui l'aggiudicazione stata emessa ed il contratto stipulato in favore di un'impresa che non doveva risultare aggiudicataria. E' evidente che il tema involge quello, di carattere generale, della natura della responsabilità da provvedimento illegittimo, che da tempo impegna dottrina e giurisprudenza nel non agevole compito di rinvenire una disciplina di riferimento e che vede le opinioni sostanzialmente divise tra i sostenitori della natura extracontrattuale della responsabilità da lesione dell'interesse legittimo e i fautori invece della tesi della natura da contatto qualificato. Non è questa la sede per indulgere ad approfondimenti di sorta su un tema di rilievo panordinamentale e che ci impegnerebbe ben oltre i limiti di tempo che mi sono stati assegnati. Devo tuttavia rilevare che la tesi del contatto qualificato, che vuole ricondurre la responsabilità da provvedimento illegittimo al paradigma dell'art. 1218 c.c. risponde ad una precisa esigenza logica, che è quella di radicare la responsabilità in capo alla pubblica amministrazione senza la necessità da parte del danneggiato di dimostrare la ricorrenza di tutti gli elementi costitutivi della responsabilità e segnatamente di quello soggettivo, id est la colpa dell'amministrazione come apparato. Accogliere la tesi in parola, infatti, darebbe luogo, di conserva, alla adozione di uno schema applicativo che fa leva sul concetto di errore scusabile, la cui dimostrazione incombe sul danneggiante invece che sul danneggiato. Non vi è dubbio che proprio in materia di procedure di gara appare quantomeno pressante l'esigenza di sottrarre il ricorrente mancato aggiudicatario di dimostrare un *quid pluris* che si aggiunga alla mera illegittimità dell'atto, una volta che risulti *ex actis* che avrebbe vinto la gara in caso di procedura legittima. Ecco perché la giurisprudenza, peraltro prevalente, che opta la ricostruzione della responsabilità da lesione dell'interesse legittimo in termini di responsabilità extracontrattuale deve riconoscere che si tratta di una responsabilità *sui generis* che, pur ripercorrendo l'impronta normativa dell'art. 2043, fa a meno dell'elemento soggettivo come se si trattasse di una sorta di *tertium genus* di responsabilità.

Al tema hanno offerto importanti e recenti contributi il legislatore del CPA e la Corte di Giustizia CE. Per il primo viene in evidenza la disciplina di cui all'art. 30 del Codice, che si atteggia, come osservato in dottrina, per essere diversa e differenziata da quella connaturale al modello aquiliano, poiché in essa non si fa riferimento alcuno a colpa o dolo nella consueta accezione soggettiva, tantomeno a quella peculiare colpa d'apparato che le SSUU hanno teorizzato nel '99, ma semplicemente ed unicamente all'illegittimità del provvedimento; al contempo si detta altra regola, parimenti derogatoria rispetto ai principi giurisprudenzialmente affermatasi in tema di responsabilità, che assegna alla mancata impugnazione dell'atto illegittimo valore tipico di colpa assorbente (questa volta con riferimento al danneggiato) e, soprattutto, con essa si pone una regola sulla decadenza (breve) dall'azione, assolutamente eccentrica rispetto a quella relativa alla prescrizione del diritto. Nel codice del processo sono cioè tracciate le linee essenziali di un micro sistema calibrato su una nozione tutta normativa di colpevolezza, *ex latere debitoris* coincidente con l'illegittimità del provvedimento (sub specie di violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere), ed *ex latere creditoris* con la mancata impugnazione dello stesso, caratterizzato, vieppiù, da una risarcibilità presidiata da un perentorio meccanismo di decadenza. In concreto, la mancata richiesta di annullamento della manifestazione di volontà viziata dell'amministrazione od il rifiuto di annullamento della stessa da parte del giudice in forza dell'acclarata legittimità dell'atto, assurgono a fattispecie che escludono la risarcibilità del danno (la prima) o, più a monte, l'imputabilità a titolo di colpa della condotta (la seconda).

Per quanto riguarda la Corte di Giustizia CE, Sez. III - 30 settembre 2010 (C-314/09), questa ha a chiare lettere affermato che la direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento, a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice, al carattere colpevole di tale violazione, finanche se la normativa preveda una presunzione di colpevolezza vincibile solo attraverso la dimostrazione della

scusabilità dell'errore (impossibilità soggettiva o inesigibilità, secondo buona fede, del comportamento diligente). In proposito, la Corte di Giustizia ha rilevato come il tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, 5 e 6, nonché del sesto 'considerando' della direttiva 89/665 non indichi in alcun modo che la violazione delle norme sugli appalti pubblici atta a far sorgere un diritto al risarcimento a favore del soggetto leso debba presentare caratteristiche particolari, quale quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità e, soprattutto che, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), della direttiva 89/665 può costituire, se del caso, un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata – così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 – alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

Altra questione è se il diritto al risarcimento del danno abbia in questi casi natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo; mi limito ad osservare che il ricorso da parte del legislatore al regime decadenziale deponga chiaramente nel senso del tacito riconoscimento della natura della posizione giuridica in esame quale interesse legittimo. Non possono in questa sede nemmeno accennare al problema, sempre attuale, della pregiudizialità.

Fatta questa importante digressione, occorre dire che la responsabilità contrattuale ha modo di esplicarsi soltanto in presenza di un contratto già stipulato e che le relative questioni sono da affidare al giudice ordinario. Ciò ha ribadito di recente il Consiglio di Stato a proposito del diritto soggettivo al pagamento di *tutti i compensi dell'incarico di progettazione, in quanto il comportamento omissivo dell'Amministrazione, qualificabile come inadempimento di un'obbligazione con conseguente responsabilità di tipo contrattuale, deve essere considerato alla stregua di una qualunque pretesa creditoria rimasta insoddisfatta ed oggetto di un giudizio ordinario per l'accertamento delle proprie spettanze* (C.d.S sez. V, 24 febbraio 2011, n. 1194).

Rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e contratto stipulato alla luce del Codice del Processo Amministrativo

Una delle più importanti questioni interpretative relative alla disciplina dell'attività contrattuale della P.A. riguarda la sorte del contratto in caso di annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione.

Su questo tema la giurisprudenza non ha ancora assunto una posizione unitaria (su punto, l'ordinanza di rimessione alla Plenaria del Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio

2004, n. 3355). L'orientamento tradizionale propende per l'annullabilità relativa del contratto, ex art. 1441 c.c., ritenendo che gli atti amministrativi anteriori alla stipulazione del contratto siano degli strumenti di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico e che i relativi vizi possano comportare soltanto l'annullabilità del contratto, deducibile soltanto dall'Amministrazione, nel cui esclusivo interesse sono poste le norme che disciplinano il procedimento pubblicistico finalizzato alla scelta del contraente: quanto alla giurisdizione, questa è radicata in capo al giudice ordinario, essendo questo il giudice competente sulle controversie relative alla validità del contratto, trattandosi di fattispecie privatistiche generatrici di posizioni di diritto soggettivo perfetto. Questa tesi è stata per lungo tempo maggioritaria nella giurisprudenza della Cassazione: a titolo esemplificativo, si consideri Cass., sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901, secondo cui "la deliberazione di concludere un contratto (anche se ad oggetto pubblico) da parte della Pubblica Amministrazione, costituisce un atto interno attinente al processo di formazione della volontà dell'amministrazione ed inidoneo a dar luogo all'incontro di consensi; per cui sia i vizi (o la mancanza) di questa sia quelli che si riferiscano alla fase preparatoria ad essa precedente e che comunque precedono il contratto, non danno luogo a nullità, ma a semplice annullabilità relativa del

negozio rilevabile soltanto dall'ente pubblico, nel cui esclusivo interesse sono prescritte le norme procedurali violate, analogamente a quanto previsto dall'art. 1441 cod. civ.”.

La tesi dell'annullabilità assoluta del contratto è stata, invece, sostenuta dal

T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 30 gennaio 2007, n. 464. Il Tribunale, tuttavia, ha dapprima evidenziato la necessità di rivedere l'orientamento tradizionale, considerando che, “soprattutto per effetto delle norme comunitarie e delle norme nazionali di recepimento, il piano degli interessi tutelati non può più essere limitato a quello, facente capo alla p.a., ad effettuare la scelta della migliore offerta contrattuale sotto il profilo della convenienza economica”. Sulla scorta di questa considerazione, è stato altresì affermato che “l'annullamento dell'aggiudicazione comporta annullabilità (assoluta) del relativo contratto stipulato, azionabile anche da parte del privato interessato. Questa tesi, infatti, concilia la tradizionale giurisprudenza della Cassazione con la struttura tipica del giudizio amministrativo, di natura tendenzialmente impugnatoria, e con l'esigenza di garantire al privato (che ha già ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione illegittima) una tutela giurisdizionale effettiva avanti al medesimo Giudice adito.”. Secondo un altro indirizzo, in caso di annullamento dell'aggiudicazione, il contratto deve considerarsi nullo: infatti, come ha sostenuto Cass., sez. III, 9 gennaio 2002, n.

193, “il venire meno della deliberazione attraverso cui si è espressa la volontà dell'ente rende nullo il contratto successivamente stipulato per assenza del requisito dell'accordo delle parti (art. 1325, n. 1, c.c. e art. 1418, secondo comma, c.c.)”.

Un altro orientamento afferma che l'annullamento dell'aggiudicazione pone un problema non di patologia propria ma di caducazione automatica degli effetti della stipulazione. Così opinando, il Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, ha

evidenziato che, “posto che tra la procedura di evidenza pubblica ed il contratto successivamente stipulato esiste un rapporto di consequenzialità necessaria, l'annullamento giurisdizionale ovvero amministrativo dell'aggiudicazione determina la caducazione automatica degli effetti della stipulazione. L'annullamento dell'aggiudicazione, infatti, fa venir meno retroattivamente il presupposto condizionante del contratto e ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia. La mancanza del procedimento di evidenza pubblica deve in ultima analisi essere equiparata all'ipotesi di mancanza legale del procedimento, derivante dall'annullamento del provvedimento di aggiudicazione. Al pari della radicale mancanza dell'intera fase di evidenza pubblica, o di una sua parte essenziale (quale la procedura di gara), l'annullamento segna infatti, in via retroattiva, la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto, che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici”.

Infine, un'altra tesi, pure patrocinata dal Consiglio di Stato, qualifica l'inefficacia del contratto come “relativa”. In particolare, il Consiglio di Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, ha affermato che “l'inefficacia sopravvenuta derivante dall'annullamento degli atti di gara ovvero del provvedimento di aggiudicazione, sia in sede giurisdizionale, che amministrativa o in via di autotutela (sempre che, in tal caso ne ricorrano tutti i presupposti sostanziali) è relativa e può essere fatta valere solo dalla parte che abbia ottenuto l'annullamento dell'aggiudicazione.” È stato altresì chiarito che “di regola, il contratto rimane vincolante inter partes, nonostante l'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale, fino all'adozione di apposite iniziative da parte degli interessati. Tuttavia, appare meritevole di protezione anche l'interesse dell'Amministrazione a rimuovere gli effetti di situazioni ormai riconosciute illegittime.

In tale eventualità, tuttavia, la P.A. può determinare l'inefficacia del contratto, ma attraverso il procedimento di annullamento degli atti di gara in via di autotutela, applicando i principi garantistici in materia (avviso di avvio del procedimento; congrua motivazione; adeguata valutazione dell'interesse pubblico e dell'affidamento del contraente). Per quanto, più in particolare, riguarda la tutela dei soggetti che abbiano ottenuto ragione dinanzi al giudice amministrativo tramite l'annullamento dell'atto di aggiudicazione, nei casi in cui il contratto sia già stato concluso”, il Collegio ha ritenuto applicabile “la normativa dettata dal codice civile a proposito delle associazioni e fondazioni, in quanto esprime principi generali, applicabili anche alla Pubblica

amministrazione”, per effetto dei quali “l’annullamento della deliberazione formativa della volontà contrattuale dell’ente “non pregiudica i diritti acquistati dai terzi di buona fede in base ad atti compiuti in esecuzione della deliberazione medesima” (art. 23 e 25 c.c.).”.

Da ultimo, è intervenuta Cass. S.U. CIVILI - ordinanza 10 febbraio 2010 n. 2906, secondo cui “La esigenza della cognizione dal g.a. sulla domanda di annullamento dell’affidamento dell’appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l’annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall’aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo. La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell’aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall’aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal g.a. in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della direttiva Ce n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice”.

E’ quindi intervenuto il codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), che espressamente riconnette (art. 121) alla illegittimità dell’aggiudicazione la inefficacia del contratto stipulato nei confronti dell’impresa risultata aggiudicataria all’esito della gara illegittima.

Tale norma però ha un contenuto complesso perché esclude che all’annullamento dell’aggiudicazione consegua la inefficacia del contratto in via automatica.

Invero, tale ricaduta paralizzante dell’intervento del giudice amministrativo è prevista “nei casi di gravi violazioni”, secondo quanto indicato nella rubrica dell’articolo in commento, avendo però avuto cura il legislatore di individuare tali ipotesi, segnatamente ricondotte a deficit pubblicitario del bando o avviso di gara, ad indebita procedura negoziata senza bando o affidamento in economia, se la stipulazione è avvenuta nel mancato rispetto del termine dilatorio stabilito dall’art. 11, comma 10 del codice dei contratti pubblici ovvero senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine derivante dalla proposizione del ricorso. In tali ipotesi però la declaratoria di inefficacia non è obbligatoria ma solo eventuale, avendo il giudice soltanto la facoltà di dichiararla ed, in tal caso, precisando se essa operi o meno in maniera retroattiva (tenendo conto della gravità della condotta e della situazione di fatto). Invero, il giudice potrebbe ritenere che esigenze di “interesse generale” impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti (devono essere in primis esigenze di carattere tecnico, mentre quelle economiche rilevano solo se “eccezionali”). Nelle ipotesi di deficit pubblicitario o di indebita procedura negoziata senza bando o in economia la declaratoria di inefficacia del contratto è interdetta nei casi di cui al comma 5 lett. a) b) e c). L’art. 122 altresì prevede che il giudice che annulla l’aggiudicazione possa dichiarare l’inefficacia anche “negli altri casi” fissandone la decorrenza, tenendo conto della piattaforma valutativa fissata dalla norma e definita attraverso il riferimento a specifici profili di fatto, (ad es. lo stato di esecuzione del contratto).

Orunque, la inefficacia del contratto non è mai una sanzione obbligatoria, ma sempre discrezionale solo che nei casi di cui all’art. 121 il giudice deve motivare per non dichiararla (in negativo), negli altri casi invece (art. 122) deve motivare per dichiararla (in positivo).

Ma vi è anche da chiedersi da quando il giudice è dotato del potere di dichiarare l’inefficacia del contratto stipulato sulla base di una aggiudicazione illegittima. Orbene, si afferma in giurisprudenza che “il g.a., adito per l’annullamento dell’affidamento di un appalto, può conoscere pure della domanda di privazione degli effetti del contratto conseguentemente stipulato con il concorrente prescelto in modo illegittimo in tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell’entrata in vigore della direttiva Ce n. 66/2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall’attribuzione della cognizione di esse al g.a. nelle materie di giurisdizione esclusiva e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall’aggiudicante con l’aggiudicatario prima o

dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del g.a. di preferire, motivatamente ed in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata” (cfr. C.Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253).

Si ritiene altresì che deve essere respinta la domanda se il contratto è in avanzata fase di esecuzione (T.A.R Lombardia Brescia, sez. II, 04 novembre 2010, n. 4554)