

L'APPROVAZIONE DELL'AGGIUDICAZIONE E DEL CONTRATTO NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Prof. Pelino Santoro

1 - Il significato della codificazione

Era inevitabile che l'unificazione della disciplina degli appalti pubblici a livello comunitario influenzasse la normativa nazionale di recepimento e che l'avvicinamento disciplinare dei settori fino ad allora regolati separatamente agevolasse il ritorno al monismo normativo che da sempre aveva caratterizzato la contrattualistica pubblica che nella legge di contabilità di Stato aveva sempre trovato i principi fondamentali comuni di riferimento.

L'abbandono della settorializzazione degli appalti pubblici ed ritorno ad una regolazione unitaria ed omogenea degli appalti pubblici costituisce elemento di notevole semplificazione per le stazioni appaltanti elimina o riduce quella incertezza del regime applicabile agli appalti a prestazioni multiple.

Nella legge comunitaria annuale il legislatore nazionale aveva modellato i criteri di delega a quello enunciato dalla stessa direttiva unificata (Dir. 2004/18/CE) di voler procedere, per esigenze di semplificazione e di modernizzazione e per motivi di chiarezza, alla "rifusione in un unico testo" delle direttive presidenti.

L'art. 25 della legge 18 aprile 2005 n. 62 indica, infatti, come primo criterio (lett. a) direttivo quello della compilazione di un unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto, e come secondo criterio generale quello di semplificazione della procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzata a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici (lett. b).

Il testo adottato è denominato Codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi.

Su questa diversa terminologia occorre fare preliminarmente fare due osservazioni entrambi rilevanti per appurare la portata delle nuove disposizioni ed in particolare di quella che riscrivono le fasi di perfezionamento dei contratti di cui intendiamo occuparci.

La prima è che passaggio da un testo avente ad oggetto le procedure di appalto proprie delle direttive ad un testo (codificante) riferito ai "contratti pubblici", ci può far piacere, perché fa propria stessa terminologia da noi adottata¹ per abbracciare tutta la fenomenologia dei contratti pubblici soggettivamente intesi, ma non appare coerente con la specificazione dei contratti (lavori, servizi, forniture) di cui si interessa e con l'oggetto stesso della delega riferito alle procedure di appalto.

La seconda riguarda la definizione del testo unificato come "codice".

Il Consiglio di Stato, nel suo parere (Sez. atti normativi, 6 febbraio 2006 n. 355), ha avallato la possibilità che il testo delegato potesse assumere, al di là della dizione atecnica contenuta nella delega (Unico testo) non solo la valenza di un testo unico ma anche quella di decreto legislativo codificante e che quindi potesse avere, a differenza del testo unico, portata legislativa innovativa.

Non intendiamo criticare né mettere in dubbio tale approdo ermeneutico, ma intendiamo assumere semplicemente tale premessa come chiave interpretativa delle novità contenute nelle disposizioni che ci interessano, non senza però mancare di rilevare come, se mai dovessero permanere incertezze natura del testo, sarà proprio l'asserita portata innovativa a costituire un possibile motivo di contenzioso e di verifica giurisdizionale.

2 – Le nuove fasi di conclusione dell'aggiudicazione.

Il nuovo codice ha enunciato puntuali regole che potrebbe avere un effetto notevole sul *modus operandi* delle stazioni appaltanti nel segmento procedimentale che va dall'aggiudicazione alla stipulazione del contratto, se le regole stesse avessero valore innovativo

¹ Ci riferiamo a SANTORO, I contratti pubblici, edizione Maggioli 1995

La disposizione cui si allude è l'art. 11 che, secondo la relazione ministeriale in parte codifica regole contenute nella legislazione di contabilità di Stato ed in parte codifica principi desumibili dalla elaborazione giurisprudenziale e dal diritto vivente

Secondo il menzionato parere del Consiglio di Stato, la disposizione presuppone l'intento di semplificare ed unificare la procedura, attraverso l'introduzione di una netta distinzione tra la fase di scelta del contraente, che culmina nell'aggiudicazione, quale atto unilaterale dell'amministrazione, e la stipulazione del contratto, superando, in tal modo, la disciplina contabilistica che ha comportato diversi problemi interpretativi.

La disposizione, dopo aver affermato il principio di programmazione e ribadito la necessità di una previa determinazione (o decreto) di contrattare, pone il principio, che "il dirigente competente, ovvero su sua delega il responsabile del procedimento, individua in via definitiva la migliore offerta mediante l'aggiudicazione" (comma 5) e stabilisce, la nuova regola che l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta che rimane irrevocabile fino alla scadenza del termine previsto per la stipulazione del contratto.

La parte che più di altro ci interessa è il comma 8 secondo cui "l'aggiudicazione diventa efficace dopo l'esito positivo dei controlli previsti dalle norme vigenti. Il dirigente, ovvero il responsabile del procedimento che adotta l'aggiudicazione ne cura la immediata trasmissione agli organi di controllo"

Il comma successivo, pur regolando la stipulazione del contratto, costituisce una importante chiave interpretativa del valore dell'aggiudicazione, in quanto prevede che: "diventa efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione deve avvenire entro il termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, salva l'ipotesi del differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario".

Della norma, così come sintetizzata, si potrebbe dare una lettura positiva se non fosse per gli aspetti problematici o negativi che pone e che forse sono prevalenti.

L'aspetto indubbiamente positivo va ravvisato, oltre che nella finalità di semplificazione, nell'adozione di un linguaggio tecnicamente corretto che dovrebbe fare pulizia di alcune terminologie improprie e fuorvianti che nel tempo hanno imperversato con l'avallo della giurisprudenza amministrativa.

L'aspetto negativo deriva dal fatto che la norma non pone principi di ordine generale, quali dovrebbero essere quelli che meglio si addicono ad un testo codificante, ma rinvia alle norme vigenti ed a quelle proprie delle stazioni appaltanti, presupponendo peraltro la vigenza di alcuni controlli (quelli sull'aggiudicazione) di dubbia consistenza.

Un altro aspetto problematico attiene al significato stesso del termine aggiudicazione nella sua duplice accezione di atto unilaterale autoritativo e solenne, tipico delle procedure selettive concorsuali che chiude formalmente la fase pubblicistica e di atto conclusivo della negoziazione propria della trattativa privata con o senza bando o della procedura di appalto concorso².

Vero è che il nuovo codice oltre a non contenere alcun richiamo alla normativa contabile, intende espressamente espungere le oramai "obsolete" espressioni di asta pubblica, pubblico incanto, licitazione privata, appalto concorso e trattativa privata (relazione ministeriale con riferimento all'art. 55), ma ciononostante l'aggiudicazione sembra intesa come l'atto formale con la quale il dirigente che presiede la gara individua l'offerta migliore, mentre la procedura negoziata senza bando si conclude con la semplice "scelta" dell'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose (art. 57 nuovo testo) senza particolari formalità³.

La norma, pertanto, pur dovendo essere apprezzata per il suo intento di semplificare e razionalizzare un sistema quanto mai variegato e multiforme ponendo regole, che dovrebbero

² Nella procedura di appalto concorso manca una fase formale di aggiudicazione in quanto la fase di selezione si esaurisce con giudizio da parte della commissione sulla offerta-progetto ritenuta migliore sulla base di una graduatoria, Cons. St. Sez. IV, 27 dicembre 1988 n. 1090, in Foro amm. 1988, 3587, Sez. V, 28 giugno 2002 n. 3566, ivi 2002, 1474; Cass. 7 dicembre 2001 n. 15518, in Cons. St. 2002, II, 223.

³ Nelle ipotesi di trattativa privata la scelta dell'offerta migliore anche verbalizzata è considerata mero atto interno preparatorio alla stipula del contratto, cfr. Cass. 21 luglio 1978 n. 3619, in Giust. Civ. 1978, I, 2015. Sulla distinzione, SANTORO, Manuale dei contratti pubblici, Rimini 2005, 675.

valere per tutti gli ordinamenti contabili, potrebbe presentare non poche anomalie, non tanto per quello che afferma quanto per quello che presuppone allorché ripropone alcuni istituti e nozioni che non costituiscono bagaglio comune o per lo meno che operano in maniera diversificata, quali l'(in)efficacia, l'approvazione, gli organi controllo, l'autotutela.

Ecco perché la nuova disposizione potrebbe significare, in chiave evolutiva, il superamento di tutta una prassi equivoca e contorta, ma potrebbe anche rappresentare una involuzione perché sembra introdurre un doppio condizionamento, in termini di efficacia, sia della fase di aggiudicazione sia della fase di approvazione essendo per entrambi ipotizzati controlli di incerta portata e significato.

3 - L'aggiudicazione provvisoria e definitiva

Il comma 5 dell'art. 11 individua l'aggiudicazione nell'atto con cui il dirigente competente, o il responsabile del servizio su delega del dirigente, individua in via definitiva la migliore offerta.

Sembrerebbe, quindi che, coincidendo l'aggiudicazione con la scelta definitiva della offerta migliore non vi sia più spazio per un'aggiudicazione provvisoria, intesa come aggiudicazione non definitiva.

Se questo fosse l'approdo ermeneutico conclusivo non ci può che far piacere poiché in più occasioni abbiamo spesso sottolineato come l'aggiudicazione provvisoria fosse una nozione tecnicamente inesatta e giuridicamente inesistente che però era idonea ad innescare negative ricadute sulla correttezza della procedura e sulla linearità della tutela giurisdizionale⁴.

L'aggiudicazione provvisoria in senso tecnico-giuridico, infatti, è quella che si ha nella ipotesi in cui l'aggiudicazione in prima seduta di gara sia soggetta ad ulteriore ribasso⁵, mentre l'aggiudicazione ordinaria, a prescindere dalla sua equipollenza al contratto, dovrebbe essere di regola definitiva, salvo che sia condizionata nella efficacia da verifiche interne (monitoraggio dei requisiti) o esterne (controllo di regolarità)⁶.

La prassi amministrativa, tuttavia, è andata in tutt'altra direzione assecondando un regime diversificato soprattutto per gli enti locali ed asseverando, con l'avallo della giurisprudenza, l'orientamento che l'aggiudicazione sia provvisoria, non solo quando sia sottoposta ad una successiva attività di verifica dei requisiti o quando l'amministrazione si sia riservata la potestà di approvare e di fare proprie le risultanze della gara⁷; si riteneva, infatti, che fosse connaturale al procedimento di evidenza pubblica che la procedura si concludesse con un atto amministrativo di approvazione, espressione di potestà pubblica a suggello dell'aggiudicazione provvisoria⁸ ed autonomo rispetto all'aggiudicazione provvisoria, in quanto manifestazione di un nuovo apprezzamento che può valutare profili ulteriori rispetto alle valutazioni tecniche della commissione⁹.

Tale abituale modo di operare, sebbene fosse inizialmente giustificato dalla necessità di adottare un atto deliberativo da parte degli organi di amministrazione da sottoporre al controllo dei comitati regionali di controllo¹⁰, è continuato anche dopo l'abolizione dei controlli. essendosi ritenuto che la prerogativa di approvare gli atti di gara rientrasse, dapprima (ante art. 6 L. n. 127/1997) nella competenza degli organi di governo¹¹ e poi nella competenza esclusiva dei dirigenti¹², senza

⁴ SANTORO, Stipulazione e perfezionamento dei contratti pubblici dopo le riforme amministrative e contabili, in Riv. trim. app. 1998, 311; *id.*, La commissione di gara negli appalti pubblici, in App. urb. edil. 2003 n. 1, 69; *id.*, Il ruolo e la responsabilità dei dirigenti nelle procedure di appalto, in Comuni d'Italia 2003, 6, 60.

⁵ Art. 68 e 84 R.C.S.; all'aggiudicazione provvisoria si avvicina il sistema di affidamento della concessione a promotore, in quanto l'offerta risultata migliore nella tornata di gara pubblica si deve confrontare in una procedura negoziata con la nuova offerta del promotore (art. 37-quater L. 109/1994).

⁶ SANTORO, Manuale dei contratti pubblici, cit., 678 e 897.

⁷ Cons. St., Sez., IV, 12 settembre 2000 n. 4822, in Foro amm. 2000, 3009; Sez. V., 16 gennaio 2002 n. 223, *ivi* 2002, 97

⁸ Cons. St., Sez. V, 24 ottobre 2000 n. 5710, in Cons. St. 2000, 2310.

⁹ Cons. St., Sez. V, 9 febbraio 2001 n. 594, in Foro amm.C.d.S. 2001, 434.

¹⁰ L'art. 45 L. n. 142/1990 prevedeva l'assoggettamento a controllo delle deliberazioni di giunta riguardanti gli appalti. Cass. 4 novembre 1090 n. 5912, in Sett. giur. 1981, II, 134.

¹¹ TAR Molise, 20 giugno 1998 n. 94, in TAR 1009, 2675. , Cons. St., Sez. V. 24 settembre 1999 n. 1172, in Foro amm. 1999, 1760.

minimamente porsi il problema se l'atto fosse giustificato dal nuovo assetto e se innanzitutto fosse giuridicamente necessario e se dovesse procedere o seguire la stipula del contratto.

La stessa dottrina appare incerta sulla natura e sugli effetti dell'aggiudicazione mettendo sul medesimo piano ai fini della no definitività dell'aggiudicazione, sia la possibilità di presentazione di offerte di miglioramento sia la possibilità di revoca¹³

Da qui una serie di anomalie:

- la configurazione bifasica dell'aggiudicazione al di là di una puntuale previsione normativa (*praeter legem*);

- la frequente confusione tra l'approvazione e l'autotutela¹⁴ poiché, inserendosi entrambe nella fase di quiescenza dell'aggiudicazione (provvisoria), era indifferente che gli effetti dell'aggiudicazione fossero impediti da un atto di non approvazione o di disapprovazione, di annullamento¹⁵, di riesame¹⁶, di ritiro¹⁷ e finanche di revoca¹⁸.

- la necessità di ammettere che il dirigente responsabile potesse cumulare le funzioni di presidente della commissione, di responsabile del procedimento e di organo che approva gli atti di gara¹⁹;

- l'indeterminatezza dell'autorità competente;

- l'incertezza di quale fosse l'atto lesivo contro cui tutelarsi in sede giurisdizionale con la salomonica soluzione che l'impugnativa dell'aggiudicazione provvisoria dovesse essere doppiata da quella dell'aggiudicazione definitiva²⁰, per dirimere il contrasto sulla natura confermativa o autonoma dell'aggiudicazione definitiva rispetto a quella provvisoria²¹.

Si riconosceva, tuttavia che l'approvazione degli atti di gara, non potesse essere ascritta tecnicamente alla nozione di controllo che esigerebbe l'espressa attribuzione normativa ad un organo terzo, ma si risolvesse nella diversa funzione di ultima revisione, interna al procedimento, della correttezza del suo svolgimento, implicando l'esercizio di una potestà funzionalmente connessa alla responsabilità unitaria del procedimento da parte del dirigente²²; ed andando ancora oltre, si è anche ammesso che l'approvazione fosse estranea alle procedure indette dagli enti locali e che la cosiddetta aggiudicazione definitiva non fosse configurabile come una vera e propria approvazione ma solo come una presa d'atto dei risultati di gara con funzione conclusiva del procedimento²³; maturava pertanto poco a poco la consapevolezza che l'approvazione

¹² Cons. St., Sez. V, 12 aprile 2001 n. 2293, in Foro amm. 2001, 871 e 26 gennaio 1999 n. 64, ivi 1999, 90; secondo l'Autorità di vigilanza la determinazione sull'aggiudicazione definitiva spetterebbe al responsabile del procedimento, cfr. Det. 2 ottobre 2002 n. 24.

¹³ DE NICTOLIS, Le procedure aperte e ristrette, in Il nuovo diritto degli appalti pubblici, a cura di Sandulli e Garofoli, Milano 2005, 403; PIACENTINI C. e DONADEO L. L'appalto, pubblico di lavori, Torino 2004, 134.

¹⁴ Cons. St. Sez., V, 18 aprile 2001 n. 2331, in Foro amm. C.d.S. 2001, 874.

¹⁵ Cons. St., Sez. V, 17 luglio 2001 n. 3954 e Sez. IV, 25 luglio 2001 n. 4065, in Foro amm. 2001, 1986 e 1929; Cons. St., Sez. VI, 18 marzo 2003 n. 1417, ivi 2003, 1096; Cons. St., Sez. IV, 19 luglio 2004 n. 5182 3, ivi 2004, 2125

¹⁶ Cons. St., Sez. VI, 25 Marzo 2004 n. 1625, in Cons. St. 2004, I, 231.

¹⁷ Cons. St., Sez. VI, 5 giugno 2003 n. 3124, in Foro amm. C.d.S. 2003, 1954.

¹⁸ Cons. St., Sez., VI, 20 febbraio 1998 n. n. 1813, in Foro amm. 1998, 467, 19 agosto 2003 n. 4671, ivi 2003, 2327, Cons. St. Sez. V, 1 aprile 2004 n. 1813, ivi 2004, 1114; Cons. St., Sez. VI, 19 novembre 2002 n. 5062, in Cons. St. 2002, I, 2588; un caso di revoca è quello oggetto della questione di massima risolta in chiave di giurisdizione da Cons. St. A.P., 5 settembre 2005 n. 6, in Foro amm. C.d.S. 2005, 2515; Cons. St., Sez. IV, 26 maggio 2003 n. 2823, in Foro amm. C.d.S. 2003, 1563 e TAR. Milano, Sez. III, 29 settembre 2004 n. 4192, in Foro amm. TAR 2004, 3624, che richiamano l'art. 113 R.C.S. riguardante il diniego di approvazione del contratto per gravi motivi di interesse pubblico; si parla anche di decadenza (e non di revoca come previsto dall'art. 30 L. n. 109/1994) nella ipotesi di mancata produzione della cauzione definitiva, cfr. Tar Umbria 24 aprile 1998 n. 299, in Foro amm. 1998, 165.

¹⁹ Cons. St. Sez. V, 21 giugno 2002 n. 3404, in Foro amm. C.d.S. 2002, 1467; Cons. St., e 28 giugno 2004 n. 4772, ivi 2004, 1767. Sez. V, 19 febbraio 2003 n. 920, ivi 2003, 605.

²⁰ Cons. St., Sez. VI, 20 giugno 2002 n. 3368, in Foro amm. 2002, 1419; Cons. St. Sez. V, 16 settembre 2004 n. 6018, ivi 2004, 2596, 10 maggio 2005 n. 2 3338, ivi 2005, 1464 e 8 agosto 2005 n. 4207, ivi 2005, 2262; Cons. St. Sez. IV, 14 settembre 2005 n. 4769, ivi 2005, 2531

²¹ Cons. St., Sez. V, 17 dicembre 2001 n. 6253, in Contr. Stato enti pub. 2002, 107; Cons. St., Sez. V, 2 settembre 2005 n. 4464, in Foro amm. C.d.S., 2005, 2597, secondo cui l'aggiudicazione definitiva è diversa da quella provvisoria per soggetto, competenza, forma e contenuto e presuppone una diversa valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento.; Cons. St., Sez., V, 11 maggio 2004 n. 2951, ivi 2004, 1422, secondo cui l'aggiudicazione ha effetti meramente prodromici all'adozione della determinazione conclusiva dell'aggiudicazione definitiva; Cons. St., Sez. IV 29 novembre 2004 n. 7882 e Sez. V, 10 maggio 2005 n. 2338, ivi 2005, 179 e 1464, secondo cui l'aggiudicazione definitiva ha autonoma portata lesiva.

²² Cons. St., Sez. V, 18 settembre 2003 n. 5332, in Foro amm. C.d.S. 2003, 2571; TAR Bari, Sez. I, 7 giugno 2005 n. 2778, in Foro amm. TAR 2005, 2138.

²³ TAR Lecce, Sez. II, 17 febbraio 2003 n. 473, in Foro amm. TAR 2003, 737.

dell'aggiudicazione non avesse una base normativa certa tanto che la si riteneva ammissibile a condizione che fosse prevista nel bando di gara²⁴.

Tali antecedenti potrebbero convincere che la finalità della nuova disposizione sia proprio quella di fare chiarezza abbandonando una distinzione che non aveva un solido supporto normativo che era solo frutto di una tradizione ispirata alla salvaguardia di una forma di controllo conformativo dapprima esterno e poi interno.

4 - L'aggiudicazione efficace

Il nuovo corso delineato dalla norma con l'apparente abbandono del doppio passaggio sembrerebbe ricondurre la procedura di gara, intesa unitariamente, ai comuni canoni in base a cui un atto amministrativo può essere condizionato nell'efficacia (o esecutività) fino a quando non intervenga l'atto di controllo cui è sottoposto.

La disposizione, infatti, dopo aver escluso che l'aggiudicazione potesse equivalere all'accettazione della proposta, e quindi avere un effetto equipollente alla conclusione del contratto, secondo l'antica regola contabile²⁵, introduce il principio (nuovo) che l'aggiudicazione diventa definitiva dopo l'esito positivo dei controlli previsti dalle norme vigenti.

In astratto non vi sarebbe nulla di strano se non fosse per il fatto che non si sa di quali controlli si tratti.

E' da escludere, infatti, che si tratti di controlli esterni essendo essi venuti meno, per le procedure degli enti locali, quelli dei Co.re.co. e delle Commissioni di controllo sugli atti degli enti locali e delle Regioni²⁶, mentre, per i contratti delle amministrazioni statali, il controllo della Corte dei conti ha ad oggetto, non l'atto di aggiudicazione ma il provvedimento di approvazione del contratto (art. 3, lett. g, L. n. 20/1994); per gli enti pubblici non economici non è mai stato previsto un controllo condizionante il contratto, mentre l'atto di aggiudicazione è provvedimento di competenza del dirigente che l'adotta sulla base della scelta operata da apposita commissione (art. 60 D.P.R. n. 97/2003).

Di quali organi di controllo si tratti diventa un piccolo enigma poiché la nuova impostazione sembra escludere che si possa alludere ad una approvazione da parte di autorità diversa da quella che ha presieduto la gara mentre non appare verosimile ogni riferimento ad eventuali organi di controllo interno.

I controlli interni, infatti, anche se intestati ad un collegio di revisione, sono di tipo successivo e sono indirizzati alla verifica della regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione mentre gli unici controlli su atti singoli potrebbero essere quelli di Ragioneria esercitato attraverso il c.d. "visto" con effetti condizionanti l'efficacia dell'atto; i controlli delle Ragionerie statali, però, sono esercitati sull'atto di impegno che accede all'atto di approvazione del contratto, mentre, per gli enti locali, il visto di regolarità contabile è apposto dal responsabile del servizio finanziario sulle proposte di determinazione o sull'atto di impegno che segue l'obbligazione giuridicamente perfetta (artt. 153, 191 e 193 T.U. n. 267/2000), vale a dire su atti a contenuto finanziario che precedono o seguono la mera aggiudicazione in sede di gara.

Si potrebbe obiettare che la disposizione contiene un principio che prescinde dalla concreta applicazione, ma quando i principi sono avulsi dalla realtà creano confusione e destano sconcerto in chi deve operare soprattutto se enunciati da testo codificante asseritamente innovativo.

5 - L'aggiudicazione condizionata

In base alla precedente normativa l'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso in materia di lavori pubblici doveva intendersi pronunciata sotto riserva poiché è obbligatoria la verifica dei requisiti soggettivi della impresa aggiudicataria e della seconda graduata, ove non già estratte per il monitoraggio, in esito alla quale si consolida l'aggiudicazione già pronunciata ovvero si procede

²⁴ TAR Liguria, Sez. II, 7 febbraio 2005 n. 165, in Foro amm. TAR 2005, 374.

²⁵ In base all'art. 16 L.:S. ed all'art. 88 R.C.S., il verbale di aggiudicazione definitiva equivale ad ogni legale effetto al contratto.

²⁶ l'art. 9 della legge di riforma costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3 ha abrogato gli artt. 125 e 130 Cost.

(art. 10, comma 1-quater, l. n. 109/1994) ad una “nuova aggiudicazione”, previa rideterminazione della soglia di anomalia²⁷.

La disposizione è sostanzialmente riprodotta all’art. 48 del nuovo codice che però si applica a tutti gli appalti.

Poteva essere questa una delle poche ipotesi di aggiudicazione provvisoria²⁸, o meglio di aggiudicazione condizionata.

La nuova articolazione per fasi dovrebbe dar ragione alla nostra tesi che considerava l’aggiudicazione definitiva sin dall’origine ma disposta con riserva, in quanto sottoposta alla condizione risolutiva della positiva verifica dei requisiti, tanto è vero che si parla di nuova aggiudicazione, intendendosi non più efficace la precedente.

Trattasi, tuttavia, di verifica basata su elementi oggettivi (sussistenza dei requisiti) che, se negativa, opera a monte della stessa aggiudicazione in quanto incidente sui presupposti di ammissione alla gara²⁹, e che pertanto non è riconducibile all’approvazione in senso proprio, come pure si è ritenuto³⁰, quale atto autoritativo discrezionale di secondo grado.

Seppure si vuole considerare la prima aggiudicazione come provvisoria³¹, nel significato di aggiudicazione *sub condicione*, bisogna avere la consapevolezza che, a differenza dell’approvazione vera e propria che, essendo necessaria, opera come condizione sospensiva, nell’aggiudicazione sottoposta a monitoraggio la verifica negativa agisce alla stregua di una condizione risolutiva rendendo inefficace l’aggiudicazione già dichiarata.

5 – L’approvazione dell’aggiudicazione

Il nuovo codice non propone affatto la distinzione tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva, ma istituzionalizza, all’art. 12, l’istituto dell’approvazione dell’aggiudicazione da parte dell’organo competente, sebbene rinvii all’ordinamento proprio delle amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori.

Quale sia l’ordinamento cui è fatto rinvio non è meglio specificato; se ne deve trarre la conclusione che non essendovi traccia della necessità di una approvazione dell’aggiudicazione negli ordinamenti contabili primari dei quattro comparti principali (Stato, enti locali, enti pubblici, Regioni), il rinvio deve intendersi effettuato agli statuti o ai regolamenti organizzativi.

Il rinvio all’ordinamento particolare non dovrebbe quindi coinvolgere le amministrazioni dello Stato, tuttora soggette alla disciplina della contabilità di Stato che non prevede l’approvazione dell’atto di aggiudicazione se non come atto presupposto del decreto del provvedimento di approvazione del contratto.

Per le altre amministrazioni (enti locali ed enti pubblici) sorge il problema di come raccordare l’approvazione che opera, come atto di controllo interno esteso al merito sulla efficacia dell’atto controllato, con l’altra disposizione innanzi richiamata che pure condiziona l’efficacia dell’aggiudicazione al positivo controllo dell’organo controllo.

L’approvazione dell’atto di aggiudicazione si atterrebbe, ove richiesto, come una sorta di autorizzazione alla stipula del contratto³².

A parte i dubbi sulla attualità e vigenza di controlli (esterni) sugli atti di gara, resterebbe comunque da chiarire se il controllo dell’aggiudicazione debba precedere (stando alla lettera ed alla tempistica delle due disposizioni) l’approvazione interna o seguirla come sembrerebbe più logico.

²⁷ La normativa previgente consentiva l’aggiudicazione per scorrimento direttamente al secondo graduato, cfr. Cons. St. Sez. VI, 5 settembre 2005 n. 4512, in Foro amm. C.d.S.2005, 2663, che definisce provvisoria l’aggiudicazione in pendenza di verifica.

²⁸ TAR Reggio Calabria, 27 gennaio 2004 n. 48, in Foro amm. TAR 2004, 241.

²⁹ Cons. St., Sez., V, 16 gennaio 2002 n. 223, in Foro amm. C.d.S., 2002, 97.

³⁰ Cons. St., Sez. V, 6 luglio 2002 n. 3718, in Foro amm. C.d.S. 2002, 1708.

³¹ Cons. St. Sez. IV, 12 settembre 2000 n. 4822, cit. e Sez. V., 27 febbraio 2000 n. 1060, in Foro amm. C. d. S. 2001, 459; Cons. St. Sez., IV, 25 luglio 2001 n. 4065, cit., dà atto che si tratta di aggiudicazione sottoposta a riserva di accertamento.

³² Cass., S.U., 12 marzo 2004 n. 5179, in Foro amm. C.d.S. 2004, 667, che ha riconosciuto la giurisdizione amministrativa sulla controversia riguardante l’annullamenti in autotutela della delibera di autorizzazione alla stipula del contratto per vizi della procedura di scelta.

Il problema si combina con l'altro di cui si dirà della necessità dell'approvazione anche del contratto poiché in tal caso si prefigurerebbero per lo meno altri quattro passaggi (due interni e due esterni) che non può non preoccupare in termini di snellimento dell'azione amministrativa e di trasparenza se è vero che gli eccessivi controlli possono implicare cogestione e deresponsabilizzazione³³.

A parte questi aspetti la nuova impostazione sembra abbandonare la concezione dell'approvazione come atto di controllo per approdare definitivamente alla sua configurazione come atto finale di un procedimento unitario costitutivo della volontà definitiva della stazione appaltante e perciò adottabile dal medesimo soggetto che ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria³⁴, in quanto la responsabilità della procedura prevarrebbe sulla disciplina delle incompatibilità³⁵. Se così fosse il modulo dovrebbe valere anche per le amministrazioni statali in quanto atto (necessario) di definitiva esternazione della volontà assunta dall'autorità preposta al seggio di gara dopo le verifiche interne sulla regolarità della procedura.

Se invece l'approvazione implicasse una mera verifica (attestazione) della regolarità della procedura allora sarebbe plausibile che, come ritenuto dall'Autorità di vigilanza, la competenza spettasse al responsabile del procedimento, se non fosse di ostacolo che è medesimo responsabile che "cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure" (art. 10, lett. c. del nuovo codice).

6 - La stipulazione del contratto

La stipulazione del contratto diviene assolutamente necessaria ed ineludibile essendosi inteso espressamente superare la normativa contabile che attribuiva, ove non impedito dal bando³⁶, valenza equipollente al verbale di aggiudicazione.

Una novità che è stata introdotta per assecondare una contestazione della commissione CE, è l'introduzione, di un termine di rispetto di 30 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai controinteressati, prima del quale in contratto non può essere stipulato³⁷.

Restano confermate le modalità di stipulazione e la forma cd. e pubblica amministrativa innanzi all'Ufficiale rogante, e la scrittura privata³⁸ e viene ufficializzata la possibilità di stipulazione in forma elettronica

La necessità di stipulare in ogni caso il contratto potrebbe implicare lo spostamento della linea di demarcazione oltre il quale la posizione dell'aggiudicatario assume rilevanza il rapporto intersoggettivo e bilaterale³⁹, e ciò potrebbe contribuire a risolvere i contrasti sul giudice competente a conoscere delle controversie insorgenti dopo l'aggiudicazione e prima della definitiva stipulazione del contratto e dare un supporto normativo all'orientamento di recente emerso⁴⁰, secondo cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estenderebbe alle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti alla fase pubblicistica quali la revoca dell'aggiudicazione.

7 – Le situazioni ostative alla stipulazione

La stipulazione del contratto è subordinata a due condizioni essenziali:

³³ La delega espressamente il criterio della semplificazione nei contenuti(secondo il citato parere del Consiglio di Stato n. 355/2006) va inteso come incentivo a ridurre i lacci per le stazioni appaltanti

³⁴ Cons. St., Sez., V, 18 settembre 2003 n. 5332, cit. e 29 marzo 2004 n. 1664, in Foro amm. C.d.S. 2004, 851; Cons. St., Sez., V, 8 agosto 2005 n. 4207, cit.

³⁵ Cons. St., 1 aprile 2004 n. 1812, in Foro amm. C.d.S. 1113.

³⁶ Cass., 13 aprile 2004 n. 7008, in Foro amm. C.d.S., 1 2004, 1031 e !! luglio 1998 n. 5807, in Riv. C. Conti 1998, 4, 240; Cons. St., Sez. V, 12 luglio 1987 n. 380, in Foro amm. 1987, 1415 e Sez. VI, 17 febbraio 1999 n. 173, ivi 1999, 401; C. Conti, Sez. contr., 14 aprile 1988 n. 1930, ivi 1989, 1255.

La stipulazione era comunque ritenuta necessaria per effetto delle normativa antimafia (Cons. St. Sez. IV, 25 luglio 2001 n. 4065, in Foro amm. 2001, 1029) e la stessa autorità di vigilanza aveva ritenuto non più applicabile la disposizione (det. 2 ottobre 2002 n. 24).

³⁷ Il Consiglio di Stato, nel citato parere, ha suggerito di prevedere la possibilità di deroga nei casi di urgenza.

³⁸ Non è chiaro se la scrittura privata comprenda anche l'atto d'obbligo o lo scambio di corrispondenza commerciale

³⁹ In precedenza era possibile che il rapporto intersoggettivo nascesse sin dall'aggiudicazione, cfr. Cons. St., Sez., V, 11 luglio 2002 n. 3908, in Foro amm. c.d.S. 2002, 1725.

⁴⁰ Cons. St. A.P., 5 settembre 2005 n. 6, in Foro amm. C.d.S. 2005, 2515; TAR Toscana 17 febbraio 2006 n. 441, cit.

a) la prestazione tempestiva di idonea garanzia fideiussoria (art. 113 nuovo codice, già art. 30 l. n. 109/2 1994)

b) la verifica dell'assenza di un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione (art. 10-sexies L. n. 575/1965).

Il primo adempimento impedisce la stipula del contratto ma in effetti opera sull'aggiudicazione in quanto la mancata produzione della garanzia comporta la revoca dell'affidamento⁴¹.

Il secondo adempimento, impone l'acquisizione preventiva, della certificazione o informativa c.d. antimafia; la sussistenza di una misura o preventiva o l'esistenza di un procedimento in corso opera ex lege determinando l'automatico "divieto di concludere contratti di appalto" (art. 10, comma 2, L. n. 575/1965), la cui violazione è peraltro sanzionata penalmente (art. 120-quinquies, stessa legge).

La sanzione interdittiva⁴², nella prassi può operare sull'aggiudicazione determinandone la revoca⁴³ o pregiudicandone l'approvazione⁴⁴; qualora poi l'informativa interviene dopo la stipulazione l'amministrazione può dichiarare la risoluzione del contratto⁴⁵ o recedere dal contratto stesso (art. 11 D.P.R. n. 252/1998

8 – L'approvazione del contratto

E' noto che l'approvazione è un istituto tradizionale e tipico dei contratti delle amministrazioni statali disciplinato dalla legge di contabilità dello Stato (art. 19 ed art. 104 R.C.S.) che è stato salvaguardato, ed in un certo senso rafforzato, dalla normativa di riforma dei controlli della Corte dei conti che ha mantenuto (art. 3, lett. g., L. n. 20/1994) l'assoggettamento al controllo preventivo dei provvedimenti che approvano i contratti di importo superiore ad una determinata soglia di valore.

L'approvazione del contratto invece, non ha mai operato nell'ordinamento contabile degli enti locali, mentre è previsto nella legislazione delle Regioni modellata su quella contabile dello Stato.

L'approvazione, secondo l'orientamento prevalente, è considerata dal punto di vista negoziale una *condicio iuris* che agisce sulla efficacia o esecutività del contratto ma non si inserisce nel procedimento formativo del negozio il quale, in pendenza dell'approvazione, è già perfetto nei suoi elementi costitutivi⁴⁶.

La previsione di legge che il contratto sia sottoposto ad approvazione comporta che l'obbligazione assunta con la stipulazione opera unilateralmente solo per il privato ma non anche per l'amministrazione finché il contratto stesso non sia stato approvato (art. 19 L.C.S. cit.).

Con l'approvazione l'obbligazione assunta dall'amministrazione diventa giuridicamente perfetta, e solo allora è consentita ed imposta l'assunzione dell'impegno contabile (art. 20, comma 3, L. n. 468/1978); da questo punto di vista l'approvazione, oltre all'effetto negoziale, rappresenta un atto di gestione contabile⁴⁷ costituendo la sede propria dell'autorizzazione all'impegno contabile conseguente all'obbligo assunto.

Una conseguenza di tale asimmetria negoziale è che la posizione giuridica del privato fintanto che pende l'approvazione non assume la consistenza del diritto soggettivo ma rimane di interesse legittimo ed è pertanto azionabile davanti al giudice amministrativo⁴⁸.

⁴¹ Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2002 n. 3908, in Foro amm. C.d.S., che ammette la scusabilità del riardo.

⁴² L'informativa prefettizia se positiva ha valenza interdittiva diretta, cfr. Cons. St. Sez. V, 10 maggio 2005 n. 2334, in Foro amm. c.d.S. 2005, 1463; le informazioni c.d. atipiche supplementari consentono un potere di autotutela, cfr. TAR Napoli, 12 giugno 2002 n. 3403, in Foro amm. TAR 2002, 2133.

⁴³ Cons. St. Sez., VI, 14 gennaio 2002 n. 149, in Foro amm. C.d.S. 2002, 145; TAR Lazio, Sez. I-ter, 1 febbraio 2005 n. 854, in TAR 2005, 854.

⁴⁴ TAR Palermo, Sez. III, 6 novembre 2003 n. 1814, in Foro amm. TAR 2003, 3385.

⁴⁵ TAR Napoli, Sez. I, 30 gennaio 2005 n. 574, in Contr. Stato enti pubb. 2005, 309.

⁴⁶ Cass., 14 ottobre 1995 n. 10751, in Contr. Stato enti pubb. 1996, 158, 5 maggio 1999 n. 4490, in Sett. giur. 1999, II, 1327, 1 dicembre 2000 n. 15344, in Giust. Civ. 2001, I, 1285 e 24 aprile 2001 n. 6032, in Giur. it. 2001, 2251; C. Conti, Sez. contr., 29 novembre 2002 n. 20, in Cons. St. 2002, II, 2010.

⁴⁷ SANTORO, Manuale dei contratti pubblici. Cit., 891; *id.* Le materie di contabilità pubblica, Rimini, 2005, 188; C. Conti, Sez. Contr., 20 dicembre 1983 n. 1407, in Foro amm. 1985, 312.

⁴⁸ Cass., S.U., 26 luglio 1985 n. 4332, in Cons. St. 1985, II, 1790.

La nuova disposizione dell'emanando codice dei lavori pubblici sembra voler estendere l'istituto dell'approvazione a tutti i "contratti pubblici", anche se l'allargamento è mediato dal rinvio agli ordinamenti delle singole amministrazioni aggiudicatrici.

La nuova linea contrasta però con quell'orientamento giurisprudenziale che mette in dubbio l'utilità dell'approvazione una volta che la responsabilità della intera procedura è concentrata sul dirigente responsabile del budget di gestione il quale può cumulare le funzioni di stipulante, di responsabile del procedimento, di titolare del potere di spesa che approva e di autorità che assume la decisione finale approvando il suo stesso operato⁴⁹.

Vero è che la concentrazione del potere di approvazione in capo al medesimo titolare del centro di responsabilità affidatario della gestione potrebbe rivalutare le antiche teoriche che guardavano all'approvazione come una componente costitutiva della volontà del contraente pubblico⁵⁰ e come l'atto conclusivo dal quale deriverebbe l'obbligazione contrattuale⁵¹, e giustificare l'indifferenza dell'alterità della funzione.

In ogni caso la disposizione sembra voler preservare il doppio canale procedimentale a seconda del regime, prevedendo una diversa decorrenza dei termini⁵², oltre i quali l'aggiudicatario può sciogliersi dell'impegno, rispettivamente della stipulazione e dell'approvazione.

9 – Forza e valore della nuova disposizione

Indubbiamente le nuove disposizioni hanno potenzialmente valore e forza di legge ma il continuo rinvio agli ordinamenti vigenti ne attenuano la forza innovativa, sicché, pur tenendo conto dell'esigenza di rispettare l'autonomia regolamentare e statutaria delle amministrazioni destinatarie⁵³, non si comprende bene quale sia l'effettiva portata delle disposizioni in esame, se cioè abbiano valore meramente ricognitivo oppure forza precettiva innovativa (prescrittiva o permissiva), nel senso che legittimano le amministrazioni aggiudicatrici a darsi l'ordinamento che meglio credono e persino a stabilire di vota involta nel bando o nella lettera d'invito i termini per la stipulazione, per l'approvazione dell'aggiudicazione e per l'approvazione del contratto.

Le disposizioni sembrano pertanto avere un contenuto elastico anche nei principi che apparentemente fissano, poiché non è chiaro se le fasi delle procedure contrattuali siano due o tre (compresa l'approvazione) oppure cinque se si considerano i ventilati controlli sull'approvazione dell'aggiudicazione e/o del contratto.

Da questo punto di vista la nuova costruzione appare più un ritorno al passato, quando incombevano i controlli, amministrativi che una impostazione moderna che sappia valorizzare le potenzialità della responsabilità di risultato in un sistema in cui la dirigenza possa esercitarsi senza condizionamenti esterni o sovraordinati, con l'unico limite di dover dar conto della propria gestione anche con riferimento al *management* di ogni singolo appalto⁵⁴.

Per quanto riguarda il rapporto tra le diverse fasi, così come astrattamente, ristrutturata, sebbene non si parli più di aggiudicazione provvisoria ma di aggiudicazione (in)efficace in pendenza di approvazione, nei fatti si conferma la necessità di una doppia articolazione temporale:

⁴⁹ Corte Conti, Sez. Contr., 31 aprile 2002 n. 12 in Riv. C. Conti 2002 n. 2, 12; Corte Conti, Sez. contr. Sicilia, 8 ottobre 1997 n. 44, in Foro amm. 1998, 223. Il problema dell'alterità della funzione era insorto sin dalla prima legge sulla dirigenza (Cons. St., Comm. spec., 10 novembre 1974 n. 2, in Cons. St. 1975, I, 989) ed era prevalsa la linea della magistratura di controllo che riteneva incoerente la possibilità di cumulare le due funzioni, cfr. C. Conti, Sez. contr., 5 febbraio 1974 n. 597, in Foro amm. 1975, I, 3, 112 e più recentemente 29 settembre 1994 n. 79, in Riv. C. Conti 1994, 6, 23; era ritenuto inconcepibile un atto di approvazione adottato dal medesimo funzionario stipulante, Cass., 8 ottobre 1984 n. 5020, in Sett. giur. 1985, II, 59.

⁵⁰ Recentemente Cass. 21 luglio 2001 n. 14724, in Giust. civ. 2001, 1981, ritorna a parlare di elemento integrativo; in passato l'approvazione era considerata un accertamento costitutivo perché segna il momento in cui il contratto comincia ad esistere nel campo del diritto pubblico, C. Conti, Sez. contr., 29 marzo 1979 n. 958, in Foro amm. 1980, I, 1083.

⁵¹ Ci riferiamo alle teorie rispettivamente di DE CUPIS, RANELLETTI, FORTI E CAMMEO, richiamate in SANTORO, Manuale dei contratti pubblici, cit., 893.

⁵² In precedenza per gli appalti di lavori pubblici era previsto il termine di 60 giorni per la stipulazione e la successiva approvazione se richiesta (art. 109 Reg. n. 554/1999), mentre la nuova disposizione si limita ad un generico rinvio ai singoli ordinamenti.

⁵³ Le regioni hanno potestà legislativa ed a autonomia statutaria e regolamentare (art. 114 Cost.), gli enti locali hanno potestà normativa statutaria e regolamentare (art. 4, L. n. 131/2003), gli enti pubblici possono integrare con proprio regolamento il loro ordinamento finanziario e contabile (art. 2 D.P.R. n. 97/2003); da tener presente, inoltre, che la normativa riguarda anche soggetti aggiudicatori privati che hanno un proprio assetto organizzativo.

⁵⁴ Era questa l'indicazione di fondo auspicata in SANTORO, I controlli sull'attività contrattuale della pubblica amministrazione, Milano 1992, 285.

l'aggiudicazione al termine della seduta di gara e aggiudicazione definitiva conseguente all'approvazione.

Rimane comunque irrisolto il problema, cui si è fatto cenno, se l'aggiudicazione possa essere impugnata immediatamente oppure occorre che sia efficace e quindi concretamente lesiva, ma se così è la riserva di approvazione non può essere rimessa alla stazione appaltante in sede di bando.

Nulla è detto circa le modalità di espletamento della procedura di gara in seduta pubblica che pure sarebbe stato necessario per definire una buona volta il ruolo della cosiddetta commissione di gara che l'ordinamento generale, compreso il nuovo codice, regola e prevede solamente come commissione giudicatrice (art. 84), mentre quella che impropriamente viene indicata come commissione aggiudicatrice⁵⁵, in realtà non è un organismo collegiale essendo formata dal Presidente del seggio, in veste di autorità e da due testimoni che l'assistono alla presenza dell'ufficiale rogante (art. 82 R.C.S.); la disposizione lascia invece indeterminato chi debba essere l'organo (monocratico o collegiale) che opera in sede di gara per conto della stazione appaltante, la quale, pertanto, potrà avere mano libere nello stabilire di volta in volta se la funzione di aggiudicare l'appalto sarà demandata ad una autorità che presiede la gara (secondo la terminologia contabilistica e della vigente legge quadro) oppure ad una commissione aggiudicatrice istituzionalizzata o di volta in volta delegata⁵⁶.

10 – Per una riorganizzazione delle stazioni appaltanti

Quando le amministrazioni dello Stato erano strutturate in maniera verticistica e tutte le competenze di spesa facevano capo al Ministro si era avvertita la necessità che in ciascuna amministrazione operasse un ufficio contratto al cui dirigente era generalmente demandata, con formale delega, la funzione di pubblico ufficiale delegato alla stipula (art. 16 L.C.S.) e di autorità che presiede la gara (art. 69, 75, 82 R.C.S.) o di autorità che deve aggiudicare (art. 89 R.C.S.), essendo regola che il medesimo funzionario che presiedette la gara procede alla stipula del contratto (art. 97 R.C.S.).

Tale ordine di competenze funzionali è tuttora seguito dalle amministrazioni dello Stato, mentre per le altre amministrazioni tutto è rimesso alla discrezionalità delle stazioni appaltanti le quali spesso sono solite di avvalersi di commissioni non solo giudicatrici ma anche aggiudicatrici in modo da poter compartecipare alla decisione e dare un peso alla discrezionalità valutativa spendibile.

Nonostante che il nuovo assetto delle pubbliche amministrazioni abbia assunto come principio cardine la distinzione tra funzione di indirizzo, affidata agli organini politici-amministrativi, e la gestione amministrativa di competenza esclusiva dei dirigenti e che, in particolare, l'ordinamento degli enti locali riservi espressamente la presidenza delle c.d. commissioni di gara ai dirigenti (art. 107, lett. a, T.U. 207/2000), la commistione tra politica ed amministrazione continua soprattutto nella materia degli appalti quando l'organo politico partecipa (o presiede) alle commissioni o si riserva di dare il beneplacito (con diverse formalità) all'approvazione degli atti di gara.

Le nuove disposizioni hanno del tutto ignorato la problematica ed anzi hanno intestato anonimamente tutte le funzioni inerenti alle procedure di gara alla "stazione appaltante" nella consapevolezza di adoperare, come detto nella parte definitoria, un termine semplificativo riferibile alle amministrazioni aggiudicatrici ed agli altri soggetti aggiudicatori.

Ciò premesso, il problema non appare di facile poiché da un lato sono innumerevoli le stazioni appaltanti e diversa è la loro dimensione e capacità organizzativa, e dall'altro, la frammentazione budgettaria tra i vari centri di responsabilità che curano i progetti programmati e la gestione delle risorse ricevute, ha comportato che all'interno di ciascuna amministrazione, anche di piccole dimensioni, ciascun dirigente si dà una propria organizzazione nella gestione delle procedure

⁵⁵ Non mancano casi in cui la medesima commissione viene definita con entrambi i termini, cfr. Cons. St. Sez., V, 9 giugno 2003 n. 3247, in Foro amm. C.d.S. 2003, 1886.

⁵⁶ Si rinvia a SANTORO, La commissione di gara negli appalti pubblici, in App. urb. edil. 2003 n. 1, 69, cit.

contrattuali, assumendo le relative competenze in prima persona, avvalendosi discrezionalmente di un responsabile del procedimento o delegando altro dirigente sottordinato.

Noi riteniamo che occorre dettare delle norme di principio o quanto meno delle linee guida, e che tutto il sistema vada riassetato precisando se e quando sia necessaria un'approvazione ed un controllo sull'atto di approvazione dei verbali di aggiudicazione e dei conseguenti contratti, evitando duplicazioni di controlli, sia interni (approvazione stessa) che esterni (visto di legittimità e/o di regolarità); la disposizione, pertanto, appare contro tendenza, se è vero che il nuovo assetto delle competenze imperniato sulla responsabilità di gestione dovrebbe tendere alla eliminazione dei controlli interni ed esterni⁵⁷.

Come modello si potrebbe assumere quello vigente per le amministrazioni dello Stato, che, come si è detto, bypassa il controllo (interno ed esterno) sull'aggiudicazione concentrandolo sull'atto di approvazione del contratto stipulato, che appare più utile e proficuo, perché, ad esempio, evita che, nel passaggio dallo schema al documento contrattuale sottoscritto, possano introdursi clausole o modifiche, apparentemente insignificanti, che oltre ad alterare la *par condicio* dei concorrenti si rivelano spesso dispendiose per l'amministrazioni appaltanti.

Non ha senso, invece, ipotizzare controlli traendo spunto, per i termini ed le procedure, dalla disciplina vigente per le amministrazioni statali (che hanno ad oggetto solo l'approvazione del contratto), per poi duplicarli anche per l'atto di aggiudicazione e né appare razionale disegnare un modello in cui due approvazioni, anziché alternative, si combinano all'interno del medesimo procedimento.

Infine va evidenziato che configurare l'intera procedura di conclusione del contratto come un unico procedimento pubblicistico significa contraddire, non solo il principio direttivo che la pubblica amministrazione nell'adozione di atti di natura non autoritativa agisce secondo le norme di diritto privato (art. 1 l. n. 241/1990 come modificato dalla L. n. 15/2005), ma anche il criterio introdotto dallo stesso nuovo codice dei contratti pubblici secondo cui l'attività contrattuale (non più catalogata come "attività amministrativa" secondo la previsione dell'art. 1 della legge quadro L. P), si svolge, per quanto non espressamente previsto, nel rispetto dei principi del codice civile.

11 – I vantaggi di una concezione unitaria della formazione del contratto

A parte le critiche avanzate sulle nuove disposizioni, sia per la formulazione sia per l'appesantimento procedurale derivante dalla possibile duplicazione dei controlli, lo spostamento in avanti passaggio dalla fase di evidenza pubblica alla fase negoziale nel momento preciso della stipulazione del contratto, potrebbe presentare il vantaggio di rimuovere quella zona grigia che va dall'aggiudicazione formale alla stipula del contratto della quale, da un lato, la stazione appaltante conserva integri i suoi poteri autoritativi di vario genere (approvazione degli atti di gara, ritiro, rinuncia⁵⁸, revoca, annullamento, decadenza), facendo rientrare tutte queste manifestazioni che sono allo stesso tempo espressione di potere unilaterale e di intento negoziale⁵⁹, nella fase c.d. pubblicistica, con la conseguenza che le relativamente rientrerebbero nell'area della giurisdizione esclusiva amministrativa senza alchimie e sotterfugi classificatori degli atti che paralizzano gli effetti dell'aggiudicazione, in quanto diventano tutti atti interni ad un unico procedimento che si chiude con la stipulazione divenuta efficace con l'approvazione.

L'assorbimento della fase immediatamente precedente la stipulazione del contratto nella procedura pubblicistica potrebbe inoltre contribuire a superare il problema degli effetti dei vizi procedurali sulla sorte del contratto poiché il controllo giurisdizionale estendendosi alla fase approvativa opererebbe direttamente sull'atto che determina l'efficacia del contratto paralizzandone gli effetti in caso di annullamento dell'atto⁶⁰; i vizi del procedimento, infatti, ove persistenti e non

⁵⁷ Cons. St., Sez. V, 1 aprile 2004 n. 1812, cit.

⁵⁸ La rinuncia ad aggiudicare l'appalto è espressamente prevista dall'art. 41 della direttiva unificata 2004/18/CE.

⁵⁹ Cons. St., Sez. IV, 12 settembre 2000 n. 4822, cit. secondo cui l'aggiudicazione è provvedimento amministrativo con il quale la p. a manifesta la volontà di contrarre con il soggetto scelto.

⁶⁰ Il Consiglio di Stato nel parere citato dà atto che la disposizione non si occupa del problema che è ancora controverso.

corretti, diventano infatti vizi dell'atto di approvazione e come tali sono sindacabili in sede di controllo amministrativo o giurisdizionale⁶¹.

Tutto questo però pecca di utopia poiché gli sforzi di unificare il procedimento preordinato alla conclusione del contratto si scontrano con il diverso regime cui soggiacciono i contratti delle pubbliche amministrazioni che il rinvio alle norme proprie delle stazioni appaltanti ha di fatto salvaguardato.

⁶¹ SANTORO, I controlli sull'attività contrattuale della P.A., cit. 241.