l'AMMINISTRATIVISTA
IL PORTALE SUGLI APPALTI E I CONTRATTI PUBBLICI

Fasi delle procedure di affidamento

di **Antonietta Lupo**

Bussola del 13 marzo 2018

Il compendio normativo dettagliato dall'art. 32, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.c.p.) disciplina le diverse fa¬si in cui si articolano le procedure di affidamento dei contratti pubblici (fatte salve le singole disci¬pline speciali), confermando, con alcune modifiche sostanziali, l'assetto del pregresso art. 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

SOMMARIO: 1. Inquadramento - 2. La programmazione preliminare e la determinazione a contrarre - 3. Indagini di mercato e consultazioni preliminari di mercato - 4. Presentazione e validità dell'offerta - 5. La proposta di aggiudicazione - 6. L'aggiudicazione - 7. La stipulazione del contratto - 8. Il termine di stand still - 9. Le ipotesi di esecuzione in via di urgenza

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

1. Inquadramento

Il compendio normativo dettagliato dall'art. 32, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (c.c.p.) disciplina le diverse fasi in cui si articolano le procedure di affidamento dei contratti pubblici (fatte salve le singole discipline speciali), confermando, con alcune modifiche sostanziali, l'assetto del pregresso art. 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Riprendendo l'impostazione delle recenti direttive eurounitarie e del previgente Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 mantiene l'originaria sequenza procedimentale distinta in due fasi: la prima, avente natura amministrativa, rappresentata dalle procedure di scelta del contraente che devono svolgersi nel rispetto di regole puntualmente definite; la seconda, avente natura negoziale, costituita dal momento di conclusione del contratto e di attuazione del rapporto contrattuale.

Il nuovo Codice supera, invece, l'originaria dicotomia "aggiudicazione provvisoria/aggiudicazione definitiva", prevedendo che l'individuazione dell'aggiudicatario sia evidenziata nella proposta di aggiudicazionealla quale segue, successivamente, il provvedimento di aggiudicazione.

In evidenza

Il superamento dell'istituto dell'aggiudicazione provvisoria origina dall'accoglimento dei suggerimenti proposti dal Consiglio di Stato, comm. spec., nel parere 1 aprile 2016, n. 855, laddove sottolineava la natura anfibia del concetto di aggiudicazione provvisoria (atto infraprocedimentale, forzosamente equiparato a un provvedimento) e le consequenziali questioni interpretative (impugnabilità immediata, risarcibilità del danno da revoca, tutela dell'affidamento) emerse in sede di contenzioso.

Il Codice amplia, poi, i casi di deroga allo *stand still period* e, al contempo, elimina il divieto espresso di esecuzione d'urgenza durante il termine dilatorio per la stipula del contratto e durante il periodo di sospensione *ex lege* della possibilità di stipulare il contratto a seguito di proposizione di giurisdizionale contro l'aggiudicazione e nelle more della pronuncia cautelare del giudice.

L'art. *22* del c.d. "decreto correttivo" (d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56), pubblicato in G.U. il 5 maggio 2017, modifica parzialmente l'art. 32 c.c.p., introducendo una procedura semplificata per gli affidamenti diretti di contratti di importo inferiore a € 40.000 e specificando gli acquisti elettronici a cui non applicare il termine dilatorio per la stipula dei contratti.

2. La programmazione preliminare e la determinazione a contrarre

La fase iniziale di ogni procedura prende avvio nel rispetto degli atti di programmazione economico-finanziaria della singola stazione appaltante, finalizzati ad individuare gli obiettivi pubblici da perseguire, la percezione delle relazioni tra i mezzi economici necessari (stima del fabbisogno), nonché il coordinamento delle attività gestionali nell'arco di tempo individuato.

In evidenza

L'art. 21 c.c.p. introduce la regola della programmazione obbligatoria sia per i lavori pubblici che per i beni e servizi. Più precisamente, la norma stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori **adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi (il cui importo unitario stimato sia pari o superiore a € 40.000)** e il programma triennale dei lavori pubblici (il cui valore stimato sia pari o superiore a € 100.000), nonché i relativi aggiornamenti annuali. **I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti**.

La Legge di Bilancio 2017 (legge 11 dicembre 2016, n. 232*, pubblicata in* G.U. il 21dicembre 2016), al comma 424 dell'articolo unico, pospone l'obbligo della predisposizione del programma e dei connessi adempimenti a carico del RUP a far data dall'esercizio finanziario del 2018.

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

La procedura inizia con la determinazione a contrarre (atto di competenza dirigenziale) ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante, con il quale quest'ultima manifesta la propria volontà di stipulare un contratto.
In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, tale determinazione deve contenere l'indicazione del pubblico interesse che con il contratto si intende perseguire, le caratteristiche delle opere, dei beni e dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, nonché le principali condizioni contrattuali.
Nel caso dell'ordine diretto di acquisto sul mercato elettronico o di acquisti di modico valore per i quali sono certi il nominativo del fornitore e l'importo della fornitura, la determinazione a contrarre può contenere, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta e il possesso dei requisiti di carattere generale.
Per i lavori, servizi e forniture di importo inferiore a € 40.000,00, il c.d. “decreto correttivo” consente alla stazione appaltante di procedere ad affidamento diretto tramite la determina a contrarre, contenente, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale e di quelli tecnico-professionali, ove richiesti.

Problematiche applicative

La mancata adozione della determinazione a contrarre, la sua nullità o la presenza di un vizio di legittimità che la renda annullabile comportano un vizio dell'intero *iter* procedimentale, che incide sulla formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico e si riflette su tutti gli atti del procedimento di gara, compreso il provvedimento di aggiudicazione ed il successivo contratto.
Non è chiaro, tuttavia, se gli atti successivi siano annullabili o inefficaci *ab origine*.

3. Indagini di mercato e consultazioni preliminari di mercato
Prima dell'avvio di una procedura di affidamento, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni preliminari di mercato finalizzate alla preparazione dell'appalto e della relativa procedura, nonché ad informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei relativi requisiti.
Trattasi di una fase eventuale, promossa dal RUP, preordinata a conoscere l'assetto del mercato di riferimento, i potenziali concorrenti, gli operatori interessati, le relative caratteristiche soggettive, le soluzioni tecniche disponibili e le condizioni economiche praticate, le clausole contrattuali generalmente accettate, al fine di verificarne la rispondenza alle reali esigenze della stazione appaltante.

ANAC, Deliberazione 26 ottobre 2016, n. 1097

Le indagini di mercato avvengono secondo le modalità ritenute più convenienti, differenziate per importo e complessità di affidamento, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri fornitori esistenti, formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e dell'adozione della determinazione a contrarre, avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento.
La stazione appaltante deve, comunque, assicurare l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, procedendo alla pubblicazione di un avviso sul profilo di committente o ricorrendo ad altre forme

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

divulgative.

4. Presentazione e validità dell'offerta
Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta.

In evidenza

Nel fissare i termini per la ricezione delle offerte, la stazione appaltante deve tenere conto della complessità dell'appalto e del tempo necessario per preparare le offerte, fatti comunque salvi i termini minimi stabiliti negli artt. da 60 a 65 c.c.p.
Qualora le offerte possano essere presentate solo a seguito di una visita dei luoghi o della consultazione sul posto dei documenti di gara e dei relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte sono stabiliti in modo da consentire agli operatori economici interessati l'acquisizione di tutte le necessarie informazioni (art. 79, commi 1 e 2, c.c.p.).

L'offerta vincola ciascun operatore economico per il periodo di tempo indicato nel bando o nell'invito di gara; laddove questi provvedimenti non rechino alcuna indicazione in merito, l'offerta è ritenuta vincolante per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione.
Nondimeno, la stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.
L'offerta dell'aggiudicatario è, invece, ritenuta irrevocabile fino al termine di cui al comma 8 dell'art. 32, ovvero fino a sessanta giorni decorrenti dal momento in cui l'aggiudicazione diviene efficace, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire o espressamente concordato dalle parti.

In evidenza

Il Codice differisce all'aggiudicazione l'esercizio del diritto di accesso alle offerte presentate ed al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta [art. 53, comma 2, lett. *c*) e *d*), c.c.p.]. L'inosservanza di tale previsione rileva ai fini dell'art. 326 c.p.

5. La proposta di aggiudicazione
Ai sensi del comma 5 dell'art. 32, la fase di scelta del contraente si conclude con una proposta di aggiudicazione, che coincide con la conclusione delle operazioni di gara, mediante redazione dell'ultimo verbale contenente una formula di remissione all'organo competente per l'approvazione della proposta di aggiudicazione.

Orientamenti a confronto

L'organo competente a predisporre la proposta di aggiudicazione dell'appalto è la commissione di gara, il cui compito si esaurisce soltanto con l'approvazione del suo operato da parte dei competenti organi della stazione appaltante, mediante adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (TAR Lazio, Roma, Sez. II-*ter*, 10 maggio 2017, n. 5613).

Un orientamento dottrinale (S. USAI, La proposta di aggiudicazione compete al RUP e non alla commissione di gara, in www.appaltiecontratti.it, 2017) ritiene che tale competenza appartenga al RUP, in considerazione del fatto che la proposta di aggiudicazione «non si sostanzia solamente nella scelta effettuata dai commissari, ma deve dar conto anche del rispetto delle procedure e delle classiche regole di presidio della gara».

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Come nel precedente regime normativo, la proposta di aggiudicazione soggiace alle verifiche di cui all'art. 33, comma 1, ovvero all'approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante, nel rispetto dei termini dallo stesso previsti o, in mancanza, nel termine legale di trenta giorni.
Detti termini, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente, sono interrotti nei casi in cui siano richiesti chiarimenti o integrazioni documentali.
Il decorso infruttuoso dei termini di cui sopra determina, in ogni caso, l'approvazione *per silentium* della proposta di aggiudicazione, la quale è atto endoprocedimentale non conclusivo del procedimento e, come tale, non soggetto ad autonoma impugnazione (TAR Campania, Salerno, Sez. I, 12 luglio 2017, n. 1153; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 8 luglio 2016, n. 1383; Cass. civ., Sez. I, 25 maggio 2015, n. 10750; Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449 e 23 aprile 2014, n. 2063): lo si ricava dall'art. 204 c.c.p. che, nel modificare l'art. 120 c.p.a. sul rito speciale degli appalti, sancisce l'inammissibilità dell'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali (cioè le valutazioni espresse dal seggio di gara) privi di immediata lesività.

In evidenza

La proposta di aggiudicazione equivale all'aggiudicazione provvisoria, contemplata nel pregresso sistema di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Conseguentemente, ai fini della revoca o dell'annullamento d'ufficio di detto provvedimento non sussiste, in capo all'amministrazione procedente, alcun obbligo di avviso di avvio del procedimento, trattandosi di una pre-decisione (*ex plurimis*: TAR Lazio, Roma, Sez. I-*bis*, 23 gennaio 2017, n. 1194; Cons. St., Sez. III, 5 ottobre 2016, n. 4107).

6. L'aggiudicazione

A seguito dell'approvazione della proposta di aggiudicazione, la stazione appaltante provvede all'aggiudicazione, che, come nel sistema previgente, non equivale ad accettazione dell'offerta (art. 32, comma 6, c.c.p.).
L'aggiudicazione dà luogo ad un provvedimento autonomo con rilevanza esterna, che, anche quando recepisce i risultati della proposta di aggiudicazione, comporta comunque una nuova ed autonoma valutazione dei fatti, delle norme e delle circostanze inerenti al procedimento di gara. Essa implica, infatti, un giudizio di regolarità della gara e compendia anche valutazioni di convenienza amministrativa circa l'opportunità di procedere all'affidamento, che potrebbero non sussistere allorquando, ad esempio, il prezzo offerto risulti eccessivamente oneroso o ricorra un'ipotesi di inidoneità dell'offerta a garantire la qualità della prestazione attesa.
L'aggiudicazione è necessariamente emessa in forma espressa, posto che il meccanismo del silenzio assenso prefigurato dall'art. 33, comma 1, c.c.p. riguarda solo l'approvazione della proposta di aggiudicazione.
L'art. 32, comma 7, subordina l'efficacia dell'aggiudicazione alla verifica, nei confronti del solo aggiudicatario, del possesso dei requisiti (di ordine generale, tecnici, finanziari ed operativi) prescritti ai fini della stipulazione.

In evidenza

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

In virtù di quanto disposto dal comma 1 dell'art. 77, la commissione giudicatrice effettua la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico. Essa, dunque, non risulta competente a valutare la regolarità delle domande di partecipazione e l'ammissibilità delle stesse sotto il profilo della tempestività, della rispondenza alla *lex specialis* di gara e al possesso in capo ai candidati dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.
Non risultando attribuita ad altri organi dell'amministrazione, tale competenza spetta al RUP, il quale, a norma dell'art. 31, comma 3, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

Pur se l'aggiudicazione, quale atto conclusivo del procedimento di scelta del contraente, segna di norma il momento dell'incontro della volontà del privato e della stazione appaltante di concludere il contratto, non è tuttavia preclusa la possibilità per l'amministrazione di procedere, con atto successivo adeguatamente motivato, all'esercizio del potere di autotutela.
In tal senso depone l'art. 32, comma 6, secondo cui, da un lato, l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta e, dall'altro, l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8, il quale statuisce che, divenuta efficace l'aggiudicazione, la stipulazione del contratto ha luogo entro un termine definito, fatto salvo appunto l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti.

In evidenza

Le sopravvenute difficoltà finanziarie possono legittimamente fondare provvedimenti di ritiro in autotutela di procedure di gara, benché queste siano giunte all'aggiudicazione (*ex multis*, Cons. St., Sez. V, 19 agosto 2016, n. 3646 e 21 aprile 2016, n. 1599; Cons. St., Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 467; TAR Sicilia, Catania, Sez. II, 24 aprile 2015, n. 1168), e fino a che il contratto non sia stato stipulato (Cons. St., Ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14).*Parimenti, è da ritenersi legittima la revoca* in autotutela dell'aggiudicazione definitiva di una gara per pendenza di indagini penaliallorquando soci o amministratori dell'impresa aggiudicataria siano stati anche solo indagati per gravi comportamenti commessi in danno della pubblica amministrazione(TAR Campania, Napoli, Sez. VIII, 27 giugno 2017,n. 3506; TAR Piemonte, Sez. I, 5 aprile 2013, n. 425; TAR Sicilia, Palermo, Sez. II, 14 maggio 2012, n. 975).

Difettando di qualunque connotazione privatistica, l'aggiudicazione definitiva può dunque essere annullata d'ufficio e revocata, ma solo fino alla data di stipulazione del contratto o, più propriamente, sino all'avvio della sua esecuzione.
La stazione appaltante è tenuta a comunicare d'ufficio l'aggiudicazione, immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue in graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione o sono in termini per presentare impugnazione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state respinte con pronuncia definitiva [art. 76, comma 5, lett. *a*), c.c.p.].

In evidenza

La comunicazione dell'aggiudicazione, *da effettuarsi* mediante posta elettronica certificata o strumento analogo negli altri Stati membri,deve indicare la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

7. La stipulazione del contratto

Divenuta efficace l'aggiudicazione, stazione appaltante e impresa aggiudicataria provvedono, di regola, alla stipulazione del contratto, entro il termine che il comma 8 dell'art. 32 fissa in sessanta giorni, salvo che non sia diversamente disciplinato dal bando, dall'invito ad offrire ovvero dall'accordo delle parti.

In evidenza

Il termine di cui al comma 8 dell'art. 32 c.c.p. non ha natura perentoria né alla sua inosservanza può farsi risalire *ex se* un'ipotesi di responsabilità precontrattuale *ex lege* della stazione appaltante, se non in costanza di tutti gli elementi necessari per la sua configurabilità (Cons. St., Sez. V, 31 agosto 2016, n. 3742). La norma, infatti, avrebbe la funzione non già di obbligare, comunque, l'amministrazione a stipulare senza indugio il contratto a seguito dell'aggiudicazione, ma di svincolare l'aggiudicatario dalla sua offerta nel caso in cui la stazione appaltante decida, per ragioni legittime, di ritardare la conclusione del contratto.

Laddove non si addivenga alla stipulazione negoziale, sia la parte privata che quella pubblica possono sciogliersi dal vincolo creatosi con l'aggiudicazione.

Più precisamente, il comma 8 dell'art. 32 consente al privato contraente di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto mediante atto notificato alla stazione appaltante.

Il recesso del privato non comporta alcun diritto di indennizzo, ma al più il diritto al rimborso delle spese contrattuali sostenute e documentate per la partecipazione alla gara.

Nel caso in cui si sia dato avvio all'esecuzione del contratto in via di urgenza, l'aggiudicatario ha, infatti, diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisionali, ovvero per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione (art. 32, comma 8, c.c.p.).

La disciplina legislativa nulla dispone, invece, per il caso in cui il privato conservi interesse all'esecuzione del programma negoziale concordato.

In tale evenienza, la qualificazione soggettiva di cui è titolare l'aggiudicatario è decisiva ai fini dell'individuazione degli strumenti utilizzabili per la tutela dei relativi interessi.

Orientamenti a confronto

Un orientamento dottrinale (F. Buonanno, Perfezionamento del contratto d'appalto: il punto di vista dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, in Urb. e app., 2002, p. 1392 e ss.) qualifica la situazione soggettiva dell'impresa aggiudicataria in termini di diritto soggettivo, sostenendo che dall'aggiudicazione scaturisca un vincolo preliminare obbligatorio, tutelabile *ex* art. 2932 c.c., cioè attraverso una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

La giurisprudenza prevalente (TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 novembre 2015, n. 12400; TAR Liguria, Sez. II, 13 giugno 2012, n. 820; Cass. civ., 11 gennaio 2011, n. 391) qualifica la posizione dell'aggiudicatario in termini di interesse legittimo, riconoscendogli la possibilità di esperire l'azione avverso il silenzio, ai sensi degli artt. 31 e 117 c.p.a., al fine di ottenere la declaratoria dell'obbligo di provvedere per la stazione appaltante. Esclusa dall'art. 32, comma 6, d.lgs. n. 50 del 2016 l'idoneità dell'atto di aggiudicazione ad instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e aggiudicatario, l'aggiudicazione avrebbe, infatti, natura di provvedimento amministrativo ampliativo della

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

sfera soggettiva del destinatario, che, per effetto della stessa, così come diviene titolare di un interesse legittimo oppositivo alla sua conservazione, diviene al contempo titolare di un interesse legittimo pretensivo alla stipulazione del contratto; con la conseguenza che nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula può essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria.

L'amministrazione, dal canto suo, può pronunciare la decadenza dall'aggiudicazione – una volta decorso il termine entro il quale il contratto doveva essere stipulato – a prescindere dalla notifica di un invito formale (Cons. St., Sez. IV, 27 dicembre 2004, n. 8220; Cons. St., Sez. V, 31 dicembre 2014, n. 6455).

In evidenza

L'inutile decorso del termine per la stipulazione del contratto può esporre la stazione appaltante a responsabilità precontrattuale. L'eventuale condanna al risarcimento del danno (previa valutazione della condotta dell'aggiudicatario ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.) assorbe le spese sostenute per la partecipazione alla gara e quelle sopportate a seguito di esecuzione in via d'urgenza del contratto non ancora stipulato.

Ai sensi dell'art. 32, comma 14, c.c.p., la stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico ovvero in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante o in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante.
La modalità elettronica della forma pubblica amministrativa può essere assolta anche attraverso l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 25, comma 2, d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (CAD). Assume, quindi, importanza dirimente chiarire il significato da attribuire all'espressione “modalità elettronica”.
Il contratto può, altresì, essere stipulato mediante scrittura privata in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore ad € 40.000,00 mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere. Rientra nella facoltà delle parti effettuare lo scambio anche mediante posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.

In evidenza

Ai sensi del comma 14 *bis* dell'art. 32 c.c.p., introdotto dal cd. decreto correttivo, i capitolati e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto.

8. Il termine di stand still

La *ratio* dello *stand still* è quella di bilanciare due contrapposti interessi: da un lato, tutelare il concorrente post-graduato e potenziale ricorrente dalla cd. “corsa” al contratto; dall'altro, consentire all'amministrazione di giungere celermente alla conclusione del procedimento e di sottoscrivere in tempi rapidi e certi l'atto da cui deriva la pretesa dell'esecuzione.
L'art. 32, comma 9, c.c.p. dispone, a tal fine, che il contratto non possa essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione.

In evidenza

Il giudice può rilevare d'ufficio la violazione del termine dilatorio e, conseguentemente, disporre l'applicazione delle sanzioni amministrative *ex* art. 123, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Cons. St. Sez. VI, 19 gennaio 2017, n.775[.1] ; TAR Molise, Campobasso, Sez. ,I, 10 maggio 2012, n. 205).

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

Il successivo comma 11 prevede, inoltre, come nel precedente assetto normativo, che il contratto non possa essere stipulato se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva.
L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari ovvero ancora rinvia, con il consenso delle parti, al merito l'esame della domanda cautelare.

In evidenza

Il termine dilatorio non si applica nei seguenti casi:
a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso di gara o dell'inoltro degli inviti, viene presentata o ammessa una sola offerta e non vengono tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito ovvero, seppur proposte, risultano già respinte con decisione definitiva;
b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 54 o su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 55;
c) nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'art. 3, lett. bbbb), a condizione che detti acquisti telematici siano effettuati per importi inferiori alla soglia di rilevanza europea basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica;
d) nelle ipotesi di affidamenti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 36, comma 2, lett. *a*) e *b*).

A ben vedere, il comma 10 dell'art. 32 amplia, rispetto all'abrogato art. 11, comma 10-*bis*, d.lgs. n. 163 del 2006, i casi di deroga allo *stand still*, aggiungendo l'ipotesi di affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 36, comma 2, lett. *a*) e *b*).

In evidenza

La nuova deroga al termine dilatorio non contrasta con la direttiva 2007/66/CE, trattandosi di affidamenti sotto soglia, ed è in astratto coerente con la legge delega, che impone il divieto di *gold plating* e il principio di semplificazione degli appalti sotto soglia.
Si è, tuttavia, precisato che il termine di *stand still* ha un effetto immediato e diretto sulla possibilità di tutela giurisdizionale, per cui una deroga generalizzata per le forniture sotto soglia rischia di creare una disparità di trattamento sul piano della tutela giurisdizionale, anche in considerazione del fatto che il legislatore italiano ha, sinora, optato per una soluzione normativa uniforme in tema di tutela giurisdizionale (Cons. St., comm. spec., par. 1 aprile 2016, n. 855).

9. Le ipotesi di esecuzione in via di urgenza

Ai sensi dell'art. 32, comma 13, c.c.p., l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in caso di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata.
Il Codice amplia l'ambito entro cui è consentita l'esecuzione d'urgenza, che, in passato, ha riguardato la sola ipotesi di utilizzo di procedure in cui la normativa vigente non prevedeva la pubblicazione del bando di gara ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata poteva determinare un grave danno all'interesse pubblico, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156

L'art. 32, comma 8, ammette, infatti, l'esecuzione d'urgenza nelle seguenti ipotesi:
a) eventi oggettivamente imprevedibili per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose ovvero per l'igiene e la salute pubblica ovvero ancora per il patrimonio storico, artistico, culturale;
b) casi in cui la mancata esecuzione immediata determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.
Scompare il divieto espresso (recato dall'abrogato art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006) di esecuzione d'urgenza durante il c.d. periodo di *stand still* e durante il periodo di sospensione *ex lege*
della possibilità di stipulare il contratto a seguito di proposizione di ricorso giurisdizionale contro l'aggiudicazione e nelle more della pronuncia cautelare del giudice.

Problematiche applicative

Un generalizzato ricorso all'esecuzione d'urgenza in pendenza del termine dilatorio e del termine sospensivo potrebbe dare luogo ad una elusione dell'applicazione del diritto comunitario. Per tale ragione, il Consiglio di Stato, comm. spec., nel parere 1 aprile 2016, n. 855, aveva proposto una soluzione mediana che prevedeva la fissazione di un termine dilatorio più breve (nei limiti consentiti dalla direttiva 2007/66/CE), rispetto a quello di trentacinque giorni, nei casi in cui ricorrevano i presupposti oggettivi per l'esecuzione d'urgenza, e con esonero dall'osservanza del termine dilatorio minimo nei comprovati casi di indilazionabilità oggettiva e assoluta.
Il suggerimento proposto non ha, tuttavia, trovato accoglimento nella versione finale del Codice.

Per l'esecuzione in via d'urgenza è necessario un ordine espresso e dettagliato, che deve essere emanato dal direttore dei lavori nel caso di appalto di lavori e dal direttore dell'esecuzione nel caso di appalti di servizi o forniture. Deve, peraltro, ritenersi che detto ordine debba essere preceduto e debba dare atto della previa autorizzazione del responsabile del procedimento, con le motivazioni dell'esecuzione in via d'urgenza, atteso che la direzione dell'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture spetta al RUP, che controlla altresì i livelli di qualità delle prestazioni (art. 101 c.c.p.).

ANAC, Linee guida sul direttore dei lavori e sul direttore dell'esecuzione

L'ANAC ha precisato che il direttore dei lavori provvede alla consegna d'urgenza nei casi indicati all'art. 32, comma 8, c.c.p.; in tal caso, il verbale di consegna indica, altresì, le lavorazioni che l'impresa affidataria deve immediatamente eseguire, comprese le opere provvisionali.
Analogamente, il direttore dell'esecuzione può disporre l'esecuzione anticipata della prestazione quando il contratto ha ad oggetto beni o servizi che, per la loro natura o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti; in tal caso, il direttore dell'esecuzione indica nel verbale di avvio quanto predisposto o somministrato dall'impresa affidataria per il rimborso delle relative spese.
Il direttore dell'esecuzione provvede all'avvio dell'esecuzione del contratto in via d'urgenza nei casi indicati all'art. 32, comma 8, c.c.p.; in tali ipotesi, il verbale di consegna indica, altresì, le prestazioni che l'impresa affidataria deve immediatamente eseguire.

In presenza di servizi necessari e indispensabili per garantire la giusta tutela all'interesse pubblico (in particolare per evitare il “grave danno”) l'amministrazione può procedere alla consegna anticipata in via d'urgenza, nonostante l'aggiudicazione definitiva non sia ancora efficace per mancata verifica dei requisiti (TAR Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 7 marzo 2017, n. 209).

lamministrativista.it - 13.03.2018 © Copyright Giuffrè 2018. Tutti i diritti riservati. P.IVA 00829840156