

I seminari di Malo
IL CODICE DEI
CONTRATTI PUBBLICI

Aggiudicazione definitiva e mancata
stipula del contratto: conseguenze per
la stazione appaltante

Giovanni Sala

Venerdì 7 Dicembre 2012
Castelgomberto (VI)
Sala Loggia di Palazzo Barbaran

© Giovanni Sala 2012

Fase procedimentale

Esecuzione del contratto

“ *nella fase immediatamente precedente alla stipula del contratto, la posizione dell'amministrazione appare diversificata rispetto alla posizione del privato contraente. Per quest'ultimo, infatti, esiste un vero e proprio obbligo giuridico di prestarsi alla stipulazione; obbligo che è garantito dalla prestazione della cauzione provvisoria Per l'amministrazione, invece, esiste l'obbligo di concludere il procedimento attivato, ma la stessa possiede il potere discrezionale in ordine al contenuto della sua determinazione, e la facoltà di non addivenire alla stipulazione per motivi di interesse pubblico, non essendo il procedimento ancora concluso* ”

art. 21 quinquies L. 241

Art. 1337 c.c.

(AVCP det. 2/10/2002, n. 24)

© G. Sala

Revoca e affidamenti

© G. Sala

“Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.

Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati e' parametrato al solo danno emergente ...”

art. 21 quinquies L. 241

Revoca e affidamenti (segue)

© G. Sala

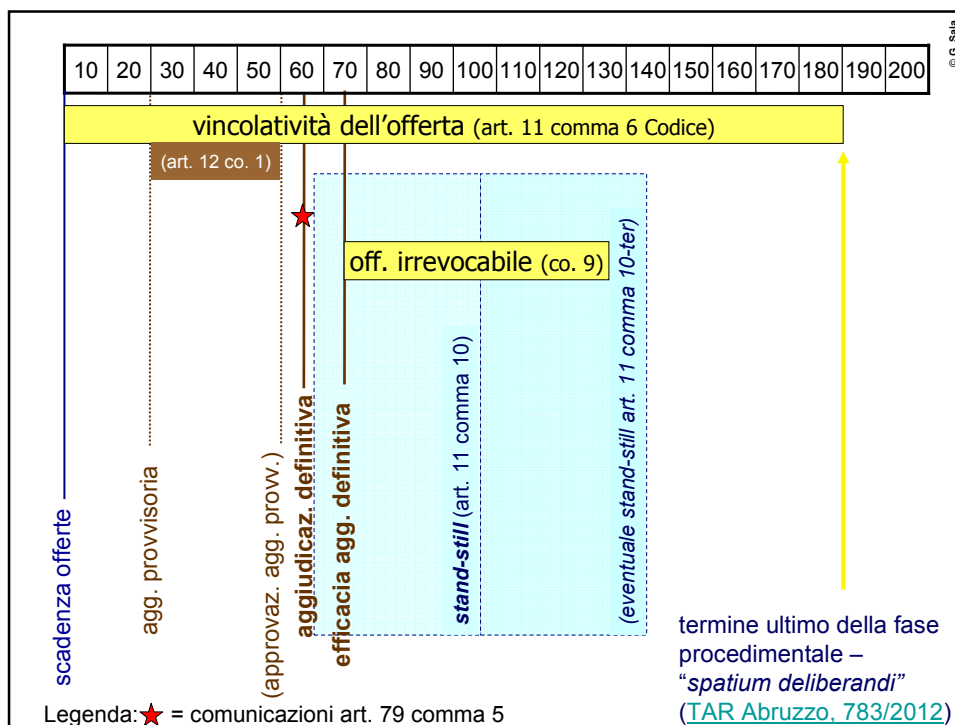
“

La revoca dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura è valsa a porre al riparo l'interesse pubblico dalla stipula di un contratto che l'amministrazione non avrebbe potuto fronteggiare per carenza delle risorse finanziarie occorrenti.

*E' restato però - dopo tale revoca (caducatoria dell'aggiudicazione e degli altri atti del procedimento) - il fatto incancellabile degli **“affidamenti”** suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi*

Ed invero l'impresa non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza pubblica, dapprima sulla “possibilità” di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta – sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso”

([Consiglio di Stato, AP 6/2005](#))



Riassumendo

© G. Sala

- La stazione appaltante ha l'obbligo di concludere il procedimento → questo obbligo si traduce in una serie di adempimenti successivi (e conseguenti obblighi connessi)
- Sorgono specularmente aspettative in capo all'offerente/aggiudicatario
→ “*affidamento che deve ritenersi quanto più formato quanto più è avanzato il procedimento di gara*” ([Consiglio di Stato, 5/9/2011, n. 5002](#));
→ in particolare “*l'aggiudicazione definitiva ... fa sorgere in capo all'aggiudicatario una aspettativa ... alla stipulazione del contratto di appalto, che è ex lege subordinata all'esito positivo della verifica*” (Consiglio di Stato, [Adunanza plenaria, 31/2012](#));
- È fatto salvo il diritto di non aggiudicare (art. 12 comma 1 e art. 81 comma 3 del Codice)

Mancata stipulazione imputabile all'aggiudicatario

- revoca dell'aggiudicazione + incameramento della cauzione provvisoria
- possibile nuova aggiudicazione;
- possibilità di dimostrare un eventuale maggior danno (Cass. S.U. 2634/2009)

© G. Sala

Mancata stipulazione per esercizio da parte dell'aggiudicatario dell'opzione di svincolo (art. 11 co. 9 / co. 6)

- effetto di rinuncia implicita all'aggiudicazione
- no incameramento della cauzione
- rimborso delle "spese contrattuali" documentate (comma 9)
- diritto al risarcimento del danno precontrattuale? dipende dal caso concreto

© G. Sala

Altri casi di mancata stipulazione non addebitabile all'aggiudicatario

© G. Sala

- ❑ **sorge generalmente un diritto al risarcimento del danno precontrattuale** (che attiene alla correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'amministrazione durante il corso delle trattative e della formazione del contratto)
- ❑ si può configurare in concreto "anche nelle ipotesi in cui la mancata stipula sia dipesa da fattori non imputabili all'amministrazione (c.d. *factum principis*)"
- ❑ laddove l'amministrazione "*si sia comunque resa colpevole di un contegno non compatibile con il generale obbligo di realizzazione degli adempimenti necessari a garantire la validità, l'efficacia o l'utilità del rapporto negoziale*" ([CdS, sez. VI, 4196/2011](#))

Criteri di liquidazione del danno precontrattuale

© G. Sala

"Secondo l'orientamento ... prevalente, infatti, il danno risarcibile a titolo di responsabilità precontrattuale da parte della pubblica Amministrazione a seguito della mancata stipula dal contratto, deve intendersi limitato:

a) al rimborso delle spese inutilmente sopportate nel corso delle trattative svolte in vista della conclusione del contratto (danno emergente), nonché

b) al ristoro della perdita, se adeguatamente provata, di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, impediti proprio dalle trattative indebitamente interrotte (lucro cessante), con esclusione del mancato guadagno che sarebbe stato realizzato con la stipulazione e l'esecuzione del contratto (...).

Tuttavia, ad avviso del Collegio, il criterio in questione può essere integralmente e proficuamente utilizzato soltanto nelle ipotesi paradigmatiche in cui fra il comportamento scorretto dell'amministrazione e la mancata stipula del contratto intercorra un nesso di consequenzialità diretta. Al contrario, al medesimo criterio devono essere apportati dei temperamenti per le ipotesi in cui (come nel caso di specie) sussista, sì, un comportamento contrario a buona fede in senso soggettivo tenuto dall'amministrazione nel corso della fase precontrattuale, ma la mancata stipula del contratto non costituisca un effetto di tale comportamento, bensì l'effetto di fattori ulteriori autonomamente idonei, sotto il profilo causale, a determinare l'impossibilità di stipulare il contratto"

([CdS, sez. VI, 4196/2011](#))