Mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria: la P.A. ha l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento e di corrispondere l'indennizzo? (Nota a Consiglio di Stato, sezione V, sentenza n. 526 del 2 febbraio 2009).

DI DANIELA GIANNUZZI

SOMMARIO: 1. Il fatto. 2. Aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva: natura giuridica e regime di impugnazione. 3. Gli oneri della stazione appaltante in caso di mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

1. *Il fatto.*

All'esito di una procedura di gara indetta da un Comune per l'affidamento del servizio di gestione della refezione scolastica, la Giunta comunale delibera di non approvare il verbale di aggiudicazione provvisoria, adducendo, quale motivazione, l'eccessiva onerosità del servizio per insufficienza del ribasso praticato dall'aggiudicatario provvisorio.

Con la stessa delibera, la Giunta conferma la necessità di acquisire il servizio tramite gara e dà mandato al responsabile di rinnovare il procedimento per individuare un nuovo contraente.

Alla seconda procedura partecipa in a. t. i., con espressa riserva di tutela giudiziaria, anche l'impresa risultata aggiudicataria provvisoria della gara precedente; la commissione giudicatrice ritiene però non conforme la documentazione prodotta ed esclude l'impresa, che si rivolge al T. A. R. competente per ottenere l'annullamento di tutti gli atti della procedura nonché dell'aggiudicazione della nuova gara, oltre al risarcimento dei danni.

Il T. A. R. dichiara il ricorso inammissibile per la parte impugnatoria, non avendo l'impresa impugnato anche la determinazione dirigenziale di indizione della nuova gara, ed accoglie parzialmente il ricorso per la parte risarcitoria, quanto al profilo del danno emergente, a titolo di responsabilità precontrattuale, che quantifica in misura pari alle spese sostenute per la partecipazione alla gara.

L'impresa ricorre quindi al Consiglio di Stato, chiedendo l'annullamento degli atti impugnati ed il risarcimento dei danni in misura piena, ovvero in forma specifica o per equivalente, con riguardo al mancato utile, perdita di *chance*, danno emergente e danno da ritardo.

2. *Aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva: natura giuridica e regime di impugnazione.*

Preliminarmente, sembra opportuno tratteggiare brevemente le caratteristiche e la natura giuridica dell'aggiudicazione, atto finale del procedimento di gara pubblica, nelle sue forme dell'aggiudicazione provvisoria e dell'aggiudicazione definitiva.

Si definisce aggiudicazione provvisoria il provvedimento, pronunciato dalla Commissione di gara, con cui, valutate le offerte presentate, si seleziona il miglior offerente; dopo l'aggiudicazione provvisoria, ed all'esito dei necessari controlli esperiti entro trenta giorni dall'aggiudicazione provvisoria o nel diverso termine previsto dai singoli ordinamenti, la stazione appaltante approva la suddetta aggiudicazione provvisoria, pronunciando l'aggiudicazione definitiva e facendo proprie le risultanze di gara.

L'*iter* finalizzato alla scelta del contraente si compone, infatti, di una serie di scansioni procedimentali, positivizzate dagli articoli 11 e 12 del Codice dei contratti pubblici, con i quali viene, per la prima volta, operata una ricognizione delle norme sull'evidenza pubblica.

Attualmente, il procedimento finalizzato alla scelta del contraente si suddivide nelle seguenti fasi:

1) indizione, nella quale l'amministrazione, con la determinazione a contrarre, dà avvio alla gara, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione delle offerte;
2) individuazione dei partecipanti, alla luce dei criteri indicati nel bando di gara o con l'invito ad offrire- a seconda della procedura prescelta dall'amministrazione per l'individuazione del soggetto offerente-;
3) selezione dell'offerta, con conseguente aggiudicazione provvisoria dell'appalto da parte della commissione giudicatrice o del responsabile del procedimento;
4) aggiudicazione definitiva, ad opera della stazione appaltante;
5) verifica dei requisiti prescritti, con possibilità che la stazione appaltante agisca in autotutela ove detti requisiti risultino non presenti, revocando o annullando d'ufficio l'intera procedura o una parte di essa;
6) stipula del contratto, la cui efficacia è sottoposta alla condizione sospensiva dell'approvazione o degli altri controlli previsti, in base alle norme delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

Se è ormai pacifico che con la stipula del contratto si conclude il segmento pubblicistico dell'appalto ed ha inizio la fase privatistica di esecuzione del contratto, in cui la p.a. agisce in posizione paritetica rispetto al privato contraente, più controverso è stabilire quale sia la natura giuridica dell'atto che precede la stipula, cioè, appunto, l'aggiudicazione definitiva.

Una prima tesi, di matrice pubblicistica, la considera atto squisitamente provvedimentale[1]; altri, ritenendo che con l'aggiudicazione definitiva la P.A. manifesti la propria volontà di contrarre con l'impresa risultata aggiudicataria della

[1] Cons. Stato, sez. V, 25 maggio 1998, n. 677. Le sentenze del giudice amministrative citate nel presente lavoro sono consultabili in www.giustizia-amministrativa.it.

procedura, tendono a riconoscere all'aggiudicazione una duplice natura, provvedimentale e negoziale insieme[2].

Sul punto, la più recente dottrina[3] sottolinea come la questione debba ora essere vagliata alla luce delle previsioni contenute nell'articolo 11, comma 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, secondo il quale "…*l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta*".

Si osserva come, con ciò, possa considerarsi definitivamente superata l'impostazione, che trovava fondamento nel disposto dell'art. 16 del Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, con la quale si stabiliva una equivalenza tra aggiudicazione e stipula del contratto[4]; all'aggiudicazione definitiva, pertanto, deve assegnarsi ora esclusivamente la funzione di garantire l'irrevocabilità dell'offerta prodotta dall'aggiudicatario sino alla stipula del contratto.

Come già accennato, il Codice dei contratti pubblici ha formalizzato la distinzione, già presente nella prassi applicativa, tra aggiudicazione provvisoria ed aggiudicazione definitiva.

I due atti sono tra loro indipendenti, nel senso che l'aggiudicazione definitiva non si limita, anche quando ne recepisca integralmente le conclusioni, a confermare quanto già previsto con l'atto precedente ma si pone come una autonoma valutazione, con la quale la stazione appaltante può – non deve- far proprio il giudizio espresso dalla Commissione di gara.

Questo comporta che il ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva è ammissibile anche ove non sia stata precedentemente impugnata l'aggiudicazione provvisoria.

Quanto, invece, all'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, la posizione della giurisprudenza prevalente è che l'impresa non aggiudicataria abbia solo la facoltà[5], e non anche l'onere, di immediata ed autonoma impugnazione; tuttavia, ove tale facoltà sia stata esercitata, l'impresa dovrà necessariamente impugnare anche la successiva aggiudicazione definitiva, pena l'improcedibilità del primo ricorso[6].

---

[2] Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2000, n. 4722; Cons. Stato, sez. IV, 21 maggio 2004, n. 355.

[3] R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, 1033.

[4] Nella prassi applicativa, in realtà, anche prima dell'intervento del Codice dei contratti, le amministrazioni tendevano a far seguire all'aggiudicazione la formale stipula del contratto. Ciò ancor più per gli appalti di lavori, a proposito dei quali l'evoluzione normativa aveva già introdotto, con l'art. 109 del d. P. R. n. 554/1999, il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione per la stipulazione del contratto. Inoltre, in virtù delle norme introdotte con il d. P. R. n. 252/1998, la necessità di effettuare le verifiche antimafia in capo al soggetto aggiudicatario aveva comunque condotto la prevalente giurisprudenza a ritenere, per la generalità degli appalti pubblici, che il vincolo contrattuale non potesse essere connesso *sic et simpliciter* all'aggiudicazione (Cons. Stato, sez. IV, 25 luglio 2001, n. 4065).

[5] Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2008, n. 4854.

[6] Cons. Stato, sez. V, 26 novembre 2008, n. 5845; Cons. Stato, sez. V, ordinanza 11 luglio 2008, n. 3433, nella quale si dichiara inammissibile il ricorso avverso la sola aggiudicazione provvisoria e viene concesso termine alla parte ricorrente per proporre impugnazione avverso l'intervenuta aggiudicazione definitiva tramite motivi aggiunti.

E' infatti opinione largamente condivisa in giurisprudenza[7] che l'aggiudicazione provvisoria si configuri come mero atto endoprocedimentale.
Sul punto, deve precisarsi che secondo le regole processuali sull'interesse a ricorrere, si tende ad escludere che gli atti endoprocedimentali siano oggetto di immediata impugnazione, ritenendo piuttosto che il ricorso debba indirizzarsi verso quegli atti –quali l'aggiudicazione definitiva- che hanno la funzione di concludere il procedimento. Tuttavia, la giurisprudenza riconosce all'aggiudicazione provvisoria la capacità di recare una lesione immediata, pur se non definitiva, agli interessi dell'impresa non aggiudicataria, che vede inibita la propria ulteriore partecipazione al procedimento[8]. Di qui la scelta di consentirne l'autonoma impugnazione, alle condizioni di cui si è detto.
Va segnalata una recente pronuncia del Consiglio di Stato che si discosta dalle posizioni sin qui enunciate.
Con sentenza del 7 maggio 2008, n. 2089, la V sezione del Supremo Collegio afferma che l'effettiva lesione degli interessi dell'impresa non aggiudicataria consegue all'aggiudicazione provvisoria e non a quella definitiva, con la conseguenza che la mancata l'impugnazione ulteriore dell'aggiudicazione definitiva, successivamente intervenuta, non comporta l'improcedibilità del primo ricorso.
Ad una tale conclusione i giudici di Palazzo Spada pervengono attraverso la valorizzazione del dettato degli articoli 11 e 12 del Codice dei contratti pubblici, ed in particolare dell'art. 11, commi 4 e 5, e dell'articolo 12, comma 1.
Da tali disposizioni si evincere che è con l'aggiudicazione provvisoria che si provvede a selezionare la migliore offerta, mentre l'aggiudicazione definitiva si esaurisce in un'operazione di mero riscontro dei requisiti, priva di autonomia valutativa e non caratterizzata da discrezionalità, che condiziona solo l'efficacia e non la validità dell'aggiudicazione provvisoria, tanto da intervenire *ope legis* ove non venga pronunciata tempestivamente.
La posizione di cui si è appena dato conto, resta, comunque, minoritaria.
Occorre, infine, esaminare il profilo, più marginale ma comunque degno di rilievo - anche per la sua connessione con il caso di specie- relativo alla possibilità che l'aggiudicatario, provvisorio o definitivo, impugni il diniego di approvazione dell'aggiudicazione.
La risposta fornita al quesito è assolutamente positiva; la giurisprudenza precisa[9], sul punto, che ove –come spesso accade- il diniego di aggiudicazione sia contenuto in un provvedimento con il quale si indica contestualmente una nuova gara, il ricorso avverso il diniego di aggiudicazione dovrà essere rivolto anche nei riguardi della delibera di indizione della nuova gara.

[7] Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 2005, n. 4769; Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2002, n. 2863.
[8] Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2001, n. 1998.
[9] Cons. Stato sez. V, 27 marzo 2000, n. 1766.

Ciò in quanto, diversamente procedendo, il provvedimento di indizione della seconda gara diverrebbe inoppugnabile, con conseguente inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse, posto che non sarebbe più possibile procedere all'affidamento del contratto originario in presenza di una nuova determinazione a contrarre.

3. *Gli oneri della stazione appaltante in caso di mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.*

Alla luce di quanto precede, si può passare ad esaminare il merito della pronuncia del Consiglio di Stato che si annota, relativo agli oneri gravanti sull'amministrazione in caso di mancata approvazione dell'aggiudicazione provvisoria.

E' opportuno precisare che, nel caso di specie, il Consiglio di Stato ha reputato legittima la mancata approvazione del'aggiudicazione provvisoria, sulla base della considerazione che il prezzo indicato nell'offerta, poi risultata aggiudicataria provvisoria, appariva eccessivamente oneroso rispetto ai valori di mercato e che l'amministrazione non disponeva delle risorse finanziarie necessarie a far fronte alla relativa spesa.

I Giudici, richiamandosi all'orientamento giurisprudenziale prevalente[10], affermano quindi il seguente principio di diritto: "…*l'eccessiva onerosità del prezzo indicato nell'offerta risultata aggiudicataria provvisoria costituisce grave motivo di interesse pubblico, tale da giustificare il diniego di approvazione dell'aggiudicazione definitiva, specie in mancanza di risorse finanziarie; circostanza, questa, già idonea di per sé ad integrare una motivazione congrua e sufficiente alla stregua dei principi fondamentali del corretto svolgimento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. e dell'adeguata copertura finanziaria di contabilità pubblica di ogni provvedimento comportante una spesa, riconducibile all'art. 81 Cost. Quanto sin qui esposto appare valido a maggior ragione, ove si consideri che l'Amministrazione si era trovata in presenza di una sola offerta valida, sicché in realtà non vi era stato effettivo confronto concorrenziale*."

In un caso siffatto, si chiede a questo punto il Supremo Collegio, la P. A. ha l'obbligo di comunicare agli interessati l'avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e di corrispondere loro un indennizzo, ai sensi dell'art.21 *quinquies* della medesima legge?

Aderendo all'orientamento dianzi citato, che qualifica l'aggiudicazione provvisoria come atto endoprocedimentale, il Consiglio di Stato fornisce risposta negativa ad ambedue gli interrogativi.

Osserva, infatti, il Collegio che l'aggiudicazione provvisoria non conclude il procedimento di gara ma si colloca all'interno di detto procedimento, già avviato con l'atto di indizione della gara.

[10] Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2007 n. 2838; Cons. St., sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457.

Peraltro, le motivazioni poste a base del provvedimento di Giunta con la quale il Comune ha deliberato di indire una nuova gara e di non approvare l'aggiudicazione provvisoria rendono evidente come non si sia in presenza di una revoca in autotutela, per motivi di opportunità, dell'aggiudicazione provvisoria stessa, bensì di una mancata approvazione di tale aggiudicazione provvisoria, e quindi di un suo implicito ritiro.

L'orientamento espresso nella sentenza in esame può ritenersi prevalente nella giurisprudenza amministrativa, come si evince da pronunce di contenuto analogo rese in relazione ad ipotesi di annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione provvisoria[11].

Non mancano, tuttavia, decisioni di segno contrario della giurisprudenza di merito[12], che osservano come l'atto di annullamento di un'aggiudicazione provvisoria, in quanto atto di secondo grado o di riesame, che incide su posizioni di vantaggio acquisite dall'impresa risultata aggiudicataria provvisoria, vada necessariamente preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, così da mettere in condizione l'impresa di esporre le proprie ragioni ed osservazioni, in contraddittorio con la P. A.

In realtà, l'orientamento opposto e più accreditato si fonda sulla considerazione che, se è certo che l'aggiudicazione definitiva va preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento, non altrettanto può dirsi nel caso dell'aggiudicazione provvisoria, posto che l'aggiudicatario provvisorio non è titolare di una posizione giuridica qualificata ma esclusivamente di una mera aspettativa alla conclusione del procedimento[13].

Quanto poi, in particolare, all'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria, si è spesso negato che tale atto potesse essere qualificato come atto di secondo grado.

Ciò in quanto, di regola, l'approvazione dell'aggiudicazione viene sottoposta, dalle stazioni appaltanti prima ancora che dalla legge, alla riserva dell'accertamento del possesso, da parte dell'aggiudicatario, dei requisiti stabiliti nel bando e dalla legge.

La conclusione del procedimento di gara, pertanto, o l'avvio del nuovo procedimento tendente al ritiro del provvedimento precedentemente emesso, si ha solo con lo scioglimento della riserva in senso favorevole all'aggiudicatario.

Tale orientamento considera quindi il provvedimento di annullamento dell'approvazione dell'aggiudicazione espressione del potere di accertamento, in capo all'aggiudicatario, dei requisiti necessari a pervenire alla stipula del contratto, e non già come provvedimento di secondo grado, emanato a seguito di un nuovo procedimento finalizzato al riesame del precedente[14].

---

[11] Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2001, n. 3605.

[12] T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 14 ottobre 2004, n. 1128; T.A.R. Toscana, Firenze, sez. I, 19 gennaio 2004, n. 82.

[13] Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2002, n. 5903; Cons. Stato, sez. IV, 27 dicembre 2001, n. 642.

[14] Cons. Stato, Ad. Plen., 14 febbraio 2001, n.1.

In conclusione, la pronuncia in esame si pronuncia anche sulla sussistenza del diritto, in capo all'impresa aggiudicataria provvisoria, di vedersi corrispondere un indennizzo a fronte della mancata approvazione dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 21 *quinquies* l. n, 241/1990, nel testo di cui all'art. 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15, vigente all'epoca dei fatti di causa.

Anche in questo caso il Consiglio di Stato si pronuncia in senso sfavorevole all'impresa.

L'art. 21 *quinquies*, si osserva, subordina la corresponsione dell'indennizzo all'ipotesi di ritiro di un provvedimento amministrativo "*ad efficacia durevole*" .

Alla luce di quanto precede e facendo applicazione della tesi che vede nell'aggiudicazione provvisoria un atto infraprocedimentale, il Consiglio di Stato conclude che, in questo caso, se è vero che l'amministrazione ha adottato un provvedimento di ritiro (implicito, in quanto connesso all'indizione di una nuova gara), non potendosi tuttavia qualificare il provvedimento ritirato come provvedimento ad efficacia durevole, tale ritiro non è idoneo a far sorgere alcuna obbligazione indennitaria in capo all'amministrazione procedente.