

Giulia FERRARI

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

annotato con dottrina, giurisprudenza,
Linee guida e delibere Anac

VIII edizione

Tomo I

D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50
(Artt. 1-93)

 NeldirittoEditore

■ ■ ■ Art. 33 - Controlli sugli atti delle procedure di affidamento

1. *La proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta giorni. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata ⁽¹⁾.*

2. *L'eventuale approvazione del contratto stipulato avviene nel rispetto dei termini e secondo procedure analoghe a quelle di cui al comma 1. L'approvazione del contratto è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti.*

BIBLIOGRAFIA

CARULLO, *Appalti pubblici*, voce dell'*Enc. dir., Agg.*, vol. V, Milano, 2001; LIPARI, *Aggiudicazione, stipulazione e approvazione del contratto*, in *L'appalto di opere pubbliche* (a cura di Villata), Padova, 2001, 486 ss.; D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di Cassese, II ed., t. 2, Milano, 2003; LOMBARDI, *Contributo allo studio della funzione di controllo*, Milano, 2003; CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004; CANCRINI - PISELLI - CAPUZZA, *La nuova legge degli appalti pubblici*, Roma, 2006; SANTORO, *L'approvazione dell'aggiudicazione e del contratto nel nuovo codice dei contratti*, in *Appalti e contratti*, 3/2006; “, *Le novità in materia organizzativa*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, t. I, 91 ss.; ROSAPEPE, *Commento agli artt. 11-12*, in *La disciplina dei contratti pubblici* (a cura di Baldi – Tomei), Milano, 2007, 149 ss.; TANZARELLA, *Commento all'art. 12*, in *Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2007, 176 ss.; FILIPPETTI, *L'omessa previsione di un termine per l'aggiudicazione definitiva degli appalti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2011, 10, 1215; GAROFOLI - FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2013; CARINGELLA – MANTINI – GIUSTINIANI, *Il nuovo diritto dei contratti pubblici*, Roma, 2016, 70 ss.; GARELLA – MARIANI, *Il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2016, 68 ss.; LASALVIA, *Commentario al nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, 2016; COSMAI – IOVINO, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Milano, 2016; DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 5, 503.

SEZ. I

L'INQUADRAMENTO

Sommario ■ ■ 1. L'esegesi della norma. Gli atti soggetti ad approvazione ed il procedimento da seguire per l'adozione dei relativi atti. ■ ■ 2. La necessità di un coordinamento con i contenuti dell'art. 32. ■ ■ 3. L'assenza di un termine per il completamento delle operazioni di gara.

■ ■ 1. L'esegesi della norma. Gli atti soggetti ad approvazione ed il procedimento da seguire per l'adozione dei relativi atti.

L'art. 33 completa la «codificazione» delle fasi del procedimento di affidamento di un contratto pubblico, per la gran parte contenuta nel precedente art. 32, riproducendo con marginali modifiche la previsione in precedenza contenuta nell'abrogato art. 12, d.lgs. n. 163 del 2006, che per la prima volta ha introdotto nell'ordinamento una norma generale dedicata

ai controlli che debbono o possono essere svolti sugli atti della procedura in questione.

Tali atti, più in particolare, sono: a) **la nuova proposta di aggiudicazione**, di cui viene obbligatoriamente prevista una fase di approvazione rimessa alla competenza dell'organo secondo l'ordinamento della stazione appaltante b) **il contratto**, di cui viene prevista l'eventuale approvazione, secondo la procedura dettata per l'approvazione della proposta di aggiudicazione indicata al comma 1; c) il **decreto di approvazione del contratto**, sul quale vengono imposti i controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti.

Riferimento che, in quest'ultimo caso, si rivolge evidentemente ed in primo luogo a quanto stabilito dall'art. 3, comma 1, lett. g), l. 14 gennaio 1994, n. 20, che sottopone al controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti “i decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome: attivi, di qualunque importo, ad eccezione di quelli per i quali ricorra l'ipotesi prevista dall'ultimo comma dell'art. 19, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; di appalto d'opera, se di importo superiore al valore di ECU stabilito dalla normativa comunitaria per l'applicazione delle procedure di aggiudicazione dei contratti stessi; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore suindicato”.

La disposizione in commento individua il **procedimento** che occorre seguire per addivenire all'approvazione solo con riguardo alla proposta di aggiudicazione e al contratto, mediante un rinvio a quanto disposto al comma 1. Più nel dettaglio, si stabilisce che l'approvazione debba intervenire entro il termine previsto dai singoli ordinamenti, disponendo tuttavia, in via suppletiva, che “in mancanza, il termine è pari a trenta giorni”; che esso “è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti ed inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente” (si tratta dunque, più correttamente, di un'ipotesi non di interruzione, in senso tecnico, bensì di sospensione del termine); che ove siano decorsi i termini indicati dai rispettivi ordinamenti, ovvero quello suppletivo di trenta giorni, l'atto soggetto a controllo “si intende approvato”. Con riguardo, invece, ai controlli sull'intervenuta approvazione del contratto, a differenza di quanto era previsto dall'abrogato art. 12, d.lgs. n. 163 del 2006, la norma in commento omette di disciplinare il procedimento ed i termini, stabilendo unicamente che essi debbano avvenire nel rispetto degli ordinamenti delle stazioni appaltanti.

■ ■ 2. La necessità di un coordinamento con i contenuti dell'art. 32.

I problemi che la disposizione di cui all'art. 33 pone all'interprete vengono in evidenza, più che altro, per quel che attiene alla necessità di coordinare le chiare e semplici prescrizioni in essa contenute con quanto stabilito, viceversa, nel precedente art. 32, il quale contiene al comma 5 un esplicito rinvio alla norma in commento laddove prevede che “la stazione appaltante, previa *verifica* della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 33, comma 1, provvede all'aggiudicazione”. Si parla di **verifica**, dunque, e **non di approvazione**: ci si è chiesti allora se si tratti di una “mera svista linguistica” del legislatore ovvero se “la qualificazione quale *verifica* dell'atto di **approvazione** della **proposta di aggiudicazione** sia funzionale ad una [diversa e] specifica configurazione dell'atto di **approvazione** in parola rispetto al modello classico”, che si caratterizza per l'esprimere “una volontà provvedimentale che può comprendere sia una valutazione di legittimità *che di merito*” (TANZARELLA, *Commento all'art. 12, op. cit.*). Dubbio che la dottrina ha sciolto in questo secondo senso, ritenendo che, ancorché qualificata come approvazione, l'attività di controllo voluta dall'art. 33 si diversifichi rispetto a quella che viene svolta allorché si proceda ad una vera e propria approvazione ed abbia, in particolare, un contenuto limitato al controllo della legittimità degli atti di gara, senza estendersi ad alcuna valutazione di merito: sicché, verosimilmente, ad essa si addice più

correttamente la classificazione quale verifica, [qualificazione] del resto contenuta nell'art. 32, comma 5.

Prescindendo dalla specifica analisi delle ragioni addotte a sostegno della descritta tesi interpretativa, che non è evidentemente qui possibile operare, va osservato come siffatte conclusioni appaiono tuttavia di difficile coordinamento, allo stato attuale, con le posizioni giurisprudenziali prevalenti in ordine all'ampiezza delle valutazioni che si riconosce che siano ordinariamente affidate alla stazione appaltante in presenza, appunto, di un'aggiudicazione provvisoria (ora proposta di aggiudicazione), le quali garantiscono alle amministrazioni aggiudicatrici, fino al momento dell'aggiudicazione (ed invero fino anche a quello dell'approvazione del contratto, ove prevista: cfr. Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6338), "il potere di ritirare gli atti di gara ... in presenza di adeguate ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito o di legittimità", considerando pienamente legittima "anche in ossequio al principio costituzionale di buon andamento ... la revoca dell'aggiudicazione provvisoria giustificata dalla non persistenza dell'interesse pubblico all'esecuzione delle opere appaltate" (tra le altre, in questo senso, Tar Lecce, sez. I, 7 maggio 2009, n. 956; Trga Trento 25 settembre 2006, n. 219; ma è giurisprudenza costante). Ebbene, nella logica della tesi ricostruttiva qui rammentata, occorrerebbe ritenere che la valutazione di opportunità che può essere operata dalla stazione appaltante ai fini di una revoca della proposta di aggiudicazione non possa essere operata, esattamente negli stessi termini, ai fini della mancata approvazione della proposta di aggiudicazione stessa, trattandosi in questo caso di attività limitata ad una mera verifica di legittimità. Il che è forse difficile; trattandosi di provvedimenti e funzioni diverse, tuttavia, la tesi mantiene intatta la sua plausibilità.

■ ■ 3. L'assenza di un termine per il completamento delle operazioni di gara.

Come accennato nel commento al precedente art. 32, il Codice non prevede specifici termini entro i quali debbano essere completate le procedure di gara. In linea con quanto affermato dalla giurisprudenza in ordine mancato rispetto del termine previsto dal comma 3 dell'art. 2, l. 7 agosto 1990, n. 241 per la conclusione dei procedimenti amministrativi, si è dunque costantemente ritenuto che l'eccessiva durata di un procedimento attivato per l'affidamento di un contratto pubblico non determina, di per sé, un vizio del provvedimento di aggiudicazione definitiva. La giurisprudenza ha ribadito questo concetto, sottolineando che il mancato rispetto di un eventuale termine finale del procedimento non sarebbe comunque idoneo a determinare di per sé l'illegittimità del provvedimento finale, trattandosi, nel caso di cui al comma 1 della norma in commento, di un termine ordinatorio. D'altro canto, ha osservato Tar Umbria 6 aprile 2011, n. 172, il termine di cui parla l'art. 12 (ora art. 33) riguarda soltanto l'aggiudicazione provvisoria (ora proposta di aggiudicazione) e non quella definitiva e tale circostanza è riconducibile all'impossibilità di prevedere a monte (e in termini assoluti) i tempi necessari per espletare i controlli sull'aggiudicazione provvisoria necessari a giungere all'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Ciò può valere, a nostro parere, solo ove si faccia riferimento ai controlli relativi al possesso dei requisiti di partecipazione in capo all'affidatario, ma non anche ove per controllo sull'aggiudicazione provvisoria si intenda il mero controllo di regolarità e legittimità che la stazione appaltante deve espletare prima di procedere all'aggiudicazione definitiva. Peraltro, in virtù di quanto previsto dall'art. 32, pare proprio quest'ultimo il controllo che, quanto meno in linea generale, deve precedere l'aggiudicazione definitiva, posto che il controllo dei requisiti di partecipazione sembrerebbe dover essere rinviato ad un momento successivo a quello dell'aggiudicazione definitiva, costituendo condizione di efficacia della stessa.

SEZ. II

LE DOMANDE E LE RISPOSTE

Sommario ■■1. È obbligatoria la motivazione per gli atti che vengono adottati in sede di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria o del contratto? ■■2. Quale è l'organo competente all'approvazione degli atti di gara? ■■3. Quale giudice ha giurisdizione sugli atti di approvazione e controllo della procedura contrattuale? ■■4. Può la Commissione giudicatrice riesaminare autonomamente il procedimento di gara una volta che sia intervenuta l'aggiudicazione provvisoria? ■■5. Si può configurare la responsabilità dell'Amministrazione in pendenza dell'approvazione della proposta di aggiudicazione?

1. È obbligatoria la motivazione per gli atti che vengono adottati in sede di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria o del contratto?

Il principio generale, consolidato in giurisprudenza, protende verso la non necessarietà nella fase di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva, data anche la natura endoprocedimentale di tali atti, di una motivazione, la quale è richiesta solo nell'ipotesi in cui l'organo di amministrazione attiva, competente a formare la volontà dell'amministrazione nel procedimento di evidenza pubblica e deputato a verificare la legittimità dell'intero iter procedimentale, ravvisi, nell'operato della Commissione di gara irregolarità o vizi tali da comportare provvedimenti difformi da quelli proposti dalla Commissione medesima. Ha puntualizzato, inoltre, il Consiglio Stato, nella decisione sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838, che, ove in capo ai concorrenti non si sia consolidata alcuna situazione giuridica, come nel caso in cui non sia stato ancora esercitato il potere di approvazione, oppure non vi sia stata un'aggiudicazione provvisoria, ovvero a questa consegua l'onere di provare il possesso di determinati requisiti, non v'è neppure uno specifico onere di motivazione circa le ragioni di pubblico interesse che hanno mosso l'Amministrazione a non aggiudicare il contratto. Ad avviso del Collegio, infatti, è sufficiente in questo caso che sia reso palese il ragionamento seguito per giungere alla determinazione negativa, attraverso l'indicazione degli elementi concreti ed obiettivi, in base ai quali si è ritenuto di non procedere all'aggiudicazione. In via generale, infatti, la giurisprudenza ha osservato con riguardo all'esercizio del potere di autotutela sugli atti della procedura di gara che laddove l'atto di revoca e/o di annullamento d'ufficio incida sulla posizione dell'aggiudicatario provvisorio non incombe sulla stazione appaltante un obbligo di particolare motivazione, mentre più stringente è l'onere motivazionale qualora il provvedimento di autotutela intervenga dopo l'aggiudicazione definitiva (in questo senso, Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7273; Tar Toscana, sez. II, 1 settembre 2011, n. 1372; Tar Reggio Calabria, sez. I, 18 maggio 2011, n. 435; Tar Palermo, sez. I, 4 febbraio 2011, n. 210; Tar Napoli, sez. I, 4 novembre 2010, n. 22688). Il principio è stato ribadito anche dalla giurisprudenza più recente secondo cui in via generale l'unico limite alla possibilità di esercitare un potere di revoca della procedura di gara è costituito dall'avvenuta stipula del contratto, anche se, ovviamente, va tenuta distinta la fase anteriore all'aggiudicazione definitiva dalla sussistenza di quest'ultima, che è idonea a costituire un principio di affidamento in capo alla concorrente che ne sia destinataria, così che, una volta intervenuta l'aggiudicazione provvisoria non è richiesto un particolare onere motivazionale a sostegno della revoca del procedimento mentre dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipula del contratto, la revoca è pur sempre possibile, salvo un particolare e più aggravato onere di motivazione (Cons. St., sez. V, 6 aprile 2021, n. 2760; Tar Napoli, sez. V, 19 agosto 2019, n. 4371; Tar Lazio, sez. II *ter*, 5 luglio 2016, n. 9543; Cons. St., sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 67; *id.*, sez. V, 28 ottobre 2015, n. 4934).

Il suddetto orientamento, peraltro, non consente all'amministrazione di indicare ragioni completamente evanescenti a sostegno dell'autotutela ancorché la stessa sia esercitata dopo l'aggiudicazione provvisoria ma ancor prima che sia intervenuta quella definitiva.

Al riguardo, in effetti, è stato ritenuto illegittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, a seguito dell'aggiudicazione provvisoria di una gara di appalto, ha stabilito di non approvare gli atti della gara stessa e di revocare l'aggiudicazione, che sia motivato con esclusivo riferimento al fatto che la P.A., dopo aver escluso una ditta per asserito omesso inserimento nella busta denominata offerta economica, dell'allegato relativo alla dichiarazione di presa visione degli elaborati progettuali e dei luoghi di esecuzione dei lavori, nonché di compiuta verifica della disponibilità della manodopera e delle attrezzature necessarie per realizzare l'intervento, successivamente, ha invece rinvenuto la medesima documentazione; in tal caso, infatti, la stazione appaltante, piuttosto che revocare l'aggiudicazione e non approvare gli atti di gara, deve provvedere a riammettere la ditta illegittimamente esclusa dal confronto concorrenziale, e giungere così alla fisiologica conclusione del procedimento (Tar Napoli, sez. I, 8 luglio 2016, n. 3521).

2. Quale è l'organo competente all'approvazione degli atti di gara?

La norma, come si è visto, rinvia agli ordinamenti dei singoli enti od amministrazioni aggiudicatrici per l'individuazione dell'organo competente per ciascuna delle tre tipologie di approvazione previste dall'art. 33. Ci si può limitare a sottolineare come, in giurisprudenza, si sia recentemente affermato che non è configurabile l'incompetenza della Giunta comunale ad adottare un provvedimento che delibera di non procedere all'aggiudicazione definitiva di un appalto, e dunque, secondo il criterio argomentativo dell'inclusione, a revocare l'aggiudicazione provvisoria. Infatti la Giunta comunale è l'organo con funzioni essenzialmente di amministrazione attiva ed attuazione degli indirizzi politico-amministrativi. La revoca dell'aggiudicazione provvisoria non è una scelta programmatica, espressione di indirizzo politico dell'ente (perciò di competenza del consiglio comunale) ma è un provvedimento di gestione amministrativa di competenza della giunta, seppure secondo le scelte programmatiche adottate a monte dal consiglio comunale (in termini, *ex multis*, Cons. St., sez. V, 19 luglio 2016, n. 3646; id. 18 aprile 2012, n. 2261). Si segnala, peraltro, anche l'esistenza di un precedente difforme che aveva, invece ritenuto annullabile per difetto di competenza la delibera giuntale di approvazione degli atti della gara per l'aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori, "trattandosi di atto di amministrazione attiva riservato, ai sensi dell'art. 107, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, alla competenza dei dirigenti" (Tar Catanzaro, sez. II, 13 marzo 2007, n. 177). Di recente, i giudici di Palazzo Spada hanno dichiarato la competenza del presidente di una stazione appaltante ad approvare gli atti di gara, tra cui la proposta di aggiudicazione. In particolare, è stato evidenziato come nella generalità dei casi, in assenza di una specifica previsione nell'ordinamento della singola amministrazione, la competenza all'approvazione e al controllo sulla proposta di aggiudicazione spetti al C.d.A. quale organo investito di tutti i poteri relativi all'amministrazione ordinaria e straordinaria della società e di tutte le facoltà per il raggiungimento degli scopi sociali, o al dirigente dell'ufficio appalti. Tuttavia, sostengono i giudici, non possono essere ritenuti illegittimi per incompetenza gli atti di approvazione del presidente della stazione appaltante, nel caso in cui sia lo stesso C.d.A. a conferirgli tale incarico (Cons. St., sez. V, 6 giugno 2019, n. 3833).

In linea più generale, peraltro, le pronunce del Cons. St., sez. V, 27 aprile 2012, n. 2445 e 23 ottobre 2012, n. 5408 hanno osservato come nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, non è illegittimo che al **responsabile del procedimento** sia stato attribuito il compito di approvare gli atti di gara, atteso che detta approvazione non può essere compresa nella

nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento spettante alla figura dirigenziale.

3. Quale giudice ha giurisdizione sugli atti di approvazione e controllo della procedura contrattuale?

Risponde al quesito Cons. St., sez. VI, 22 marzo 2007, n. 1364, che – ribadendo invero principi consolidati – ha rammentato come “se è pacifico che gli atti di approvazione e controllo della procedura contrattuale si pongano come *condiciones juris* di efficacia del contratto sul piano negoziale, con la conseguente giurisdizione del giudice ordinario in ordine alle controversie risarcitorie connesse al mancato avveramento di dette condizioni”, nondimeno “ciò non esclude la loro rilevanza e sindacabilità anche come atti amministrativi, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo sulle relative questioni di legittimità” (nello stesso senso si cfr. Tar Sardegna, sez. I, 12 maggio 2011, n. 476; Tar Lazio, sez. II *bis*, 13 maggio 2021, n. 5705). Si è dunque negato che tali atti attengano alla fase dell’esecuzione del contratto: momento a partire dal quale, secondo i più consolidati insegnamenti giurisprudenziali, occorre riconoscere la giurisdizione dell’ordinario, essendo sorto un “diritto soggettivo dell’aggiudicatario all’esecuzione dello stesso”. Diritto che, invece, “si costituisce solo al momento dell’approvazione del contratto, che costituisce espressione della potestà di controllo che fa capo all’organo competente ed esprima la volontà dell’ente” (Cons. St., sez. V, 24 ottobre 2006, n. 6338).

4. Può la Commissione giudicatrice riesaminare autonomamente il procedimento di gara una volta che sia intervenuta l’aggiudicazione provvisoria?

Ritiene la giurisprudenza che l’attività della Commissione di gara acquisisca rilevanza esterna solo in quanto recepita ed approvata dall’Amministrazione medesima: di conseguenza, anche dopo che sia stata adottata l’aggiudicazione provvisoria e fino a quando non intervenga l’approvazione degli atti di gara da parte della stazione appaltante per il tramite dell’aggiudicazione definitiva, la Commissione può riesaminare, in autotutela, il procedimento di gara già espletato, anche riaprendo la gara ed escludendo concorrenti che erano stati illegittimamente ammessi. Tale possibilità si fonda, infatti, sul principio costituzionale di buon andamento e di non aggravamento del procedimento; principio che impegna l’Amministrazione ad adottare atti il più possibile rispondenti ai fini da conseguire e che quindi autorizza il riesame di quelli già adottati, quando ciò sia necessario od opportuno, alla luce di un nuovo apprezzamento della fattispecie o di circostanze sopravvenute, anche al fine di prevenire successive contestazioni (in questo senso, da ultimo, Tar Sardegna, sez. I, 17 ottobre 2019, n. 788; Cons. St., sez. III, 11 gennaio 2018, n. 136; Tar Veneto, sez. I, 31 luglio 2014, n. 1103; Tar Valle d’Aosta 14 maggio 2009, n. 44. Già prima dell’emanazione del Codice dei contratti, peraltro, tale principio veniva affermato in giurisprudenza: tra le altre, si cfr. Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2005, n. 5360).

5. Si può configurare la responsabilità dell’Amministrazione in pendenza dell’approvazione della proposta di aggiudicazione?

Al quesito ha risposto affermativamente la Suprema Corte di Cassazione rilevando che l’eventuale responsabilità dell’amministrazione, in pendenza dell’approvazione ministeriale (i.e. approvazione dell’aggiudicazione provvisoria da parte dell’organo di amministrazione attiva, n.d.r.), deve essere configurata come responsabilità precontrattuale, ai sensi degli artt. 1337 e 1338 c.c., inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale da “contatto sociale qualificato”, inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni, ai sensi dell’art. 1173 c.c., e