

*Vincolo negoziale, stipula del contratto e  
mancata sottoscrizione (alla luce del decreto semplificazioni)*

**Di MAURIZIO LUCCA**

**1. Il vincolo negoziale. 2. Il riparto di giurisdizione. 3. La determina di aggiudicazione (atto interno). 4. L'esecuzione d'urgenza senza contratto. 5. Sottoscrizione del contratto e decreto semplificazioni. 6. Responsabilità per mancata aggiudicazione. 7. Effetti della mancata sottoscrizione del contratto. 8. Rifiuto alla sottoscrizione per variazione delle condizioni di gara.**

### **1. Il vincolo negoziale**

**Il vincolo negoziale nella Pubblica Amministrazione si perfeziona con la sottoscrizione del contratto, secondo la forma scritta *ad substantiam*, confluendo le volontà delle parti in un atto che cristallizza obblighi reciproci in una condizione di parità, rispondendo ad un'esigenza pratica di identificare con precisione il contenuto delle prestazioni esigibili.**

Il rapporto obbligatorio sorge, dunque, con la sottoscrizione del contratto a forma vincolata (dell'atto pubblico se conseguente a gara o procedura concorsuale, ai sensi dell'articolo 16 del r.d. 2440/1923)<sup>1</sup>, dovendosi escludere che la sussistenza del requisito formale possa essere ricavata *aliunde*, attraverso la produzione di altri documenti, come la deliberazione o determinazione, che non costituiscono o sostituiscono il contratto, ma lo presuppongono per essere documenti interni alla P.A., incapaci di perfezionare il negozio giuridico tra le parti<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 28 settembre 2020, n. 2030, ove si conferma che la volontà decidente o negoziale si manifesta attraverso la forma scritta *ad substantiam*, c.d. principio "*formalistico*" dell'atto scritto; al di fuori delle eccezioni espressamente previste dalla legge (contratti conclusi a distanza con ditte commerciali), quando ne sia parte committente una Pubblica Amministrazione, e pur ove questa agisca *iure privatorum*, è richiesta, in ottemperanza al disposto del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440, artt. 16 e 17, la forma scritta *ad substantiam*, Cass. civ., sez. I, 26 marzo 2009, n. 7297. Sulla forma, si rinvia al comma 14 dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016.

<sup>2</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 13 giugno 2000, n. 8023.

## 2. Il riparto di giurisdizione

La deliberazione o determinazione di aggiudicazione qualora non risulti tradotta in atto contrattuale non costituisce nemmeno una proposta contrattuale nei confronti del destinatario ma un atto con efficacia interna all'ente pubblico: diritti e obblighi per i contraenti derivano dalla sottoscrizione dell'atto, poiché la formale stipulazione del contratto attribuisce valore conclusivo al contratto (e della procedura dell'evidenza pubblica), spartiacque tra la giurisdizione amministrativa e quella civile<sup>3</sup>.

Il comma 8, dell'art. 32, del d.lgs. n. 50/216 stabilisce che *«divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione deve avere luogo entro i successivi sessanta giorni»*, intendendo separare con chiarezza ed in modo netto – nell'ambito del complessivo procedimento di affidamento dell'appalto, che ha origine con la determina a contrarre – la fase della scelta del contraente dalla fase di stipulazione del contratto, solo con la quale (come si ha modo di riferire) sorge la pariteticità delle posizioni pubblica e privata: con l'aggiudicazione<sup>4</sup>, in termini diversi, non può dirsi sorto alcun vincolo negoziale tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, serve la stipulazione del contratto.

In questo senso, *«se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto»*, dimostrando che la posizione del privato aggiudicatario alla stipulazione del contratto può qualificarsi di interesse legittimo, con la conseguenza che l'impresa può esperire l'azione

---

<sup>3</sup> Cass. civ., sez. unite, 11 gennaio 2011, n. 391, hanno rappresentato che nelle procedure connotate da concorsualità aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della Pubblica Amministrazione spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tra tali atti essendo compreso anche quello di revoca della aggiudicazione stessa (principio formulato nella sentenza n. 27169/07 e confermato nelle successive decisioni n. 10443/08, n. 19805/08 e n. 20596/08).

<sup>4</sup> Nel nuovo codice dei contratti pubblici risulta eliminata la precedente distinzione tra *“aggiudicazione provvisoria”* e *“aggiudicazione definitiva”* e la fase finale della procedura di aggiudicazione si articola nella *“proposta di aggiudicazione”*, che è adottata dal seggio di gara, e nell'*“aggiudicazione” tout court*, che è il provvedimento conclusivo della procedura, Cons. Stato, sez. V, 10 ottobre 2019, n. 6904 e 15 marzo 2019, n. 1710. Vedi, LUCCA, *Il perfezionamento dell'aggiudicazione e l'invarianza della soglia*, L'ufficio Tecnico, 2020, n. 4, a commento della sentenza del T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 24 dicembre 2019, n. 3075, ove si chiariva che in ogni caso, sia la proposta di aggiudicazione, che l'aggiudicazione non producono l'effetto di far insorgere il rapporto obbligatorio tra ente appaltante ed operatore economico, bensì solo di concludere formalmente la procedura di gara con l'individuazione del miglior offerente: il rapporto obbligatorio tra Amministrazione appaltante ed appaltatore nasce solo ed esclusivamente a seguito della stipulazione del contratto.

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<sup>5</sup>.

I confini della giurisdizione amministrativa in materia di contratti pubblici sono segnati dall'art. 133, *Materie di giurisdizione esclusiva*, comma 1, lett. e), n. 1) c.p.a., nella tradizionale prospettiva bifasica che caratterizza la formazione dei contratti ad evidenza pubblica, le “*procedure di affidamento*” strutturano (nella fase propriamente pubblicistica) peculiari procedimenti amministrativi, che esitano nella determinazione conclusiva, con cui viene disposta l'aggiudicazione a favore dell'offerta selezionata, cui segue – con la “*stipula del contratto*” e la formale assunzione degli impegni negoziali – la fase esecutiva, che prefigura situazioni essenzialmente paritetiche, rimesse alla cognizione del giudice ordinario<sup>6</sup>.

Al medesimo principio sono anche informate le regole della necessaria dilazione imposta (essenzialmente ai fini del c.d. *stand still*, preordinato al consolidamento della scelta del contraente, a fronte della possibile proposizione di ricorsi giurisdizionali) tra l'adozione del provvedimento di aggiudicazione e la stipula del contratto (*ex art. 32, commi 10 ss. del d.lgs. n. 50/2016*)<sup>7</sup>, non sottrae la relativa subfase alla fase pubblicistica (e, di converso, alla giurisdizione amministrativa), trattandosi di fase ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante (*ex art. 30, comma 8 d.lgs. cit.*).

### **3. La determina di aggiudicazione (atto interno)**

L'atto di aggiudicazione è idoneo ad instaurare una relazione negoziale tra stazione appaltante e privato aggiudicatario, ai sensi dell'art. 32, comma 6, del Codice dei contratti pubblici, la quale conferma che il vincolo sorge solo per effetto della stipulazione, l'aggiudicazione ha esclusivamente natura di provvedimento amministrativo ampliativo della 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, sicché nessuna posizione di diritto soggettivo a detta stipula può essere riconosciuta all'impresa aggiudicataria<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 3 novembre 2015, n. 12400.

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5498.

<sup>7</sup> Così come l'inadempimento all'obbligo di consegnare documentazione rilevante per la stipula rientri – anche ad esecuzione già iniziata – nella giurisdizione del giudice amministrativo, Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 2019, n. 5354, *idem* Cass. civ., sez. unite, 9 ottobre 2017, n. 23600.

<sup>8</sup> T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10 luglio 2018, n. 4563.

Se, dunque, «l'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta» e «l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8» dell'art. 32 del Codice, l'offerta, da qualificare come proposta contrattuale a seguito di invito ad offrire, è revocabile sino alla conclusione del contratto (*ex art. 1328 c.c.*) che, ai sensi del comma 6 dell'art. 32, comma 6, non coincide con la sola aggiudicazione, confermando che il vincolo negoziale si instaura solo dopo la stipulazione e la perdita del potere discrezionale della stazione appaltante di natura pubblicistica. Pertanto, proprio l'atto di formale stipula del contratto segna il confine tra la serie procedimentale, governata da norme pubblicistiche suscettibili di far eventualmente derivare posizioni di interesse legittimo in capo ai privati e la serie negoziale laddove sono senz'altro configurabili reciproci diritti e obblighi delle parti.

Pare giusto rammentare che la giurisprudenza, prima delle modifiche operate dall'ultima parte del comma 14, dell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici (*ex d.lgs. n. 50/2016*), era orientata nello stabilire che i contratti conclusi dalla P.A., anche “*iure privatorum*”, oltre a richiedere la forma scritta “*ad substantiam*”, escludendo ogni manifestazione di volontà implicita o desumibile da comportamenti meramente attuativi (la conclusione tacita per *facta concludentia* non è possibile posto che altrimenti si verrebbe all'effetto di eludere il requisito della forma scritta)<sup>9</sup>, dovevano essere consacrati in un unico documento, salvo appunto – per i contratti conclusi con imprese commerciali (*ex art. 17 del r.d. n. 2240 del 1923*) – dove la legge autorizzi espressamente la conclusione a distanza (ossia, senza la contestuale presenza, ovvero tra assenti) a mezzo di corrispondenza, ipotesi tra le quali non risulta ricompreso anche il conferimento di incarico professionale, con evidente limitazione all'utilizzo di tale sistema di “*stipulazione*” (ora ammesso)<sup>10</sup>.

#### **4. L'esecuzione d'urgenza senza contratto**

Va aggiunto che pur in mancanza della formale sottoscrizione del documento contrattuale, l'aggiudicatario dell'appalto incaricato dell'esecuzione d'urgenza (ai sensi del comma 13 dell'art. 32 cit.), è tenuto a porre in essere, fin dall'inizio dell'esecuzione, le prestazioni indicate nella sua offerta tecnica<sup>11</sup>.

In tale fase procedimentale siamo in presenza della c.d. esecuzione anticipata dello stipulando contratto, giustificata da ragioni di urgenza con l'instaurazione di un rapporto contrattuale che trae la propria legittimazione nell'esito della fase selettiva, anticipando le ordinarie scansioni temporali

<sup>9</sup> Cons. Stato, sez. VI, 3 giugno 2010, n. 3507.

<sup>10</sup> Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5138; *idem* Cass. civ., sez. I, 24 gennaio 1998, n. 696.

<sup>11</sup> Cons. Stato, sez. V, 11 gennaio 2018, n. 120.

e agli ordinari adempimenti formali con una fase propriamente esecutiva che fa sorgere un vincolo prestazionale obbligatorio.

Questo genere di rapporto obbligatorio va rimesso alla giurisdizione del giudice ordinario (al giudice del rapporto), in quanto le relative vicende si strutturano in termini di adempimento delle obbligazioni contrattuali e di responsabilità conseguente al loro inadempimento: si tratta di un profilo di responsabilità contrattuale dovuto alla violazione della *lex contractus*, cioè dal complesso delle obbligazioni giuridicamente impegnative, non essendo necessaria la formale stipula di un contratto (nelle more del suo perfezionamento)<sup>12</sup>.

Nondimeno, anche in caso di esecuzione anticipata residua la possibilità di “*rifiutare la stipula*”. per ragioni riconnesse alla fase propriamente pubblicistica, comportanti decadenza dall’aggiudicazione.

### **5. Sottoscrizione del contratto e decreto semplificazioni**

Da questa cornice ordinamentale, si può lecitamente affermare che con la sottoscrizione del contratto, a cura del soggetto autorizzato e munito dei poteri necessari, è possibile vincolare l’Amministrazione e la controparte negoziale, l’operatore economico, dovendo rilevare che terminata la fase di verifica dei requisiti, con l’aggiudicazione, la sottoscrizione risulta un obbligo cogente, la cui mancanza genera responsabilità in aperta violazione alle regole di correttezza e buona fede, intrise di aspetti pubblicistici (*ex art. 97 Cost.*, buon andamento) e privatistici (*ex artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.*), imponendo ai contraenti obblighi di reciproca lealtà di condotta in tutte le fasi del rapporto contrattuale, a partire dal procedimento di formazione del contratto sino alla sua esecuzione<sup>13</sup>.

Il comma 1, lettere a) e b) dell’art. 4, *Conclusioni dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali*, del D.L. n. 76/2020 (convertito in legge n. 120/2020), *Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale*, valorizza questa particolare necessità di giungere quanto prima alla sottoscrizione del contratto (avente natura acceleratoria) per disporre l’immediata efficacia degli atti e dar corso alle prestazioni, sostituendo al primo periodo del comma 8 dell’art. 32 del d.lgs. n. 50/2016:

---

<sup>12</sup> L’atto di affidamento a titolo provvisorio, anche senza stipula del relativo contratto, dà vita ad un rapporto paritetico che attiva la fase di esecuzione delle prestazioni negoziali, come tale rimesso alla cognizione del giudice ordinario, Cass. civ., sez. unite, 21 maggio 2019, n. 13660 e 25 maggio 2018, n. 13191.

<sup>13</sup> È principio generale quello per cui la condotta delle parti, nel tempo che precede la stipulazione del contratto, deve essere improntata a buona fede, atteso che l’art. 1337 c.c. prevede l’applicazione di tale canone anche nella fase relativa alla formazione del contratto, T.A.R. Lombardia, sez. I, sentenza n. 1700/2018.

- le parole «*ha luogo*» con le seguenti «*deve avere luogo*» (un vero e proprio *diktat*);
- aggiungendo alle parole «*espressamente concordata con l'aggiudicatario*» le seguenti «*purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto*».

La lettera b), comma 1, del cit. art. 4 del “*Decreto semplificazioni*”, dispone, dopo il primo periodo del comma 8, dell’art. 32 del Codice dei contratti pubblici, l’aggiunta significativa di una serie di disposizioni che impongono una giustificazione credibile sull’eventuale mancata stipulazione del contratto nel termine programmato (con il fine di conferire carattere perentorio al termine, solitamente ritenuto in giurisprudenza come meramente ordinatorio)<sup>14</sup>, non limitandosi a generiche osservazioni ma soffermandosi su due distinti profili: «*con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto*».

Una rilevanza del diritto positivo che mette in chiaro una ferma volontà del legislatore, in relazione ad un interesse superiore (oltre il singolo contratto), della celere esecuzione delle prestazioni aggiudicate, bilanciando due *topos* con una dimensione territoriale dell’Amministrazione appaltante e uno nazionale dello Stato persona, statuendo un fine che si riflette sullo sviluppo e la crescita economica di una Nazione.

Questo ultimo profilo è ancor più spinto dalle modifiche del ‘*rito degli appalti*’, operate dai commi 2 ss., dell’art. 4 del D.L. n. 76/2020, dove per l’esecuzione degli appalti (*rectius* sottoscrizione dei contratti) si applica la disciplina del comma 2 dell’art. 125, *Ulteriori disposizioni processuali per le controversie relative a infrastrutture strategiche*, del d.lgs. n. 104/2010, a fronte del quale «*in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell’opera, e, ai fini dell’accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatario alla celere prosecuzione delle procedure*»: un vincolo di bilanciamento nella definizione delle controversie in chiave *pro* esecuzione rispetto agli effetti *ex ante* sospensivi del ricorso al giudice, privilegiando la *ratio* di escludere tempi morti prima di giungere al rogito del contratto.

La mancata sottoscrizione del contratto - in assenza di giustificazioni – postula, pertanto, l’avvio di un procedimento che può concorrere a stabilire «*la responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto*», riflesso diretto di un dovere di diligenza che non ammette deroghe, essendo

---

<sup>14</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. III, 28 maggio 2015, n. 2671.

prevalente l'interesse generale a dare corso immediato al vincolo negoziale, una volta espletata la procedura di gara.

Tale urgenza di immediatezza nel celebrare la stipulazione del contratto, si comprende maggiormente quando la novella normativa precisa che «*non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto*», ovvero in presenza di eventuali contestazioni non ancora oggetto di un pronunciamento giudiziale, ritenendo che tale inerzia *ex lege* non esclude la rogazione dell'atto negoziale, ossia un effetto di sospensione della fase conclusiva dell'evidenza pubblica: la sottoscrizione del contratto<sup>15</sup>.

In questo senso e per dare copertura ad un vincolo d'azione, in pendenza di un giudizio, «*le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione*», dove all'instabilità di un pronunciamento o al suo esito negativo, si consente alla P.A., di graduare o eliminare eventuali richieste risarcitorie.

Le apprestate modifiche normative, talune di carattere processuale volte a modificare il c.d. '*rito appalti*' regolato dal Codice del processo amministrativo del 2010, perseguono lo scopo di abilitare l'Amministrazione a sottoscrivere il contratto, perfezionando la procedura di gara e l'esecuzione delle obbligazioni negoziali, dove la regola incentiva "*il fare*", rispetto ad un eventuale aggravamento del procedimento di gara, impedendo al RUP ogni iniziativa che possa ritardare o sospendere l'avvio dei lavori, servizi e forniture (anche in presenza di un ricorso), ovvero le cause incidenti sulla sottoscrizione del contratto, con ripercussioni dirette sulle responsabilità del RUP in materia di diligenza e di buon andamento dell'azione amministrativa.

Si deve aggiungere, per ciò che interessa, che nel "*decreto semplificazioni*" il mancato rispetto dei termini per la stipulazione del contratto produce effetti diretti di tipo sanzionatorio a carico del RUP che preclusivi/risolutivi sull'operatore economico:

- art. 1, *Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia*, comma 1, dove alle

---

<sup>15</sup> CONTESSA, *Le novità del 'Decreto semplificazioni', ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un 'Codice'?*, giustizia-amministrativa.it, 20 dicembre 2020, dove si acclara lo scopo dell'integrazione normativa «*al fine di contrastare il diffuso – quanto erroneo - costume che induce a sospendere nei fatti l'attività amministrativa a seguito della proposizione di un ricorso giurisdizionale (e prima ancora che il Giudice amministrativo abbia adottato un eventuale provvedimento di sospensione o addirittura in caso di mancanza di una domanda in tal senso)*».

procedure semplificate si associano termini perentori per la stipulazione disponendo che *«il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto»;*

- art. 2, *Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia*, comma 1, in modo simile con il precedente art. 1 del D.L. n. 76/2020, *«salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di sei mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento. Il mancato rispetto dei termini di cui al periodo precedente, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto».*

Il decreto semplificazioni, si potrebbe affermare è concentrato a dare piena valenza all'interesse della P.A., e di riflesso del Paese, a superare la crisi pandemica (in un contesto emergenziale e derogatorio, con scadenza al 31 dicembre 2021)<sup>16</sup> attraverso procedure che incentivano la velocità (rapidità) nella sottoscrizione del contratto, togliendo ogni scusa o causa, anche in presenza di contestazione, per rinviare la stipula, dare pieno avvio all'esecuzione negoziale e stabilizzare i relativi vincoli, precludendo la tutela demolitoria, ove si estendono gli effetti dal comma 3 dell'art. 125 del c.p.a.: *«ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente».*

Orbene, la collocazione sistematica della novella normativa se da una parte, si pone l'obiettivo di accelerare gli appalti, semplificando le procedure, dall'altra parte, responsabilizza il RUP e l'offerente a dare immediatezza alla sottoscrizione del contratto, disponendo apposite sanzioni in caso di inerzia non giustificata.

---

<sup>16</sup> T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736.

## 6. Responsabilità per mancata aggiudicazione

La procedura di aggiudicazione si prefigge, quindi, la stipulazione del contratto, prima della quale (nelle c.d. trattative) le parti devono comportarsi correttamente, essendo tale “*contatto*”, più o meno intensamente qualificato, capace di ingenerare delle aspettative, e delle conseguenti responsabilità (da entrambe le parti)<sup>17</sup>.

In effetti, la responsabilità precontrattuale si collega ad un comportamento (della P.A.) che può causare la violazione della legittima aspettativa (*rectius* la fiducia nel buon esito delle trattative svoltesi fino a quel punto): l’aggiudicazione del servizio venuta meno a causa di un evento dannoso antecedente alla stipula del contratto pubblico<sup>18</sup>.

Occorre l’obbligo di osservare che il risarcimento del danno a carico della P.A. non è una conseguenza automatica dell’annullamento giurisdizionale dell’aggiudicazione, richiedendosi la positiva dimostrazione che quelle scelte negoziali non sarebbero state compiute ove l’Amministrazione si fosse comportata correttamente («*secondo la logica civilistica del “più probabile che non”, la condicio sine qua non della scelta negoziale rivelatasi dannosa e, quindi, del pregiudizio economico di cui chiede il risarcimento*»)<sup>19</sup>, con una verifica puntuale di tutti i requisiti previsti:

- la lesione della situazione soggettiva tutelata;
- la colpa dell’Amministrazione;
- l’esistenza di un danno patrimoniale;
- la sussistenza di un nesso causale tra l’illecito e il danno subito.

Non è sufficiente per il privato dimostrare la propria buona fede soggettiva, ovvero che egli abbia maturato un affidamento incolpevole circa l’esistenza di un presupposto su cui ha fondato la scelta di

---

<sup>17</sup> Sulla sorte del contratto di appalto stipulato dalla stazione appaltante nel caso di annullamento in giudizio dell’aggiudicazione, qualora il giudice dell’annullamento non abbia pronunciato, vedi Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2019, n. 5500. Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 21 luglio 2020, n. 8492, dove si chiarisce che gli artt. 112 e 122 del d.lgs. n. 104/2010, solo con riferimento agli appalti pubblici, consentono al giudice amministrativo di dichiarare l’inefficacia del contratto di appalto nell’ipotesi di annullamento dell’aggiudicazione definitiva, disciplina la cui specialità esclude la legittimità di un’applicazione analogica a fattispecie diverse. *Idem*, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 20 luglio 2020, n. 1386.

<sup>18</sup> La mancata sottoscrizione del contratto, secondo la definizione offerta dall’art. 1223 c.c. il danno risarcibile si compone del danno emergente e del lucro cessante, e cioè della diminuzione reale del patrimonio, per effetto di esborsi connessi all’inutile partecipazione ad procedimento, e della perdita di un’occasione di guadagno o, comunque, di un’utilità economica connessa all’adozione o all’esecuzione del provvedimento illegittimo, T.A.R. Toscana, sez. I, 17 novembre 2020, n. 1412.

<sup>19</sup> Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2018, n. 5.

compiere conseguenti attività economicamente onerose, per imputare la responsabilità a carico dell'Amministrazione dovendo dimostrare che:

- l'affidamento incolpevole risulti lesa da una condotta che, valutata nel suo complesso, e a prescindere dall'indagine sulla legittimità dei singoli provvedimenti, risulti oggettivamente contraria ai doveri di correttezza e di lealtà;
- tale oggettiva violazione dei doveri di correttezza sia anche soggettivamente imputabile all'Amministrazione, in termini di colpa o dolo;
- il privato provi sia il danno-evento (la lesione della libertà di autodeterminazione negoziale), sia il danno-conseguenza (le perdite economiche subite a causa delle scelte negoziali illecitamente condizionate), sia i relativi rapporti di causalità rispetto alla condotta scorretta che si imputa all'Amministrazione<sup>20</sup>.

L'affidatario, inoltre, non deve aver contribuito all'errata aggiudicazione poi annullata dal giudice per una mancanza dei requisiti da parte dell'aggiudicatario (omettendo di dichiarare alcune posizioni soggettive)<sup>21</sup>.

## **7. Effetti della mancata sottoscrizione del contratto**

Di converso, la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione da parte dell'operatore economico è sanzionata: il comma 6, dell'art. 83, del d.lgs. n. 50/2016 prevede che la “*garanzia provvisoria*”, pari al 2 per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, copre la mancata sottoscrizione del contratto dopo l'aggiudicazione dovuta ad ogni fatto riconducibile all'affidatario, con il correlato obbligo della stazione appaltante di svincolarla automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto.

L'escussione della garanzia provvisoria si colloca nella fase successiva all'aggiudicazione e prima della stipula del contratto, sanzionando anche le ipotesi in cui, per la mancanza dei requisiti

---

<sup>20</sup> Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 13 settembre 2019, n. 2195, dove si chiarisce che in materia di risarcimento da (mancato) affidamento di gare pubbliche di appalto e concessioni, non è necessario provare la colpa dell'Amministrazione aggiudicatrice, poiché il rimedio risarcitorio risponde al principio di effettività della tutela previsto dalla normativa comunitaria, facendo sì che una qualsiasi violazione degli obblighi di matrice sovranazionale consenta all'impresa pregiudicata di ottenere un risarcimento dei danni, a prescindere da un accertamento in ordine alla colpevolezza dell'ente aggiudicatore e dunque della imputabilità soggettiva della lamentata violazione. **Vedi, anche, Cons. Stato, sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 16 agosto 2019, n. 1533.**

<sup>21</sup> Cfr. Cons. Stato, adunanza Plenaria, 28 agosto 2020, n. 16.

dichiarati e negativamente verificati<sup>22</sup>, non sia possibile, “*dopo l’aggiudicazione*”, pervenire alla sottoscrizione del contratto<sup>23</sup>.

Tale genere di garanzia era già prevista nel sistema della legge sulla contabilità di Stato, che proprio per questo scopo contemplava il versamento di una cauzione provvisoria per la partecipazione alla gara, cui si riconosceva natura di garanzia, non di caparra penitenziale (la quale presuppone che le parti si siano riservate il diritto di recesso dal contratto): nel caso di mancata stipula del contratto da parte dell’aggiudicatario, l’Amministrazione poteva incamerare la cauzione provvisoria, salva la sua possibilità di ottenere il risarcimento del maggior danno effettivo<sup>24</sup>.

La “*garanzia a prima richiesta*”, del vigente Codice attribuisce alla stazione appaltante una “*tutela rafforzata*”, ossia il potere di disporre l’escussione dell’importo previsto, per il caso in cui l’aggiudicatario non intenda stipulare il contratto, con il fine di consentire alla stazione appaltante la più rapida soddisfazione nel caso di mancata stipula del contratto.

Si ricava il principio generale per il quale quando l’aggiudicatario di una gara pubblica senza giustificazione non stipula il contratto non rilevano le discussioni concernenti la natura della sua responsabilità: il danno risarcibile è quello conseguente alle spese di indizione di una nuova gara (se non vi sono stati altri partecipanti), ovvero quello conseguente ai maggiori esborsi di denaro, conseguenti alla aggiudicazione disposta in base allo “*scorrimento*”<sup>25</sup>.

Tali rimedi preventivi si fondano sul principio indiscusso della risarcibilità del danno prodotto dal partecipante che rifiuta senza motivo di stipulare il contratto, con ciò solo violando inconfutabilmente i principi di buona fede e di correttezza<sup>26</sup>.

## **8. Rifiuto alla sottoscrizione per variazione delle condizioni di gara**

Si comprende che una volta terminata la fase di aggiudicazione, la stipulazione del contratto da parte dell’operatore economico segue una tempistica definita direttamente dalla legge («*salvo diverso termine previsto nel bando o nell’invito ad offrire, ovvero l’ipotesi di differimento*

---

<sup>22</sup> T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 4 agosto 2020, n. 889, dove si chiarisce che non è una sanzione che colpisce il concorrente per il comportamento tenuto, ma una garanzia per il corretto adempimento degli obblighi assunti dagli operatori economici in relazione ad una partecipazione ad una gara di appalto, ivi compresi, naturalmente, la dimostrazione del possesso dei requisiti dichiarati in sede di offerta e per i quali è avvenuta la ammissione alla gara, *idem* Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2020, n. 2264.

<sup>23</sup> T.A.R. Lazio, Roma, sez. II *ter*, 23 gennaio 2019, n. 900.

<sup>24</sup> Cass., 5 aprile 1976, n. 1220; Cass. civ., sez. unite, 16 maggio 1977, n. 1962.

<sup>25</sup> Cons. Stato, sez. III, 31 agosto 2016, n. 3755.

<sup>26</sup> Cons. Stato, sez. II, **31 dicembre 2020, n. 8546** e sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; Cass., sez. unite, 4 febbraio 2009, n. 2634.



*espressamente concordata con l'aggiudicatario, purché comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto»*), e l'eventuale ritardo nella sottoscrizione (salvo la clausola c.d. *stand still*)<sup>27</sup> può essere fonte responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.

Tuttavia, la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'impresa non può essere considerata fonte di responsabilità qualora sia più propriamente riconducibile a modificazione postuma di alcune condizioni attinenti ai rapporti di lavoro ad opera della stazione appaltante, modificazioni tali da determinare una diversa, valutazione di convenienza dell'aggiudicataria in ordine alla stipulazione del contratto e allo svolgimento della prestazione: una condizione legittima di mancata stipulazione non potendo l'Amministrazione incamerare la cauzione e sottoporre la circostanza a fatto riconducibile all'affidatario, cui la norma di legge subordina l'escussione della cit. garanzia fideiussoria.

In termini diversi, una volta conclusa l'aggiudicazione la stazione appaltante non può modificare le condizioni della *lex specialis* e pretendere la sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario, e successivamente escutere la polizza fideiussoria per il rifiuto dell'operatore economico di sottoscrivere il contratto<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Lo *stand still* processuale comporta un impedimento procedimentale, che è delimitato alla stipulazione del contratto e non, invece, alle altre attività prodromiche alla stipulazione stessa, quali la verifica dei requisiti ed ogni altro obbligo previsto dalla legge di gara a carico dell'aggiudicatario, Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2020, n. 5420.

<sup>28</sup> Cons. Stato, sez. IV, 29 ottobre 2020, n. 6620.