



GIACOMO ZEREGA

INDIVIDUAZIONE DEL CONTRAENTE E STIPULA DEL CONTRATTO

GUIDA TEORICO-PRATICA ALLA PRIMA FASE
DEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE



**PRONTO
GRAFILL**

Clicca e richiedi di essere contattato
per **informazioni e promozioni**



WEBAPP INCLUSA
CON AGGIORNAMENTO AUTOMATICO

**GRAFILL**

Giacomo Zerega

INDIVIDUAZIONE DEL CONTRAENTE E STIPULA DEL CONTRATTO

GUIDA TEORICO-PRATICA ALLA PRIMA FASE DEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE

Ed. I (06-2023)

ISBN 13 978-88-277-0409-7

EAN 9 788827 7 04097

Collana **MANUALI** (295)



**Licenza d'uso da leggere attentamente
prima di attivare la WebApp o il Software incluso**

Usa un QR Code Reader
oppure collegati al link <https://grafill.it/licenza>

Per assistenza tecnica sui prodotti Grafill aprire un ticket su <https://www.supporto.grafill.it>

L'assistenza è gratuita per 365 giorni dall'acquisto ed è limitata all'installazione e all'avvio del prodotto, a condizione che la configurazione hardware dell'utente rispetti i requisiti richiesti.

© **GRAFILL S.r.l.** Via Principe di Palagonia, 87/91 - 90145 Palermo

Telefono 091/6823069 - Fax 091/6823313 - Internet <http://www.grafill.it> - E-Mail grafill@grafill.it

**CONTATTI
IMMEDIATI**



Pronto GRAFILL
Tel. 091 6823069



Chiamami
[chiamami.grafill.it](tel:0916823069)



Whatsapp
[grafill.it/whatsapp](https://www.grafill.it/whatsapp)



Messenger
[grafill.it/messenger](https://www.grafill.it/messenger)



Telegram
[grafill.it/telegram](https://www.grafill.it/telegram)

Edizione destinata in via prioritaria ad essere ceduta nell'ambito di rapporti associativi.

Tutti i diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica e di riproduzione sono riservati. Nessuna parte di questa pubblicazione può essere riprodotta in alcuna forma, compresi i microfilm e le copie fotostatiche, né memorizzata tramite alcun mezzo, senza il permesso scritto dell'Editore. Ogni riproduzione non autorizzata sarà perseguita a norma di legge. Nomi e marchi citati sono generalmente depositati o registrati dalle rispettive case produttrici.



**PRONTO
GRAFILL**



**CLICCA per maggiori informazioni
... e per te uno SCONTO SPECIALE**

SOMMARIO

INTRODUZIONE	p.	7
1. LA CONCLUSIONE DELLA FASE PUBBLICISTICA DI INDIVIDUAZIONE DEL CONTRAENTE	"	9
1.1. La determina di aggiudicazione (definitiva)	"	9
1.2. Segue: la facoltà di non aggiudicare un appalto	"	19
1.3. Segue: la revoca dell'aggiudicazione (definitiva)	"	24
1.4. Le verifiche sul possesso dei requisiti di carattere generale.....	"	31
1.5. Le verifiche sul possesso dei requisiti di carattere speciale.....	"	46
1.6. La determina di efficacia dell'aggiudicazione (definitiva)	"	48
2. LA STIPULA DEL CONTRATTO	"	52
2.1. La forma del contratto.....	"	52
2.2. Il termine di stipula del contratto	"	60
2.3. Le spese contrattuali.....	"	66
2.4. La documentazione necessaria per la stipula del contratto	"	71
2.5. Un caso concreto	"	74
2.6. Le formalità successive alla stipula del contratto	"	79
2.7. L'esecuzione del contratto in via d'urgenza	"	81
3. CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP	"	85
3.1. Contenuti della WebApp.....	"	85
3.2. Requisiti hardware e software	"	85
3.3. Attivazione della WebApp	"	85
BIBLIOGRAFIA	"	86

INTRODUZIONE

Il presente lavoro costituisce la prima parte di un'opera più grande che si pone come guida teorico-pratica per tutti coloro (R.U.P. ed operatori della P.A.) che devono misurarsi quotidianamente con le problematiche attinenti alla fase di esecuzione di un contratto di appalto di servizi e forniture.

In realtà, queste pagine non tratteranno l'esecuzione in senso stretto ma partiranno un po' più da lontano perché, senza i dovuti riferimenti agli ultimi momenti della fase pubblicistica di individuazione del contraente, diventa difficile, poi, comprendere gli eventi accidentali e non che possono verificarsi una volta stipulato il contratto. Un esempio concreto, infine, anche se totalmente inventato, ci accompagnerà nel corso del lavoro e permetterà di toccare con mano i concetti snocciolati ed esaminati perché, in fondo, nella P.A., non si ripete la lezione, si fanno atti e ci si misura quotidianamente con i cittadini che hanno bisogno dei nostri Uffici.

Norme, Dottrina e Giurisprudenza, infatti, imprescindibili per chi vuole lavorare col Diritto, non bastano e questo perché un bravo studioso deve anche saper fare. E quando fa, non deve mai dimenticare che solo chi non fa non sbaglia. La materia degli Appalti pubblici, infatti, è complessa, disposta su più fonti ed in continua evoluzione e, pertanto, non è facile redigere atti che recepiscano puntualmente tutte le novità legislative che il Legislatore decide di calare sulla società della quale deve garantire ordine e pacifica convivenza. A proposito di continua evoluzione.

Il 31 marzo è stato pubblicato in Gazzetta il nuovo Codice degli Appalti. Il presente lavoro, ovviamente, è aggiornato al D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 («*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*»), e si propone di dare risalto a tutte le novità legislative che, in qualche modo, vanno a trattare diversamente – rispetto al passato e quindi al D.lgs. n. 50/2016 – la fase della stipula e dell'esecuzione del contratto. Ogni mia considerazione su qualsivoglia aspetto di novità, tuttavia, si fonda sull'esperienza e su quello che esprime, ad oggi, il nostro ordinamento giuridico nel suo complesso. Sarà utile, pertanto, monitorare con attenzione tutte le future pronunce dell'ANAC e della Giurisprudenza che, come sappiamo, rappresentano un appiglio insostituibile per rendere le nostre gare perfettamente aderenti al dato legislativo, purtroppo, non sempre chiaro ed inequivocabilmente interpretabile. Ma questa è una storia vecchia come il mondo alla

quale siamo ormai abituati e con la quale abbiamo imparato a misurarci al crescere di competenza ed esperienza.

Lavagna, giugno 2023.

Giacomo Zerega

LA CONCLUSIONE DELLA FASE PUBBLICISTICA DI INDIVIDUAZIONE DEL CONTRAENTE

1.1. La determina di aggiudicazione (definitiva)

L'aggiudicazione (definitiva), in via generale, è il provvedimento amministrativo con il quale un'Amministrazione pubblica, terminato un confronto competitivo per l'acquisizione di un bene, di un servizio o di un lavoro, manifesta inequivocabilmente la propria volontà di addivenire alla stipula di un contratto con un determinato operatore economico¹. Detto questo, se pur chiaro, occorre analizzare i termini della definizione o, almeno, provare ad inquadrare l'atto in questione con gli strumenti di Diritto amministrativo di cui disponiamo. Almeno tre ordini di osservazioni.

La prima. L'aggiudicazione (definitiva), intanto, è un «provvedimento amministrativo» in quanto atto conclusivo del procedimento². L'atto, tuttavia, non è del tutto esecutivo in quanto «... la verifica del possesso dei requisiti in capo all'aggiudicatario ...» ne costituisce «... condizione di efficacia ...»³. L'art. 32, c. 7, del D.lgs. n. 50/2016, infatti, prevedeva proprio che l'«... aggiudicazione ...» diventasse «... efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti». L'attuale art. 17, c. 5, del D.lgs. n. 36/2023, invece, con disposizione pressoché analoga ma allo stesso tempo innovativa – e lo vedremo – prevede che l'«... organo competente a disporre l'aggiudicazione ...» esamini «... la proposta, e, se la ritiene legittima e conforme all'interesse pubblico, dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente ...», disponga «... l'aggiudicazione, che è immediatamente efficace». Ma perché, allora, non del tutto esecutivo, e cioè, nonostante quanto previsto dall'art. 17, c. 5, del D.lgs. n. 36/2023, assumiamo che un qualche effetto, in un modo o nell'altro, si produca? In realtà, «... non è esatto ...» affermare che l'aggiudicazione, «... siccome atto conclusivo della procedura selettiva, non sia suscettibile di produrre

¹ Così, Francesco Caringella (F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo, V. I contratti pubblici*, Roma, 2013, p. 56). La locuzione «confronto competitivo», in realtà, potrebbe non essere sempre appropriata soprattutto quando l'operatore economico che fornisce il bene, il servizio o il lavoro è individuato avvalendosi, ad esempio, della procedura di cui all'art. 50, c. 1, lett. b), del D.lgs. n. 36/2023.

² Così il Consiglio di Stato secondo il quale, appunto, l'«... aggiudicazione definitiva ...» è l'«... unico atto conclusivo della procedura selettiva in relazione al quale ...», tra l'altro, «... sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari. Tale conclusione, del resto, è coerente con il consolidato indirizzo giurisprudenziale che ha sempre qualificato l'aggiudicazione provvisoria come un mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnabilità si riconnette a una mera facoltà, e giammai a un onere, del concorrente non aggiudicatario ...» (Consiglio di Stato, Ad. Plen., n. 31/2012).

³ *Ibidem*.

effetti giuridici rilevanti già prima ...» della predetta «... verifica ed indipendentemente da essa ... Più specificatamente, l'aggiudicazione definitiva ...», da un lato, «... fa sorgere in capo all'aggiudicatario una aspettativa ... alla stipulazione del contratto di appalto» – «... subordinata ...», ovviamente, «... all'esito positivo della verifica ...» dei requisiti – e, dall'altro, «... produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato ... consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara ...»⁴. Resta il fatto, in via generale, che «... l'aggiudicazione ...» non produce «... l'effetto di far sorgere 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 ...», pertanto, «... nasce solo ed esclusivamente a seguito della stipulazione del contratto ...»⁵. Direi chiarissimo.

La seconda. Il «... provvedimento di aggiudicazione ... deve essere necessariamente espresso ...»⁶. Una disposizione del vecchio Decreto, tuttavia, poteva trarre in inganno. L'art. 33, c. 1, del D.lgs. n. 50/2016, infatti, prevedeva che la «... proposta di aggiudicazione ...» dovesse essere «... 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 ...» era «... pari a trenta giorni. Il termine ...» poteva essere «... interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e ...» iniziava «... nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti ...» pervenivano «... all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si ...» intendeva «... approvata». La norma, ad una lettura superficiale, poteva indurre il povero R.U.P. ad ammettere che l'aggiudicazione (definitiva) potesse formarsi anche «... per silenzio assenso ...» nel momento in cui «... tra la comunicazione della proposta di aggiudicazione e l'aggiudicazione definitiva ...» fosse trascorso «... un termine superiore a trenta giorni senza alcuna "interruzione" della procedura per motivi istruttori ...»⁷. In realtà, «... la giurisprudenza ...» aveva sempre «... ricondotto all'inutile decorso del termine la formazione del silenzio assenso sull'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria ... ma non il perfezionamento dell'aggiudicazione definitiva ... per la quale si ...» era «... sempre puntualizzato che ...» occorresse «... una manifestazione di volontà espressa della pubblica amministrazione. In proposito ... la stazione appaltante, pur a fronte dell'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria ...», conservava «... comunque il potere discrezionale di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva ... L'aggiudicazione provvisoria, infatti, è ...» solo un «... atto di natura endoprocedimentale ... soggetta ... all'approvazione dell'organo competente ... che non

⁴ *Ibidem*.

⁵ T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, Sent. n. 3075/2019.

⁶ T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, n. 2247/2021. Così anche, *ex multis*, tra le pronunce più recenti, T.A.R. Abruzzo L'Aquila, Sez. I, n. 23/2022.

⁷ T.A.R. Sicilia Catania, Sez. I, n. 3075/2019.

LA STIPULA DEL CONTRATTO

2.1. La forma del contratto

L'art. 18, c. 1, del D.lgs. n. 36/2023 prevede che il «... contratto...» debba essere «... stipulato, a pena di nullità ...»:

- a) «... con atto pubblico notarile informatico ...»;
- b) «... in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante ...»;
- c) «... mediante scrittura privata ...»;
- d) «... in caso di procedura negoziata oppure per gli affidamenti diretti, mediante corrispondenza secondo l'uso del commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ...».

Ragioniamo, ora, su ciascuna delle modalità in cui può essere stipulato un contratto di appalto. Prima, però, almeno due ordini di osservazioni.

La prima. L'attività contrattuale della P.A. L'Amministrazione pubblica, in via generale, può incidere sugli interessi del privato cittadino adottando un provvedimento amministrativo – a conclusione di un determinato *iter* procedurale previsto dalla L. n. 241/1990 – o stipulando un contratto di diritto privato – secondo quanto previsto dai Titoli II e III del Libro Quarto del Codice Civile. La differenza non è da poco. Nel primo caso l'Amministrazione costituisce (ad esempio, la licenza di commercio), regola (ad esempio, l'ordinanza del Sindaco che disciplina o limita la circolazione sul territorio comunale nonostante la previsione di cui all'art. 16, c. 1, Cost.) o estingue (ad esempio, l'espropriazione per pubblica utilità nonostante una situazione di proprietà sul bene da espropriare) unilateralmente ed in posizione di superiorità una particolare situazione giuridica soggettiva. Nel secondo, invece, pur nel perseguimento di un interesse pubblico, si accorda col cittadino avvalendosi di un istituto di diritto privato (è il caso, ad esempio, della locazione passiva). La «... pubblica amministrazione ...», infatti, «... nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1, c. 1-bis, della L. n. 241/1990). Ammessa, quindi, l'attività contrattuale delle Amministrazioni pubbliche, tuttavia, non è sempre vero che le strade del provvedimento amministrativo e del contratto di diritto privato non si incontrino mai. Nei contratti di appalto – disciplinati dal D.lgs. n. 36/2023 –, ad esempio, ad un provvedi-

mento amministrativo come l'aggiudicazione definitiva segue necessariamente la stipula di un contratto in senso stretto (art. 17, c. 5, e 18, c. 1, del D.lgs. n. 36/2023). E questa, altro non è che la categoria dei c.d. «contratti pubblici» che la Legge definisce come «... *i contratti, anche diversi da appalti e concessioni, conclusi da una stazione appaltante o da un ente concedente*» [art. 2, c. 1, lett. a), dell'Allegato I.1 al D.lgs. n. 36/2023]. Nel caso dei contratti di appalto [art. 2, c. 1, lett. b), dell'Allegato I.1 al D.lgs. n. 36/2023] o concessione appalto [art. 2, c. 1, lett. c), dell'Allegato I.1 al D.lgs. n. 36/2023], poi, si parla anche di contratti ad «evidenza pubblica». E, per «evidenza pubblica», si intende una particolare procedura disciplinata dalla Legge per l'individuazione del contraente.

Ricordo, infine, che, in ogni caso:

- a) i «... *contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti ...*» (art. 3, c. 1, del R.D. n. 2440/1923). È il caso, ad esempio, della locazione attiva;
- b) i «... *contratti dai quali derivi una spesa per lo Stato debbono essere preceduti da gare mediante pubblico incanto o licitazione privata, a giudizio discrezionale dell'amministrazione*» (art. 3, c. 2, del R.D. n. 2440/1923). È il caso, ad esempio, della locazione passiva. La norma, tuttavia, abbraccia tutta la categoria dei contratti pubblici ad evidenza pubblica.

Ergo, anche i contratti di diritto privato stipulati da un'Amministrazione pubblica devono essere preceduti da un confronto competitivo e, quindi, in qualche modo, sono pur sempre ad «evidenza pubblica».

La seconda. Ammesso che ciascuna P.A. stipuli contratti per perseguire il fine pubblico che le è stato assegnato, resta ancora da capire quali sono le modalità da adottare per fissare l'accordo delle parti. Stiamo parlando, ovviamente, della forma del contratto. Prima di addentarci nella normativa di settore, pertanto, può essere utile rinfrescare il concetto di forma del contratto. L'art. 1325, c. 1, n. 4), del C.C., prevede che «... *la forma, quando risulta ... prescritta dalla legge sotto pena di nullità ...*» sia requisito del contratto a tutti gli effetti, esattamente come l'accordo delle parti, la causa e l'oggetto. Nel nostro ordinamento, infatti, in via generale, vale il principio della libertà della forma, e cioè «... *la volontà di fare un contratto può essere manifestata con qualunque modalità utile a comunicarla e farla comprendere ...*»¹. I «... *contratti ...*», pertanto, si possono «... *formare ...*» anche «... *con comportamenti concludenti ...*», e cioè «... *non solo con parole pronunciate a voce ... ma addirittura senza l'uso del linguaggio ...*»². Per «... *alcuni contratti ...*», tuttavia, «... *la legge richiede che la volontà sia manifestata non in qualsiasi modo ... ma solo attraverso particolari modalità espressive stabilite dalla legge stessa ...*»³. Questi sono «... *contratti formali ... o a forma vincolata ...*»⁴. La «... *principale forma vincolata ... che la*

¹ V. ROPPO, *Istituzioni di diritto privato*, Bologna, 2005, p. 353.

² *Ibidem*, p. 353.

³ *Ibidem*, p. 353.

⁴ *Ibidem*, p. 353.

CONTENUTI E ATTIVAZIONE DELLA WEBAPP

3.1. Contenuti della WebApp

La **WebApp inclusa** gestisce lo **Speciale "Codice Appalti"** con le seguenti sezioni informative in materia di Codice dei contratti pubblici:

- Normativa europea e nazionale;
- Linee guida in vigore e provvedimenti ANAC;
- Pareri del Consiglio di Stato;
- Giurisprudenza in materia di appalti pubblici.

3.2. Requisiti hardware e software

- Dispositivi con MS Windows, Mac OS X, Linux, iOS o Android;
- Accesso ad internet e browser web con Javascript attivo;
- Software per gestire documenti PDF e Office.

3.3. Attivazione della WebApp

- Accedere al **Profilo utente Grafill** oppure crearne uno su **www.grafill.it**;
- Cliccare sul pulsante **[G-CLOUD]**;
- Cliccare sul pulsante **[Vai alla WebApp]** a fianco del prodotto acquistato;
- Fare il *login* usando le stesse credenziali di accesso al **Profilo utente Grafill**;
- Per **accedere alla WebApp** cliccare sulla copertina del libro presente nello scaffale **Le mie App**.

