

**L'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA E LA SUA AUTONOMIA:
IPOTESI DI INVALIDITA' DERIVATA**

Dott.ssa Francesca Bochicchio

Specializzanda presso la Scuola di Specializzazione per le
Professioni Legali dell'Università degli Studi di Roma
Tor Vergata

Premessa

L'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva sono due atti consequenziali, inerenti il medesimo procedimento, conclusivi delle procedure di evidenza pubblica. In merito ad essi, si è sviluppato un lungo dibattito relativo al rapporto di connessione che li caratterizza, dibattito che ha, come corollario, l'analisi della sorte dell'aggiudicazione definitiva in caso di caducazione della provvisoria.

L'invalidità derivata

Il concetto di invalidità derivata è strettamente connesso al cosiddetto "principio di derivazione", in forza del quale gli atti costitutivi di un procedimento sono legati, tra loro, da un dato rapporto di connessione. Tale connessione comporta inevitabilmente che, i vizi inerenti uno degli atti endoprocedimentali, incidano necessariamente sugli altri e dunque sul provvedimento finale.

Tuttavia, occorre distinguere due ipotesi, ossia il caso in cui un atto procedimentale viziato non sia autonomamente impugnabile, e l'ipotesi dell'atto presupposto.

Nel primo caso, il privato leso nella sua posizione giuridica soggettiva di interesse legittimo, non potrà che impugnare l'atto finale del procedimento, anche non viziato esso stesso, ma *per relationem*, in quanto solo quest'ultimo è in grado di incidere sulle posizioni giuridiche soggettive¹.

Discorso diverso è quello che inerisce il caso in cui, tra i due atti collegati, intercorra il vincolo della presupposizione, in virtù del quale un atto è autonomo ma allo stesso tempo fondamento dell'esistenza dell'atto presupponente, che non sarebbe esistito o avrebbe avuto contenuto differente senza il precedente atto.

In questo caso, il privato non può esimersi dall'impugnativa anche dell'atto presupposto, la qual cosa comporta oneri anche dal punto di vista processuale. Laddove infatti, siano decorsi i termini per impugnare l'atto presupposto, nemmeno i vizi, da questo derivanti, potranno essere fatti valere, data l'intervenuta acquiescenza dell'atto precedente.

Fatta questa premessa, occorre sottolineare che la dottrina si è interrogata rispetto alla possibilità che, in alcune ipotesi, il vizio dell'atto presupposto potesse incidere sul presupponente, provocandone direttamente la caducazione, senza bisogno di un' autonoma impugnativa. In merito a tale questione sono sorte due tesi: la prima, prettamente giurisprudenziale, considerava gli effetti della pronuncia giurisdizionale strettamente legati all'atto

¹ CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2011, pag. 1436

impugnato e dunque non estendibili anche ad altri atti, benché dipendenti dal primo, i quali avrebbero dovuto essere oggetto di autonoma impugnativa.

La seconda tesi (ormai prevalente) propende per l'automatica caducazione dell'atto presupponente, a fronte di quella giudiziale dell'atto presupposto. Tale posizione era stata fortemente avversata da quella parte della dottrina, che riteneva tipizzate le cause di estinzione dei provvedimenti e, soprattutto, faceva leva sul pregiudizio che tale effetto caducante avrebbe avuto sui terzi, controinteressati quanto all'atto presupposto, ma non quanto al presupponente².

Tuttavia, occorre considerare l'interesse del privato ad evitare di dover inseguire tutti gli atti derivati da quello da lui impugnato, e annullato da parte dell'organo giudicante. Inoltre, la sentenza numero 177 del 1995 della Corte Costituzionale prima, e il codice del processo amministrativo poi, hanno garantito la piena tutela del diritto di difesa dei terzi, mediante l'introduzione, anche nel processo amministrativo, dell'istituto dell'opposizione del terzo.

Anche la giurisprudenza si è soffermata a sottolineare la differenza tra l'invalidità di tipo viziante, sulla base della quale l'atto successivo resta efficace fino ad una autonoma impugnativa, e l'invalidità caducante, che comporta la caducazione, appunto, dell'atto successivo, sulla scorta dell'annullamento dell'atto presupposto³.

Infine, occorre sottolineare che, secondo parte della dottrina, l'automatica caducazione del provvedimento presupponente, ha oggi campo molto meno esteso, in virtù dell'articolo 3 del codice del processo (già articolo 21 della legge TAR), per il quale⁴, la mancata impugnazione dei provvedimenti successivi a quello presupposto per mezzo dei motivi aggiunti, comporta l'improcedibilità del ricorso dovuta alla carenza dell'interesse ad agire.

Quanto agli elementi che fanno presupporre un rapporto tra atti, tale da determinare la caducazione automatica dell'uno in virtù dell'annullamento dell'altro, la giurisprudenza⁵ ha sottolineato la necessità che vi sia un "*rapporto di presupposizione- consequenzialità immediata, diretta e necessaria, nel senso che l'atto successivo si pone come inevitabile conseguenza di quello precedente, perché non vi sono nuove e ulteriori valutazioni di interessi, né del destinatario dell'atto presupposto, né di altri soggetti*".

In merito all'invalidità derivata, come si è detto, si è posto il problema dei rapporti tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva in un contratto pubblico di appalto.

Aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva

L'aggiudicazione è l'atto finale del procedimento di evidenza pubblica, l'atto con cui culmina la procedura di scelta del contraente da parte dell'amministrazione.

Quanto alla sua natura giuridica, si è discusso in merito al fatto che essa fosse un atto amministrativo, con cui la pa si limitava a dichiarare la risultanza della gara, o se invece avesse natura anche negoziale, perché in essa l'amministrazione esprime altresì la propria volontà di contrarre.

Dato il disposto di cui all'articolo 11, comma 7, del codice dei contratti, tale dibattito sembra essere stato definitivamente sopito, in quanto si legge dalla lettera della norma "*l'aggiudicazione definitiva non equivale ad*

² GAROFOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2012, pag. 1212

³ Cfr. Cons. St., sez. V, sent. 26 agosto 2010, n. 5976

⁴ CARINGELLA, *op cit.*

⁵ Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 23 ottobre 2007, n. 5559

accettazione dell'offerta". Sembra palese, dunque, la distanza che il legislatore ha voluto intercorresse tra l'aggiudicazione, momento nel quale l'amministrazione è ancora nelle vesti di autorità e dunque pone in essere un vero e proprio provvedimento, e stipulazione, con la quale inizia la fase contrattuale.

L'aggiudicazione provvisoria, prevista dall'articolo 11 del dlgs 163 del 2006, nel suo quarto comma, riguarda l'effettiva individuazione della migliore offerta tra quelle presentate, pertanto, di solito, è di competenza della Commissione di gara⁶. In merito ad essa, si è discusso circa la possibilità che possa essere direttamente lesiva delle situazioni giuridiche soggettive dei privati e, come tale, impugnabile autonomamente.

Riguardo a tale argomento è possibile sottolineare che, il privato che abbia partecipato alla gara, può trovare, nell'aggiudicazione provvisoria, uno sbarramento rispetto alla propria possibilità di poter partecipare al resto della procedura di evidenza, dunque può sicuramente dirsi direttamente leso da tale dichiarazione provvedimento della p.a. E', dunque, sua facoltà impugnare l'aggiudicazione provvisoria una volta emanata⁷. Su tale assunto, tuttavia, la giurisprudenza non del tutto è concorde, in quanto parte di essa sostiene la natura meramente interinale dell'aggiudicazione provvisoria, come tale non direttamente lesiva della sfera giuridica del privato, inidonea, dunque, a "*produrre la definitiva lesione dell'impresa non risultata aggiudicataria*"⁸. E', infatti, pacificamente ammessa la possibilità che, dopo l'aggiudicazione provvisoria, la pubblica amministrazione intervenga in via di autotutela, annullando la gara stessa.⁹

L'aggiudicazione definitiva segue alla provvisoria e, più specificamente, alla sua approvazione da parte dell'organo competente della stazione appaltante, in base al disposto di cui all'articolo 11, comma 5 del codice degli appalti. Tale approvazione è concessa a seguito dei controlli previsti dall'articolo 12, da effettuarsi nei termini espressamente previsti dai singoli ordinamenti delle amministrazioni, o entro trenta giorni dalla ricezione, da parte dell'organo competente, dell'aggiudicazione provvisoria.

Si è già sottolineato come l'aggiudicazione definitiva non sia equivalente all'accettazione dell'offerta, la quale è irrevocabile fino alla stipulazione del contratto (da effettuarsi entro 60 giorni dall'aggiudicazione definitiva) e inoltre, in base al disposto di cui al comma 8 dell'articolo 11, diventa efficace solo successivamente ai controlli relativi al possesso dei requisiti prescritti dall'amministrazione, da parte del partecipante alla gara e vincitore della stessa.

La questione dei rapporti tra l'aggiudicazione definitiva e la provvisoria, è stata a lungo dibattuta, benché, ad oggi, possa dirsi pacificamente risolta.

Parte della dottrina, infatti, sosteneva la natura meramente esecutiva dell'aggiudicazione definitiva, ritenendola un atto di mero controllo dei requisiti, non comportante una nuova valutazione degli interessi. Tale assunto era sostenuto sulla scorta del disposto del primo comma dell'articolo 12 del codice dei contratti, il quale prevede, nel suo ultimo inciso, che una volta decorsi i termini del controllo previsto dall'ordinamento, l'aggiudicazione si intende adottata. L'automatismo di cui si è detto, faceva propendere tale dottrina per la configurabilità dell'aggiudicazione definitiva come atto di controllo meramente formale e confermativo della provvisoria. Ciò

⁶ Cfr. Cons. St., sez. IV, sent. 26 marzo 2012, n.1766

⁷ GAROFOLI, *op. cit.*

⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, sent. 20 ottobre 2012, n.7586

⁹ Cfr. Cons. St., sez. V, sent. 8 marzo 2011, n. 1446

comportava che, l'eventuale caducazione dell'aggiudicazione provvisoria a seguito della sua impugnazione, avrebbe dovuto travolgere anche la definitiva, perché tra i due atti si riteneva esistente un rapporto di presupposizione.

La teoria ad oggi prevalente, sostenuta da dottrina e giurisprudenza, ritiene, invece, che l'aggiudicazione definitiva sia un atto a sé stante e perfettamente autonomo. Essa infatti, non è atto esecutivo della provvisoria, ma, anche laddove dovesse confermare completamente il disposto di questa, comporta quella nuova valutazione di interessi che, come si è detto precedentemente, è elemento sintomatico della mancanza di un rapporto di presupposizione tra gli atti. Il controllo cui fa riferimento l'articolo 12 del codice, è da intendersi quale vera e propria approvazione delle risultanze della gara, la quale deve avvenire con un provvedimento necessariamente espresso (in base al disposto di cui al quinto comma dell'articolo 11) che, se non dato, diventa esigibile da parte del privato¹⁰.

Pertanto, l'impugnativa dell'aggiudicazione provvisoria e la sua successiva eventuale caducazione, non esonerano il privato che vi abbia interesse, ad impugnare altresì l'aggiudicazione definitiva, avendo, l'annullamento della prima, un effetto solamente viziante per la seconda.

Orientamenti giurisprudenziali

La giurisprudenza si è sempre dimostrata pressoché concorde rispetto alla natura di atto autonomo dell'aggiudicazione definitiva. L'assolutamente minoritaria giurisprudenza che riteneva tale atto meramente confermativo dell'aggiudicazione provvisoria, è piuttosto datata e comunque relativa ad alcune isolate pronunce. Si vedano, ad esempio, la sentenza del Supremo Consesso amministrativo del 17 dicembre 2001 numero 6253 o la successiva numero 1156 del 2009, sulla base della quale: *“è l'aggiudicazione provvisoria che seleziona la migliore offerta e al termine della quale è individuata la figura dell'aggiudicatario. Rispetto ad essa, l'aggiudicazione definitiva costituisce una fase successiva di mera verifica e approvazione dell'organo competente.”*.

Già nel 2004, il Tar Lazio, con la sentenza numero 13076, sottolineava come *“l'aggiudicazione definitiva non costituisce (...), atto meramente confermativo o esecutivo, ma è provvedimento che, anche quando recepisca integralmente i risultati dell'aggiudicazione provvisoria e gli atti ad essa presupposti, e pur facendo parte della stessa sequenza procedimentale, comporta comunque una nuova valutazione degli interessi pubblici sottostanti, con conseguente necessità di impugnativa autonoma”*.

Tale posizione comporta, dunque, la necessità della impugnazione anche dell'aggiudicazione definitiva, pena la consolidazione degli effetti della stessa e la sua inoppugnabilità. Infatti, l'aggiudicazione definitiva ha effetto assorbente anche dell'aggiudicazione provvisoria, con *“la definitiva preclusione della possibilità di conseguire il bene della vita sperato, ossia l'aggiudicazione dell'appalto e la conseguente stipulazione del contratto. In conclusione è da valutare inammissibile il ricorso avverso gli atti intermedi, quali l'esclusione e l'aggiudicazione*

¹⁰ Cfr Cons. St., sez. IV, sent. 26 marzo 2012, n.1766

provvisoria, qualora non sia stata impugnata anche l'aggiudicazione definitiva, benché conosciuta, con conseguente consolidarsi degli effetti di quest'ultima". Questo quanto sostenuto dal Tar Puglia con la sentenza numero 369 del 2012, in linea con la giurisprudenza prevalente.

Anche il Consiglio di Stato è più volte intervenuto sulla questione. Si consideri, per tutte, la sentenza numero 2558 del 2012, nella quale il Supremo Consesso amministrativo sottolinea come l'autonomia dell'aggiudicazione definitiva fosse già ampiamente evidente nella prassi, e che essa è stata adeguatamente confermata dagli articoli 11 e 12 del codice dei contratti, *"il che vale a maggior ragione ad escludere che l'invalidità dell'aggiudicazione provvisoria abbia efficacia caducante sull'aggiudicazione definitiva, senza bisogno che quest'ultima sia stata autonomamente impugnata; occorrendo invece, al contrario, che anche il secondo atto, quantunque certamente affetto da un'invalidità in via derivata, sia oggetto di espressa impugnazione, altrimenti resistendo all'annullamento dell'atto presupposto".*

Infine, l'adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con l'arresto numero 31 del 31 luglio 2012, è intervenuta, seppur indirettamente sulla questione, sottolineando come la sola aggiudicazione definitiva possa ritenersi atto effettivamente conclusivo del procedimento ad evidenza pubblica, essendo gli effetti dell'aggiudicazione provvisoria ancora instabili ed interinali, perché, benché incisivi sulla sfera giuridica del privato, condizionati dall'autorizzazione di cui agli articoli 11 e 12 del codice degli appalti. Dunque, l'aggiudicazione provvisoria non può che intendersi *"come un mero atto endoprocedimentale, la cui autonoma impugnabilità si riconnette a una mera facoltà, e giammai a un onere, del concorrente non aggiudicatario ed è comunque condizionata, ai fini della sua procedibilità, alla tempestiva impugnazione con motivi aggiunti anche dell'aggiudicazione definitiva che successivamente intervenga"*