

**Prima classificata**  
**dott.ssa. Beatrice Sartorato**  
**“Sulla qualificazione dell’inosservanza del bando come vizio dell’aggiudicazione o come inadempimento del contratto di appalto”**  
**nota a Cons. Stato, sez. V, sent. 30 maggio 2016, n. 2276**

La sentenza oggetto del presente commento consente di svolgere qualche riflessione in ordine al confine, difficile da delineare, tra la fase della procedura di evidenza pubblica, regolata dal diritto pubblico e quella dell’esecuzione del contratto d’appalto, disciplinata invece dal diritto privato, tema di grande attualità anche a seguito dell’introduzione del nuovo Codice degli Appalti che lascia aperte molte delle questioni che si pongono a fronte della separazione delle due fasi, alcune delle quali sono messe in luce dalla vicenda in esame.

La vicenda prende le mosse dalla procedura di gara indetta dal Comune di Pieve di Soligo, per l’affidamento del servizio di trasporto scolastico, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La *lex specialis* di gara prescriveva che le società avrebbero dovuto disporre dei mezzi di trasporto necessari all’espletamento del servizio ovvero impegnarsi a procurarseli nel termine di 15 giorni dall’inizio dell’esecuzione del contratto, a pena di decadenza.

Alla gara hanno partecipato la società Mondo Tours Srl (Mondo Tours) e la società Alibus International Srl (Alibus).

All’esito della procedura di gara la Alibus è risultata vincitrice.

Con ricorso proposto innanzi al TAR Veneto la società Mondo Tours, seconda classificata, ha impugnato l’aggiudicazione definitiva a favore della Alibus rilevando che, il Comune appaltante avrebbe dovuto escludere la vincitrice, poiché questa non si era procurata, nel termine previsto dal bando a pena di decadenza, la disponibilità del mezzo da 64 posti indicato nell’offerta tecnica, in conformità con quanto previsto dall’art. 46 del Codice dei Contratti pubblici che include tra le cause tassativamente previste a pena di esclusione il difetto degli elementi essenziali dell’offerta tecnica.

Con sentenza redatta in forma semplificata, ex art. 60 c.p.a., il TAR Veneto ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento impugnato e ha disposto l’aggiudicazione a favore della Mondo Tours Srl. Secondo il TAR, la dotazione dei mezzi dichiarati in sede di offerta tecnica costituisce un elemento essenziale della stessa il cui difetto (nello specifico, la sostituzione temporanea dell’autobus da 64

posti con uno da 57)ne determina l'esclusione, secondo quanto previsto dal bando di gara.

Avverso tale sentenza la società Alibus ha proposto appello al Consiglio di Stato lamentando che il TAR avrebbe mal interpretato la *lex specialis*. Il momentaneo utilizzo di un mezzo meno capiente non comporta una modifica di un elemento essenziale dell'offerta tecnica, bensì un inadempimento o un ritardo nell'adempimento degli obblighi contrattuali che incide sulla fase esecutiva del contratto e non può determinare l'annullamento dell'aggiudicazione.

Il Consiglio di Stato con la sentenza n. 2276 del 2016, condividendo il convincimento del TAR, ha ritenuto che l'utilizzo temporaneo di un mezzo meno capiente costituisca non già un inadempimento relativo alla fase esecutiva del contratto, bensì un vizio attinente agli elementi essenziali dell'offerta tecnica che inficia direttamente l'aggiudicazione. Il Comune, conformemente a quanto previsto dal bando, avrebbe dunque dovuto annullare l'aggiudicazione, non sussistendo alcuna discrezionalità in capo alla p.a. nell'interpretare tale causa di esclusione al cui rispetto si era autovincolata con la predisposizione del bando di gara. Pertanto, il Consiglio di Stato, ha respinto l'appello della società Alibus, confermando l'aggiudicazione a favore della Mondo Tours, come disposto dal TAR Veneto.

Tale sentenza, nella sua apparente semplicità, richiede di approfondire il tema dell'interpretazione del bando di gara, offrendo al contempo l'opportunità di riflettere sul senso della separazione della fase dell'evidenza pubblica, retta dal diritto pubblicistico e quella dell'esecuzione del contratto d'appalto, in cui la p.a. agisce in posizione di parità rispetto al contraente privato. Ciò al fine di comprendere se il momentaneo utilizzo di un mezzo meno capiente si un vizio che attenga, all'una o all'altra fase, con tutte le conseguenze che da tale qualificazione discendono quanto ai rimedi azionabili e al riparto di giurisdizione.

Al fine di approfondire entrambe le tematiche giova qualche premessa di carattere teorico sul rapporto tra la procedura di evidenza pubblica e il contratto stipulato all'esito della gara.

La procedura di evidenza pubblica è il procedimento amministrativo che accompagna la formazione e la conclusione dei contratti passivi della p.a.

La p.a., nell'attuare l'interesse pubblico stabilito dalla legge, può avvalersi, come previsto dall'art. 1 della l. 241/1990, tanto di strumenti pubblicistici, quanto di schemi negoziali privatistici.

Tuttavia, la capacità negoziale della p.a. non incontra esclusivamente il limite previsto dall'art. 1322 del codice civile relativo alla meritevolezza degli interessi, ma richiede che la p.a. tenga pur sempre conto del vincolo finalistico cui è legislativamente preposta. Sicché, la mancanza di una totale libertà d'azione in capo alla p.a., impone che all'applicazione della disciplina privatistica si accompagni la predisposizione di alcuni elementi di specialità diretti a garantire il corretto esercizio della funzione.

Posto che la validità di un contratto non può essere condizionata dall'idoneità dello schema programmato dalle parti a perseguire l'interesse pubblico, questo infatti non è un atto amministrativo regolato dal diritto pubblico, ma un negozio disciplinato dal diritto comune per cui i motivi sono irrilevanti, qualora la p.a. decida con un contratto d'appalto di assicurarsi, a titolo oneroso, l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, deve giungere alla conclusione dell'accordo attraverso un procedimento amministrativo.

La procedura di evidenza pubblica altro non è, dunque, che l'elemento di specialità che caratterizza la fase della contrattazione della p.a., diretta ad assicurare che venga perseguito l'interesse pubblico nella formazione della volontà dell'ente e nella scelta del contraente.

Da ciò discende che l'attività contrattuale della p.a. è un'attività amministrativa, sottoposta ai principi dell'art. 97 Cost., nella quale la p.a. è dotata di poteri pubblicistici, mentre, a seguito della stipulazione del contratto, l'attività della p.a. è regolata esclusivamente dal diritto civile.

In conformità con quanto detto, l'art. 2 comma 4 del Codice dei Contratti pubblici nonché il nuovo Codice degli appalti all'art. 30, comma 8, prevede che per quanto non previsto espressamente dal presente codice si applichino alla stipula del contratto e alla fase dell'esecuzione le disposizioni del codice civile.

Se inizialmente la disciplina in materia d'appalti era diretta esclusivamente a tutelare l'interesse della p.a. ad assicurare la stipulazione del contratto con il concorrente più idoneo, con l'incidenza del diritto comunitario questa persegue anche altre finalità, in particolare, costituisce attuazione del principio della libera concorrenza nonché della libera circolazione di merci, persone e capitali, garantendo a tutti gli imprenditori di esercitare, senza discriminazioni, la propria attività nel rispetto della *par condicio*. Le norme comunitarie garantiscono la lealtà e la trasparenza nella competizione, evitando condotte abusive da parte della p.a. che potrebbe privilegiare altrimenti, nella scelta del contraente, criteri diversi dalla qualità o dell'offerta o affidabilità del concorrente.

E' proprio dall'esigenza di tutelare i concorrenti e di salvaguardare il mercato nel suo complesso che si fa più seria la necessità di tutelare il concorrente aggiudicatario anche a seguito della conclusione della fase pubblicistica, al fine di evitare che una volta stipulato il contratto con la p.a., questa possa continuare ad esercitare il proprio potere di supremazia attraverso gli strumenti che il diritto pubblico le riserva, venendo meno con facilità agli obblighi contrattuali assunti.

Anche il nuovo Codice degli Appalti, che non era ancora entrato in vigore al momento della pubblicazione sentenza, fissa con chiarezza la separazione tra l'attività contrattuale di natura pubblicistica e il contratto finale di natura privatistica, distinzione che influenza il riparto stesso della giurisdizione. Infatti, ai sensi dell'art. 133, comma 1 lett. e) del c.p.a. le controversie relative alla procedura di affidamento sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre, quanto alla fase dell'esecuzione del contratto successiva alla stipulazione, la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

La p.a. non può dunque sciogliersi liberamente dai negozi giuridici aventi natura contrattuale sfruttando il proprio potere autoritativo: tale facoltà gli è riconosciuta solo nei casi tassativamente previsti dalla legge o nei contratti stipulati. Nella fase privatistica la p.a. è titolare soltanto di poteri di autotutela tipicamente privatistici: il recesso e la risoluzione del contratto e la giurisdizione spetta pertanto al giudice ordinario.

Non è un caso che il nuovo Codice degli Appalti escluda in capo alla p.a. l'esercizio del potere di revoca dell'aggiudicazione a seguito della stipulazione del contratto (approdo che era già stato raggiunto, in via interpretativa, dalla giurisprudenza amministrativa): una volta conclusa la fase pubblicistica infatti non è più possibile una rivalutazione dell'interesse pubblico originario ma la tutela dell'interesse della p.a. può avvenire esclusivamente con strumenti privatistici e nei confronti dei soli fatti sopravvenuti.

Tuttavia, secondo l'interpretazione dominante, pare che anche la nuova disciplina, faccia salvo il potere della p.a. di esercitare l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione per i vizi originari inerenti alla procedura di gara, anche a stipulazione del contratto avvenuta. Ciò rende ancor più rilevante capire se un vizio incida sulla legittimità della procedura ovvero sull'esecuzione del contratto, posto che i rimedi a disposizione della p.a. e la giurisdizione sono diversi.

Tali premesse aiutano a comprendere meglio la rilevanza della scelta in ordine all'interpretazione da attribuire alla clausola della *lex specialis* che all'art. 8, comma 5,

lett. a) del “Capitolato speciale d’appalto generale” prevede, tra gli obblighi che nello svolgimento del servizio spettano all’aggiudicatario, quello di presentare, a pena di decadenza, 15 giorni prima dell’inizio dell’esecuzione del contratto, copia del libretto di circolazione dei mezzi dichiarati.

In sostanza si è discusso se l’utilizzo temporaneo di un mezzo meno capiente, a seguito dell’aggiudicazione definitiva, costituisca una modifica dell’offerta tecnica, suscettibile di determinare l’esclusione dalla gara della società per difetto dei requisiti essenziali previsti a pena di decadenza della *lex specialis*, ovvero configuri un inadempimento contrattuale che priva il secondo qualificato di un interesse legittimo al corretto svolgimento della gara giuridicamente tutelabile .

Con la sentenza oggetto del presente commento, la *lex specialis* è stata interpretata dal Consiglio di Stato nel senso che la mancata presentazione del libretto di circolazione, fosse requisito essenziale dell’offerta in mancanza del quale la società doveva essere esclusa.

Tuttavia, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, *“l’interpretazione degli atti amministrativi, ivi compresi il bando di gara pubblica, soggiace alle stesse regole dettate dall’art. 1362 e ss. c.c. per l’interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata alla interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l’intento della Amministrazione, ed il potere che essa ha inteso esercitare, in base al contenuto complessivo dell’atto (cd. interpretazione sistematica), tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione secondo buona fede ex art. 1366 c.c., gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone alla P.A. di operare in modo chiaro e lineare , tale da fornire ai cittadini regole di condotta certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative ( Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013, n. 238).*

Applicando i principi sovraesposti in materia di interpretazione del bando di gara e partendo da un’interpretazione letterale del provvedimento, si nota come la disposizione faccia riferimento espressamente “all’inizio dell’esecuzione contratto”, presupponendo, logicamente e cronologicamente, che la stipulazione del contratto sia già avvenuta e che la procedura di gara, comprensiva della valutazione degli elementi essenziali dell’offerta, si sia conclusa con l’aggiudicazione definitiva. Il mancato reperimento del mezzo indicato non attiene dunque alla verifica dei requisiti dell’offerta, che richiedeva, peraltro, il solo impegno a procurarsi i mezzi necessari, ma costituisce un vero e proprio inadempimento contrattuale che non

può che incidere sulla fase dell'esecuzione del contratto, a nulla rilevando che nel caso di specie questo non fosse ancora stato ancora stipulato, poiché non può certamente essere il dato formale della mancata conclusione del contratto a influenzare la natura del vizio e, di conseguenza, il rimedio azionabile dalla p.a.

Inoltre il generico e, forse, improprio, riferimento all'istituto della "decadenza" prevista in caso di mancata presentazione dei libretti di circolazione, senza che questa venga espressamente riferita all'aggiudicazione, rende difficile immaginare che il concorrente potesse ragionevolmente attendersi, come sarebbe invece auspicabile, che alla modifica temporanea del mezzo dichiarato in sede di offerta conseguisse l'annullamento dell'aggiudicazione.

Anche da una lettura sistematica del bando si evince, abbastanza chiaramente, che tale disposizione riguarda la fase esecutiva del contratto e non quella della dell'aggiudicazione. In primo luogo perché un tale adempimento è enucleato tra gli "obblighi dell'aggiudicatario", in secondo luogo perché la *lex specialis* evidenzia in modo chiaro ed esplicito tutte le cause di esclusione e questa sarebbe l'unica disposizione che pur disponendo l'annullamento di un'aggiudicazione già disposta, sarebbe stata formulata in modo oscuro e approssimativo. Pertanto, nel caso di specie, in ragione del fatto che non era chiaro se un tale adempimento fosse previsto o meno a pena di esclusione sarebbe stato preferibile interpretare tale disposizione come diretta a regolare l'inadempimento e non già l'efficacia dell'aggiudicazione. Tutelando in questo modo l'affidamento del contraente a discapito invece del secondo qualificato, il quale non avrebbe potuto, a fronte di un inadempimento contrattuale, vantare un interesse legittimo tutelabile. La p.a., a seguito dell'adempimento con mezzi diversi da quelli indicati avrebbe potuto scegliere, discrezionalmente, se liberarsi o meno dal vincolo attraverso gli strumenti offerti dal diritto comune. Tale interpretazione risulta certamente più conforme ai principi che regolano l'interpretazione degli atti amministrativi, ma anche più rispettosa di quelli sui cui si fonda la procedura di evidenza pubblica che tende a favorire la massima partecipazione alla gara, limitando le cause di esclusione a casi tassativamente previsti, proprio al fine di evitare che la p.a. possa escludere un concorrente sulla base di valutazioni arbitrarie.

Al di là di delle considerazioni finora svolte, strettamente legate al caso di specie, dalla lettura che il Consiglio di Stato ha dato della *lex specialis*, emerge un rischio di carattere generale, sulla quale poche volte si è riflettuto, che consiste nella possibilità che la p.a., in sede di redazione del bando, regoli l'inadempimento contrattuale attraverso poteri tipicamente pubblicitici, riservandosi la possibilità di annullare l'aggiudicazione, anche a seguito dell'eventuale stipulazione del contratto

agendo in autotutela, in violazione della regola che fissa la separazione della fase dell'aggiudicazione da quella dell'esecuzione contratto ed eludendo così anche il principio della tassatività delle cause di esclusione.

Come è accaduto nel caso di specie infatti, un inadempimento contrattuale, quale la sostituzione temporanea dei mezzi dichiarati in sede di gara, è stato facilmente ricondotto alla carenza di un elemento essenziale dell'offerta, che costituisce una causa legittima di esclusione del concorrente, ai sensi dell'art. 46 del Codice dei Contratti pubblici. In questo modo la p.a. conserva il proprio potere di supremazia anche nella fase dell'esecuzione del contratto, in cui dovrebbe agire in posizione di parità con il privato servendosi soltanto degli elementi tipici del diritto comune.

Posto che l'amministrazione è libera, nell'esercizio del suo potere discrezionale, di determinare all'interno del bando le regole del gioco, definendo gli aspetti qualificanti, formali e sostanziali, delle obbligazioni che verranno assunte in sede contrattuale, è pur sempre vero che anche nella redazione della *lex specialis* di gara, l'attività amministrativa deve rispettare i principi previsti dall'art. 97 Cost., operando scelte coerenti e ragionevoli, che non siano elusive di alcuna prescrizione legislativa.

Pertanto, la scelta operata dal Comune, di richiedere quale elemento essenziale dell'offerta non già il possesso attuale dei mezzi, ma l'impegno a procurarsi i mezzi dichiarati (tanto che nessuna delle due società ne disponeva in sede di presentazione delle offerte) al fine di consentire una più ampia partecipazione alla gara, non può che avere come ovvia conseguenza che il mancato rispetto di tale impegno si configuri ontologicamente come un vero e proprio inadempimento contrattuale che incide sulla fase esecutiva e non sull'aggiudicazione. Una diversa regolamentazione da parte del bando di gara dovrebbe essere ritenuta nulla, in quanto elusiva del principio di tassatività delle cause di esclusione, in questo caso infatti l'utilizzo di un mezzo meno capiente di quello dichiarato non può costituire un elemento essenziale dell'offerta. Ciò in quanto la valutazione circa la sussistenza dei requisiti essenziali dell'offerta si esaurisce nel riscontro dell'impegno a procurarsi i mezzi richiesti e non può certo comprendere il futuro venir meno agli obblighi assunti. Se la p.a. avesse voluto aggiudicare l'appalto al concorrente che disponeva con certezza dei mezzi richiesti avrebbe dovuto richiedere come requisito, in sede di offerta, il possesso attuale del mezzo. Diversamente, l'utilizzo di un mezzo temporaneamente diverso in sede di esecuzione contrattuale non può dare luogo all'annullamento dell'aggiudicazione per difetto dei requisiti essenziali dell'offerta, ma tutt'al più configurare un inadempimento contrattuale, in

conformità con l'assetto complessivo degli interessi predisposto dalla p.a. con la predisposizione della *lex specialis*.

Bisogna dunque scongiurare il rischio che il bando diventi il veicolo che consente alla p.a. di trasformare un vizio nell'esecuzione in un vizio dell'aggiudicazione, in modo da consentire all'amministrazione di regolare l'inadempimento con rimedi tipicamente pubblicistici anziché privatistici.

A tal fine è necessario che la natura del vizio venga individuato non soltanto sulla base della qualificazione formale operata dal bando di gara (sebbene questo costituisca il punto di partenza per definirne il contenuto), ma avendo riguardo del suo contenuto intrinseco, che si desume dall'assetto complessivo delle scelte operate dalla p.a. in sede di predisposizione della *lex specialis* che deve essere ragionevole e coerente.

Pertanto, vista la crescente importanza del principio che fissa la separazione della fase della contrattazione da quella dell'esecuzione del contratto diretto a tutelare il contraente e il mercato nel suo complesso, risulta rilevante scongiurare il rischio che attraverso il bando la p.a. possa riservarsi poteri che non le spettano, vanificando, nella sostanza, tale distinzione e aggirando così anche il principio della tassatività delle cause di esclusione che mira proprio ad evitare che la p.a. possa escludere a proprio piacimento le società partecipanti. A fronte di quanto detto sembrava forse più rispettoso non solo dei principi che disciplinano l'interpretazione del bando, ma anche di quelli che regolano la partecipazione alle gare d'appalto, che il Consiglio di Stato optasse per una diversa interpretazione della disposizione, confermando l'aggiudicazione in favore della società vincitrice della gara.

Affinché la regola della distinzione tra le due fasi non resti soltanto una mera enunciazione di principio è necessario che in casi del genere venga svolta un'indagine accurata sulla natura del vizio e sulla sua attinenza alla fase dell'aggiudicazione ovvero a quella dell'esecuzione contrattuale. Tale indagine deve essere fatta in primo luogo dalla stazione appaltante in sede di predisposizione del bando di gara, ed eventualmente, dal giudice amministrativo, che può giungere a dichiarare d'ufficio la nullità di una clausola che eluda il principio di tassatività delle cause di esclusione, riconducendo impropriamente un inadempimento contrattuale ad un requisito essenziale dell'offerta.