

Inosservanza del termine per la stipula del contratto di appalto e tutela contro il silenzio

Marco Sica

Nel caso di mancata stipula del contratto di appalto nel termine di legge, l'aggiudicatario può, a sua scelta, sciogliersi dai vincoli ovvero agire davanti al giudice per ottenere la condanna della stazione appaltante a stipulare il contratto, salvo l'eventuale esercizio dei poteri di autotutela. L'azione va proposta davanti al giudice amministrativo cui la controversia è devoluta in sede di giurisdizione esclusiva. L'aggiudicatario, in particolare, può esperire l'azione contro il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a., chiedendo di ordinare alla p.a. di firmare il contratto (1° comma) ed eventualmente accertare la fondatezza della pretesa sostanziale fatta valere (3° comma).

Premessa

Il dibattito sulle ragioni per cui in Italia la realizzazione delle opere pubbliche richiede molto tempo non conosce soste. Gli interventi legislativi per accelerarne la realizzazione sono ormai un appuntamento fisso in di tutte le legislature¹ ma, nonostante ciò, non sembra essere stata ancora individuata una soluzione strutturale del problema, con la conseguenza che i ritardi aumentano invece di diminuire, salvo rare eccezioni².

Le ragioni di questa situazione sono molteplici. Molto spesso i ritardi sono dovuti alla mancanza delle risorse necessarie. In molti altri casi, invece, il paradosso è che non si riesce a realizzare nei termini opere che hanno regolarmente ottenuto il finanziamento. Quando si verifica una situazione del genere, il pregiudizio per l'interesse pubblico è particolarmente grave, perché alla ritardata realizzazione dell'opera si aggiunge il mancato impiego delle risorse destinate alla sua realizzazione con il rischio, nei casi più gravi, di perderle (come accade, sembra molto spesso, per i fondi europei).

Ogni volta che, periodicamente, il dibattito si riaccende, immancabilmente ricompaiono i sostenitori della teoria se-

¹ L'esempio più recente è quello del D.L. n. 32 del 18 aprile 2019 (c.d. Sblocca cantieri) che ha lo scopo dichiarato di far cominciare o, a seconda dei casi, riprendere, i lavori di costruzione di opere già finanziate. Anche questa volta, come già in passato, è prevalsa l'idea di cercare di risolverlo con l'approvazione di un D.L. di modifica della disciplina vigente per sostituirla con una nuova regolamentazione diretta nelle intenzioni a permettere la realizzazione delle opere c.d. "bloccate". La speranza è che, naturalmente, il D.L. n. 32 permetta di conseguire l'obiettivo e anche rapidamente.

² Si pensi, ad esempio, al rispetto dei tempi di ricostruzione dei viadotti sul Torrente Polcevera a Genova (ex c.d. Ponte Morandi).

condo cui la causa della lentezza nella realizzazione delle opere pubbliche andrebbe identificata nel proliferare del contenzioso davanti al giudice amministrativo. Non è questa la sede per approfondire la questione. Senza dover spendere molte parole sul punto, si può agevolmente rilevare che il confronto non sembra poter condurre a individuare soluzioni adeguate ai problemi aperti fino a quando prevarranno incaute generalizzazioni ed evidenti pregiudizi.

Il tema oggetto del presente lavoro costituisce un esempio paradigmatico, riguardando i casi in cui i lavori di realizzazione dell'opera non cominciano perché il contratto di appalto non è stato sottoscritto. In queste fattispecie è dunque evidente che la causa del ritardo non può essere attribuita al contenzioso che, anzi, può costituire un rimedio se, a fronte del silenzio della p.a., il cittadino può agire in giudizio. In situazioni del genere, come in tutti i casi di inerzia della p.a., il rimedio giurisdizionale, laddove il soggetto interessato decida di avvalersene, rappresenta uno lo strumento per avviare alla mancata stipula.

Da questo punto di vista si può ritenere che la giurisprudenza favorevole all'esperibilità del ricorso contro il silenzio nel caso di mancata stipula nei termini del contratto d'appalto costituisca una chiara smentita di affermazioni spesso precipitose e generiche.

Il presente si propone di approfondire la questione e verificare se e in che limiti tale rimedio sia effettivamente esperibile, concentrando l'attenzione sui principali nodi problematici (questione di giurisdizione, poteri del giudice, etc.).

Aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto.

Il problema della mancata stipula del contratto dopo l'aggiudicazione si può porre in conseguenza dell'introduzione nel nostro ordinamento della separazione tra aggiudicazione e contratto sancita dall'art. 11 del D.Lgs. n. 163/2006, che ha superato l'opposta regola codificata nel R.D. n. 2449/1923.

Tale separazione è stata confermata dall'art. 32, 6° comma, del D.Lgs. n. 50/2016, secondo il quale l'"aggiudicazione non equivale ad accettazione"³.

La separazione tra i due atti comporta che, dopo l'aggiudicazione, occorre procedere alla stipula del contratto, di regola, mediante atto notarile informatico⁴. Non basta, tuttavia, limitarsi a dire che il contratto è atto distinto e successivo all'aggiudicazione. La stipula, infatti, non può avvenire contestualmente ad essa o subito dopo. E' infatti indispensabile che l'aggiudicazione sia divenuta efficace. In altre parole il legislatore ha vietato che la firma del contratto possa avvenire immediatamente.

La legge, tuttavia, non si limita a prevedere un divieto temporaneo di stipula del contratto. Si preoccupa anche di

³ Ciò significa che neppure la *lex specialis* può stabilire diversamente, perché una previsione siffatta costituirebbe una violazione del precetto legislativo sotto il profilo letterale e, soprattutto, un tradimento della *ratio* della nuova normativa di derivazione europea.

⁴ Tale forma è prescritta dall'art. 32, D.Lgs. n. 50/2016, il quale, tuttavia, prevede che il contratto possa essere stipulato anche "in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri".

garantire che, al verificarsi della condizioni previste, il contratto venga sottoscritto. L'art. 32, 8° comma, infatti, 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 ha luogo entro i successivi sessanta giorni (...)".

La stipula del contratto, quindi, costituisce un atto imprescindibile che deve intervenire entro un termine predeterminato e certo che, di regola, è quello fissato dal codice di sessanta giorni dalla data in cui l'aggiudicazione è divenuta efficace⁵. Entro detto termine, il contratto deve essere firmato in modo che l'appaltatore possa iniziare i lavori, eseguire la fornitura, etc.⁶.

Il Codice fissa il termine per la stipula e individua il *dies a quo* per la sua decorrenza. Nulla prevede invece in ordine al rimedio che l'aggiudicatario può esperire per imporre alla stazione appaltante di firmare il contratto.

Lo scioglimento dell'aggiudicatario da ogni vincolo.

L'unica previsione espressa contenuta nel Codice circa gli effetti dell'inutile decorso del termine per la stipula del contratto è l'art. 11, 9° comma, che consente all'aggiudicatario di sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto se la mancata stipula è imputabile alla stazione appaltante⁷. Lo scioglimento da ogni vincolo non è un effetto automatico della scadenza del termine. Dipende dal del vincitore della gara che, nelle forme previste, può sottrarsi al rischio di rimanere obbligato a stipulare il contratto senza sapere entro quale termine avverrà mentre, salvi i casi di consegna d'urgenza dei lavori, la realizzazione dell'opera non può avere inizio (13° comma art. cit.). Resta invece obbligato, nonostante il decorso del termine, in quei casi, che pure possono verificarsi, in cui il ritardo sia dipeso dal suo comportamento (ad es. mancata risposta alla convocazione per la firma del contratto ovvero mancata trasmissione di un documento richiesto dalla stazione appaltante ovvero, ancora, richiesta di introdurre modifiche nel contratto in violazione della *lex specialis*).

Il comma 8 dell'articolo in esame conferma, quindi, che, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, sorge in capo alle parti l'obbligo di stipulare il contratto e tale obbligo deve essere adempiuto entro il termine predeterminato. Ne consegue che ognuna delle parti può pretendere l'adempimento. Il vincolo permane anche se il termine decorre inutilmente e la sua scadenza non libera le parti che possono sciogliersi dall'impegno solo nei casi previsti dalla legge e, in difetto, devono procedere, anche tardivamente, alla stipula, ferme restando le responsabilità di chi abbia causato il ritardo.

⁵ Subordinatamente, è chiaro, al verificarsi delle condizioni di legge. Basti pensare, ad es., al divieto di stipula del contratto prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (9° comma, art. 32) e nel caso di impugnazione dell'aggiudicazione con contestuale proposizione di domanda cautelare (11° comma, art. 32).

⁶ Ciò, naturalmente, salvo che sussistano i presupposti per la consegna dei lavori, servizi o forniture in via d'urgenza a norma dell'art. 32, comma 8.

⁷ Chi decide di avvalersi di tale facoltà ha diritto di ottenere il rimborso delle spese contrattuali documentate e, nel caso di consegna anticipata, anche delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori o la prestazione di servizi o forniture, ma, naturalmente, ciò se e solo se la mancata stipula sia addebitabile alla stazione appaltante (art. 32, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016).

Obbligo di stipula del contratto e salvezza dei poteri di autotutela della p.a.

A norma dell'art. 32, 8° comma, cit. la stipula del contratto "ha luogo entro i successivi sessanta giorni" dalla data di efficacia dell'aggiudicazione. Aggiunge, però, che è "fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti". Ciò significa che se l'obbligo della p.a. di stipulare il contratto non cessa per effetto del decorso del termine previsto, può invece venire meno nel caso di esercizio dei poteri di autotutela. Tale previsione impone di soffermarsi, si pure brevemente, su cosa debba intendersi per esercizio dei poteri di autotutela perché in questi casi, e solo in questi, la p.a. può rifiutarsi di stipulare il contratto senza incorrere in un inadempimento.

La formulazione del comma 8° è molto ampia perché fa riferimento all'esercizio dei poteri di autotutela senza esclusioni e limitazioni di alcun genere. Si deve quindi ritenere che possano rilevare il potere di annullamento e quello di revoca, nonché il potere di sospensione e gli altri eventualmente previsti dalla legge.

La notevole estensione della formula legislativa è confermata dal richiamo a tutte le norme vigenti senza alcuna distinzione tra norme di carattere generale contenute nella legge n. 241/90 e quelle speciali.

Mentre sembra difficile immaginare, per quanto finora detto, che possano sorgere dubbi circa la salvezza stabilita dalla legge, qualche incertezza potrebbe invece prospettarsi con riferimento a due questioni di estremo rilievo ai fini del presente lavoro. Si tratta della precisa definizione di quando i poteri di autotutela possono considerarsi esercitati e quali effetti che ne derivano.

Quanto al primo punto, si deve anzitutto osservare che la soluzione è densa di conseguenze sul piano processuale in ragione dell'effetto che l'esercizio di tali poteri comporta in ordine alla permanenza dell'obbligo di stipulare il contratto. Una prima possibile interpretazione, quella giustamente più rigorosa, conduce a ritenere che si ha esercizio del potere solo quando la stazione appaltante abbia emanato un provvedimento di autotutela. Una seconda possibilità, non escludendo a priori soluzioni intermedie, è quella opposta di considerare la comunicazione personale di avvio del procedimento di autotutela che per legge deve essere inviata all'aggiudicatario.

La formulazione letterale della disposizione in esame non sembra fornire argomenti decisivi in un senso e nell'altro. Le ragioni che militano a sostegno dell'una e dell'altra tesi sono intuibili e non sembra quindi utile esaminarle una per una.

Appare decisivo per dirimere la questione il fatto che la legge non circoscrive la salvezza dei poteri di autotutela ad alcune tipologie di provvedimenti di autotutela e che, quindi, come detto, la stazione appaltante può anche disporre la sospensione dell'esecuzione di uno o più atti della procedura di affidamento ai sensi dell'art. 21-*quater* L. n. 241/90. Nei casi in cui il termine per la stipula sia di imminente scadenza, quindi, la stazione appaltante può assumere un provvedimento di sospensiva. In tal modo viene meno l'unica ragione plausibile che potrebbe indurre l'interprete a ritenere che la semplice comunicazione di avvio del procedimento costituisca esercizio del potere di autotutela.

Una conferma della soluzione proposta si può trarre dalle conclusioni in relazione alla seconda questione, e cioè quella degli effetti che l'esercizio dei poteri di autotutela comporta in ordine all'obbligo di stipulare il contratto. In linea generale, e salve le precisazioni che seguono, si deve ritenere che l'esercizio dei poteri di autotutela può incidere sull'aggiudicazione e/o sulla sua efficacia. Può incidere in via temporanea (ad es. nel caso di un provvedimento so-

spensivo o di provvedimento di revoca o annullamento non ancora divenuto inoppugnabile) o definitiva (ad es. nel caso che la revoca o annullamento diventi inoppugnabile). Qualora l'effetto temporaneo cessi (ad es. per decorso del termine del provvedimento di sospensione), il termine riprende regolarmente a decorrere.

Il ricorso ex art. 31 c.p.a. contro il silenzio

Una volta messa a fuoco la disciplina sostanziale, si può adesso passare a verificare se e quale rimedio possa esperire l'aggiudicatario nel caso di mancata stipula del contratto nel termine di legge.

Si è già detto che il Codice dei contratti non contiene alcuna previsione espressa al riguardo. Tale circostanza, unitamente al fatto che l'art. 32 prevede la facoltà dell'aggiudicatario di sciogliersi dai vincoli relativi alla stipula del contratto, potrebbe far ipotizzare, ad un primo sommario esame, che nessun rimedio sia esperibile nel nostro ordinamento. Se ciò fosse vero, l'aggiudicatario potrebbe scegliere unicamente tra lo scioglimento dagli impegni a suo carico nei confronti della stazione appaltante e l'attesa della stipula del contratto, senza nulla poter fare per imporle di adempiere ad un obbligo di legge.

Al di là del fatto che sembra fuori luogo confondere tra facoltà dell'aggiudicatario e rimedi giurisdizionali si deve escludere che la mancanza nel Codice degli appalti di qualsiasi riferimento all'esistenza di un rimedio giurisdizionale possa rivestire qualche significato di fini della soluzione della questione in termini affermativi o negativi. Trattandosi di verificare l'esistenza di un rimedio e, più precisamente, della esperibilità di un'azione giurisdizionale da parte dell'aggiudicatario è evidente che l'interprete deve fare riferimento anzitutto al c.p.a. Non si ignora, naturalmente, che ancora oggi nel codice degli appalti o in altre leggi sono presenti disposizioni di carattere processuale (non si tratta certo di un unicum se si pensa al fatto che nel c.c. sono collocate molte disposizioni in tema di prove), ma ciò non vuol dire che l'indirizzo preferibile non sia quello di concentrare nel codice di rito tali disposizioni. Ciò comporta diverse conseguenze, una delle quali è quella che interessa in questa sede, e cioè che non riveste alcun rilievo o comunque non può avere carattere decisivo il fatto che in una legge contenente la disciplina sostanziale di un istituto non siano regolamentati i rimedi di carattere giurisdizionale dei quali può avvalersi l'interessato. L'irrelevanza di questo vuoto, del resto, risulta ancora più evidente quando i rimedi esperibili in determinate situazioni non richiedano una disciplina specifica o il ricorso ad istituti *ad hoc*, bastando fare riferimento al c.p.a. e alle azioni ivi disciplinate, fermo restando il principio dell'atipicità delle azioni su cui si fonda il codice. Questa peraltro è proprio la situazione che ci occupa, dato che in questa sede ci si propone di verificare se può considerarsi corretto e in che limiti l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario secondo cui l'aggiudicatario, in caso di mancata stipula del contratto nel termine previsto, può proporre il ricorso contro il silenzio a norma dell'art. 31, 1° comma, c.p.a.

Come si vedrà nelle pagine che seguono, tale orientamento appare in linea di massima condivisibile, con alcune necessarie precisazioni su aspetti che fino ad oggi la giurisprudenza sembra non avere adeguatamente valutato, avendo preferito, a quanto pare, un approccio di tipo casistico.

La questione di giurisdizione: la posizione soggettiva fatta valere e la giurisdizione ex art. 133 c.p.a.

La prima questione su cui fermare l'attenzione è quella della giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere le

vertenze relative alla mancata stipula del contratto d'appalto che presenta alcune peculiarità quando si tratta del ricorso contro il silenzio. L'esigenza di chiarire la questione sussiste perché talvolta si ritiene che la posizione soggettiva fatta valere dall'aggiudicatario dopo che l'aggiudicazione è divenuta efficace abbia la consistenza di un vero e proprio diritto soggettivo.

Con riferimento al tema del riparto di giurisdizione si deve anzitutto ricordare che l'art. 133, 1° comma, c.p.a. attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alle procedure di affidamento degli appalti (lett. e n. 1). Va poi aggiunto che, pur non mancando voci discordi, secondo la giurisprudenza dominante, l'ambito della giurisdizione esclusiva in materia di appalti è definito dalla stipula del contratto e tutte le vertenze relative ad atti e fatti antecedenti a tale momento sono devolute al giudice amministrativo⁸.

In questa situazione sembra difficile dubitare della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo anche per quanto concerne il ricorso contro il silenzio.

A questa conclusione sembra ragionevole giungere anche se si ritenesse possibile riconoscere all'aggiudicatario la titolarità di una posizione di diritto soggettivo. L'interprete, infatti, deve tenere ben distinte due questioni molto diverse: la prima è quella di stabilire se la legge ha previsto un'ipotesi di giurisdizione esclusiva e una determinata vertenza rientra nella relativa materia e la seconda se la scelta del legislatore possa considerarsi rispettosa del disposto dell'art. 103, 1° comma, Cost.

Esulando dal presente lavoro l'esame della seconda delle due questioni, ci si deve soffermare solo sulla prima, in merito alla quale, come si è detto, si deve ritenere che il legislatore abbia inteso devolvere al giudice amministrativo le vertenze del tipo in esame. Depone in tal senso non solo l'art. 133 cit., ma anche la chiara formulazione dell'art. 31, 1° e 3° comma cit., in quanto ricorrono i presupposti richiesti dalla legge della mancata conclusione del procedimento di affidamento mediante emanazione dell'atto terminale consistente nella sottoscrizione del contratto, alla stessa stregua di ciò che accade con la firma di un accordo sostitutivo di cui all'art. 11, L. n. 241/1990, e del decorso del termine di legge.

Né si può obiettare in contrario, come spesso accade, che l'art. 31 non costituisce una norma attributiva della giurisdizione, dato che l'art. cit. è espressamente richiamato dall'art. 133, 1° comma, lett. a n. 3, nel quale non è presente solo un richiamo generico, bensì un puntuale rinvio a tutti i primi tre commi di tale disposizione. La modifica apportata all'art. 133 dall'articolo 1, comma 1, lettera ll), numero 1), del D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195, non può essere ignorata. Ne deriva che, per risolvere il problema del riparto tra le giurisdizioni, occorre riferirsi al combinato disposto dei due articoli⁹.

⁸ La stipula del contratto è ripetutamente definita lo spartiacque tra le due giurisdizioni. Coerente con tale indirizzo è la giurisprudenza che attribuisce al giudice ordinario le controversie relative a contratti non ancora stipulati i cui lavori siano stati però consegnati per ragioni di urgenza oppure a fattispecie in relazione alle quali, pur mancando un contratto stipulato, possa ritenersi comunque sorto il vincolo contrattuale in considerazione dei particolari rapporti tra le parti da verificare, sulla base delle comunicazioni intercorse, caso per caso.

⁹ Non si intende quindi prendere posizione in questa sede sulla complessa questione relativa all'impossibilità di adire il giudice amministrativo a norma dell'art. 31 cit. nel caso di silenzio della p.a. quando il ricorrente sia titolare di una posizione di diritto

Infine, si può aggiungere sul punto che neppure dall'art. 7 del c.p.a. è possibile trarre elementi validi per negare la giurisdizione esclusiva del giudice nelle controversie di cui si tratta. Non dal primo comma dato che, a tutto voler concedere, la questione della stipula di un contratto nel termine di legge appare innegabilmente riconducibile, almeno mediamente, all'esercizio di un potere amministrativo, costituendo il contratto l'atto terminale della complessa procedura amministrativa di affidamento e decorrendo il termine per la firma solo dal momento in cui l'aggiudicazione diventa efficace. Anche dal 5° comma, infine, non emergono elementi in senso contrario, essendo chiarissimo che nelle materie di cui all'art. 133 sussiste una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e altrettanto chiaro che le vertenze in esame ricadono in tale tipo di giurisdizione sotto almeno uno dei profili sopra esaminati¹⁰.

I poteri del giudice e l'obbligo di stipulare il contratto.

Superate le possibili obiezioni all'ammissibilità del gravame avverso la mancata conclusione del procedimento di affidamento con la firma del contratto per ragioni inerenti alla giurisdizione, si deve adesso prendere in esame un'altra possibile obiezione che è stata ventilata in giurisprudenza. Talvolta, in effetti, è stata prospettata l'improponibilità del ricorso ex art. 31 cit. per il semplice fatto che l'aggiudicatario ha diritto di stipulare il contratto e quindi non potrebbe limitarsi a chiedere al giudice di condannare la stazione appaltante a stipulare il contratto.

Non sembra che un problema del genere si ponga realmente e, soprattutto, il discorso non sembra impostato in modo corretto.

Le considerazioni svolte sulla base della chiara disciplina legislativa portano a ritenere che la stazione appaltante e l'aggiudicatario sono tenuti a stipulare il contratto se l'aggiudicazione esiste ed è diventata efficace. Il fatto che si tratti un vero e proprio obbligo non viene di certo meno per la ragione che, in presenza delle circostanze previste dalla legge, la stipula possa essere preclusa in via temporanea o definitiva.

D'altra parte, per proporre il ricorso contro il silenzio, la legge richiede soltanto la pendenza di un procedimento e l'esistenza di un obbligo di provvedere inadempito nono-

sogettivo consistente, ad es., in una pretesa di carattere economico la cui tutela sia attribuita al giudice ordinario. Si vuole soltanto evidenziare che nelle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione esclusiva il ricorso ex art. 31 cit. è proponibile per tutte le vertenze che, come quella della mancata stipula del contratto nel termine di legge, sono riconducibili alla materia individuata dal legislatore a prescindere dalla natura della posizione soggettiva di cui il ricorrente è titolare. In questi casi, infatti, non ci sono ragioni per negare l'ammissibilità del ricorso dato che non si correrebbe, come nei casi in cui per la tutela del diritto la giurisdizione fosse attribuita al giudice ordinario, il rischio di rimettere alla p.a. il potere di scegliere il giudice che deve decidere la causa e neppure quello di stravolgere il riparto delle giurisdizioni o di una duplicità di interventi giurisdizionali.

¹⁰ Non si deve dimenticare, infine, che, in ragione dell'art. 121 c.p.a., la giurisdizione del giudice amministrativo si estende fino alla dichiarazione di inefficacia del contratto e quindi, sia pure limitatamente a questo profilo, ad una questione che necessariamente può porsi solo dopo che il contratto è stato firmato. In questa situazione sarebbe contraddittorio ritenere che una vertenza relativa ad una questione che sorge nello *spatium* tra aggiudicazione e contratto esuli dalla giurisdizione esclusiva senza potere indicare in quale disposizione di legge trova fondamento questa limitazione.

stante il decorso del termine di legge (1° comma). Non è richiesto che il procedimento debba concludersi con un provvedimento amministrativo, ben potendo l'atto terminale essere costituito da un accordo sostitutivo del provvedimento (art. 11, L. n. 241/1990) o, come nel caso in esame, da un contratto al termine del procedimento di affidamento (art. 32 del Codice). Neppure è rilevante, stando alla legge, il fatto che il procedimento amministrativo riguardi fattispecie in cui la p.a. è munita di un potere discrezionale o meno dato che l'interprete non può evidentemente circoscrivere l'ambito di applicazione di una disposizione attributiva di un'azione giurisdizionale valorizzando elementi non espressamente previsti dalla norma.

Quanto finora osservato appare risolutivo, ma non esonera dall'approfondimento di due ulteriori profili che confermano, si ritiene in modo inconfutabile, le conclusioni cui si è pervenuti.

Il primo profilo riguarda la portata del 3° comma dell'art. 31. Da tale disposizione, infatti, si può trarre un argomento di carattere letterale rilevante non soltanto ai fini della soluzione della questione dell'ammissibilità del rimedio di cui al primo comma, ma anche per fugare il medesimo dubbio avanzato in ordine alla possibilità di chiedere l'accertamento della pretesa sostanziale fatta valere ivi espressamente contemplata¹¹.

Nei casi di mancata stipula del contratto, il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, qualora ciò venga richiesto dall'interessato. Depone in tal senso la chiara formulazione letterale della legge. Non si può quindi ritenere preclusa in astratto la possibilità di proporre tale azione che il giudice dovrà valutare per verificarne la fondatezza nelle singole fattispecie tenendo conto dell'eventuale esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante. Si può quindi affermare che, a maggior ragione, è ammesso il ricorso a norma del primo comma. L'accertamento dell'obbligo di provvedere, infatti, costituisce il presupposto necessario della statuizione di cui al 3° comma, posto che, in difetto, il ricorso non potrebbe essere accolto e neppure potrebbe essere accertata la sussistenza della pretesa. Né, d'altra parte, potrebbe ritenersi che il giudice non possa accertare a norma del 1° comma ciò che invece, pacificamente, può, ed anzi deve, accertare ai sensi del 3° comma.

Infine si deve osservare che non si può prospettare –salvo che ciò sia espressamente stabilito– l'inammissibilità di un'azione per il solo fatto che la legge consente all'interessato di proporre anche una o più altre azioni che, in termini astratti, possono essere considerate maggiormente soddisfattive. Nel caso di specie se si ammette che l'aggiudicatario possa proporre un'azione ex art. 2932 c.c. questo non vuol dire che lo stesso non possa ritenere preferibile agire in giudizio ex art. 31 cit. Se l'ordinamento consente all'interessato più azioni in relazione ad una determinata fattispecie, la scelta su quale azione proporre, ove sussistano le condizioni per proporre entrambe, è demandata al cittadino salvo che la legge configuri il rapporto tra le azioni in termini di alternatività, espressamente precludendo un'azione quando è esperibile l'altra¹². A questa conclusio-

¹¹ La legge prevede, infatti, che, "quando si tratta di attività vincolata e quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità", è possibile chiedere al giudice l'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale.

¹² Emblematico, a questo proposito, è il rapporto tra l'azione ex art. 31, 1° comma, e 31 3° comma c.p.a. Se fosse esatta la tesi qui disattesa, si dovrebbe ritenere che nei casi in cui è possibile richiedere l'accertamento della pretesa sostanziale fatta valere l'interessato non potrebbe "limitarsi" a chiedere la condanna a

ne sembra si debba pervenire anche in ragione del fatto che valutazione sul carattere maggiormente satisfattivo di un'azione rispetto ad un'altra può essere fatta solo all'interessato, che la effettua non alla luce di considerazioni di carattere meramente astratto, ma sulla base delle esigenze che intende soddisfare in giudizio e delle modalità a tal fine ritenute preferibili.

Conclusioni

Nelle pagine che precedono si è dimostrato che l'aggiudicatario nel caso di mancata stipula del contratto nel termine di legge può, a sua scelta, decidere di sciogliersi dai vincoli ovvero rivolgersi al giudice per ottenere la condanna della stazione appaltante a firmare il contratto, fermo l'esercizio dei poteri di autotutela.

Il giudice davanti al quale l'azione va proposta è quello amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva. L'aggiudicatario, in particolare, può proporre l'azione contro il silenzio di cui all'art. 31 c.p.a. chiedendo al giudice di provvedere a norma del 1° comma ovvero, ove lo preferisca, anche ai sensi del 3° comma. A tal fine non è necessario che presenti un'istanza *ad hoc*, bastando il decorso del termine di legge dalla data in cui l'aggiudicazione è diventata efficace¹³.

Solo per completezza, esulando la questione dai limiti del presente lavoro, si ricorda che l'aggiudicatario, ove il contratto non possa essere concluso, può anche proporre una domanda di condanna per responsabilità extracontrattuale il cui accoglimento non deriva dal semplice fatto della mancata stipula del contratto ma è subordinato alla sussistenza di rigorosi presupposti verificati dal giudice sulla base degli indirizzi della sentenza dell'Adunanza, Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 2018.

provvedere. Né, in contrario, potrebbe affermarsi che il terzo comma rende facoltativa la domanda di accertamento della pretesa ("può") dato che l'elemento letterale non sarebbe comunque determinante se, come sembra di intendere, chi aderisce a questo indirizzo sembra voler assicurare, da una parte, la più ampia tutela all'interessato e, dall'altra parte, evitare il rischio di una moltiplicazione dei giudizi. Come si è già rilevato nel testo, la limitazione della scelta dell'interessato tra più azioni esperibili deve discendere direttamente e chiaramente dalla legge e non può essere introdotta in via interpretativa. A ciò si aggiunga che nella specie non si può non tenere conto anche del carattere semplificato e accelerato del giudizio contro il silenzio che costituiscono altrettanti validi motivi per ritenere che l'aggiudicatario possa scegliere liberamente la via da seguire per ottenere la miglior tutela. In un ordinamento che valorizza ai massimi livelli la durata del processo (cfr. art. 111 Cost. in tema di ragionevole durata), è indubbio infatti che la miglior tutela, in alcuni casi, può essere rappresentata dalla maggior velocità del giudizio.

¹³ Eventuali solleciti, diffide, etc. non possono essere considerate alla stregua di un'istanza vera e propria, con i relativi effetti, e rivestono unicamente il valore di mere sollecitazioni. Ne consegue che in tali casi il termine per provvedere non comincia a decorrere di nuovo e il ricorso, come previsto dal 2° comma dell'art. 31, deve essere proposto nel termine di un anno dalla data di scadenza dei sessanta giorni o del diverso termine stabilito a norma dell'art. 32 del codice degli appalti.