

Gruppo 24 ORE
ANCE Cremona
Ordine Ingegneri Provincia di Cremona
Gruppo interprofessionale Provincia di Cremona

La stipulazione del contratto

Prof. Avv. Giuseppe Rusconi

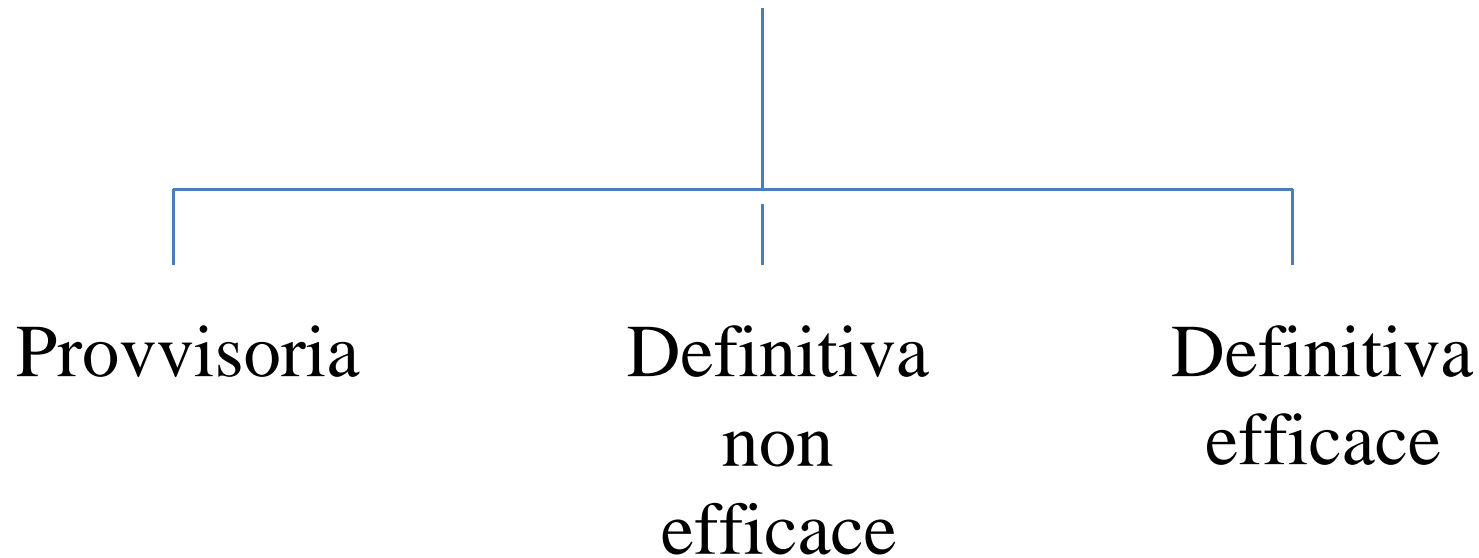
Modalità e termini

Principali riferimenti normativi:

- D. lgs. 163/06
- D. lgs. 53/2010
- D. lgs. 104/2010

Un passo indietro ...

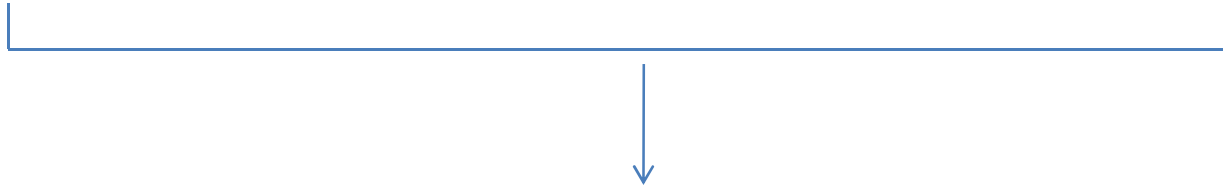
Aggiudicazione (art. 11 D. lgs. 163/06)



Termini sospensivi per la stipula del contratto

Aggiudicazione

Stipula contratto



TERMINI SOSPENSIVI

Finalizzati alla tutela delle posizioni
giuridiche dei concorrenti

Il termine sospensivo generale che
deve intercorrere tra l'aggiudicazione
definitiva e la stipula del contratto è
di 35 giorni

A questo termine occorre aggiungere anche un ulteriore periodo in caso di proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare

Termine aggiuntivo in caso di ricorso



20 g. se entro
tale termine
intervenga il
provvedimento
cautelare

Fino alla
pronuncia dei
provvedimenti
cautelari

Eccezioni

Tali ultimi termini non si applicano :

1. Se è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni
2. In caso di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione

Sanzioni

L'inosservanza della tempistica descritta porta a conseguenze molto incisive in capo all'Amministrazione appaltante, sia in termini giuridici sia in termini economici

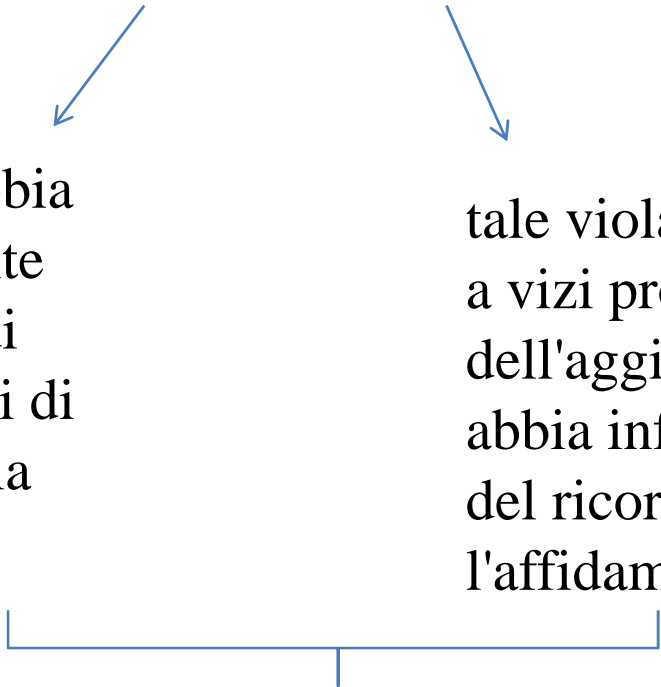
Le sanzioni previste dalla legge possono essere:

1. l'inefficacia del contratto

2. sanzioni alternative

Ipotesi di inefficacia del contratto

1. Se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine di 35 gg., e sempre che



tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto

tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento

Art. 121 comma 1 lett. c) D. lgs. 104/10

2. Se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine di eventuali 20 gg., e sempre che:

“tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.” (cfr. Art. 121 comma 1 lett. d) del D. lgs. 104/2010)

Altri casi (residuali) in cui il contratto può essere dichiarato inefficace:

1. se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, quando tale pubblicazione è prescritta. (Cfr. Art. 121 comma 1 lett. a) del D. lgs. 104/2010)

2. se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando, quando tale pubblicazione è prescritta. (Cfr. Art. 121 comma 1 lett. b) del D. lgs. 104/2010)

Ai sensi dell'art. 121 comma 5 del D. lgs. 104/2010, queste due ipotesi di possibile inefficacia del contratto si applicano salvo che la S.A.:

- abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere attuabile la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso

- abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto

- se il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui al punto precedente.

3. inoltre, fuori dei casi indicati dall'articolo 121, comma 1, e dall'articolo 123, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce **se dichiarare inefficace il contratto**, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare

nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta. (Cfr. Art. 122 D. lgs. 104/2010)

In definitiva, sulla questione della sanzione dell'inefficacia del contratto, il nuovo codice del processo amministrativo detta un'importante clausola generale di chiusura all'art. 121 comma 2 D. lgs. 104/2010, secondo cui

“Il contratto **resta efficace**, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale.

Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara.

Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.”

Ipotesi di sanzioni alternative

Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata
(Cfr. art. 123 del D. lgs. 104/2010)

2. riduzione della durata del contratto,
ove possibile, da un minimo del dieci per
cento ad un massimo del cinquanta per
cento della durata residua alla data di
pubblicazione del dispositivo.

1. sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5 per cento al 5 per cento del valore del contratto

I documenti contrattuali

Le novità del
D.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207
Art. 137 e ss.

Art. 137. Documenti facenti parte integrante del contratto

“1. Sono parte integrante del contratto, e devono in esso essere richiamati:

- a) il capitolato generale, se menzionato nel bando o nell'invito;
- b) il capitolato speciale;
- c) gli elaborati grafici progettuali e le relazioni;
- d) l'elenco dei prezzi unitari;
- e) i piani di sicurezza previsti dall'articolo 131 del codice;
- f) il cronoprogramma;
- g) le polizze di garanzia.

2. Sono esclusi dal contratto tutti gli elaborati progettuali diversi da quelli elencati al comma 1.
3. I documenti elencati al comma 1 possono anche non essere materialmente allegati, fatto salvo il capitolato speciale e l'elenco prezzi unitari, purché conservati dalla stazione appaltante e controfirmati dai contraenti.

4. In relazione alla tipologia di opera e al livello di progettazione posto a base di gara, possono essere allegati al contratto ulteriori documenti, dichiarati nel bando o nella lettera di invito, diversi dagli elaborati progettuali.”

Rispetto alla disposizione di cui all'art.
110 del Dpr 554/99, il nuovo
Regolamento prevede un ulteriore
allegato: le polizze fideiussorie.

Tuttavia, ad eccezione del capitolato speciale e dell'elenco prezzi unitari, gli altri documenti possono anche non essere materialmente allegati al contratto purché conservati dalla stazione appaltante e controfirmati dai contraenti.

È prevista la possibilità di allegare anche ulteriori documenti da quelli indicati dalla disposizione.

All'art. 145, in tema di penali e premio di accelerazione, il nuovo Regolamento prevede che solo il contratto può prevedere le penali.

Ciò a differenza della previsione di cui all'art. 117 del Dpr 554/99 che, invece, richiama anche il capitolato speciale di appalto.

La disposizione dell'art. 145 Dpr 207/2010 richiama anche la possibilità di richiedere la disapplicazione delle penali laddove si riconosca che il ritardo non possa essere imputabile all'esecutore, oppure quando si riconosca che le penali siano manifestamente sproporzionate, rispetto all'interesse della stazione appaltante.

Art. 146. Inadempimento dell'esecutore

1. Qualora l'esecutore sia inadempiente alle obbligazioni di contratto, la stazione appaltante, esperita infruttuosamente la procedura prevista dall'articolo 136, commi 4 e 5, del codice, può procedere d'ufficio in danno dell'esecutore inadempiente ai sensi dell'articolo 125, comma 6, lettera f), del codice e nel limite di importo non superiore a 200.000 euro previsto all'articolo 125, comma 5, del codice.

In sintesi,

In caso di ritardo/inadempimento dell'appaltatore, verificata la persistenza di tale comportamento, la S.A. può procedere d'ufficio, in danno dell'esecutore, al completamento delle opere fino all'importo di €200.000

Grazie per l'attenzione

Prof. Avv. Giuseppe Rusconi
giuseppe.rusconi@rusconipartners.eu

www.rusconipartners.eu