

La nuova direttiva comunitaria sui ricorsi in materia di appalti pubblici

6 Febbraio 2008

La nuova Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 2007/66/CE ha introdotto importanti innovazioni, tese a migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso proposte in caso di violazione delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Le modifiche, in particolare, riguardano sia la direttiva n. 89/665/CEE, concernente i ricorsi relativi agli appalti nei settori ordinari, sia la direttiva n. 92/13/CEE, concernente i ricorsi relativi agli appalti nei c.d. settori speciali (acqua, energia, servizi di trasporto e postali).

Le nuove disposizioni comunitarie dovranno essere recepite dalle legislazioni nazionali entro il 20 dicembre 2009.

Per quanto attiene ai contenuti della direttiva in esame, le principali novità introdotte sono così riassumibili:

· La sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto di appalto in presenza di ricorsi (nuovo art. 2, par 3, delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE).

Viene stabilito il principio di sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto di appalto, nel caso in cui il provvedimento di aggiudicazione sia stato previamente impugnato presso l'autorità giurisdizionale in primo grado (che, in Italia, è rappresentata dal giudice amministrativo) o comunque presso un organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice.

è poi lasciato alla facoltà degli Stati membri stabilire, in sede di recepimento, se tale sospensione debba cessare quando sia stata adottata una decisione in ordine alla domanda di provvedimenti cautelari, ovvero se perduri sino alla decisione nel merito (ed in ogni caso, non prima dello scadere di termine minimo di pausa, a decorrere dalla notifica del provvedimento di aggiudicazione della gara ai controinteressati).

Al riguardo, si osserva che non sembra irragionevole l'introduzione di un principio di sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto fino alla pronuncia sulla domanda cautelare anche perchè, di fatto, molte amministrazioni già orientano la propria prassi in tal senso.

Tale meccanismo, infatti, offre al ricorrente una reale tutela, in quanto ha il pregio di preservare l'interesse sostanziale del ricorrente all'affidamento dell'appalto per tutto il tempo - in realtà breve - occorrente per ottenere una pronuncia cautelare.

Viceversa, maggiori perplessità si potrebbero rinvenire laddove la norma venisse recepita prevedendo che l'effetto sospensivo perduri sino all'adozione di una pronuncia di merito sul ricorso, dal momento che, com'è noto, in Italia, detta pronuncia viene adottata con tempi piuttosto lunghi; peraltro, l'automatismo della sospensione potrebbe determinare iniziative giurisdizionali con fini esclusivamente dilatori.

· Il termine sospensivo minimo (c.d. standstill period) (nuovo articolo 2 bis delle dir.ve n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE)

Viene previsto che la stipula del contratto di appalto non possa avvenire prima dello scadere di un termine di almeno 10 giorni a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione relativa all'aggiudicazione della gara, debitamente motivata, sia stata inviata agli offerenti/candidati interessati. Ciò se la comunicazione è avvenuta per fax o per via elettronica; qualora, invece, la comunicazione sia avvenuta con altri mezzi di comunicazione, il termine sospensivo è pari ad almeno 15 giorni a far data dal giorno successivo dall'invio della stessa ai soggetti interessati, ovvero ad almeno 10 giorni dal giorno successivo alla data della sua ricezione da parte dei medesimi.

Il legislatore comunitario ha introdotto il cennato termine sospensivo al fine di dare agli interessati un congruo periodo di tempo per esaminare la decisione di aggiudicazione onde valutare se sia

opportuno o meno proporre un ricorso, senza correre il rischio che, nel frattempo, le amministrazioni procedano a “cristallizzare” i risultati di gara, stipulando il contratto di appalto.

In merito, giova ricordare che la legislazione italiana già prevede il c.d. standstill period. In particolare, l'art. 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163/2006, dispone che il contratto di appalto non possa essere stipulato prima di 30 giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni di particolare urgenza (eccezione, questa, non applicabile ai contratti relativi alle infrastrutture strategiche).

· Deroghe al termine sospensivo (nuovo art. 2 ter delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE)

In via facoltativa, gli Stati membri possono prevedere che il termine sospensivo non trovi applicazione in talune fattispecie, espressamente indicate (quali, ad esempio, i casi in cui le direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, ai fini dell'affidamento, non prevedano la previa pubblicazione del bando nella GUUE; ovvero in talune ipotesi di appalti in esecuzione di un accordo quadro o di un sistema dinamico di acquisizione; o anche nell'ipotesi di appalto affidato tramite procedura in cui sia stata presentata un'unica offerta, poi risultata aggiudicataria).

· Privazione di effetti del contratto (nuovo art. 2 quinquies delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE).

Viene stabilito che, qualora la stazione appaltante stipuli il contratto in violazione del c.d. standstill period, oppure in violazione della c.d. sospensione automatica in caso di preventivo ricorso, il contratto sia da ritenersi, in linea di principio, privo di effetti, purchè a tali violazioni si accompagni anche l'inosservanza delle norme contenute nelle direttive comunitarie sugli appalti (Dir.ve n. 2004/18/CE e n. 2004/17/CE).

Analoga conseguenza è sancita nel caso di appalti per i quali non opera la deroga al c.d. standstill period, prevista per gli appalti in esecuzione di un accordo-quadro o di un sistema dinamico di acquisizione.

La privazione di effetti è prevista anche quando l'amministrazione abbia aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella GUUE, in assenza dei presupposti previsti per tale ipotesi dalle direttive nn. 2004/18/CE e 2004/17/CE.

Tale sanzione, tuttavia, non ha luogo qualora la stazione appaltante, ritenendo che l'aggiudicazione diretta dell'appalto fosse consentita dalle direttive, abbia pubblicato un avviso volontario sulla GUUE, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e quest'ultimo sia stato concluso dopo almeno 10 giorni dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso stesso.

La privazione di effetti del contratto, peraltro, non è automatica, potendo essere disposta unicamente da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice (ad esempio, il giudice amministrativo).

La disciplina delle conseguenze di un contratto privo di effetto viene rinviata alla legislazione nazionale.

In particolare, è stabilito che gli Stati membri, in fase di recepimento, possano scegliere se prevedere la soppressione con effetto retroattivo, di tutti gli obblighi contrattuali (ex tunc) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono ancora da adempiere (ex nunc).

Viene altresì lasciato all'opzione del legislatore nazionale se consentire all'organo chiamato a decidere sul ricorso la possibilità di non disporre la privazione di effetti del contratto di appalto - o di riconoscerne, in parte o in toto, gli effetti nel tempo - quando ciò, per circostanze eccezionali, sia ritenuto necessario per il rispetto di alcune esigenze imperative, connesse ad un interesse generale (di carattere non unicamente economico).

· Le sanzioni alternative alla privazione di effetti (nuovo art. 2 sexies delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE).

La direttiva in commento dà facoltà agli Stati membri di introdurre, per talune circostanze (tra le quali, ad esempio, le violazioni del c.d. standstill period a cui non si aggiunga anche l'inosservanza delle norme comunitarie in materia di appalti) l'irrogazione di misure alternative alla privazione di effetti del contratto di appalto, consistenti in sanzioni pecuniarie da corrispondere ad un organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, oppure nella riduzione della durata del contratto.

· Il termine di prescrizione o decadenza dei ricorsi proposti per far dichiarare la privazione di effetti del

contratto di appalto (nuovo art. 2 septies delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE).

Al fine di garantire il principio di certezza del diritto, la direttiva prescrive l'introduzione di un termine minimo di decadenza o prescrizione dei ricorsi proposti per far dichiarare il contratto privo di effetti, prevedendo che, in ogni caso, tali ricorsi possano essere proposti al massimo entro sei mesi dal giorno successivo alla data di stipula del contratto.

· I ricorsi amministrativi preventivi (nuovo art. 1, par. 5, delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE).

È lasciato alla facoltà degli Stati membri prevedere che, prima del ricorso in via giurisdizionale, venga presentato un ricorso amministrativo presso la stazione appaltante; in tal caso, il ricorso amministrativo ha un effetto sospensivo automatico sulla conclusione del contratto di appalto.

· Misure accessorie

La direttiva in esame dispone la tacita abrogazione di alcuni rimedi previsti dalla previgente direttiva "ricorsi" per gli appalti nei settori speciali, rimasti pressochè sempre inutilizzati, quali l'attestazione degli enti aggiudicatori (consistente nella possibilità per le autorità pubbliche di far attestare la conformità delle loro procedure di aggiudicazione degli appalti) ed il meccanismo di conciliazione (ovvero la procedura comunitaria di composizione amichevole delle controversie).