

I TERMINI DILATORI DELLA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO NELLA NUOVA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI

Con il Decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53, in base alla delega contenuta nella L. 7 luglio 2009 n. 88, è stata attuata la direttiva 2007/66/CE, che ha modificato le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Questo commento intende trattare brevemente di una delle principali novità introdotte dalla nuova disciplina e cioè del termine dilatorio (o sospensivo), istituito fortemente voluto a livello comunitario, quale primo passo per offrire agli operatori economici una garanzia di tutela giurisdizionale effettiva, in caso di partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici.

L'art. 2bis, comma 2, della citata Dir. 2007/66/CE, come condizione minima da far rispettare in tutti gli ordinamenti nazionali, ha stabilito (per quanto riguarda gli appalti regolati dalla Direttiva 2004/18/CE, ma previsioni analoghe sono state introdotte anche per i settori speciali, di cui alla Direttiva 2004/17/CE) che in esito ad una procedura di affidamento la conclusione del contratto non possa avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni. Tale previsione si basa sull'esigenza di consentire all'operatore interessato la concreta possibilità di presentare ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione emesso in favore di un concorrente, prima che il relativo contratto venga stipulato.

Tale termine sospensivo decorre dal giorno successivo alla data di invio della decisione di aggiudicazione ai partecipanti alla gara (se effettuata via fax o con mezzi elettronici) ed è elevato a quindici giorni, se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione (ad esempio a mezzo del servizio postale).

Tali previsioni sono state recepite dal nostro legislatore, mediante la modifica dell'art. 11 del D. Lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) e, in particolare, dei suoi commi 9 e 10, ai quali sono stati anche aggiunti i commi 10bis e 10ter.

Il termine sospensivo (o dilatorio) accordato dal nostro legislatore è più ampio (trentacinque giorni), rispetto a quello minimo prescritto dalla citata direttiva comunitaria (dieci o quindici giorni). Esso, inoltre, eleva di cinque giorni quello già previsto -ma senza alcuna sanzione, nel caso in cui fosse stato disatteso- dalla precedente versione dell'art. 11, comma 10, cit.: il che, salvo quanto si dirà a proposito della disciplina dell'avvio urgente dell'esecuzione del contratto, pare soddisfare pienamente le esigenze comunitarie.

In tale ottica, di particolare rilievo è la soppressione della possibilità di derogare al suddetto termine sospensivo, in precedenza riconosciuta alla Stazione appaltante, nel caso di "*motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono (...) di attendere il decorso del predetto termine*" (cfr. la precedente formulazione dell'art. 11, comma 10, D.Lgs. 163/2006): tale previsione, infatti, si prestava ad un utilizzo arbitrario da parte delle Stazioni appaltanti, finalizzato a porre il concorrente-ricorrente di fronte al "fatto compiuto" della stipulazione del contratto, rendendo così sicuramente più difficoltoso l'accesso alla tutela cautelare.

Il legislatore nazionale ha comunque esercitato la facoltà, riconosciuta dall'art. 2ter della Dir. 2007/66/CE, di derogare al termine dilatorio, ma solo al ricorrere di ipotesi tassative, che riguardano essenzialmente i casi in cui non dovrebbero sussistere esigenze di tutela di soggetti terzi, rispetto all'aggiudicatario.

Ciò si verifica, in primo luogo, nel caso in cui, in seguito alla pubblicazione dell'atto (bando o

avviso) con cui sia indetta una gara, si verifichi contemporaneamente che sia presentata una sola offerta e non sia stata proposta alcuna impugnazione avverso il bando o la lettera di invito alla gara, oppure *“queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva”* (art. 11, comma 10bis, lett. a), D.Lgs. 163/2006, aggiunto dall'art. 1 del D.Lgs. 53/2010).

Ma si verifica anche nel caso in cui l'aggiudicazione dell'appalto sia stata disposta in attuazione di un “accordo quadro” di cui all'art. 59 D.Lgs. 163/2006 (perché in tale ipotesi la selezione dei contraenti risulta già effettuata “a monte”, in sede di aggiudicazione dell'accordo quadro: sicché eventuali contestazioni avrebbero dovuto essere proposte in tale fase), ovvero in caso di affidamento di appalti specifici, basati su un sistema dinamico di acquisizione, di cui all'art. 60 del D.Lgs. 163/2006 (perché anche in tale ipotesi i singoli appalti -riguardanti forniture di beni e servizi tipizzati e standardizzati, di uso corrente- vengono assegnati “a valle” di una procedura di evidenza pubblica preordinata proprio all'istituzione del sistema dinamico di acquisizione e all'ammissione allo stesso di tutti gli offerenti che abbiano soddisfatto i criteri di selezione e presentato un'offerta congrua: sicché valgono le medesime osservazioni svolte a proposito dell'accordo quadro).

Peraltro, il legislatore nazionale, pur avendo soppresso -come si è appena visto- la possibilità di derogare al termine dilatorio per la stipulazione del contratto in caso di “urgenza”, ha introdotto (all'art. 11, comma 9, D.Lgs. 163/2006) una previsione che consente comunque alla Stazione appaltante di avviare anticipatamente l'esecuzione del contratto (non ancora stipulato). Di particolare rilievo è la circostanza che tale facoltà può essere esercitata anche durante il periodo di sospensione obbligatoria di cui all'art. 11, comma 10, cit. *“nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari”*.

Tale ultima previsione desta non poche perplessità e non pare priva di profili di contrasto con la disciplina comunitaria. La quale, infatti, come si è visto, prevede che la conclusione del contratto non possa avvenire prima della scadenza del termine sospensivo di almeno dieci (o quindici) giorni dall'intervenuta comunicazione dell'aggiudicazione.

Vero è che l'art. 11, comma 9, non consente (formalmente) di anticipare la conclusione del contratto. Ma vero è che, nella sostanza, la previsione della possibilità dell'anticipazione della sua esecuzione, pare comunque idonea ad eludere la *ratio* del termine sospensivo minimo, di cui s'è detto.

Il che vale a maggior ragione, se sol si considera che la valutazione dei presupposti che legittimano la Stazione appaltante a procedere in tal senso (e cioè il *“grave danno all'interesse pubblico”*) è rimessa alla discrezionalità della Stazione appaltante, che in proposito sembra disporre di margini piuttosto ampi, con conseguente potenziale dilatazione dell'uso di tale deroga.

E poiché, come è noto, l'ordinamento comunitario è più attento alla sostanza che alla forma degli istituti, non ci si dovrà sorprendere se la Commissione europea avvierà in proposito una procedura di infrazione comunitaria.

A completare la regolamentazione del termine sospensivo vi è la disciplina degli effetti inibitori, che scaturiscono dalla semplice proposizione di un ricorso giurisdizionale per l'annullamento degli atti di gara, con contestuale istanza cautelare.

La direttiva comunitaria, a tale proposito, ha previsto come requisito minimo, da garantire in

ciascun ordinamento nazionale, che la presentazione di un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto comporti, come conseguenza automatica, il divieto per la Stazione appaltante di stipulare il contratto *“prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso”* (art. 2, comma 3, Dir. 2007/66/CE).

Tale effetto preclusivo della stipula del contratto non può cessare prima dello scadere del termine sospensivo di (almeno) dieci giorni, di cui s'è detto poc'anzi (art. 2, comma 3, ultima parte, Dir. 2007/66/CE).

Il legislatore nazionale ha recepito anche tale disposizione, con qualche differenza in relazione ai vari termini.

In base al nuovo comma 10ter dell'art. 11 D.Lgs. 163/2006 (introdotto dall'art. 1 del D.Lgs. 53/2010), qualora sia proposto ricorso con contestuale istanza cautelare avverso l'aggiudicazione definitiva [il che, in base alle nuove disposizioni, deve avvenire entro il termine di trenta giorni: cfr. art. 245, comma 2quinques, lett. a)] *“il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione di merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva”*.

La formulazione del capoverso non è delle più felici. In ogni caso, dalla sua lettura sembra potersi ricavare che il termine dilatorio di trentacinque giorni (di cui all'art. 11, comma 10) possa teoricamente incrementarsi di almeno ulteriori venti giorni, qualora sia stato notificato un ricorso giurisdizionale con contestuale istanza cautelare.

In realtà, il tenore letterale della norma sembra far ritenere che l'effetto inibitorio, conseguente alla predetta notifica, possa avere anche una durata più lunga dei venti giorni ivi menzionati. Benché, infatti, la richiamata disposizione sembri subordinare l'efficacia di detta inibitoria alla condizione che entro i venti giorni (dalla notifica del ricorso) intervenga un provvedimento (cautelare o di merito) del Giudice amministrativo, anche laddove tale condizione non si verifichi non pare che la Stazione appaltante possa procedere alla stipula del contratto.

Infatti, l'ultimo inciso del capoverso sembra estendere l'effetto inibitorio anche oltre i canonici venti giorni *“fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva”*: in altri termini, nonostante l'inutilmente complessa formulazione della norma, la Stazione appaltante, a fronte di un ricorso con istanza cautelare, sembra dover comunque attendere che si pronunci il T.A.R. adito, anche se la relativa decisione dovesse intervenire in un momento posteriore al termine di venti giorni dalla notifica del ricorso medesimo. Il che pare comunque ragionevole, dal momento che, anche solo per ragioni di opportunità, non avrebbe senso che la Stazione appaltante si precipitasse a stipulare il contratto alla scadenza del ventesimo giorno, pur sapendo che a breve interverrà la pronuncia (cautelare o di merito) del Giudice amministrativo in ordine alla legittimità dell'affidamento del contratto stesso.

Va, peraltro, rilevato che in base alle nuove previsioni (cfr. in particolare art. 245, comma duodecies D.Lgs. 163/2006, introdotto dall'art. 8 del D.Lgs. 53/2010) la domanda cautelare del ricorrente dovrebbe essere trattata alla prima camera di consiglio utile, decorso il termine di cinque giorni dalla ricezione della notifica del ricorso da parte dei suoi destinatari: il che (almeno sulla carta) dovrebbe comunque rendere marginali i casi in cui i venti giorni di inibitoria risultino sforati.

L'art. 11, comma 10ter, ultima parte, precisa, infine, che l'effetto sospensivo sulla stipula del contratto -determinato dalla notifica del ricorso e della contestuale istanza cautelare- cessa comunque, sia nel caso in cui il Giudice adito si dichiari incompetente, sia nel caso in cui il Giudice, in sede di trattazione dell'istanza cautelare, abbia con ordinanza fissato la data della discussione di merito, ma senza concedere misure cautelari, ovvero abbia rinviato “*al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare*”. Si tratta di ipotesi molto frequenti nella prassi dei Tribunali amministrativi, che il legislatore ha opportunamente preso in considerazione, per evitare le incertezze che si sarebbero sicuramente ingenerate in tali casi, a proposito della persistenza o meno dell'effetto inibitorio della stipula del contratto.

La nuova disciplina dei termini dilatori (o sospensivi) avrà verosimilmente ricadute anche a proposito delle misure cautelari monocratiche provvisorie (di cui all'art. 21, comma 9, L. 6 dicembre 1971 n. 1034) e, probabilmente, anche sulle misure interinali *ante causam*, di cui all'art. 245, comma 3, D.Lgs. 163/2006.

Come è noto, si tratta di istituti di tutela cautelare, da tempo introdotti per far fronte a particolari casi di estrema (o eccezionale) gravità ed urgenza, tale da non consentire di attendere la fissazione della camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare o, addirittura, nel caso delle misure “interinali” ex art. 245, comma 3, cit., tale da non consentire nemmeno la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie ex art. 21, comma 9, L. 1034/71 cit.

Poiché, peraltro, come si è visto, la semplice notifica del ricorso con contestuale istanza cautelare comporta l'effetto di inibire la stipula del contratto, sembra lecito ritenere che vi sarà un ridimensionamento nell'utilizzo delle misure cautelari di cui sopra e in particolare di quelle monocratiche provvisorie (di cui all'art. 21, comma 9, L. 1034/1971 cit.). Per esse, infatti -nel nuovo contesto normativo e salvo casi davvero estremi- sembra difficile ipotizzare la configurazione dei relativi presupposti.

L'ultimo profilo da esaminare, sia pure in breve, riguarda le conseguenze del mancato rispetto dei termini sospensivi o dilatori sopra brevemente riepilogati. Si tratta di conseguenze molto gravi, se sol si considera che tale fattispecie rientra tra le ipotesi in cui, in caso di annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, il Giudice deve di regola dichiarare l'inefficacia del contratto (cfr. art. 245bis, comma 1, lett. c) e d)). Non è tuttavia sufficiente, a tale fine, la sola violazione del termine dilatorio: occorre, infatti, che tale violazione si aggiunga a vizi propri dell'aggiudicazione e che, unitamente ad essi, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento dell'appalto (cfr. art. 245bis, comma 1, lett. c) e d), cit., introdotto dall'art. 10 del D.Lgs. 53/2010, che ha recepito senza sostanziali variazioni l'art. 2 *quinquies* della Dir. 2007/66/CE).

In tal modo, residua comunque un margine discrezionale del Giudice, che è chiamato a valutare la gravità delle violazioni riscontrate, per poter dichiarare privo di effetti il contratto (in via retroattiva o limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire). Tale discrezionalità è ulteriormente accentuata dalla possibilità attribuita al Giudice di mantenere ferma l'efficacia del contratto, pur in presenza delle gravi violazioni di cui sopra, “*qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti*” (cfr. art. 245bis, comma 2, cit., che ha dato attuazione alla previsione di cui all'art. 2 *Quinquies*, comma 3, della Dir. 2007/66/CE).

Peraltro, l'approfondimento della disciplina delle conseguenze dell'annullamento

dell'aggiudicazione sul contratto che sia già stato stipulato richiederebbe un'autonoma trattazione, che esorbita dal presente breve commento.

Per concludere, può rilevarsi che, salvo per quanto concerne la consegna anticipata dell'appalto, la nuova disciplina dei termini dilatori pare nel complesso rispettosa del dettato comunitario: si tratta ora di verificare sul campo se i suoi effetti concreti saranno a loro volta adeguati alle aspettative.

(avv. Luca Griselli)

Publicato sulla Rivista "Teme" (Mensile di tecnica ed economica sanitaria) n. 7-8/2010