*Il contenzioso nelle procedure di
aggiudicazione dei contratti pubblici*

Avv. Andrea Grappelli

LA DISCIPLINA DI RIFERIMENTO

- direttive c.d. di consolidamento 2004/17/CE e 2004/18/CE (recepite tramite il decreto legislativo n. 163 del 2006).
- direttiva ricorsi 2007/66 (recepita attraverso il decreto legislativo n. 53 del 2010).
- d.Lgs. n. 104 del 2010 (Codice del processo amministrativo) entrato in vigore il 16 settembre 2010.

D.lgs. n. 163/2006, Direttiva ricorsi (D.lgs. 53/2010), precontenzioso e processo amministrativo (D.lgs. 104/2010)

Novità

- Introduzione dello *stand still period* (art. 11, co. 10 del D.Lgs. 163/2006), ossia un termine dilatorio per la stipula del contratto: pari a 35 gg dalla comunicazione dell'aggiudicazione della gara e pari a 20 gg dalla notifica dell'istanza cautelare se il ricorso è proposto avverso l'aggiudicazione definitiva e comunque non prima della decisione dell'istanza cautelare (art. 11, co. 10-ter del codice).
- L'introduzione del c.d. preavviso di ricorso al fine di consentire alla P.A. di agire in autotutela (art. 243 bis D.Lgs. n. 163/2006).
- Procedimento per la soluzione delle controversie dinanzi l'AVCP (art. 6, co. 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006).
- Introduzione di una specifica ipotesi di "transazione" relativamente a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 239 D.Lgs. n. 163/2006).
- Potenziamento dell'accordo bonario (art. 240 del D.Lgs. n. 163/2006).
- Attribuzione della cognizione piena del rapporto (unitario ed inscindibilmente costante) del provvedimento amministrativo di aggiudicazione, a monte, e del contratto privatistico, a valle (art. 133, co. 1, lett. e), nn. 1 e 2, c.p.a.).

Procedimento per la soluzione delle controversie dinanzi l'AVCP ai sensi dell'art. 6, co. 7, lett. n) del D.Lgs. n.163/2006

- Modalità stragiudiziale di risoluzione delle controversie sorte durante lo svolgimento delle procedure di gara (c.d. Precontenzioso).
- L'istituto del precontenzioso è stato introdotto dall'art. 6, comma 7, lettera N) del d.lgs.12 aprile 2006, n. 163.
- L'AVCP ha disciplinato la procedura del precontenzioso con apposito Regolamento.
- L'istruttoria svolta dall'AVCP è avviata su iniziativa della Stazione Appaltante e/o di una o più delle altre parti, congiuntamente o disgiuntamente.
- L'Autorità esprime un parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento della gara, eventualmente formulando un'ipotesi di soluzione.
- Sono legittimati a presentare la richiesta di parere le stazioni appaltanti, gli operatori economici e i soggetti portatori di interessi pubblici o privati che abbiano partecipato alla gara, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati. Possono presentare istanza di parere anche le associazioni di categoria, purché titolari di un interesse diretto, concreto ed attuale.
- Nel caso in cui venisse presentato ricorso innanzi al giudice amministrativo il procedimento dinanzi all'AVCP viene dichiarato non procedibile.

Modalità di svolgimento della procedura di precontenzioso

- Si considerano non ammissibili le istanze presentate :
 - su una questione riguardante la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva;
 - nel caso in cui sia stato presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria;
 - in assenza di una controversia insorta fra le parti interessate;
 - da soggetti non interessati;
 - non correttamente compilate e/o non sottoscritte dalla persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente o non corredate della documentazione richiesta dall'agli artt. 2 e 3 del Regolamento.

- Quando l'istanza è formulata dalla Stazione appaltante, la stessa deve contenere l'impegno della medesima a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità. Quando, invece, l'istanza è presentata da una parte diversa dalla stazione appaltante, con la comunicazione di avvio del procedimento l'Autorità formula alla Stazione appaltante l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione.

- L'istruttoria è avviata dal competente ufficio di AVCP entro 5 giorni (termine ordinario) dall'istanza di parere (art. 5 Regolamento).

- L'audizione ha luogo entro dieci giorni dalla data di avvio del procedimento istruttorio, presso l'Ufficio del precontenzioso, con la presenza del responsabile del procedimento (in qualità di relatore).

- Il parere è reso con apposita deliberazione del Consiglio di AVCP, dopo l'apposita istruttoria. Il parere non è vincolante, per espressa previsione normativa.

- È possibile utilizzare l'istituto del precontenzioso da parte della Stazione appaltante anche dopo la notifica dell'informativa di proporre ricorso ex art. 243 bis del Codice dei Contratti pubblici.

STAND STILL PERIOD

- Lo stand still period è il termine dilatorio previsto dal Codice (art. 11, co. 10 del codice dei contratti pubblici) per la stipula del contratto, il quale non può essere stipulato prima di 35 gg dall'ultima comunicazione dell'aggiudicazione della gara (v. art. 79);

- Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:
 - a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
 - b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60.
 - c) nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328 del regolamento (art. 11, comma 10 bis).

PREAVVISO DI RICORSO

- L'art. 243-bis prevede l'obbligo (*rectius* il "dovere") per il soggetto interessato di effettuare alla Stazione appaltante una **informativa** in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, indicando succintamente i motivi del futuro ricorso.
- L'informativa può essere effettuata anche oralmente nel corso della seduta pubblica della commissione di gara ed inserita nel verbale della seduta e comunicata al responsabile del procedimento.(art. 243 bis co. 2).
- L'omessa informativa costituisce comportamento valutabile dal Giudice, nell'eventuale giudizio, al fine della pronuncia sulle spese, ai sensi dell'art. 1227 c.c. . Se il ricorso giurisdizionale è infondato, ne conseguirà una maggiore severità nella imputazione e nella misura delle spese di lite; se il ricorso è fondato e se il Giudice valuta che la tempestività dell'informativa avrebbe consentito l'autotutela ed evitato il giudizio, potrebbe compensare le spese di lite, o condannare il ricorrente vittorioso alle spese, o escludere o limitare il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1227 c.c. per concorso di colpa del danneggiato.
- L'art. 243-bis del codice assegna alla Stazione appaltante un termine complessivo di 15 giorni per pronunciarsi sull'informativa, decidendo di intervenire o meno in autotutela.

RICORSO INTRODUTTIVO

- **NOTIFICA**

- Il termine decorre dalla data di notifica o di pubblicazione del provvedimento, dalla sua comunicazione oppure della piena conoscenza.
- La notifica è **aumentato** di 30 giorni se le parti risiedono in altro Stato di Europa, o di 90 giorni se risiedono fuori Europa (art. 41 co.5).
- La notifica può avvenire per pubblici proclami il numero dei soggetti da chiamare in giudizio sia numeroso.

- **SOGGETTI DESTINATARI**

- **60 giorni** rito ordinario (art. 41);
- **30 giorni** ricorsi in materia di procedure di affidamento appalti (art. 120, co..2 e 5);
- **6 mesi** dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto se è omessa la pubblicazione del bando e/o degli avvisi di aggiudicazione oppure le notizie in esso riportate non sono conformi a quelle richieste (art. 120, co. 2).
- P.A. che ha emesso l'atto impugnato;
- **CONTROINTERESSATI** (almeno 1) individuato nell'atto avverso;
- **BENEFICIARI** eventuali dell'atto illegittimo (ex art. 102 cpc) in caso di azione di condanna;
- P.A. che ha emesso l'atto e Avvocatura dello stato in materia di affidamento di contratti pubblici

***Annuallymentu
dell'aggiudicazione e sorte del
contratto***

ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO

- La disciplina dettata dagli artt.121 e ss. del nuovo cpa estendono la giurisdizione esclusiva del G.A. alla dichiarazione di inefficacia del contratto e alle sanzioni alternative.
- L'attribuzione della cognizione piena del rapporto (unitario ed inscindibilmente costante) del provvedimento amministrativo di aggiudicazione, a monte, e del contratto privatistico, a valle (art. 133, co. 1, lett. e), nn. 1 e 2, c.p.a.) ha consentito il raggiungimento di una tutela effettiva del ricorrente/legittimo aggiudicatario.
- Prima dell'entrata in vigore del c.p.a., la tutela del ricorrente/ legittimo aggiudicatario era alquanto difficoltosa in quanto la giurisdizione del giudice amministrativo si limitava all'annullamento del contratto. A tal fine la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato diverse soluzioni di tutela alternativa

Le *tesi susseguitesi nel tempo* in ordine ai rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto *medio tempore* stipulato

- **Tesi dell'annullabilità** → La tesi si fonda sul rilievo secondo cui gli atti amministrativi adottati nella procedura di evidenza pubblica che precedono la stipulazione dei contratti *iure privatorum* non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico. I loro vizi si traducono, pertanto, in vizi attinenti alla volontà dell'ente pubblico e, pertanto, non possono che comportare l'annullabilità del contratto.
- **Tesi della nullità** → All'annullamento dell'aggiudicazione segue la nullità del contratto ex art. 1418 c.c. che sanziona il contratto contrario a norme imperative.
 - 1) Nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418, co. 1 c.c.
 - 2) Nullità del contratto ai sensi degli artt. 1418, co. 2 e 1325, n. 1, c.c. per mancanza originaria del consenso dell'amministrazione.
- **Tesi dell'inefficacia** → Si v., in particolare, **Cass. Civ. n. 9906/2008** secondo cui *“l'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna in via retroattiva la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici”*.
- **Tesi della caducazione automatica** → Tale tesi valorizza il rapporto di consequenzialità tra aggiudicazione e contratto, legati da un nesso di presupposizione necessaria, per cui *simul stabunt e simul cadent*. Dall'annullamento dell'aggiudicazione deriva, pertanto, in via retroattiva, il venir meno di uno dei presupposti di efficacia del contratto che resta, pertanto, privo dei suoi effetti giuridici.

NUOVA IMPOSTAZIONE INTRODOTTA DAL C.P.A.

- L'art. 121 del nuovo Codice è ispirato a principi di tutela della concorrenza;
- L'art. 122 è diretto a tutelare l'interesse all'effettività della tutela attraverso misure dirette a garantire, finché è possibile, il subentro del ricorrente vincitore nell'aggiudicazione e nel contratto.
- All'annullamento dell'aggiudicazione segue la dichiarazione di inefficacia. Tale dichiarazione assume natura costitutiva e il potere del Giudice di dichiarare l'inefficacia include il potere cautelare di sospenderla; sicché il Giudice che sospende l'aggiudicazione sospenderà anche l'efficacia del contratto, qualora sia stato stipulato e qualora risultino sussistenti i presupposti di cui all'art. 121, co. 1, nonché effettuate le valutazioni ai sensi dell'art. 122.
- Il cpa ha qualificato le c.d. violazioni gravi tipizzate (art. 121) e le violazioni meno gravi tipizzate (art. 121, co. 2, art. 121, co. 5, art. 123, co. 3) e le violazioni meno gravi non tipizzate (art. 122).

I CASI DI VIOLAZIONE GRAVI EX ART. 121. CO. 1

(i) Violazioni riguardanti gli obblighi pubblicitari:

- a. Aggiudicazione definitiva avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso di gara nella GUCE o nella GU;
- b. Aggiudicazione definitiva avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e ciò abbia comportato le suseposte omissioni pubblicitarie ove prescritte.

(ii) Violazioni riguardanti il mancato rispetto dei termini dilatorio e sospensivo prima della stipulazione del contratto

a. Violazione *stand still* procedimentale: **35 gg.** dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva

b. Violazione *stand still* processuale: divieto di stipulazione a far data dalla notificazione alla stazione appaltante dell'istanza cautelare e per i successivi **20 gg.** a condizione che in questi venti gg. sia intervenuta la decisione cautelare di primo grado ovvero nel merito.

- **Conseguenze**→ Il giudice – viste le deduzioni delle parti, la gravità della condotta della S.A. e la situazione di fatto dichiara **l'inefficacia ex nunc** ovvero **ex tunc**.
- In caso di inefficacia soltanto *ex nunc*, si applicano le sanzioni alternative.

VIOLAZIONI MENO GRAVI ED ESIMENTI

- (i). **il contratto resta efficace nei casi in cui ricorrano esigenze imperative** (art. 121, co. 2 cpa):
 - a. esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti.
 - b. interessi economici considerati come esigenze imperative nelle circostanze eccezionali in **cui l'inefficacia del contratto conduca a conseguenze sproporzionate**.
 - **Conseguenze**→l'applicazione delle sanzioni alternative.

- (ii) **Esimenti declaratoria d'inefficacia nei casi in cui la p.a. abbia posto in essere procedure di trasparenza preventiva. Art. 121, co. 5 e art. 79bi Codice** Questi casi si verificano quando:
 - a. la S.A., con atto motivato anteriore alla procedura di affidamento, dichiara di ritenere insussistenti gli obblighi pubblicitari (pubblicazione bando o avviso)→ omissione in buona fede degli obblighi pubblicitari;
 - b. ovvero la S.A. pubblica, per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, un avviso volontario per la trasparenza preventiva;
 - c. ed il contratto non è stipulato prima dello scadere di un termine di almeno 10 gg. dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso volontario.
 - **Conseguenze**→ L'inefficacia non trova applicazione. Sanzioni alternative ex art. 123 cpa .

- (iii) **Esimenti declaratoria d'inefficacia nei casi di violazione formale dei termini dilatorio e sospensivo. Art. 123, co. 3** Esse si verificano quando:
 - a. la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto;
 - b. la violazione non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.
 - **Conseguenze**→ Il contratto resta efficace. Sanzioni alternative.

VIOLAZIONI MENO GRAVI NON TIPIZZATE. ART. 122

- (i) Fuori dai quattro casi di gravi violazioni (e relative eccezioni) e dai casi di violazioni meno gravi tipizzate, il giudice che annulla l'aggiudicazione **stabilisce se dichiarare inefficace il contratto**, fissandone la decorrenza (*ex nunc* o *ex tunc*), avendo riguardo:
 - a. agli interessi delle parti;
 - b. all'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;
 - c. allo stato di esecuzione del contratto;
 - d. alla possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro sia stata proposta.
- Conseguenze → Efficacia/inefficacia su scelta del giudice. Se efficacia, risarcimento del danno.
- Parametri dell'art. 122. con riferimento agli interessi delle parti. Vi rientra la considerazione del:
 - a) **limite costituito dall'eccessiva onerosità.**
 - b) **limite della buona fede**, come interesse dell'illegittimo aggiudicatario che abbia contratto in buona fede.

SUBENTRO IN CASO DI ANNULLAMENTO DEL CONTRATTO

Alla luce di quanto sopra il subentro nell'aggiudicazione deve ritenersi come

- Richiesto;
- Possibile;
- utile.