

Pai

LUIGI PAU
STUDIO LEGALE

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria.
Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto,
forma. Lo stand-still period. La post-informazione.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

1) L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria.

L'atto finale della procedura di gara ad evidenza pubblica è l'aggiudicazione definitiva¹.

Tale agognato provvedimento, che rappresenta per l'impresa concorrente il fine ultimo a cui ogni sforzo è indiscutibilmente teso, implica una valutazione di interessi, da parte dei soggetti aggiudicatori, a cui il tessuto normativo ex d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice degli appalti pubblici) attribuisce carattere "definitivo".

La natura di "esito" del procedimento si desume, infatti, sia dal tenore letterale delle norme che disciplinano le fasi della procedura di affidamento², sia dall'art. 120, comma 5°, del codice del procedimento amministrativo³ (c.p.a.).

Il comma 5° dell'art. 11 del d.lgs. 163/2006 dispone che: *"La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva"*, mentre il successivo comma 10 fa decorrere il termine sospensivo della stipula contrattuale dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di *aggiudicazione definitiva*.

Un aspetto di interesse è offerto dall'esame comparato dei menzionati artt. 11 e 12 del codice degli appalti, ove all'art. 12 il legislatore ha attribuito carattere di *definitività* all'atto cosiddetto *conseguenziale* attraverso la "soggezione" dell'atto *presupposto* al controllo ed approvazione da parte dell'organo competente; il che presta il fianco ad una prima, immediata riflessione circa il carattere non "autonomamente lesivo" dell'aggiudicazione provvisoria (perlomeno in via definitiva). Ed è proprio sotto il profilo del rapporto di *presupposizione-conseguenzialità* e della natura immediata, o meno, di tale rapporto che la giurisprudenza di legittimità e di merito si è maggiormente soffermata per dirimere le controversie sorte in conseguenza del rapporto tra i predetti atti (aggiudicazione provvisoria e definitiva) inseriti all'interno di un più ampio contesto procedimentale.

L'aggiudicazione provvisoria, per giurisprudenza prevalente⁴, serba in se natura di atto endo-procedimentale, *"inserendosi nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario ma non decisivo, atteso che la definitiva individuazione del concorrente cui affidare l'appalto risulta cristallizzata soltanto con l'aggiudicazione definitiva"*⁵.

¹ Testualmente nella parte motiva della sentenza del Cons. di Stato, VI Sez., 13/06/2013, n. 3310.

² Artt. 11, 12 e 79, comma 5°ter, del d.lgs. 163/2006.

³ Il quale prevede che il ricorso debba essere notificato nel termine di giorni 30 dalla comunicazione da parte della stazione appaltante dell'aggiudicazione definitiva.

⁴ Cfr. ex plurimis, Cons. di Stato, Sez. V, 08/03/2011, n. 1446; Cons. di Stato, Sez. V, 27/04/2011, n. 2482; Cons. di Stato, Sez. V, 15/05/2013, n. 2625.

⁵ Cons. di Stato, Sez. V, n. 1446/2011 cit.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

Quest'ultima non ha natura di atto meramente consequenziale rispetto all'aggiudicazione provvisoria ma *“costituisce esplicazione di un autonomo potere della stazione appaltante di valutazione delle risultanze della procedura di gara”*⁶.

Gli effetti, ancora instabili e del tutto interinali, dell'aggiudicazione provvisoria⁷ ed il potere in seno alla stazione appaltante di autonoma valutazione degli interessi pubblici e privati sottostanti, anche qualora l'organo competente recepisca i risultati della aggiudicazione provvisoria⁸, conducono alle seguenti riflessioni: (i) mancanza di uno stretto rapporto di consequenzialità immediata o necessaria tra i due provvedimenti⁹; (ii) non intercorrenza dell'effetto caducante tra aggiudicazione provvisoria e definitiva¹⁰; (iii) necessità, a pena di improcedibilità, di una distinta ed autonoma impugnazione dell'aggiudicazione definitiva¹¹; (iv) mera facoltà e non onere di impugnazione dell'atto di aggiudicazione provvisoria.

Le considerazioni sopra esposte, portano - come corollario dei principi oramai considerati *ius receptum* – alla conclusione cui è giunta la giurisprudenza¹², secondo la quale *“versandosi ancora nell'unico procedimento iniziato con l'istanza di partecipazione alla gara e vantando in tal caso l'aggiudicatario provvisorio solo una aspettativa alla conclusione del procedimento, non si impone la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento in autotutela”*¹³.

Ma ciò che più preme evidenziare, ricollegandoci a quanto accennato all'inizio del paragrafo, circa il carattere “definitivo” della valutazione degli interessi, pubblici e privati, da parte della stazione appaltante nell'emanazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, è la relazione giuridica che lega i due provvedimenti in commento, sia sul piano sostanziale che su quello processuale¹⁴.

L'aggiudicazione provvisoria, infatti, sebbene, come più volte ribadito, costituisca un atto endoprocedimentale, è ritenuta, comunque, idonea a produrre effetti lesivi diretti in capo all'impresa concorrente; ciononostante è inidonea, proprio per il suo carattere di instabilità, a produrre la definitiva lesione degli interessi del soggetto non aggiudicatario, che si verifica solo con l'aggiudicazione definitiva.

⁶ Cons. di Stato, Sez. V, 15/02/2013, n. 936 (parte motiva, pag. 10, punto 8.2).

⁷ Cons. di Stato, Sez. V, n. 2625/2013, cit.

⁸ Cons. di Stato, Sez. V, 25/08/2008, n. 4053.

⁹ Sono stati ritenuti collegati da nesso di presupposizione, immediata, diretta e necessaria, tali da condurre all'applicazione del principio *simul stabunt, simul cadent*: il bando di gara ed i successivi atti della procedura (Cons. di Stato, Sez. V, 24/02/2003, n. 989, in Riv. Giur. Edilizia, 2003, I, 1383); la variante al Piano Regolatore Comunale per la localizzazione di un'opera pubblica ed i susseguenti atti espropriativi (Cons. di Stato, Sez. V, 07/02/2000, n. 672, in Giur. It., 2000, 1300).

¹⁰ Cons. di Stato, Sez. V, 27/04/2011, n. 2482. Sulla differenza tra effetti caducanti ed effetti viziati, si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4053/2008, cit.

¹¹ *Contra*: Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2008, n. 2089. Sulla sufficiente mera riproposizione delle eccezioni ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., si veda Cons. di Stato, Sez. V, n. 936/2013, cit.; sulla ammissibilità dei motivi aggiunti di gravame avverso l'aggiudicazione definitiva, si veda Cons. di Stato, Sez. V, n. 2482/2011, cit.

¹² Cons. di Stato, Sez. V, 10/10/2010, n. 641.

¹³ Conf. Cons. di Stato, Sez. V, 13/10/2010, n. 7460.

¹⁴ Cons. di Stato, Ad. Plen. N. 31/2012.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

Il punto nodale, dunque, a parere dello scrivente, è la “definitività” della lesione: insussistente nel provvedimento di aggiudicazione provvisoria, viceversa sussistente nel provvedimento di aggiudicazione definitiva, proprio per il carattere di valutazione ultima delle risultanze della procedura di gara, assunte in forza dell’ulteriore esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione.

Da ciò, l’ulteriore principio secondo cui l’impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria è condizionata, ai fini della sua procedibilità, alla tempestiva impugnazione con motivi aggiunti anche dell’aggiudicazione definitiva che successivamente intervenga¹⁵.

Tale granitica impostazione è stata recentemente ribadita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato¹⁶ attraverso una pronuncia che, però (e qui sta la particolarità), prende le mosse da una impugnazione che contesta in radice la scelta stessa della stazione appaltante di bandire una procedura di gara ad evidenza pubblica, sul presupposto del diritto, da parte dell’impresa concorrente, di risultare affidataria diretta del servizio nel caso di mancato esercizio del potere di deroga assegnato alle amministrazioni comunali ex art. 11, comma 2-ter, d.l. 195/2009.

In questo specifico caso, si osserva, il ricorrente non contesta “l’esito della gara”, ovvero l’atto conclusivo del procedimento che cristallizza la lesione inferta al bene della vita da egli fatto valere, bensì la stessa legittimità nel bandire una gara.

Normalmente, nei casi in cui la giurisprudenza ha affrontato le problematiche connesse all’argomento di cui trattasi, il bene della vita del soggetto concorrente, che assume di essere stato illegittimamente pretermesso, viene leso da due distinti provvedimenti, il secondo dei quali non è l’esito ineluttabile del primo. Qualora, invece, venga contestata la legittimità della scelta dell’amministrazione di indire il procedimento di gara, la mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva non determina l’improcedibilità del ricorso, in quanto quest’ultima, perdendo il suo connotato di atto definitivamente lesivo, risulta essere, viceversa, mera conferma degli atti di indizione della gara, nei cui confronti si pone in un rapporto di consequenzialità, immediata, diretta e necessaria.

La pronuncia in commento, di cui si è fornito, a tratti, alcuni passi della motivazione, non fa che confermare i principi già assunti a fondamento delle precedenti decisioni del Consiglio di Stato, ma con un percorso argomentativo che giunge alla conclusione di rigetto della eccezione di “improcedibilità del ricorso” per mancata impugnazione dell’aggiudicazione definitiva, attraverso l’affermazione che l’amministrazione, nello specifico caso, non deve “compiere nuove e ulteriori valutazioni discrezionali in merito alla scelta di affidare il servizio mediante gara pubblica, con la

¹⁵ CdS, Ad. Plen., n. 31/2012, cit.

¹⁶ Cons. di Stato, V Sez., 27/03/2013, n. 1828

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

conseguenza che non occorre impugnare gli atti di aggiudicazione ove siano impugnati quelli di indizione del procedimento di gara¹⁷.

La *morale* degli insegnamenti tratti dalla rassegna delle pronunce della giurisprudenza sembrerebbe, dunque, evidenziare che il filo logico che lega i principi sopra richiamati, e le conseguenze giuridiche ad essi corrispondenti, è dato dal concetto di **“autonoma e definitiva lesione”** del bene della vita meritevole di protezione da parte dell'ordinamento.

A ciò corrisponde l'ulteriore conseguenza secondo cui deve essere **“necessariamente impugnabile”** il provvedimento che - per colui che lo subisce - costituisce l'atto conclusivo del procedimento di aggiudicazione ovvero l'atto precedente che, per le sue caratteristiche, è idoneo a ledere in via definitiva l'interesse dell'impresa concorrente, *travolgendo* il provvedimento successivo, il quale ultimo, in tal caso, si pone come inevitabile conseguenza del primo.



2) Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010, con particolare riferimento ai termini di impugnativa.

La distinzione tra aggiudicazione definitiva e provvisoria tiene alta l'attenzione dell'operatore anche quando si passa ad esaminare l'oggetto delle comunicazioni di cui all'art. 79 del codice degli appalti, così come novellato dal D.lgs. 20/03/2010, n. 53.

L'art. 79, comma 5°, lett. a) del d.lgs. 163/2006 chiarisce, infatti, che oggetto della comunicazione è solo l'aggiudicazione definitiva.

Tralasciando le problematiche inerenti ad un'evidente incompletezza della norma in commento, la quale non chiarisce a quale segmento della sequenza (trifasica) procedimentale tali comunicazioni si riferiscono, non vi è chi non veda che le comunicazioni obbligatorie costituiscono la pietra miliare su cui si regge l'attivazione degli strumenti contenziosi e pre-contenziosi, oltre a stabilire il termine di decorrenza di *standstill sostanziale* per la stipulazione del contratto di cui si parlerà appresso.

Non si potrà, pertanto, prescindere da una tempestiva, quanto completa, conoscibilità degli atti di gara e dall'ulteriore circostanza che le parti del rapporto (pubblica e privata) abbiano chiari i termini e le forme di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e di tutti gli atti rilevanti relativi al procedimento di aggiudicazione.

L'art. 2 del D.lgs. n. 53/2010 ha determinato un ampliamento dei destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, la quale va effettuata tempestivamente (e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, non perentorio) all'aggiudicatario, al contraente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso

¹⁷ Cds, Sez. V, n. 1828/2013, cit. (pag. 12 parte motiva).

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva¹⁸.

Il principio della piena conoscibilità degli atti di gara trova testuale consacrazione nella necessità che le comunicazioni di cui al comma 5° del più volte richiamato art. 79 debbano essere fatte in forma scritta e accompagnate dalla "motivazione"¹⁹.

L'onere della motivazione che grava sulla stazione appaltante, nella comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (la quale può essere soddisfatta anche mediante l'invio dei verbali di gara), ha il suo fondamento pratico e giuridico nella necessità di consentire al destinatario il corretto apprezzamento dei motivi che hanno condotto all'aggiudicazione.

Ciò costituisce il punto di partenza anche dell'esame sulla natura e sulla *ratio* del termine dilatorio di cui al successivo paragrafo.

Come accennato precedentemente, il comma 5° dell'art. 120 c.p.a. fa decorrere il termine abbreviato di giorni trenta, per la proposizione dell'impugnativa, dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del codice appalti, la quale deve avere il contenuto specificato nei menzionati commi 2, lett. c) e 5 bis.

La *ratio* delle comunicazioni disciplinate dall'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006 è quella di realizzare in capo ai destinatari "*un effetto di conoscenza legale*" delle determinazioni rilevanti adottate dal seggio di gara, a prescindere che l'impresa concorrente ignori, in tutto o in parte, i documenti interni del procedimento, configurandosi a suo carico un onere di immediata impugnazione dell'esito della gara entro il termine di trenta giorni, salva la proposizione di motivi aggiunti in relazione ad eventuali vizi di legittimità divenuti conoscibili in un momento posteriore²⁰, ovvero all'esito della verifica di cui al comma 5 *quater* dell'art. 79 del codice appalti²¹.

Ciò vale anche per quelle ipotesi in cui l'amministrazione disponga un'aggiudicazione definitiva sospensivamente condizionata, quanto alla sua efficacia, alla verifica positiva del possesso dei requisiti generali e speciali da parte dell'impresa aggiudicataria, avvalendosi della facoltà concessa dall'art. 11, 8° comma, del d.lgs. n. 163/2006.

La identificazione tra la "cognizione" degli elementi della comunicazione, ritenuti sufficienti dal legislatore a rendere l'interessato edotto e consapevole dell'incidenza lesiva dell'atto (ovvero: il provvedimento di aggiudicazione e la relativa motivazione, recante almeno le caratteristiche ed i vantaggi dell'offerta selezionata ed il nome dell'impresa aggiudicataria), e la piena conoscenza (giuridica) del provvedimento, ha aperto in giurisprudenza un dibattito, ancora non sopito, teso alla

¹⁸ Art. 79, comma 5, lett. a).

¹⁹ Art. 79, comma 5 bis e art. 49, paragrafo 2, della direttiva 2004/17/CE.

²⁰ Cfr. in questo senso Cons. di Stato, Sez. III, 24/04/2012, n. 2407.

²¹ Cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 31/07/2012, n. 31.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

ricerca di un punto di equilibrio tra l'obiettivo di accelerazione del contenzioso (ispirato dalla Direttiva 1992/13/CEE, come modificata dall'art. 2 della Direttiva 2007/66/CE, che costituisce il principale criterio ermeneutico nell'applicazione dell'art. 120 c.p.a.) ed il principio della "effettività della tutela processuale" di cui alla Direttiva 1989/665/CEE (prima "direttiva ricorsi"), ribadito anche dall'art. 2 bis e 2 ter della Direttiva 1992/13/CE.

La giurisprudenza comunitaria²² ha affermato che la direttiva 1989/665/CEE impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che le decisioni illegittime delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile.

Tale obiettivo può essere conseguito soltanto se i termini per l'impugnazione iniziano a decorrere dalla data in cui l'impresa è venuta a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza, della pretesa violazione delle disposizioni in materia di pubblici appalti²³.

Tale conclusione, secondo la giurisprudenza comunitaria²⁴, è suffragata dall'art. 2 bis, paragrafo 2°, della richiamata direttiva 1992/13/CEE, secondo cui "(...) *La comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti di cui all'art. 49, paragrafo 2, della direttiva 2004/17/CE*", ovvero da una relazione che illustri quantomeno "*le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato l'appalto o delle parti dell'accordo quadro*", nonché dal successivo art. 2 septies, paragrafo 1, secondo cui: "*Gli stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'art. 2 quinquies, paragrafo 1, debba avvenire (...) prima dello scadere di un termine di almeno trenta giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui (...) l'ente aggiudicatore ha informato gli offerenti e i candidati interessati della stipula del contratto, a condizione che tali informazioni contengano una relazione sintetica dei motivi pertinenti di cui all'art. 49, paragrafo 2, della direttiva 2004/17/CE*".

Nonostante il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa²⁵, secondo cui la comunicazione dell'aggiudicazione prevista dall'art. 79, comma 5°, del d.lgs. 163/2006 rappresenta condizione sufficiente per la realizzazione della piena conoscenza del provvedimento lesivo ed è idonea a far decorrere il termine decadenziale, alcune corti territoriali²⁶ hanno sentito recentemente l'esigenza di rimettere alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea una questione pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), in merito ai seguenti quesiti:

²² Corte di Giustizia CE, sent. 12/12/2002, C-470/99 (Universale-Bau).

²³ Corte di Giustizia CE, sent. 28/01/2010, C-406/08 (Uniplex UK Ltd).

²⁴ C. di Giust., sent. 2010- C-406/08 cit.

²⁵ Ex plurimis Cons. di Stato, Sez. V, 07/05/2012, n. 2609; CdS, Sez. V, 14/12/2011, n. 6543.

²⁶ Cfr. Ordinanza TAR Puglia, Sez. I, 25/03/2013, n. 427.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

- A) “Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE vadano interpretati nel senso che il termine per proporre un ricorso, diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, decorra dalla data in cui il ricorrente ha conosciuto, o avrebbe dovuto conoscere secondo l'ordinaria diligenza, l'esistenza della violazione stessa”;
- B) “Se gli artt. 1, 2-bis, 2-quater e 2-septies della direttiva 1992/13/CEE ostano a disposizioni processuali nazionali ovvero a prassi interpretative (...) che consentono al giudice di dichiarare irricevibile un ricorso diretto a far accertare la violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, quando il ricorrente è venuto a conoscenza della violazione **dopo** la formale comunicazione degli estremi del provvedimento di aggiudicazione definitiva, per la condotta tenuta dall'Amministrazione aggiudicatrice”.

Il punto di vista del Tribunale, nella soluzione della questione pregiudiziale proposta, si sostanzia nella necessità che venga privilegiata una interpretazione della direttiva 1992/13/CEE che consenta di impugnare l'aggiudicazione di un appalto *“a ragion veduta, quando gli atti ed i documenti di gara dai quali discendono eventuali vizi di legittimità siano conosciuti, o quantomeno conoscibili secondo l'ordinaria diligenza”*. Infatti, *“(...) anche il compiuto adempimento agli oneri di comunicazione imposti dall'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, da parte della stazione appaltante, potrebbe non essere sufficiente a mettere l'impresa concorrente a conoscenza dei documenti e delle circostanze di fatto rilevanti ai fini della decisione sulla proposizione del ricorso (qualora (...) sia indispensabile esaminare gli elaborati tecnici ed i documenti amministrativi allegati all'offerta dell'impresa aggiudicataria; oppure quando l'amministrazione rifiuti o differisca l'accesso mediante estrazione di copia (...))”*; inoltre, *“appare configgente con il principio di effettività della tutela la regola processuale che onera gli interessati di proporre immediatamente ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto, riservando ad eventuali motivi aggiunti la deduzione di nuove censure (...) poiché la proposizione del ricorso giurisdizionale è normalmente onerosa”*.

Le problematiche sollevate dalle recenti pronunce dei Tribunali amministrativi, fanno spontaneamente **“sorgere il dubbio”** se il contenuto delle comunicazioni obbligatorie di cui all'art. 79, comma 5°, del codice appalti, debba essere ulteriormente esteso al fine di dare compiuta realizzazione all'esigenza, ormai sempre più sentita, di fornire all'interessato piena conoscenza del provvedimento lesivo, ovvero si debba ulteriormente estendere l'interpretazione degli “oneri di comunicazione”, ricomprendendo tra questi anche i documenti amministrativi allegati all'offerta dell'impresa aggiudicataria.

Le risposte ai predetti quesiti sono state fornite all'esito del procedimento **C-161/13**, trattato davanti alla Corte di Giustizia Europea ed avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

proposta alla Corte ai sensi dell'art. 267 TFUE dal TAR per la Puglia nella sopra richiamata ordinanza del 19/12/2012.

Il giudice del rinvio si è chiesto se le disposizioni pertinenti del diritto dell'Unione possano essere interpretate nel senso che il **termine di decadenza** dei ricorsi previsto dalle norme nazionali **inizia a decorrere dal momento** in cui l'interessato sia realmente venuto a conoscenza o abbia la possibilità di venire a conoscenza, dando prova di un'ordinaria diligenza, dell'esistenza di una violazione, e non a decorrere dalla data della comunicazione della decisione di aggiudicazione definitiva dell'appalto.

Alla Corte è stato chiesto, in sostanza, se il termine per la proposizione di un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione di un appalto debba iniziare nuovamente a decorrere in una situazione in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha adottato, dopo la scadenza del termine del ricorso, una decisione che possa incidere sulla legittimità di tale decisione e se, nella stessa situazione, un offerente possa proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto qualora abbia avuto conoscenza di circostanze precedenti la medesima decisione di aggiudicazione idonee ad incidere sulla legittimità della procedura di aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi.

Nel caso concreto l'amministrazione aggiudicatrice aveva autorizzato, prima della conclusione del contratto, la modifica della composizione del raggruppamento aggiudicatario; fatto, questo, idoneo ad incidere sulla legittimità della decisione di aggiudicazione.

Orbene, la V sezione della Corte, con la recente **sentenza 8 maggio 2014** ha statuito (cfr. punto 38 della sentenza) che in tali circostanze il principio della *certezza del diritto* non osta a che il termine di 30 giorni per l'impugnazione venga **riaperto** in relazione ad un ricorso diretto all'annullamento della decisione di aggiudicazione dell'appalto.

La Corte, dunque, con la sentenza in commento, stabilisce il principio secondo cui il termine di giorni 30 deve iniziare **nuovamente a decorrere** qualora sia intervenuta una nuova decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, adottata dopo tale decisione di aggiudicazione ma prima della firma del contratto, che possa incidere sulla legittimità di detta decisione di attribuzione. Tale termine, conclude la Corte, inizia a decorrere dalla data in cui l'offerente ha ricevuto la comunicazione della decisione successiva ovvero, in assenza di tale comunicazione, dal momento in cui l'offerente ne ha avuto conoscenza.

Viceversa, precisa la Corte, nel caso in cui l'offerente abbia conoscenza, dopo la scadenza del termine del ricorso, di una irregolarità asseritamente commessa prima della decisione dell'aggiudicazione, il diritto al ricorso sarà garantito solo entro tale termine.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

Dalla lettura della parte motiva della pronuncia della Corte si ricava che se, da un lato, la certezza del diritto impone che le informazioni ottenute dall'offerente in virtù dell'art. 49, paragrafo 2, della direttiva 2004/17, e quelle che si sarebbero potute ottenere, non possono più servire come fondamento per la proposizione di un ricorso dopo la scadenza del termine previsto dal diritto nazionale (punto 35 della sentenza), per contro, conformemente alla giurisprudenza della Corte (cfr. punto 37 della sentenza), ricorsi efficaci possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi inizino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione.

Analoga esigenza al contemperamento degli obiettivi di celerità e di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, è stata sentita recentemente anche dal Consiglio di Stato²⁷, il quale ha rimesso la decisione del ricorso all'Adunanza Plenaria ai sensi del comma 1 dell'art. 99 del c.p.a., sottoponendo a quest'ultima alcune questioni di rilievo.

In particolare, se il termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso principale debba decorrere dal giorno della ricezione della comunicazione di cui al comma 2, lett. c) e di cui al comma 5 dell'art. 79 del "codice dei contratti" nel solo caso in cui la presunta violazione sia immediatamente percepibile dal contenuto di tale comunicazione, ovvero - in caso contrario - se il suddetto termine decorra dal giorno in cui è stato possibile ottenere l'integrale accesso agli atti della procedura ai sensi del comma 5-quater dell'art. 79 e, comunque, non oltre il decimo giorno dalla comunicazione di cui al comma 2, lett. c) e di cui al comma 5 del medesimo articolo.

Il Consiglio di Stato, infatti, si sofferma su una interessante lettura dell'art. 120 c.p.a. in combinato disposto con il comma 2, lettera c), comma 5, e comma 5-quater, dell'art. 79 del d.lgs. 163/2006, senza disdegnare di rimettere all'Adunanza Plenaria l'ulteriore questione se il quadro normativo nazionale, letto in combinato disposto con le norme del codice appalti sopra menzionate, relative alle comunicazioni obbligatorie, sia compatibile con i principi costituzionali di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 della Costituzione italiana e con il principio comunitario dell'effetto utile, nella parte in cui – per un verso – assoggetta ad un termine fortemente accelerato l'impugnativa degli atti e, per altro verso, pone a carico del soggetto onerato del ricorso l'effetto sfavorevole della ulteriore riduzione del termine effettivamente a sua disposizione, qualora dal contenuto della comunicazione di cui al ridetto art. 79 del "codice appalti" non sia direttamente percepibile la presunta violazione; ipotizzando, in tal caso, una sorta di "proroga del termine di ricorso" al fine del conseguimento dell'effetto utile di matrice comunitaria²⁸.

Il punto di equilibrio, secondo il Consiglio di Stato remittente potrebbe essere individuato in una lettura del complessivo dato normativo secondo cui: *"il dies a quo per il decorso del termine*

²⁷Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 12/12/2012, n. 4857.

²⁸ C-406/08 (Uniplex) cit.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.

(Luigi Pau)

*decadenziale d'impugnativa sia posticipato sino al decimo giorno dalla comunicazione di aggiudicazione ex art. 79, cit. (ossia al momento in cui il concorrente, agendo in modo diligente, potrà aver avuto conoscenza integrale della documentazione di proprio interesse, attivando le modalità semplificate di accesso agli atti di cui al medesimo comma 5-quater*²⁹.

Sarà ora assai interessante, all'esito dell'importante sentenza della Corte di Giustizia sopra richiamata, verificare gli effetti di tale pronuncia sulle decisioni dei Tribunali e dello stesso Consiglio di Stato.

In ogni caso, i principi sanciti dalla Corte di Giustizia nella causa C-161/13 sopra commentata se, da un lato, non contraddicono l'obiettivo di celerità perseguito dalle direttive comunitarie (pur sempre nel rispetto delle esigenze di certezza del diritto, per la cui soddisfazione ogni Stato membro è "caldamente invitato" a prevedere una disciplina che consenta ai singoli soggetti di riconoscere con chiarezza i propri diritti e i propri doveri³⁰), dall'altro, è indubbio che, con la recente sentenza della Corte, la *ratio* di forte accelerazione impressa dalle esigenze di adattamento alla Direttiva 2007/66/CE debba essere resa compatibile con le altrettanto meritevoli esigenze di garanzia di ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici: garanzia che può essere assicurata al ricorrente solo se il termine decorre dalla piena conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni.



3) segue: lo stand still period.

Le questioni sollevate dalla giurisprudenza sopra richiamata, sebbene ispirate da nobili intenti di salvaguardia del principio di effettività, aprono però uno scenario preoccupante di eccessiva ed incontrollata estensione sia del termine per la proposizione del ricorso principale, sia dei termini dilatori per la stipula del contratto, vanificando, a modesto avviso di chi scrive, gli sforzi interpretativi finalizzati a conciliare le ragioni dell'economia con quelle della giustizia.

Come sostenuto da autorevole dottrina,³¹ *"Uno degli strumenti più efficaci per raggiungere un equo contemperamento tra l'esigenza di celerità dell'azione amministrativa e quello di garantire la legalità della medesima e la tutela dei soggetti lesi dall'azione amministrativa illegittima è stato quello di creare uno iato temporale tra la conclusione della procedura di aggiudicazione e la*

²⁹ Cfr. Cons. di Stato, Ad. Plen., 20/05/2013, n. 14, il quale, investito della questione, aveva ritenuto di non dover affrontare il motivo di appello concernente la statuizione di inammissibilità, anche perché nelle more del giudizio era atteso il *dictum* della Corte di Giustizia Europea (nella causa C-161/13 cit.) competente ad enunciare l'interpretazione autentica e vincolante.

³⁰ In tal senso, cfr. Corte di Giustizia CE, sent. 30/05/1991, C-361/88, Commissione/Germania, Racc. pag. I-2567, punto 24; C. di Giust. CE, sent. 07/11/1996, c-221/94, Commissione/Lussemburgo, Racc. pag. I-5669, punto 22.

³¹ Alberto di Mario: "le clausole standstill nell'attuazione della direttiva 2007/66", *Relazione presentata al Corso di formazione per Magistrati amministrativi in data 28/11/2009.*

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

stipulazione del contratto idoneo a garantire almeno le forme più urgenti di tutela dei ricorrenti lesi dall'attività illegittima dell'amministrazione".

Con l'art. 44 della legge n. 88/2001 di recepimento della Direttiva ricorsi 2007/66/CE (modificativa delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE), il Parlamento ha delegato il Governo all'emanazione del d.lgs. 53/2010, il quale ha novellato l'art. 11, commi 9 e 10, introducendo due meccanismi di sospensione, denominati "standstill" ed "effetto sospensivo automatico".

Il primo (art. 11, commi 10 e 10 bis – standstill sostanziale) è un termine dilatorio che sospende la stipula del contratto per un periodo di tempo stabilito ex lege in 35 giorni a decorrere dall'invio dell'ultima comunicazione di aggiudicazione definitiva a tutti i destinatari; il secondo (art. 11, comma 10 ter – standstill processuale), opera un ulteriore effetto sospensivo automatico pari a venti giorni, derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale (con contestuale istanza di sospensione provvisoria) avverso l'aggiudicazione definitiva, decorrente dalla notifica del ricorso e dell'istanza cautelare alla stazione appaltante.

Come si evince da questa breve e sommaria introduzione, tale istituto proviene dalla stessa matrice (le Direttive sopra menzionate e, in particolare, la Direttiva 2007/66/CE) da cui sono originate le pronunce della Corte di Giustizia della Comunità Europea di cui si è discusso nel paragrafo che precede³².

La Direttiva 2007/66/CE introduce, come detto, il termine sospensivo tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto al fine di garantire "un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto"³³.

Questo termine si divide in due forme: il primo ha lo scopo di consentire agli interessati di esprimere una valutazione circa l'opportunità o meno di presentare ricorso, il secondo, quello processuale, permette agli organi giurisdizionali di pronunciarsi prima della stipula del contratto³⁴.

E' evidente, e qui sta il collegamento con quanto oggetto di discussione nel paragrafo dedicato alle comunicazioni obbligatorie, che la valutazione di opportunità riferita al "se" e "come" presentare un ricorso giurisdizionale, non può prescindere da una piena conoscenza da parte dell'interessato dei motivi pertinenti che hanno condotto all'aggiudicazione; presupposto indefettibile affinché l'obiettivo stabilito dall'art. 1, n. 1 della direttiva 89/665 di garantire la possibilità di esperire "ricorsi efficaci", contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, possa essere concretamente conseguito.

³² Corte di Giustizia CE, sent. C-470/99 (Universale-Bau) e C-406/08 (Uniplax) e sent. C-161/13 dell'8 maggio 2014.

³³ Considerando n. 4 della Direttiva.

³⁴ Considerando n. 18 e art. 2, comma 4° della Direttiva.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

Tale conclusione è confermata dal fatto che l'art. 41, nn. 1 e 2, della direttiva 2004/18 impone alle amministrazioni aggiudicatrici di comunicare ai candidati ed agli offerenti esclusi i motivi della decisione che gli concerne.

La medesima conclusione è parimenti suffragata dalle modifiche apportate alla direttiva 89/665 dalla Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2007/66/CE, la quale - nell'intento di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso - prevede che la comunicazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, ad ogni candidato o offerente, deve essere accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti e che i termini per proporre ricorso decadono soltanto dopo che sia trascorso un certo numero di giorni da tale comunicazione.

Ma non è tutto, come è stato ampiamente osservato nell'esame della sentenza della Corte di Giustizia causa C-161/13, il termine per proporre ricorso assume il carattere di perentorietà solo se ad esso si accompagna una comunicazione corretta e completa da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Infatti, l'obiettivo di consentire agli interessati l'esperimento di "ricorsi efficaci" non è solo ancorato al rispetto delle esigenze di *certezza del diritto*, garantita dalla previsione di una disciplina in materia di decorrenza dei termini sufficientemente precisa, chiara e comprensibile³⁵, ma è teso, soprattutto, all'ottenimento del bene della vita illegittimamente leso dall'attività della pubblica amministrazione: ovvero l'aggiudicazione dell'appalto e la conseguente stipula del contratto.

In quest'ottica, non vi è dubbio che l'introduzione di un termine "congruo" tra l'aggiudicazione e la stipula abbia (ancora una volta) il chiaro proposito di assicurare un'effettiva possibilità di tutela giudiziaria agli operatori³⁶.

Si tenga presente che sotto il vigore della prima direttiva ricorsi³⁷, era previsto, relativamente alla fase successiva alla conclusione del contratto, che uno Stato membro potesse limitare i poteri dell'organismo responsabile delle procedure di ricorso al riconoscimento di un risarcimento danni a qualunque soggetto pregiudicato da una violazione³⁸.

Oggi, invece, con la direttiva 2007/66/CE, tra le sanzioni poste a carico dell'amministrazione, che non abbia rispettato i termini di stand still, la più incisiva e rilevante è la inefficacia del negozio giuridico, prevista nei casi in cui la violazione del termine dilatorio abbia privato il soggetto concorrente della facoltà di ricorrere avverso gli atti della procedura prima della stipula del contratto.

³⁵ Corte di Giust. CE (Uniplex), cit., punto 39.

³⁶ Sull'argomento cfr. anche TAR Lombardia, Sez. I, sent. 29/05/2013, n. 1390.

³⁷ Art. 2, n. 6, 2° comma, direttiva 89/665.

³⁸ Cfr. sul punto anche Corte di Giustizia CE, 04/12/2003, C-448/01.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

Ne consegue che, per regola, l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi d'urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi ed alle condizioni previste dal regolamento³⁹.

Peraltro, appare opportuno osservare, proprio alla luce dei principi sopra enunciati, e per lo scopo che l'istituto in commento persegue, che la possibilità di affidare i servizi in via d'urgenza, contenuta nell'art. 11, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006, debba essere interpretata in modo restrittivo, atteso che, nella sostanza, l'esecuzione d'urgenza costituisce un'elusione dello stand still e la sua operatività, pertanto, deve essere ammessa nei ristretti e puntuali limiti di cui alla normativa comunitaria richiamata⁴⁰, pena la violazione dei principi di efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Da ciò la necessità che il concetto, in realtà elastico, di "danno grave all'interesse pubblico" non possa che essere interpretato, anche in virtù delle più recenti pronunce dei Tribunali amministrativi, in senso rigorosamente restrittivo⁴¹.

4) La post-informazione (cenni).

Tra le innovazioni più significative contenute nel decreto legge n. 70/2011, si segnala, oltre all'innalzamento della soglia per l'affidamento di appalti di lavori pubblici, mediante procedura negoziata senza bando di gara, i cosiddetti "avvisi di post-informazione".

La nuova disciplina introdotta in argomento dal nuovo testo del comma 7 dell'art. 122 del codice appalti comporta che, per appalti di qualsiasi importo, è necessario utilizzare lo schema dell'avviso di post-informazione definito al punto 5 dell'allegato IX A, il quale deve contenere l'elenco dei soggetti invitati e deve essere trasmesso per la pubblicazione⁴² entro il termine di dieci giorni decorrente dall'aggiudicazione definitiva.

Lo scopo della novella va ricercato nell'esigenza di semplificazione e di accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto della massima concorrenzialità della

³⁹ Art. 11, comma 12 del d.lgs. 163/2006, il quale richiama l'art. 302 del D.P.R. n. 207 del 2010 ("regolamento").

⁴⁰ Secondo la direttiva 2007/66/CE, la previsione dello stand still può essere derogata solo nei seguenti casi: a) se le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE non prevedono la previa pubblicazione del bando; b) se l'unico offerente interessato è colui a cui è stato aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati; c) in caso di appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione, sia nei settori ordinari che nei settori speciali; d) in caso di appalti basati su un accordo quadro nei settori ordinari.

⁴¹ Cfr. sul punto TAR LAZIO (Roma), Sez. II, sent. 22/05/2013, n. 5144, in cui il Collegio ha ritenuto che nel caso di specie non ricorressero i presupposti per fare applicazione della norma citata, in presenza di colpevole ritardo dell'amministrazione e della mancata adozione dell'atto di aggiudicazione definitiva. Nella parte motiva della richiamata sentenza il Collegio osserva che spesso la necessità di iniziare il servizio in via d'urgenza non deriva da fatti nuovi ed imprevedibili che costringono l'amministrazione a stringere i tempi originariamente previsti, quanto piuttosto, dalla scelta della stessa stazione appaltante di celebrare la procedura di gara troppo a ridosso della successiva fase di esecuzione, e ciò anche quando i tempi di esecuzione sarebbero facilmente programmabili, come nel caso di servizi connessi all'anno scolastico.

⁴² Secondo le modalità indicate dall'art. 122, commi 3 e 5 del d.lgs. 163/2006.

L'aggiudicazione definitiva ed il rapporto con l'aggiudicazione provvisoria. Le comunicazioni obbligatorie dopo il D.lgs. 53/2010: destinatari, contenuto, forma. Lo stand-still period. La post-informazione.
(Luigi Pau)

procedura, con l'aumento del numero minimo dei soggetti che devono essere obbligatoriamente invitati (almeno 10 per i lavori di importo superiore a 500.000 euro e almeno 5 per i lavoratori di importo inferiore).

Si ritiene che le disposizioni in commento ai paragrafi che precedono trovino applicazione anche a tale sistema di affidamento semplificato.

Infatti, il termine di stand still – stante la collocazione sistematica dell'art. 11 nel titolo I recante principi e disposizioni comuni a tutti i contratti pubblici – trova ingresso per tutte le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Tale conclusione è confortata nella uniforme operatività di prescrizioni che garantiscono adeguata tutela ai concorrenti di una selezione ad evidenza pubblica ed è coerente con i principi di cui all'art. 2, comma 1° del codice dei contratti secondo cui "l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici (...) ai sensi del presente codice (...) deve (...) svolgersi nel rispetto dei principi (...) di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione (...)".

Inoltre, la scelta del contraente deve in ogni caso avvenire "nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento"⁴³.

All'interno degli enunciati principi uniformatori del sistema, deve essere letto anche l'istituto della post-informazione ex artt. 122, comma 7, come novellato dal d.l. n. 70/2011, e 331 D.P.R. 207/2010 (in ambito di applicazione delle disposizioni in materia di acquisizione di servizi e forniture in economia) ai quali vanno ricollegati gli obiettivi di cui alle richiamate direttive comunitarie, protese a garantire ai concorrenti piena e completa informazione sulle risultanze della procedura di aggiudicazione ed effettività di tutela giurisdizionale.

⁴³ Art. 30 d.lgs. 163/2006.