

Direttiva ricorsi e appalti pubblici: nuove procedure e diverse responsabilità

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Considerando che gli offerenti preferiscono ottenere l'aggiudicazione di un appalto piuttosto che risarcimenti finanziari, la Commissione si propone di lottare contro la pratica della "corsa alla firma" dei contratti, il cui effetto è di impedire che vengano messe in discussione le procedure avviate una volta firmato il contratto e di limitare le sanzioni al solo risarcimento dei danni.

Queste sono le parole di accompagnamento alla direttiva ricorsi che ci vengono segnalate dal legislatore comunitario e che riassume in maniera precisa l'intento della nuova normativa che anche l'Italia sta facendo propria.

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 84

del 12 aprile 2010 è stato pubblicato il DECRETO LEGISLATIVO 20 marzo 2010, n. 53 Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. (10G0074) (GU n. 84 del 12-4-2010)

Le nuove norme entreranno in vigore il 27 aprile prossimo.

Sono due le situazioni illegittime che si vogliono limitare:

- la radicale assenza della procedura concorrenziale
- il mancato rispetto di uno dei termini sospensivi per la stipula del contratto

ECCO LE PRINCIPALI NOVITA'

Ampliamento del novero dei destinatari della comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione_termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare un congruo termine dilatorio - o sospensivo (c.d. stand-still) - fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto (il governo italiano propone 35 giorni di sospensione) possibilità di una informazione preliminare dei soggetti aggiudicatori da parte dei candidati che desiderano contestare l'aggiudicazione di un appalto pubblico. Questa misura può dare luogo a una conciliazione preliminare e può evitare l'esecuzione di una procedura completa di ricorso.

L'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario deve comportare - obbligatoriamente - la integrale "privazione di effetti" del contratto eventualmente stipulato i Tar e il Consiglio di Stato diventano gli unici giudici competenti a decidere anche sulle sorti del contratto; _si consente anche la sentenza parziale, in cui il giudice annulla l'aggiudicazione, rinvia alla stazione appaltante per ulteriori provvedimenti, e all'esito decide sulla sorte del contratto e sul risarcimento del danno sarò lo stesso giudice a determinare la misura delle sanzioni alternative (sanzione pecuniarie o riduzione della durata del contratto) in modo che siano efficaci, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante, all'opera svolta dalla stazione appaltante per eliminare le conseguenze della violazione.

A fronte quindi di tutte queste, ma anche di altre nuove situazioni, inevitabilmente anche il regime delle responsabilità civili e amministrative delle Stazioni appaltanti e dei propri collaboratori, dovrà subire radicali trasformazioni, sia in positivo che in negativo

Ci sono ulteriori considerazioni da fare:

Primo aspetto:

Arrivati all'aggiudicazione definitiva (che dovrà essere comunicata a tutti gli interessati) di qualsiasi tipo di appalto, la Stazione appaltante dovrà bloccare la sottoscrizione del contratto o fino al trascorrere "silenzioso " di 35 giorni oppure fino a che, nel caso un'impresa abbia proposto ricorso, il giudice non decida almeno sulla richiesta di sospensione degli atti considerati illegittimi.

Secondo aspetto

Obblighi "ufficiosi"

rispettivamente per le imprese che hanno intenzione di presentare ricorso, di rivolgersi prima alla

Stazione appaltante e di conseguenza, per la committente, di rispondere a tale lagnanza con un eventuale atto in autotutela; sebbene la norma non faccia riferimento ad un obbligo preciso di una tale attività, tuttavia sono contemplate fastidiose ripercussioni in caso di inerzia da entrambe le parti (ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile)

Terzo aspetto

Già da ora ci sarà un unico giudice, il Tar o il Consiglio di Stato, la cui giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative (cfr ;Tar Veneto, Venezia, 26.10.2010 n. 1016 Tar Emilia Romagna, Bologna, 15.10.2010 n. 2187; Tar Molise, Campobasso, 10.03.2010 n. 172, Tar Sardegna, Cagliari 08.10.2010 n. 253.) Questa ultima circostanza comporterà un'accelerazione alla definizione di tutte le controversie relative ai contratti già stipulati che, fino ad ora, nel risentire del cd doppio binario giurisdizionale, erano di competenza del giudice civile i cui tempi tecnici di decisione sono senz'altro molto diversi di quelli dei nostri giudici amministrativi

A questo proposito merita segnalare l'intervento della Cassazione civile, Sezioni Unite (., 10 febbraio 2010, n. 2906) che sancisce il seguente rivoluzionario principio:

“La posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, è da trattare unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice. Tale

soluzione è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria del 2007 e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata.” (cfr Tar Roma, Lazio 31.03.2010 n. 5301)

Quarto aspetto:

la reintegrazione in forma specifica DIVENTA PRINCIPALE RISARCIMENTO DEL DANNO INGIUSTO (art. 2043 cc)

rispetto alla quale il richiesto risarcimento per equivalente si pone come rimedio soltanto sussidiario (cfr Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 5414 dell'1 aprile 2010); questo significa che le imprese, al momento di ricorrere avverso una procedura ad evidenza pubblica ritenuta non corretta, avranno il dovere (e non solo l'opportunità)

di subentrare all'illegittimo contraente, anche se il contratto è già stato stipulato e, solo in subordine, ove il giudice non ritenga conveniente togliere il contratto all'impresa che lo sta eseguendo, ottenere un eventuale risarcimento del danno per equivalente, ovvero in forma meramente patrimoniale

Già da queste brevi osservazioni, deve risultare evidente a tutti noi che non si possono ignorare le nuove norme che stanno investendo la materia degli appalti pubblici, anche per il notevole cambiamento di responsabilità, sia civili che amministrative, che la futura modifica al codice dei contratti comporterà.

Alla luce di tutto quanto esposto nei paragrafi precedenti, abbiamo il piacere di inviarvi alla giornata di formazione che si terrà...

Si allega il programma dettagliato

PROGRAMMA DETTAGLIATO DI FORMAZIONE

Direttiva ricorsi e appalti pubblici:

nuove procedure e diverse responsabilità

Progettazione ed erogazione a cura di Sonia Lazzini (s.lazzini@tiscali.it)

Premesse giuridiche

Appartenere alla pubblica amministrazione: i nuovi orizzonti di responsabilità

L'art. 28 della Costituzione: responsabilità penale, civile e amministrativa-contabile

La responsabilità diretta delle singole persone

il beneficio della Colpa Lieve per il singolo dipendente

Il rapporto di immedesimazione organica con l'ente di appartenenza

Analogie e differenze

fra Istituti (enti pubblici non economici), Aziende (enti pubblici economici) e società di capitali

Pubbliche (organismi di diritto pubblico)

I Diversi Tipi Di Attività Di Un Ente Pubblico

Il Risarcimento Del Danno Ingiusto patito dal cittadino a norma dell'articolo 2043 cc

Attività Provvedimentale: Lesione Di Interessi Legittimi

La rivoluzione attuata dalla Cassazione nel 1999, sentenza 500

Il risarcimento del danno nei TAR

La responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale

L'onere della prova per la dimostrazione dell'errore scusabile

Risarcimento per equivalente

Risarcimento in forma specifica

La responsabilità per danno erariale davanti alla Corte dei Conti

La giurisdizione del giudice contabile

Ambito oggettivo e soggettivo di applicazione

Il concetto di colpa grave

Danno erariale diretto

Danno erariale indiretto

Gli obiettivi della direttiva ricorsi

La ratio del legislatore europeo

Preservare le possibilità di ricorso dei candidati all'ottenimento di un appalto pubblico

Assicurare una tutela processuale effettiva e celere

Sospendere, in tempo utile, la firma del contratto

Lottare contro l'aggiudicazione illegittima di appalti a trattativa privata

Il recepimento nell'ordinamento italiano

Il contratto non può essere sottoscritto prima di 35 decorrenti dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione

Il contratto non può essere sottoscritto in presenza di un ricorso davanti al Tar:

Viene ampliato il novero degli interessati cui inviare i diversi atti del procedimento

Obbligo di precontenzioso con sanzioni a carico della pa e dei partecipanti

La domanda di risarcimento dei danni deve essere subordinata alla (tempestiva) richiesta di annullamento

dei provvedimenti ritenuti illegittimi.

Al giudice amministrativo le sorti del contratto da illegittima aggiudicazione

Previsione della inefficacia del contratto:obbligatoria caducazione del contratto

In alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purché proporzionati e dissuasivi (diversi ed ulteriori dal risarcimento del danno).

Effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali *(ex tunc)* _

Viceversa limitazione della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere *(ex nunc)* _

Sanzioni pecuniarie a carico della Stazione appaltante

Il ricorso davanti al Tar deve essere proposto entro 30 giorni

Immediate implicazioni OPERATIVE PER LE STAZIONI APPALTANTI

Il risarcimento per equivalente diventa residuale

Ampliamento della possibilità di agire in autotutela prima della sottoscrizione del contratto, evitando

ulteriori responsabilità precontrattuali

In caso di sentenza parziale, ambito discrezionale della Stazione appaltante per limitare i danni patrimoniali Nuovi orizzonti di responsabilità davanti alla Corte dei Conti

Modifica alla programmazione dell'attività contrattuale

Aggravamento dei costi interni della gara

Allungamento dei tempi dell'intera procedura

Modifica di alcune clausole della lex specialis di gara

Modifica di alcuni protocolli interni di avviso ai partecipanti

Problematiche sulle polizze cauzioni provvisorie e definitive

<https://www.diritto.it/direttiva-ricorsi-e-appalti-pubblici-nuove-procedure-e-diverse-responsabilita/>