



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri

03/10/2014

Oggetto: Affidamento in concessione, ai sensi dell'art. 30, comma 3, d.lgs. 163/2006, del servizio di ristorazione e bar presso tre sedi dell'amministrazione – Nota Presidenza Consiglio dei Ministri-USG 3823 del 08.08.2014 - Individuazione di un termine per la stipula del contratto in pendenza di giudizio

E' pervenuta la nota USG 3823 del 08.08.2014 acquisita con prot. 102403 del 22.09.2014, con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Segretariato Generale, richiede un parere a questa Autorità in merito all'affidamento in concessione del servizio di ristorazione e bar presso tre proprie sedi domandando, in particolare, se possa individuarsi un termine per la stipula del contratto in pendenza di ricorso giurisdizionale e una volta venuto meno il periodo di *stand still*.

Nella lettera pervenuta è rappresentato che la concessione è stata aggiudicata in via definitiva in data 15.05.2014 e che il gestore del servizio di ristorazione e bar di due delle sedi in questione, in regime di proroga del pregresso affidamento, ha proposto ricorso giurisdizionale al TAR Lazio avverso l'aggiudicazione del contratto, essendosi classificato al settimo posto per il lotto 1, al sesto per il lotto 2 e al quinto per il lotto 3.

Il Collegio giudicante, in sede di sospensiva, con il consenso delle parti, ha disposto il rinvio al merito della causa, fissando l'udienza di discussione alla data del 5.11.2014. Sempre all'udienza di merito del 5.11.2014 è stata rinviata anche la discussione di un diverso ricorso introdotto contro gli atti della procedura da parte del secondo classificato.

Poiché, come riferito nella nota pervenuta, le parti processuali hanno prestato il consenso al rinvio al giudizio di merito in occasione dell'esame della domanda cautelare, in tal modo rinunciando



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

all'istanza di sospensiva, il periodo di sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto è venuto meno e l'amministrazione può procedere alla stipula del contratto una volta compiute le verifiche sul possesso dei requisiti.

L'Avvocatura dello Stato, rilevando che la sospensione automatica della stipulazione del contratto, di cui all'art. 11, comma 10-ter, del d.lgs. 163/2006, è venuta meno, suggerisce di attendere l'esito dell'udienza per procedere alla firma. Dello stesso avviso sarebbe il RUP incaricato per la procedura, il quale ritiene che tale strada risponda ad un criterio di maggiore prudenza, considerata la pendenza dei ricorsi giurisdizionali e la possibilità di vedere caducato il contratto che sia stato nel frattempo sottoscritto.

Con la richiesta di parere inoltrata all'Autorità si domanda se vi sia un riferimento temporale da ritenere più idoneo ad assicurare che la determinazione finale non sia rinviata *sine die*.

Tutto ciò premesso, si ritiene che l'istanza di parere non possa configurarsi nell'ambito delle istanze di precontenzioso in quanto, per come formulata, non entrando nel merito della controversia tra le parti, non presenta elementi di ammissibilità ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del d.lgs. 163/2006 e art. 3 del Regolamento ANAC sull'esercizio della funzione di componimento delle controversie.

La questione si ritiene comunque rilevante ai sensi dell'art. 3, comma 3, del Regolamento sopra citato, in considerazione del profilo di valenza generale e di impatto per il settore degli appalti pubblici che presenta il parere richiesto ove si consideri che, in pendenza di ricorsi giurisdizionali, può accadere che le stazioni appaltanti temporeggino rispetto alla stipula del contratto di appalto o di concessione nonostante non sia intervenuta alcuna pronuncia giurisdizionale e sia comunque decorso il periodo di *stand still* previsto dalla normativa, con il rischio di pregiudicare non soltanto le garanzie dell'amministrazione stessa rispetto all'aggiudicatario del contratto, ma altresì l'interesse pubblico alla celere esecuzione del contratto oltreché l'interesse dell'operatore economico aggiudicatario interessato ad avviare la propria attività.

Si aggiunga che, per quanto sia espressione di una valutazione di opportunità dell'amministrazione aggiudicatrice la scelta di attendere l'esito del giudizio di primo grado, comunque la definizione del giudizio di primo grado con una pronuncia che vedesse soccombere il ricorrente potrebbe non risolvere il contenzioso, in considerazione del rimedio dell'appello che lo stesso soccombente potrebbero valutare di esperire.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

A fronte di un'incerta definizione dei tempi di risoluzione del contenzioso giurisdizionale insorto tra le parti di una procedura di gara, il codice dei contratti pubblici contiene all'art. 11 una disciplina che, da una parte, salvaguarda l'interesse del concorrente a non veder pregiudicata la propria posizione soggettiva nelle more dell'introduzione di un ricorso con istanza di sospensiva avverso l'aggiudicazione e, dall'altra, individua tempi determinati per addivenire alla stipula del contratto garantendo così certezza ai rapporti giuridici tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, anche in un'ottica di tutela dell'interesse pubblico alla celere sottoscrizione ed esecuzione del contratto medesimo.

Precisamente, con riferimento al termine di *stand still*, l'art. 11, comma 10, d.lgs. 163/2006 prescrive che «Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79». Quindi, nell'ipotesi di introduzione di un giudizio avverso l'aggiudicazione con istanza di sospensione cautelare del provvedimento impugnato, rileva il comma 10-ter ai sensi del quale: «Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, 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 o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 14, comma 3, del codice del processo amministrativo o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia 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».

D'altro canto, per quanto concerne il termine finale previsto per la stipulazione del contratto, l'art. 11, comma 9, d.lgs. 163/2006 prescrive: «Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'articolo 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate (...). Quindi, il ritardo nella stipula del contratto può determinare una compromissione delle garanzie a tutela dell'interesse dell'amministrazione, visto che la normativa di settore prevede un termine entro cui stipulare il contratto e oltre il quale l'offerta perde il carattere della irrevocabilità.

Come osservato nel parere sulla normativa AG 06/2014, il termine di *standstill* (minimo dilatorio) così come il termine di stipula del contratto (massimo ordinatorio) «perseguono finalità non coincidenti: lo *stand still* è orientato a garantire l'efficacia della tutela processuale del ricorrente, mentre il termine per la stipulazione garantisce la certezza e celerità del procedimento amministrativo di verifica della sussistenza dei requisiti per la valida sottoscrizione del contratto».

L'ordinamento ha inteso, pertanto, contemperare i diversi interessi di cui sono titolari le parti della procedura di gara, dettando una disciplina dei termini sospensivi dilatori accanto all'individuazione di un termine finale, per quanto ordinatorio, per addivenire alla stipula del contratto una volta che l'aggiudicazione definitiva sia divenuta efficace e siano decorsi il termine minimo dilatorio e l'eventuale periodo di sospensione automatica determinato dalla notifica del ricorso avverso l'aggiudicazione con istanza di sospensiva.

In quanto il termine finale indicato all'art. 11, comma 9, del codice ha natura ordinatoria, l'amministrazione procedente può decidere di addivenire alla stipula del contratto successivamente al decorso del predetto termine, previa valutazione di opportunità da compiere anche alla luce del grado di fondatezza delle censure sollevate con il ricorso giurisdizionale, fermo restando che la stipula tardiva del contratto è idonea a pregiudicare le garanzie di certezza dei rapporti giuridici proprie della previsione sul termine ordinatorio così come l'interesse pubblico a che si addivenga con tempestività all'esecuzione del contratto ai sensi dell'art. 2 del codice.

Può, quindi, concludersi che, salva la scelta di opportunità della stazione appaltante di attendere gli esiti del giudizio di primo grado, il riferimento temporale idoneo ad assicurare che la stipula del contratto non sia rinviata *sine die*, deve rinvenirsi nel termine legale previsto all'art. 11, comma 9, primo periodo, del d.lgs. 163/2006, il quale garantisce gli interessi della stazione appaltante e dell'aggiudicatario nonché l'interesse pubblico all'esecuzione del contratto.

Raffaele Cantone