

Al Comune di Andrano

AG 06/2014

20/03/2014

Oggetto: Richiesta di parere - Comune di Andrano - Termine dilatorio per la stipulazione del contratto (cd stand still) - Decorrenza del termine - Applicazione dell'istituto e limiti

Con nota acquisita al prot. n. 130240 in data 30 dicembre 2013, il Comune di Andrano (LE) ha trasmesso a questa Autorità una richiesta di parere in merito alla corretta applicazione del termine dilatorio di trentacinque giorni previsto per la stipulazione del contratto (cd termine di stand still). Il dubbio sotteso a tale richiesta attiene alla possibilità, astrattamente compatibile con la lettera della disposizione, che il termine di stand still debba decorrere non già dalla aggiudicazione definitiva, ancorchè priva della condizione di efficacia, bensì dal momento in cui l'aggiudicazione definitiva acquista efficacia a seguito della verifica del possesso dei requisiti (ex art. 11, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006).

A sostegno della prima tesi, l'orientamento del TAR Lazio considera l'aggiudicazione definitiva, sebbene non ancora efficace, già idonea ad incidere sull'interesse del concorrente non aggiudicatario e, dunque, a fondare il presupposto per il ricorso giurisdizionale o amministrativo avverso la medesima (TAR Lazio, Roma, Sez. III-ter, 9 dicembre 2010, n. 35816, cfr altresì Cons. Stato 11 febbraio 2013, n. 763). Tale giurisprudenza indurrebbe a ritenere legittima la decorrenza del termine di trentacinque giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e non dall'avvenuta efficacia della stessa.

A sostegno della seconda tesi, si può indicare l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale la lesione dell'interesse del partecipante non vincitore emerge solo nel momento in cui - superato il controllo dei requisiti dell'aggiudicatario - l'aggiudicazione definitiva diviene efficace (TAR Lazio, Roma, Sez. III, n. 6899/2008, TAR Veneto, sez. I, 30 luglio 2012, n. 1055), ed argomenta, altresì, sottolineando che appare astrattamente possibile che l'interesse ad impugnare l'aggiudicazione definitiva emerga soltanto a seguito dell'adozione degli atti del controllo medesimo.

In presenza di tali opposti orientamenti il quesito sottoposto dal Comune di Andrano è stato ritenuto meritevole di approfondimento.

Nell'Adunanza del 19 - 20 marzo 2014 il Consiglio dell'Autorità ha assunto le seguenti determinazioni.

Ai fini di definire la fattispecie sottoposta è necessario procedere al corretto inquadramento teorico dell'istituto del termine dilatorio per la stipula del contratto ex art. 11, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006 (c.d. stand still), nonché all'accertamento della coerenza sistematica delle modifiche al Codice dei contratti pubblici, intervenute a seguito del recepimento, con D.Lgs. 20 marzo 2010 n. 53, della Direttiva 2007/66/CE (c.d. Direttiva ricorsi), con riguardo alle interferenze di questo istituto con il procedimento che disciplina l'aggiudicazione definitiva, già previsto dal Codice dei contratti pubblici dal combinato disposto degli artt. 11, commi 8, 9, 10; art. 48 e art. 79.

L'istituto dello stand still, riformato dal recepimento della sopraindicata direttiva, dispone l'impedimento temporaneo della stipulazione del contratto per un termine di "trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79" (art. 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163/2006). Si tratta di un termine dilatorio, previsto ex lege, che deve intercorrere tra il provvedimento di aggiudicazione e la stipulazione del contratto, allo scopo di garantire agli interessati che, nelle more del termine a disposizione per presentare un ricorso, il contratto non venga stipulato tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, frustrando le iniziative dei non vincitori, potenziali ricorrenti. La sospensione dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione definitiva prescinde dalla concreta proposizione di un ricorso giurisdizionale ed è posta a garanzia dei potenziali ricorrenti, i quali - laddove decidessero di intentare un'impugnazione - non sarebbero pregiudicati da una stipulazione già avvenuta. Con riguardo all'aggiudicazione definitiva, occorre precisare che essa non è immediatamente efficace ma "diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti" (art. 11, comma 8 del D.Lgs. n. 163/2006). Peraltro, se - da un lato - il Codice, dopo l'aggiudicazione, fissa la decorrenza del termine ordinatorio in sessanta giorni a partire dall'aggiudicazione definitiva divenuta efficace (art. 11, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006); dall'altro lato, con riguardo al termine (minimo dilatorio) di stand still, dispone che la decorrenza del termine prenda avvio "dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79" (art. 11, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006), senza chiarire se si debba far riferimento al provvedimento sic et simpliciter oppure al provvedimento divenuto efficace.

Poste tali premesse, la ratio del meccanismo di stand still si può ricavare dal quarto considerando della Direttiva ricorsi ove si afferma che "(f)ra le carenze constatate, figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Per rimediare a questa carenza, che costituisce un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, vale a dire coloro che non sono stati ancora definitivamente esclusi, è opportuno prevedere un termine

sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto". In tal senso, l'istituto dello stand still deriva dal bilanciamento di due contrapposti interessi: da un lato, l'interesse di tutelare il concorrente post-graduato e potenziale ricorrente dalla cd "corsa" al contratto; dall'altro, quello di consentire all'amministrazione di giungere celermente alla conclusione del procedimento e di sottoscrivere in tempi rapidi e certi l'atto da cui deriva la pretesa dell'esecuzione.

Non a torto, si osserva che i concorrenti potrebbero avere interesse ad impugnare l'aggiudicazione definitiva, anche o meramente, con riferimento agli atti che ne attestino l'intervenuta efficacia (ad es., da parte del secondo in graduatoria che contesti la legittimità dell'accertamento della sussistenza degli stessi in capo all'aggiudicatario) o l'inefficacia (ad es., da parte dell'aggiudicatario che si veda revocata l'aggiudicazione per la constatata insussistenza dei requisiti).

Tuttavia - nell'economia del bilanciamento di interessi sopra rappresentato - riferire la garanzia realizzata attraverso il termine di stand still esclusivamente al momento in cui il contratto sia validamente stipulabile, i.e. al momento dell'aggiudicazione divenuta efficace, determina una eccessiva compressione dell'interesse dell'amministrazione (e non solo) alla celerità del procedimento e si scontra con alcune, insuperabili, obiezioni.

In primo luogo, si può ritenere che, in tal modo, verrebbe sacrificata l'esigenza di un termine certo che il legislatore comunitario ha inteso introdurre con lo stand still, segnando un punto fermo a partire dal quale l'amministrazione può validamente stipulare il contratto, poiché il termine per la stipulazione verrebbe a dipendere - in ultima analisi - dalla maggiore o minore celerità dell'azione amministrativa nell'attività di accertamento dei requisiti.

In secondo luogo, non sembra si possa disattendere la constatazione per cui - con riguardo al termine di stand still - il legislatore ha previsto che esso decorra sic et simpliciter "dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione" (art. 11, comma 10 del D.Lgs. n. 163/2006), senza in alcun modo menzionarne l'efficacia. In tal senso, laddove il legislatore avesse inteso riferirsi al provvedimento efficace di aggiudicazione definitiva, lo avrebbe chiaramente espresso, come peraltro si riscontra nella previsione che detta il termine massimo ordinatorio di sessanta giorni (art. 11, comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006). Detta interpretazione appare, peraltro, confermata dalla disposizione dell'art. 79, co. 5, lett. a), a tenore della quale l'amministrazione è tenuta a comunicare "l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni (...)". Anche in questa disposizione, che concerne il medesimo atto, non si fa riferimento alcuno all'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione definitiva; e soprattutto si chiarisce che la comunicazione deve essere tempestiva.

Più in generale, si consideri che il termine di stand still (minimo dilatorio) e quello 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. Peraltro, non si può trascurare che generalmente la lesione dell'interesse del concorrente che segue in graduatoria appare nella maggior parte dei casi già chiara al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ancorché questa sia soggetta a una fase di integrazione dell'efficacia: in tal senso, sussistono valide ragioni per ritenere che l'interesse a ricorrere sorge, in generale, in conseguenza della suddetta aggiudicazione, fermo restando che - ancor più laddove nel successivo provvedimento che dichiara l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva emergano elementi nuovi per l'impugnazione - l'azione possa essere integrata con atto di motivi aggiunti (sul punto, cfr. Tar Lazio, Sez. I-bis, 8 luglio 2009, n. 6681).

In conclusione, sembra ragionevole sostenere che, per quanto espresso in motivazione, in ossequio alle esigenze di celerità e certezza dell'azione amministrativa sottese alle modifiche al Codice dei contratti pubblici introdotte dal recepimento della Direttiva ricorsi, il dies a quo, dal quale decorre il termine dilatorio di trentacinque giorni, previsto nel novellato meccanismo di stand still, coincide con l'ultima delle comunicazioni di cui all'art. 79, comma 5, lett. a).

Lorenza Ponzzone