

La c.d. “*direttiva ricorsi*”
Direttiva 2007/66/CE dd. 11.12.2007
(in vigore dal 20.12.2009
per i contenuti precettivi)

Le modifiche al codice dei contratti

● **DIRETTIVA 2007/66/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO dell'11 dicembre 2007 che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici**

● [direttiva\direttiva 2007_66.pdf](#)

Stato dell'arte per il recepimento

- Scadenza del termine per il recepimento...20 dicembre 2009
- La legge comunitaria del 2008 (n.88/09)..delegava il Governo a recepire con D.lgs la direttiva ricorsi **entro il 20 dicembre 2009**
- Il 27 novembre il Consiglio dei Ministri ha approvato la bozza del decreto di recepimento (n. 167)
- Sul testo è intervenuto il parere del Consiglio di Stato ([parere C.S. sullos chema di dlgs.docx](#))

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- molte previsioni della direttiva sono sufficientemente dettagliate da potersi ritenere auto-applicative (ad es. standstill processuale)..e comunque..
- Per le previsioni non auto-applicative..vige cmq l'obbligo di interpretazione conforme..il giudice nazionale dovrà applicare il diritto interno interpretandolo alla luce delle prescrizioni comunitarie..
- ..in ogni caso, il privato che soffra un pregiudizio derivante dall'omessa o tardiva trasposizione può agire in via risarcitoria (è la c.d. responsabilità del legislatore).

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- La direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007 ha modificato le direttive 89/665/CE e 92/13/CE – concernenti le procedure di ricorso in materia, rispettivamente, di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori e forniture, e di procedure di appalto nei c.d. settori speciali – ed ha introdotto alcune misure finalizzate a rafforzare l'effettività del sistema di tutela, fondato su mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni delle pubbliche amministrazioni e degli altri soggetti tenuti al rispetto del diritto comunitario, in modo da garantire che l'intervento del giudice abbia luogo, per quanto possibile, in un momento in cui le violazioni possono ancora essere corrette
- *(cfr. considerando da 1 a 4).*

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- La direttiva 2007/66/CE è stata emanata per rispondere alle criticità riscontrate dalla Comunità nell'attuazione delle precedenti direttive 89/665/CE e 92/13/CE.
- Come si dà conto nei considerandi... *“Le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza della Corte di giustizia hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti negli Stati membri. A causa di tali carenze i meccanismi di cui alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette. Di conseguenza le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono l'obiettivo di tali direttive dovrebbero essere rafforzate per garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. È opportuno quindi modificare le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE aggiungendo le precisazioni indispensabili per raggiungere i risultati perseguiti dal legislatore comunitario”.*

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Una particolare enfasi viene posta sulla necessità di rispettare il termine sospensivo (c.d. standstill period) tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto al fine di consentire ai concorrenti ritenuti lesi dalla ritenuta illegittimità dell'aggiudicazione stessa.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Una particolare enfasi viene posta sulla necessità di rispettare il termine sospensivo (c.d. *standstill period*) tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto al fine di consentire ai concorrenti ritenuti lesi dalla ritenuta illegittimità dell'aggiudicazione stessa.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Osserva in tal senso la Comunità come talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata, si inducano a procedere molto rapidamente alla firma del contratto (c.d. "*race to signature*").
- 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.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- La direttiva prevede il termine sospensivo minimo che deve intercorrere tra la data della decisione di aggiudicazione e la data di stipulazione del contratto, che deve essere almeno di “dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati, se la spedizione è avvenuta per fax o per via elettronica, oppure se la spedizione è avvenuta con altri mezzi di comunicazione[...] di almeno 15 quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui è stata inviata la decisione di aggiudicazione dell'appalto agli offerenti e ai candidati interessati, o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione di aggiudicazione dell'appalto”.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Come noto il Codice già prevede all'art. 11, c. 10, il termine dilatorio di trenta giorni tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, mentre rimane aperta la questione di diritto interno sulle conseguenze dell'eventuale violazione della prescrizione e dell'opportunità di modificare il nostro termine sospensivo per farlo coincidere con il termine di 60 giorni per la proposizione del ricorso.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Una deroga al termine sospensivo può essere prevista dagli Stati membri (in questo caso il recepimento dell'art. 2/ter è facoltativo) solamente quando unico offerente è l'aggiudicatario e non vi sono altri interessati, quando l'appalto è basato su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, oppure quando la direttiva 2004/18/CE non prescrive la pubblicazione del bando, come nei casi di estrema urgenza.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Come noto il Codice già prevede all'art. 11, comma 10, il termine dilatorio di trenta giorni tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, mentre rimane aperta la questione di diritto interno sulle conseguenze dell'eventuale violazione della prescrizione e dell'opportunità di modificare il nostro termine sospensivo per farlo coincidere con il termine di 60 giorni per la proposizione del ricorso.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- “Per contrastare l’aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un’amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.
- Pertanto, un contratto risultante da un’aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto.
- La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest’ultimo.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi ai sensi della presente direttiva dovrebbero includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ai sensi della direttiva 2004/18/CE.
- Ciò corrisponde a una procedura senza previa indizione di una gara ai sensi della direttiva 2004/17/CE. misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- In caso di altre violazioni di requisiti formali, gli Stati membri potrebbero considerare inadeguato il principio della privazione di effetti. In questi casi gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di prevedere sanzioni alternative.
- Queste ultime dovrebbero consistere soltanto nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie da pagare ad un organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore o nella riduzione della durata del contratto.
- Spetta agli Stati membri definire le disposizioni particolari concernenti le sanzioni alternative e le relative modalità di applicazione”.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

Un'ulteriore fondamentale prescrizione è contenuta nell'art. 2-quinquies, secondo il quale.... *“Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo di ricorso nei casi seguenti:*

- a) se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella GUUE senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE;
- b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'art.2/bis, paragrafo 2, della direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;
- c) nei casi di cui all'art.2/ter, lett. c), secondo comma della presente direttiva qualora gli Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione”.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Si prevedono in tal modo tre ipotesi di gravi violazioni della normativa comunitaria, in presenza delle quali il contratto eventualmente stipulato prima dell'annullamento della decisione di aggiudicazione deve, obbligatoriamente, essere considerato privo di effetti.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Sotto tale profilo, invero, una questione particolarmente delicata e controversa che si inquadra nella più ampia cornice di garanzia dell'effettività di tutela del concorrente ritenuto leso da illegittima aggiudicazione è quella relativa alla introduzione del “giudice unico” per la l'illegittimità del provvedimento e per l'invalidità del contratto medio tempore stipulato, superando il dualismo che i recenti arresti giurisprudenziali della Cassazione e dell'Adunanza Plenaria hanno posto sul tema.
- Così come rimane aperta la questione relativa alla natura sostanziale ed alla disciplina processuale della privazione di effetti, a cui il legislatore dovrà dare risposta in sede di recepimento della direttiva, la quale, peraltro, sulla *vexata quaestio* dei rapporti tra annullamento della gara e sorte del contratto si mantiene neutrale.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

- Accanto alle predette ipotesi in cui la privazione di effetti del contratto è obbligatoria e può essere derogata, in via eccezionale, solo “se l’organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti” (fermo l’obbligo degli Stati membri di prevedere l’applicazione di sanzioni alternative), il legislatore comunitario prevede, nell’articolo 2/sexies, un altro gruppo di fattispecie, in cui gli Stati membri possono scegliere se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, ulteriori rispetto al mero risarcimento del danno.

Stato dell'arte sulla coerenza della direttiva

- Secondo l'art. 2, co. 6, inoltre “*Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata*”.
- Si ripropone dunque l'ulteriore questione della pregiudizialità amministrativa ai fini della tutela risarcitoria, la quale, prima *facie*, parrebbe non porsi in diretto contrasto con l'ordinamento comunitario.

Stato dell'arte sulla cogenza della direttiva

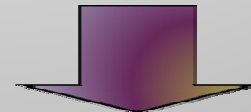
- La direttiva 2007/66/CE è entrata in vigore il 20 dicembre 2009 nelle norme in cui può considerarsi *selfexecuting*, essa innova l'ordinamento giuridico italiano ed impone alle amministrazioni ed ai giudici di applicare tali disposizioni.
- Si ritiene che le disposizioni immediatamente vincolanti si riferiscano:
 - a) **obblighi di accurata e puntuale comunicazione ai concorrenti;**
 - b) **natura perentoria del termine sospensivo**
 - c) **effettività del sistema di tutela processuale (concentrazione in capo al GA chiamato a pronunciarsi sull'illegittimità dell'aggiudicazione della competenza in merito alla dichiarazione di inefficacia del contratto)**

Una nuova direttiva ricorsi..perchè?

- Fino al 2007...89/665/CEE, 92/13/CE



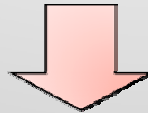
Impact assessment report (studio svolto dalla Commissione nel 2006)..rileva che



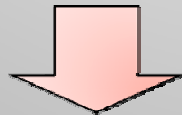
I rimedi pre e post contrattuali previsti nelle due direttive non sono riusciti a dissuadere le amministrazioni dalla stipula di contratti illegittimamente aggiudicati

I problemi

- Il fenomeno più grave rilevato è la c.d. *race to signature*



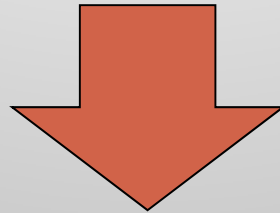
L'aggiudicazione diviene irreversibile



La tutela fruibile dalle imprese non aggiudicatrici si esaurisce al risarcimento per equivalente

Le soluzioni proposte

- lo *standstill period*.... letteralmente periodo di congelamento



Termine minimo che
sospende la “*conclusione*”
del contratto

I termini di standstill

● I termini di *standstill* previsti dalla direttiva sono 3:

■ 1 facoltativo

■ 2 obbligatori

*Stand still..***facoltativo**

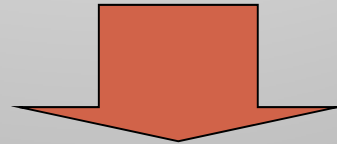
- Gli Stati membri *possono* esigere che i soggetti che si assumano lesi dall'aggiudicazione propongano in primo luogo ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice
- In questo caso gli Stati provvedono affinché la proposizione di tale ricorso comporti la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto

Il termine facoltativo..criticità

- Questo termine evoca una esigenza di definitività della decisione da impugnare che il nostro ordinamento ha abbandonato come presupposto processuale per l'accesso alla tutela giurisdizionale
- è un termine che è stato pensato per gli ordinamenti come quello tedesco..in cui si impugna solo l'atto definitivo

La bozza del decreto di recepimento della direttiva prevede il termine facoltativo?

- No... però introduce un istituto che assolve una funzione simile ... quella di sollecitare un ravvedimento dell'amministrazione prima della impugnazione del provv. davanti al G.A.



- *...Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale* (in futuro...art. 243 bis codice dei contratti)

Segue..l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale

- I concorrenti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della asserita violazione e dell'intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale, con sintetica e sommaria indicazione dei vizi di legittimità riscontrati e dei motivi del futuro (ed eventuale) ricorso

Se il concorrente non inoltra l'informativa?

- La presentazione dell'informativa non è un requisito processuale ...si può adire il G.A. anche senza averla inoltrata.
- L'omissione tuttavia costituisce comportamento valutabile in un eventuale giudizio risarcitorio (ex art. 1227c.c.)..
- *Cfr. le teorie sulla pregiudiziale amministrativa ...effetti della mancata impugnazione dell'atto sulla quantificazione del risarcimento*

Il dirigente, ricevuta l'istanza ...

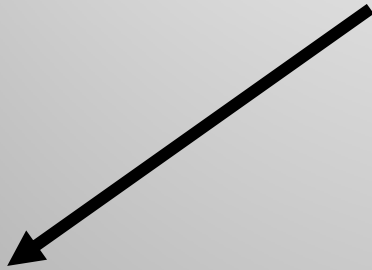
- Dispone motivatamente il non luogo a provvedersi dandone comunicazione all'interessato...o...
- Adotta subito il provvedimento di ritiro dell'atto contestato...o...
- Avvia il procedimento di autotutela, dandone adeguato comunicazione

Se la stazione appaltante che riceve l'informativa resta inerte?

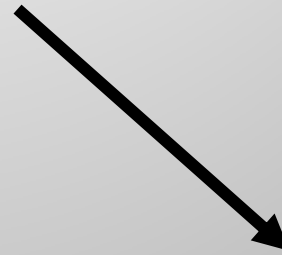
- Non si forma alcun silenzio..nè silenzio significativo..nè silenzio inadempimento impugnabile *ex art. 21 bis* legge TAR.
- L'informativa sembra una specie di istanza di autotutela: non attiva alcun obbligo di provvedere in capo alla p.a. ricevente...
- Tuttavia l'inerzia della p.a. ricevente è valutabile ai fini della eventuale condanna alle spese e dell'eventuale risarcimento del danno.

Gli altri termini di standstill

- I termini di standstill obbligatori sono 2



Standstill sostanziale



Standstill processuale

Lo standstill sostanziale

-la conclusione del contratto non può avvenire prima di almeno 10 gg. a decorrere dal giorno successivo alla comunicazione dell'aggiudicazione agli interessati

Lo standstill sostanziale nel diritto nazionale vigente

- Art. 11 co. 10 d. lgs. 163/2006..termine dilatorio di 30 giorni tra aggiudicazione e conclusione..(la bozza di decreto di recepimento della direttiva innalza tale termine a a 35 gg, lo schema iniziale della bozza prevedeva 40 gg).
- Cosa significa? Che il diritto nazionale vigente..già prevede uno standstill conforme allo standard europeo?

Il diritto nazionale vigente..già prevede uno standstill sostanziale conforme allo standard europeo?..dubbi..

- Nella direttiva...il termine sostanziale decorre dalla comunicazione dell'aggiud. corredata da relazione sintetica di motivi pertinenti dell'aggiudicazione in favore dell'impresa X
- Nel codice dei contratti vigente ... il termine decorre dalla mera comunicazione ai controinteressati del provv. di agg...(onere comunicativo più leggero)
- Nella bozza di decreto di recepimento c'è un avvicinamento..i termine decorre dalla comunicazione dell'aggiud. accompagnata da motivazione contenente relazione sintetica circa i vantaggi e le caratteristiche dell'offerta selezionata.

Segue ... la sospensione imposta dal diritto nazionale vigente..è già e conforme allo standard europeo?..dubbi..

- E' diverso (anche) il regime delle deroghe:
- l'art. 2 *ter* della direttiva consente la facoltà di deroga solo se prevista normativamente dallo Stato membro e con riferimento ai casi di appalti per i quali non è imposta la previa pubblicazione del bando (i.e. accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione)
- Il codice dei contratti prevede che si possa derogare al termine sospensivo sostanziale per motivate ragioni di particolare urgenza.

Segue... il regime delle deroghe al termine sostanziale nella bozza

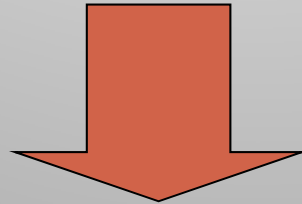
- Le deroghe vengono tipizzate...non compare più il generico riferimento all'urgenza. Le ipotesi sono due:
 - 1) Se è stata presentata una sola offerta, poi risultata aggiudicataria, e non sono state proposte impugnazioni contro il bando ovvero queste sono state respinte;
 - 2) Se sono state presentate più offerte, è stata ammessa una sola (poi risultata aggiudicataria), e non sono state presentate impugnazioni contro il bando o contro l'esclusione, ovvero queste sono state respinte.
- La *ratio* è chiara: in questi casi il termine sospensivo non serve perché non ci sono concorrenti che vantino un adeguato interesse a ricorrere contro l'aggiudicazione.
- Cmq, anche nella testo della bozza, la derogabilità della sospensione resta molto più ampia di quanto previsto dalla direttiva (che limita le ipotesi di deroga ai soli contratti aggiudicabili senza bando).

Il dies ad quem dello standstill sostanziale

- Qual è l'oggetto della sospensione sostanziale automatica?
- La stipulazione?
- O.....la conclusione del contratto?

...segue..il dies ad quem

- Bisogna considerare 2 elementi
- - il testo inglese della direttiva parla di sospensione della *conclusion*...
- .il testo inglese dice che la sospensione opera anche se il contratto è stato firmato



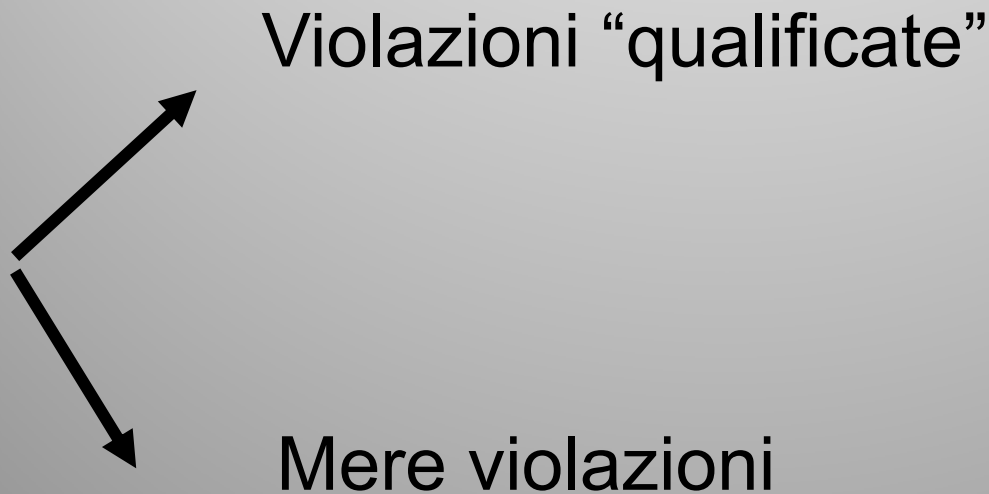
Non si sospende la stipulazione ma la **conclusion** del contratto, da intendersi come inizio dell'esecuzione

Le sanzioni per la violazione dello standstill sostanziale

- Il termine nazionale di standstill è ordinatorio.. la sua inosservanza non è sanzionata...
- La direttiva invece..prevede un articolato apparato di sanzioni...segue..

La violazione dello standstill sostanziale..le sanzioni previste dalla direttiva

- ...Occorre fare una distinzione preliminare tra le violazioni del termine di standstill sostanziale

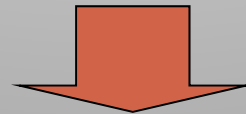


Le “violazioni qualificate” (dello standstill sostanziale)

● Quando...

1) la violazione ha privato l'offerente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula
...e...

2) si sia verificata, oltre la violazione del termine, anche una violazione sostanziale che abbia influito sull'opportunità di ottenere l'appalto



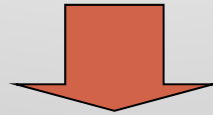
Inefficacia del contratto

Le violazioni qualificate nella bozza....

- Le violazioni “qualificate” dello standstill sostanziale ..danno luogo ad inefficacia del contratto
- Il giudice ... con opportuno bilanciamento degli interessi coinvolti... tenendo conto della gravità della condotta della stazione appaltante..decide caso per caso sulla retroattività o meno dell'inefficacia

Le mere violazioni (dello standstill sostanziale)

- Quando l'inosservanza della sospensione sostanziale non incide sulle prospettive di tutela dei concorrenti e non si associa ad alcuna violazione sostanziale



Sanzioni alternative:

1) Sanzioni pecuniarie alla p.a. aggiudicatrice

2) Riduzione della durata del contratto

- Nell'attuale codice dei contratti queste sanzioni non sono previste ... la bozza invece le riproduce in modo fedele al contenuto della direttiva.

Le posizioni della giurisprudenza..le sanzioni in caso violazioni dello standstill

- Questione 1: quali sono oggi le conseguenze della violazione dello standstill sostanziale (l'unico attualmente recepito nel nostro ordinamento)?
- ...T.A.R. UMBRIA 31 ottobre 2008, n. 691: Il mancato rispetto del termine dilatorio previsto tra l'aggiudicazione e la stipulazione non configura un vizio del procedimento di aggiudicazione, il quale deve in ogni caso ritenersi concluso con l'emanazione del relativo provvedimento. Gli eventuali vizi del contratto, quale conseguenza della precoce stipulazione, devono essere conosciuti dall'AGO. Pronuncia...ambigua e non risolutiva...

Lo standstill processuale...nella direttiva

- La proposizione di un ricorso contro l'aggiudicazione sospende la conclusione del contratto fino a che non sopraggiunga una decisione:
 - sul merito del ricorso...*oppure*...
 - sulla domanda cautelare
- La scelta tra le due alternative ricade sul legislatore nazionale..(nel codice dei contratti però ancora non si prevede alcuno standstill processuale)

Il legislatore in sede di recepimento ha due possibilità...relative al funzionamento dello standstill processuale (Opzione1)

1) La sospensione scatta anche se il ricorso non è corredato da istanza cautelare..

❖ ...e dura fino alla definizione nel merito

Segue...opzione 2

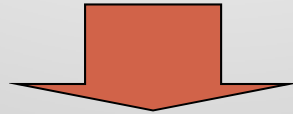
2) la sospensione opera solo per i ricorsi
corredati di istanza cautelare ...

● ... e dura fino alla decisione cautelare

● è l'opzione accolta nella bozza del decreto che recepisce la direttiva.

Le conseguenze...

Opzione 1..(sospensione automatica fino alla decisione di merito, indipendentemente dalla proposizione dell'istanza cautelare)

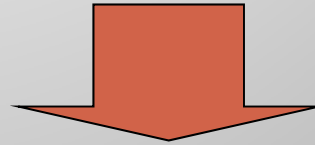


- ...Rischio di **strumentalizzazioni**...ricorsi palesemente infondati..formulati solo per beneficiare dell'effetto sospensivo automatico, che non è un principio accolto in via generale dal nostro sistema processuale (...≠ Germania);

Segue... conseguenze

Opzione 2..(la sospensione scatta se col ricorso è proposta istanza cautelare e dura fino alla decisione cautelare)

• ..cambia la prospettiva....la semplice presentazione dell'istanza..(e non il suo accoglimento)..determina il prodursi della sospensione..



• La decisione sul cautelare stabilisce solo se confermare la sospensione già operante ovvero farla cessare...

• tutela su tre livelli:

- **sospensione automatica**
- **eventuale conferma in sede cautelare**
- **decisione nel merito)**

La sospensione processuale nella bozza di decreto...opzione 2

- Se il ricorso è proposto al giudice competente con contestuale domanda cautelare il contratto non può essere stipulato dal momento della ricezione della notificazione del ricorso da parte della stazione appaltante per almeno venti giorni a condizione che entro tale termine intervenga il provvedimento cautelare collegiale di primo grado ovvero fino alla pronuncia di detto provvedimento se successiva ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione nel merito all'udienza cautelare (..) la preclusione alla stipulazione del contratto cessa in caso di rinuncia, anche tacita, alla domanda cautelare

Questo meccanismo di imminente introduzione...ha un precedente

- co. 4 dell'art. 22 d.lgs. n. 30/2007 (sui ricorsi avverso i provvedimenti di allontanamento dal territorio nazionale di cittadini di uno Stato dell'Unione europea).
- *“i ricorsi [in questione] possono essere accompagnati da una istanza di sospensione dell'esecutorietà del provv. di allontanamento. Fino all'esito dell'istanza di cui al presente comma, l'efficacia del provv. impugnato resta sospesa”*



- La decisione cautelare riguarda solo l'eventuale mantenimento di un effetto sospensivo che si è già prodotto automaticamente

segue..le sanzioni in caso di mancato rispetto dello *standstill* processuale...nella direttiva...e nella bozza

- Il giudice dispone la privazione degli effetti del contratto se questo è stato stipulato in violazione dello *standstill* processuale qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sull'opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento
- l'inefficacia ancora una volta riguarda solo le violazioni "*qualificate*" ...

Segue...

- La bozza prevede che il giudice ... nel disporre l'inefficacia per violazione dello *standstill* (sostanziale o processuale) decida..attraverso un opportuno bilanciamento di interessi e tenendo conto della gravità della condotta della stazione appaltante, il carattere retroattivo o meno dell'inefficacia
- La bozza non formula una regola generale e astratta, rimette la scelta all'apprezzamento del giudice da operarsi con riferimento alle caratteristiche della singola vicenda negoziale (lo stesso...per la violazione dello *standstill* sostanziale)

Segue..le posizioni della giurisprudenza sulla responsabilità statale per omesso o tardivo recepimento della direttiva

● Quale paradigma di responsabilità?

Responsabilità extracontrattuale: tra i consociati e il legislatore non esiste un vero e proprio contratto avente ad oggetto il tempestivo recepimento delle direttive comunitarie

Responsabilità contrattuale (*melius* da inadempimento): il mancato o tardivo recepimento della direttiva configura una violazione di un obbligo preciso e preesistente, diverso dal generico imperativo *del neminem laedere*..pertanto è inapplicabile il paradigma aquiliano, dovendosi preferire il modello contrattuale ex art. 1218 c.c.. Cass. SS.UU. 17 aprile 2009 n. 9147 .