

La direttiva 2007/66/CE

- Direttiva Ricorsi. Recepimento Direttiva, modifiche alla disciplina del contenzioso. Modifiche al codice dei contratti, riflessi sull'attività dell'ente pubblico.
- Modena 4.3.2010

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- La nuova **direttiva 2007/66/CE**, attraverso alcune modifiche alle direttive ricorsi (direttiva 89/665/CEE per i settori cd. ordinari e direttiva 92/13/CEE per i settori cd. speciali), è volta essenzialmente a **migliorare l'efficacia dei mezzi di tutela, quali le procedure di ricorso**, al fine di garantire maggiore trasparenza delle procedure di aggiudicazione nonché ad assicurare la parità di trattamento e la non discriminazione delle imprese interessate.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Quanto al merito specifico delle disposizioni, la nuova direttiva conferma le linee generali dell'impostazione delle direttive 89/665/CEE 92/13/CEE, ma **ne integra in modo sostanziale la disciplina, introducendo, tra l'altro, due principi essenziali:**
 - il **termine sospensivo minimo** per la stipula del contratto;
 - la **privazione di effetti dei contratti** stipulati in violazione del termine minimo ovvero affetti da gravi violazioni del diritto comunitario.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Tali nuovi principi, con le relative norme procedurali, sono contenute in una serie di articoli - dal *2-bis* al *2-septies* e dal *3-bis* al *3-ter* di entrambe le direttive ricorsi - e presentano un identico contenuto, sostanziale e letterale, salvo i diversi riferimenti normativi nelle due direttive.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Nei considerando 2 e 3 della direttiva viene sottolineato come secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, gli Stati membri dovrebbero garantire che siano accessibili **mezzi di ricorso efficaci e rapidi** avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori. La stessa Corte ha quindi evidenziato **una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti** nelle due direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE che non permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie. Conseguentemente risulterebbero non solo violate le garanzie di trasparenza e di non discriminazione che costituiscono invece l'obiettivo delle due citate direttive, ma risulterebbero vanificati anche gli effetti positivi dovuti alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operati dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- *L'ambito di applicazione*
- L'**ambito oggettivo** della nuova direttiva è riferito a **tutti gli appalti** (appalti pubblici, accordi quadro, concessioni di lavori e sistemi dinamici di acquisizione) della **direttiva 2004/17/CE** relativa ai **settori speciali** e della direttiva **2004/18/CE** relativa ai **settori ordinari**.
- Non rientrano quegli **appalti esclusi** a norma degli artt. da 10 a 18 della direttiva 2004/18/CE e a norma dell'art. 5, paragrafo 2, degli artt. da 18 a 26, degli artt. 29 e 30 o dell'art. 62 della direttiva 2004/17/CE.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- **Gli artt. 10 e 11 della direttiva 2004/18/CE** riguardano situazioni specifiche, quali gli appalti nel settore della difesa e gli appalti pubblici e accordi quadro stipulati da centrali di committenza e **gli artt. 12- 18** indicano, invece, gli appalti esclusi (appalti aggiudicati nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, alcune esclusioni specifiche nel settore delle telecomunicazioni, appalti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza, appalti aggiudicati in base a norme internazionali, alcune esclusioni specifiche, le concessioni di servizi e gli appalti di servizi aggiudicati sulla base di un diritto esclusivo).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Gli appalti esclusi a norma della **direttiva 2004/17/CE** riguardano:
 - gli enti che forniscono un servizio di autotrasporto mediante autobus al pubblico i quali erano esclusi dal campo di applicazione della direttiva 93/38/CEE (art. 5, paragrafo 2);
 - le concessioni di lavori e di servizi sottoposti a un regime particolare, gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quelli aggiudicati per fini diversi dall'esercizio di un'attività interessata o per l'esercizio di un'attività in un paese terzo, gli appalti segreti, gli appalti aggiudicati in forza di norme internazionali e quelli appalti aggiudicati ad un'impresa collegata ad una joint venture, gli appalti relativi a taluni servizi esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva stessa, gli appalti di servizi aggiudicati in base a un diritto esclusivo e quelli aggiudicati da taluni enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia (artt. da 18 a 26);
 - gli appalti e accordi quadro stipulati da centrali di committenza e la procedura per stabilire se una determinata attività è direttamente esposta alla concorrenza (artt. 29 e 30);
 - i concorsi di progettazione di cui all'art. 62.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Il termine sospensivo

- Nel considerando 4 viene rilevato come una delle maggiori carenze delle due precedenti direttive sui ricorsi, novellate dall'attuale direttiva, sia l'assenza di un termine che permetta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto.
- Pertanto, al fine di conferire maggiore efficacia alla tutela dei partecipanti alle procedure di gara, la nuova direttiva introduce un **termine generale minimo obbligatorio di sospensione tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipula del contratto.**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Tale **termine varia a seconda del mezzo più o meno rapido di comunicazione** dell'aggiudicazione agli interessati: è di **almeno «10 giorni civili»** - vale a, dire di calendario - se la comunicazione avviene per fax o per posta elettronica, di 15 giorni con altri mezzi.
- Questo termine rappresenta un **tempo minimo** ritenuto generalmente congruo per valutare l'opportunità del ricorso, ma allo stesso tempo non troppo lungo da causare oneri sproporzionati all'amministrazione aggiudicatrice. **Gli Stati potranno naturalmente**, in sede di recepimento, **introdurre termini superiori** oppure decidere quale dei due termini applicare se vengono usati congiuntamente più mezzi di comunicazione (considerando 5 e 6).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- La **comunicazione** della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato deve essere accompagnata da:
 - *una relazione sintetica dei motivi pertinenti;*
 - *una precisa indicazione del termine sospensivo per esperire la procedura di ricorso.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Il termine sospensivo **ha valenza generale**, riguarda cioè, tutti gli appalti di cui alle due direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e **la sua applicazione può essere derogata solo in tre precise e limitate fattispecie**, analoghe per le due direttive:
 - 1) *appalti senza obbligo di pubblicazione nella GU dell'Unione europea per l'estrema urgenza. In tali casi, sottolinea il considerando 8, è sufficiente prevedere procedure efficaci di ricorso dopo la conclusione del contratto;*
 - 2) *offerente unico aggiudicatario e non vi sono candidati interessati;*
 - 3) *appalti basati su di un accordo quadro o su di un sistema dinamico di acquisizione. In tali casi gli Stati, anziché introdurre un termine sospensivo obbligatorio, dovranno prevedere la privazione di effetti quali sanzione effettiva.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Dal lato **soggettivo**, la direttiva chiarisce che sono considerati **interessati**, e quindi **ammessi a proporre ricorso**:
 - *gli offerenti che non siano stati definitivamente esclusi (l'esclusione è tale se è stata comunicata e ritenuta legittima da un organo indipendente di ricorso ovvero se non può essere oggetto di ricorso);*
 - *quei candidati nel caso in cui l'amministrazione aggiudicatrice non ha messo a loro disposizione le informazioni attinenti il rigetto della loro domanda.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Accanto al termine sospensivo minimo, la direttiva in esame **introduce un rilevante principio** nel nuovo art. 2 delle due direttive ricorsi (par. 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE, e par. 3 e 3 bis della direttiva 92/13/CEE) ovvero **l'obbligo per gli Stati**, pur senza sancire alcun automatismo nella produzione di effetti sospensivi sulle procedure di aggiudicazione, **di imporre alle amministrazioni aggiudicatrici di «non stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso».**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Tale principio insieme al combinato disposto con le previsioni sull'introduzione del termine sospensivo (nuovo art. 2-bis delle due direttive ricorsi) è convalidato dal considerando 12 ove viene espressamente prevista la possibilità di proroga del termine sospensivo e la conseguente necessità di «un termine sospensivo minimo autonomo» che «non dovrebbe scadere prima che l'organo di ricorso si sia pronunciato sulla domanda».
- Lo stesso considerando esplicita, infatti, chiaramente, la *ratio* della disposizione, sottolineando che *«la proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo non dovrebbe privare l'organo responsabile delle procedure di ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire»*.
- Da qui, l'eventualità della proroga e la previsione della competenza degli Stati circa la determinazione della scadenza del termine sospensivo autonomo: «Gli Stati membri possono decidere che tale termine scada quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione circa la domanda di provvedimenti cautelari, anche riguardo a un'ulteriore sospensione della stipula del contratto, o quando l'organo di ricorso abbia preso una decisione sul merito della questione, in particolare sulla domanda di annullamento delle decisioni illegittime».

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La privazione di effetti

- **Un altro importante principio introdotto** dalla direttiva 2007/66/CE strettamente correlato al primo è quello della previsione della possibile **privazione degli effetti dei contratti in tre ipotesi** di portata relativamente ampia:
 - nel caso di stipula con **violazione del termine sospensivo**;
 - nel caso di **aggiudicazione senza pubblicazione** al di fuori delle ipotesi previste;
 - qualora gli Stati abbiano previsto la **deroga al termine sospensivo** per gli appalti stipulati a seguito di un accordo quadro o un sistema dinamico di acquisizione.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Con la prima ipotesi, la privazione degli effetti agisce in funzione rafforzativa del principio del termine sospensivo, mentre negli altri due casi la volontà del legislatore comunitario è esplicitata nei considerando 13 e 14, ove viene sottolineato che, per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi *«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»*.
- Viene, inoltre, aggiunto, che *«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»*.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- La nuova direttiva precisa, quindi, che spetta al **diritto nazionale determinare le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti** di un contratto, indicando alcune ipotesi, quali prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere (*ex nunc*).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Disposizioni attuative

- A questi principi cardine della nuova disciplina, fanno da contorno **norme procedurali e sostanziali** che le specificano e le rafforzano, pur lasciando agli **Stati**, in sede di trasposizione, **un'ampia discrezionalità nella concreta determinazione delle disposizioni attuative**.
- Spetterà, infatti, al diritto nazionale stabilire i **termini di preposizione dei ricorsi, fatto salvo il termine generale minimo** obbligatorio di sospensione tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipula del contratto (che, come sopra illustrato, è di almeno 10 giorni civili se la comunicazione avviene per fax o per posta elettronica, oppure di 15 giorni con altri mezzi).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Solo nel caso di **ricorsi avverso la decisione di privazione degli effetti** del contratto gli Stati dovranno fissare un «termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi» (considerando 25) entro, però, i limiti temporali stabiliti al nuovo articolo 2-septies (delle due direttive ricorsi):
 - 30 giorni civili nel caso di comunicazione dell'avviso di aggiudicazione se accompagnata dalla relativa sintetica motivazione della decisione;
 - sei mesi dalla data di stipula del contratto.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Inoltre, sarà compito degli Stati **definire in dettaglio** la previsione di **sanzioni effettive per le violazioni della direttiva**, come pure la facoltà di poter fissare **sanzioni alternative** alla privazione degli effetti del contratto ovvero di poter **prevedere** che l'organo giurisdizionale **possa derogare dalla privazione degli effetti**, ma soltanto «**per esigenze imperative** (non sono tali gli interessi economici legati direttamente all'appalto) connesse a un interesse generale» applicando **sanzioni alternative**.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Tali **sanzioni alternative** dovranno essere comunque **effettive, proporzionate e dissuasive** e consistono in sanzioni pecuniarie in capo alle amministrazioni aggiudicatrici e nella riduzione della durata del contratto. Non viene considerata una sanzione alternativa la concessione del risarcimento danni. Nulla vieta, poi ai singoli Stati, come si legge nel considerando 20, **stabilire sanzioni più rigorose.**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Ulteriori disposizioni

- La nuova direttiva 2007/66/CE prevede anche un **meccanismo correttore** nel caso in cui, prima della stipula del contratto, si ritenga che sia stata commessa una grave violazione del diritto comunitario nelle procedure di aggiudicazione di appalti che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE. A tal fine è previsto **l'intervento della Commissione in base al principio di sussidiarietà** sancito dall'articolo 5 del Trattato, ma nel rispetto, in particolare, del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri (considerando 34).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- Da ultimo, va segnalato che la nuova direttiva **sopprime**, in quanto rimasti praticamente inutilizzati, **due istituti** previsti nella sola direttiva ricorsi 92/13/CEE relativa ai settori speciali: **il sistema volontario di attestazione della legittimità delle aggiudicazioni** e **il meccanismo di conciliazione**, che prevedeva, a favore dell'offerente che si riteneva leso per violazione del diritto comunitario la possibilità dell'intervento conciliativo della stessa Commissione UE (considerando 29 e 30).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

- ❑ **Il termine di recepimento della direttiva è fissato al 20 dicembre 2009.**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- L'articolo 44 della legge n. 88/2009 (comunitaria 2008) reca i **principi ed i criteri direttivi** cui il governo dovrà attenersi nel recepimento della direttiva 2007/66/CE.
- Sullo schema - o schemi - di decreto legislativo volto a recepire la direttiva 2007/66/CE è stato acquisito il **parere del Consiglio di Stato**
- [parere C.S. sullo schema di dlgs.docx](#)
- Nel rispetto della stessa procedura, possono essere emanate, entro due anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo previsto, anche **disposizioni correttive e integrative (commi 1 e 2)**.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- Il **comma 3** reca quindi l'**ambito soggettivo di applicazione** definendo quale "**stazione appaltante**" i soggetti di cui agli articoli 32 e 207 del d.lgs. n. 163/2006 (cd. Codice appalti), nonché qualsiasi altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- Si rammenta che l'**art. 32** riguarda prevalentemente le amministrazioni aggiudicatrici ed altri soggetti aggiudicatori di contratti relativi a lavori, servizi, forniture, mentre l'**art. 207** riguarda le amministrazioni aggiudicatrici dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture **nei settori speciali**: gas, energia termica ed elettricità, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- Il decreto dovrà essere emanato nel rispetto dei seguenti **principi e i criteri direttivi**:
 - a) circoscrivere il recepimento alle disposizioni elencate nel presente articolo e comunque a quanto necessario per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alla direttiva 2007/66/CE, previa verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti e inserendo coerentemente i nuovi istituti nel vigente sistema processuale, nel **rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo**;

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- b) assicurare **un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti** contemplati dal Codice appalti, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e operare un recepimento unitario della direttiva 2007/66/CE;
- c) assicurare il **coordinamento con il vigente sistema processuale**, prevedendo le abrogazioni necessarie;
- d) recepire integralmente l'art. 1, par. 4, delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo, inoltre, che **la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale**, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela;

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *L'art. 1, par. 4 delle due direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, prevede che gli Stati membri possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'art. 2-bis, par. 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'art. 2-quater.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

e) recepire gli artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, **fissando un termine dilatorio per la stipula del contratto e prevedendo termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura;**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *Gli artt. 2-bis e 2-ter, lett. b) delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, recano disposizioni e deroghe relative al termine sospensivo.*
- *In particolare l'art. 2-bis prevede che gli Stati membri garantiscano termini tali da garantire ricorsi efficaci avverso le decisioni di aggiudicazione di un appalto prese dagli enti aggiudicatori, adottando le disposizioni necessarie nel rispetto delle seguenti condizioni minime: la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto di lavori o servizi non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno 10 giorni civili a decorrere dal giorno successivo a quello 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, prima dello scadere di almeno 15 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.*

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- La comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato dovrà essere accompagnata da:
 - una relazione sintetica dei motivi pertinenti;
 - una precisa indicazione del termine sospensivo per esperire la procedura di ricorso.
- L'art. 2 ter, lett. b), prevede alcune deroghe al termine sospensivo, tra le quali quella in cui l'unico offerente interessato sia colui al quale è stato aggiudicato l'appalto e non vi sono altri candidati interessati.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

f) recepire l'art. 2, par. 6, e l'art. 2-quater della direttiva 89/665/CEE, nonché l'art. 2, par. 1, ultimo capoverso, e l'art. 2-quater della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo:

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- 1) che i **provvedimenti delle procedure di affidamento siano impugnati entro un termine non superiore a trenta giorni** dalla ricezione e i bandi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla pubblicazione;
- 2) che i **bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni siano impugnati autonomamente** e non possano essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento siano impugnati con l'aggiudicazione definitiva, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti;
- 3) che il **rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolga con la massima celerità** e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali;
- 4) che **tutti i ricorsi e scritti di parte e provvedimenti del giudice abbiano forma sintetica**;
- 5) che **tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento siano concentrati nel medesimo giudizio** ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione;

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *L'art. 2, par. 6 della direttiva 89/665/CEE e l'art. 2, par. 1, ultimo capoverso, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, tra i requisiti per le procedure di ricorso, dispone che 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 o la dichiari illegale.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *L'art. 2 quater delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, reca i termini per la proposizione del ricorso. Quando uno Stato membro stabilisce che qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un ente aggiudicatore nel quadro di o in relazione a una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalla direttiva 2004/17/CE debba essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest'ultimo è di almeno **10 giorni** civili a decorrere dal giorno successivo a quello in cui la decisione dell'ente aggiudicatore è stata inviata all'offerente o al candidato, 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** giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'ente aggiudicatore è stata inviata all'offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'ente aggiudicatore.*
- *La comunicazione della decisione dell'ente aggiudicatore ad ogni offerente o candidato è accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

g) recepire l'art. 2, par. 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'art. 2, par. 3 e 3-bis, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo la **sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale** avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare e rivolto al giudice competente, **con i seguenti criteri:**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- 1) la competenza, sia territoriale che per materia, è inderogabile e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione;
- 2) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare;
- 3) il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *L'art. 2, par. 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'art. 2, par. 3 e 3-bis, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, dispongono, in merito ai requisiti per le procedure di ricorso, che qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello scadere del termine sospensivo. Eccetto alcuni casi, le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione alle quali si riferiscono.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

h) recepire gli artt. 2, par. 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli artt. 2, par. 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i **seguenti criteri**:

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- 1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'art. 2-quinquies, par. 1, lett. a) e b), delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire;
- 2) nel caso di cui all'art. 2-sexies, par. 1, delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative;
- 3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato;
- 4) **disciplinare le sanzioni alternative** fissando i limiti minimi e massimi delle stesse.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *L'art. 2, par. 7, della direttiva 89/665/CEE e l'art. 2, par. 6, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedono che gli effetti dell'esercizio delle procedure di ricorso sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto siano determinati dal diritto nazionale. Inoltre, tranne che nei casi in cui una decisione debba essere annullata prima della concessione di un risarcimento danni, uno Stato membro può prevedere che, dopo la conclusione di un contratto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso si limitino alla concessione di un risarcimento danni a qualsiasi persona lesa da una violazione.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *L'art. 2-quinquies delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, reca disposizioni relative alla privazione di effetti dei contratti; l'art. 2-sexies della direttiva 89/665/CEE e della direttiva 92/13/CEE, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, disciplina i casi di violazione della direttiva e reca le sanzioni alternative che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive (per i relativi contenuti si rinvia alla scheda di commento della direttiva 2007/66/CE).*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- *Da ultimo l'art. 3-bis delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, reca il contenuto dell'avviso volontario per la trasparenza ex ante. Esso deve includere le informazioni seguenti:*
 - a) denominazione e recapito dell'ente aggiudicatore;*
 - b) descrizione dell'oggetto dell'appalto;*
 - c) motivazione della decisione dell'ente aggiudicatore di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando nella G.U. dell'Unione europea;*
 - d) denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è stata adottata la decisione di aggiudicazione dell'appalto;*
 - e) se del caso, qualsiasi altra informazione ritenuta utile dall'ente aggiudicatore.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- i) recepire l'art. 2-septies delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo **i termini minimi di ricorso** di cui al par. 1, lett. a) e b), dei citati artt. 2-septies, e il termine di **trenta giorni nel caso di cui al successivo par. 2**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- **L'art. 2-septies delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificato dalla direttiva 2007/66/CE, reca i termini per la preposizione del ricorso. Il par. 1 prevede che gli Stati membri possono stabilire che esso possa avvenire:**
 - a) *prima dello scadere di un termine di almeno trenta giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato l'avviso di aggiudicazione (a condizione che tale avviso contenga la motivazione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice di affidare il contratto senza previa pubblicazione di un bando nella GU dell'Unione europea) oppure ha informato gli offerenti e i candidati interessati della stipula del contratto, a condizione che tali informazioni contengano una relazione sintetica dei motivi pertinenti;*
 - b) *e in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto.*
- **Il par. 2 dispone che, in tutti gli altri casi, i termini per la proposizione del ricorso vengano determinati dal diritto nazionale.**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- l) recepire gli art. 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 8 e 12 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, relativi rispettivamente al **meccanismo correttore** e all'**attuazione** della direttiva, individuando il Ministero competente e il procedimento;

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

m) **dettare disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato, secondo i seguenti criteri:**

- 1) **incentivare l'accordo bonario;**
- 2) **prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio** alternativo al giudizio civile;
- 3) **prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale**, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto;
- 4) **contenere i costi del giudizio arbitrale;**
- 5) **prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.**

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- Il **comma 4** fa salva la **disciplina speciale in materia di ricorsi** relativi ai contratti degli investimenti pubblici di competenza statale, ivi inclusi quelli di pubblica utilità, con particolare riferimento agli interventi programmati nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale (QSN) ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio e per le implicazioni di ordine occupazionale e sociale.
- Tale disciplina è stata **introdotta dall'art. 20, comma 8, del decreto-legge n. 185/2008** (*Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale*).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

La norma di delega nell'art. 44 della legge comunitaria 2008

- Tale disposizione ha introdotto una disciplina speciale sia per quanto riguarda la comunicazione e l'accesso agli atti del procedimento amministrativo sia per quanto riguarda l'eventuale ricorso contro tali atti di fronte al giudice amministrativo. Con riferimento a tale ultimo aspetto, in particolare, essa delinea uno speciale processo di primo grado, caratterizzato da tempi più stretti rispetto all'ordinario.
- Il **comma 5** reca la **clausola di invarianza finanziaria**.
- Il **comma 6** dispone che le amministrazioni provvedono agli adempimenti previsti dall'attuazione del presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- Nelle more del recepimento della direttiva 2007/66/CE finalizzata al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, il Governo, con alcune disposizioni contenute nell'**art. 29, comma 1-quinquiesdecies del decreto legge n. 207/2008**, convertito con modificazioni dalla legge n. 14/2009, ha:
 - prorogato ulteriormente il termine per l'entrata in vigore del divieto di devoluzione delle controversie a collegio arbitrale;
 - dimezzato tutti i compensi;
 - cancellato la norma che aveva sempre consentito agli arbitri di raddoppiarsi il compenso in nome della «complessità della causa».

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- In particolare con la **lettera a)** - del citato comma 1-quinquedecies) - **si è differito di 9 mesi** (dal 30 marzo al **31 dicembre 2009**) il termine - fissato dall'art. 1-ter, comma 1, del DL n. 162/2008 - per l'entrata in vigore del **divieto di devoluzione delle controversie a collegio arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture** previsto dall'art. 3, commi da 19 a 22, della legge finanziaria per il 2008.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- Il termine del 31 dicembre 2009 è stato recentemente differito al **30 giugno 2010** dall'art. 5, comma 4, del **decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194** recante "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative", **in corso di conversione** presso il **Senato** della Repubblica.
- Si ricorda che il citato **art. 1-ter , comma 1, del DL n. 162/2008** aveva a sua volta differito i termini di cui all'art. 15 del D.L. 248 del 2007, precedentemente differiti dall'art. 4-*bis*, comma 12, del DL n. 97/2008.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- Quanto al contenuto dell'art. 3, commi da 19 a 22 della legge n. 244/2007 (finanziaria 2008), si ricorda che esso **vieta, alle pubbliche amministrazioni di inserire clausole compromissorie in tutti i contratti** aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi.
- Si ricorda che per "compromesso" si intende l'accordo con il quale le parti consensualmente decidono di derogare alla giurisdizione ordinaria e di deferire una controversia tra loro già insorta alla cognizione di un arbitro unico o di un collegio di arbitri (art. 807 c.p.c.).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- Per "clausola compromissoria" si intende, invece, la clausola inserita in un contratto o il patto ad esso accessorio nel quale i contraenti prevedono che le future ed eventuali controversie che tra loro potranno insorgere in ordine a quel contratto saranno giudicate da arbitri (art. 808 c.p.c.).
- Ai sensi dei commi 19 e 20, il divieto si applica:
 - *alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001;*
 - *alle società interamente possedute ovvero maggioritariamente partecipate dalle pubbliche amministrazioni suddette;*
 - *agli enti pubblici economici ed alle società interamente possedute ovvero maggioritariamente partecipate da questi ultimi.*

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- Le conseguenze della violazione del divieto sono individuate nella nullità delle clausole compromissorie ovvero dei compromessi comunque sottoscritti e nella configurabilità dell'illecito disciplinare e nella responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- Sull'evoluzione normativa e i dati relativi al contenzioso arbitrale si rinvia al capitolo 7 della **relazione 2007 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici** di lavori, servizi e forniture.
- Merita però riportare, in questa sede, quanto affermato dall'Autorità nella citata relazione in merito alle norme di cui viene differita l'entrata in vigore dalla presente lettera: “secondo l'Autorità, l'esclusione della clausola compromissoria o del compromesso per le controversie in tema di contratti pubblici genera forti perplessità in merito alla sostenibilità da parte del mercato, a causa dell'eccessiva lunghezza dei tempi della giustizia, sia essa ordinaria che amministrativa”.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- La **lettera b)** ha quindi **integrato** il disposto del **comma 12 dell'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006** (cd. Codice dei contratti pubblici) provvedendo a:
 - **dimezzare i compensi minimi e massimi stabiliti, per gli arbitri,** dalla tariffa allegata al **DM lavori pubblici n. 398/2000;**
 - **vietare incrementi dei compensi massimi legati:**
 - alla particolare complessità delle questioni trattate;
 - alle specifiche competenze utilizzate;
 - all'effettivo lavoro svolto.

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Le recenti modifiche legislative sugli arbitrati

- Si ricorda in proposito che in **allegato al citato DM n. 398/2000** viene disciplinata la “**tariffa per la determinazione del corrispettivo** dovuto alla Camera arbitrale ex art. 32, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, quale compenso per gli arbitri, cui va aggiunto il rimborso delle spese documentate sostenute dal collegio arbitrale”. Tale tariffa prevede un compenso minimo e massimo a seconda del valore della controversia.
- Nello stesso allegato viene poi disposto che “la Camera arbitrale, con espressa motivazione in merito, alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto, può incrementare fino al doppio i compensi massimi” previsti dal medesimo allegato. Tale disposizione viene quindi neutralizzata dal divieto previsto dalla suesposta lettera b).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Lo schema di D.Lgs di recepimento

- Lo schema di decreto legislativo recepisce in Italia la «direttiva ricorsi» (2007/66) che impone di prevedere un periodo di sospensione tra l'aggiudicazione definitiva di una gara di lavori, servizi e forniture e la firma del contratto di appalto, per permettere a chi si sente leso dalle scelte della pubblica amministrazione di presentare un ricorso e provvede ad **una riforma complessiva del contenzioso degli appalti**, eliminando anche i riti speciali più veloci come quello previsto per le opere gestite dai commissari straordinari (ad eccezione delle procedure riguardanti i commissari già nominati alla data di entrata in vigore del decreto in esame).

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Lo schema di D.Lgs di recepimento

- Vengono introdotti **nuovi termini**:
 - **30 giorni** per impugnare l'aggiudicazione,
 - **35 giorni** per la sospensione del contratto.
- Sostanzialmente i **punti cardini del provvedimento sono i seguenti**:

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Lo schema di D.Lgs di recepimento

- **l'accordo bonario**, la cui **procedura viene rafforzata** da un lato, attraverso l'istituzione di una nuova figura - il mediatore unico - cui viene affidata la procedura di conciliazione, dall'altro nell'obbligatorietà di ricorrere all'accordo bonario prima di avvalersi dell'arbitrato o adire il giudice ordinario;
- **l'arbitrato viene confermato quale sistema preferito di risoluzione delle liti negli appalti** in considerazione del risparmio di tempo ottenuto con l'arbitrato stesso in caso di ricorso;
- in relazione alla revisione dei **compensi degli arbitri**, viene chiarito che essi dovranno essere determinati con i criteri e le tariffe del vigente DM n. 398/2000, ovvero con le vecchie parcelle che, come anzidetto, erano state dimezzate dal decreto legge n. 207/2008;

La direttiva 2007/66/CE

Procedure di ricorso in materia di appalti

Lo schema di D.Lgs di recepimento

- **Il ricorso al Tar diventa la via esclusiva di tutela**, con l'abolizione della possibilità al ricorso straordinario al Capo dello Stato;
- innanzi al giudice amministrativo, viene delineato un **modello di procedimento** caratterizzato da un termine di trenta giorni per proporre ricorso e dalla riduzione degli altri termini processuali;
- nel caso di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, con contestuale domanda cautelare la stazione appaltante, per un determinato periodo di tempo, **non può stipulare con il vincitore della gara il relativo contratto.**