

Introduzione

Il presente lavoro si propone di analizzare le peculiarità del nuovo giudizio in materia di appalti pubblici - la cui disciplina, introdotta dall'art. 245 del Codice dei contratti pubblici e modificata dal d.lgs. n. 53 del 2010, emanato in recepimento della direttiva ricorsi 2007/66/Ce, è stata poi trasfusa, con ulteriori modifiche, nel nuovo Codice del processo amministrativo (d.lgs. n.104 del 2010) - dedicando particolare attenzione a quelle disposizioni che attribuiscono al giudice amministrativo incisivi poteri di intervento, anche in deroga al principio dispositivo. Lo studio delle peculiarità del contenzioso in materia di appalti pubblici rappresenta, infatti, il punto di partenza per una riflessione sulla progressiva trasformazione della giurisdizione amministrativa e sulla tendenza della stessa a sviluppare profili propri di un giudizio di tipo oggettivo, orientato, oltre e prima che alla mero soddisfacimento della situazione giuridica vantata dalle parti, al ripristino della legalità violata e, nel caso degli appalti, alla tutela "rafforzata" del valore della concorrenza. Dopo una ricognizione introduttiva delle fonti normative della riforma del rito speciale in materia di appalti pubblici - dalla direttiva ricorsi al nuovo Codice del processo amministrativo - si analizzano, in primo luogo, gli effetti e le ricadute, in termini processuali, delle modifiche che hanno interessato la disciplina sostanziale delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Tali disposizioni appaiono finalizzate, infatti, al pari di quelle strettamente processuali, ad assicurare il miglioramento della efficacia e dell'effettività degli strumenti di tutela giurisdizionale. In particolare, viene approfondita la nuova disciplina del c.d. standstill period (termine dilatorio di sospensione obbligatoria della stipulazione del contratto), la cui durata è stata opportunamente coordinata con il nuovo termine dimidiato per la proposizione del ricorso, in modo da evitare la stipulazione del contratto prima che vi sia certezza del fatto che nessuno dei soggetti potenzialmente interessati intenda contestare gli esiti della procedura.

In relazione al rito superaccelerato in materia di appalti caratterizzato per il suo carattere "elitario" e volto alla riduzione eccessiva dei termini processuali si evidenzia la sua abrogazione ad opera del "Decreto Sblocca Cantieri" che ha interessato l'art. 120 c.p.a. e in particolare i commi 2 bis, 6 bis, 5 primo

periodo, 7 primo periodo, 9 e 11 primo periodo.

Particolare attenzione è posta alle disposizioni che attribuiscono al giudice amministrativo incisivi poteri di intervento, anche in deroga al principio dispositivo, viene approfondita la disciplina dell'inefficacia del contratto, laddove nei casi di gravi violazioni della normativa proconcorrenziale l'inefficacia viene configurata quale conseguenza necessaria - rectius sanzionatoria - che il giudice può dichiarare d'ufficio, anche in assenza di domanda di parte, salva la sussistenza di esigenze imperative che ne impongano la conservazione. Potere ufficioso del giudice che si esprime anche nella scelta della decorrenza, ex tunc o ex nunc, dell'inefficacia del contratto.

Una particolare attenzione è dedicata, poi, all'analisi di uno degli aspetti più controversi della nuova disciplina, costituito dall'introduzione delle sanzioni alternative alla dichiarazione giurisdizionale della cessazione di efficacia del contratto; la cui irrogazione è stata affidata dal nostro legislatore nazionale al giudice amministrativo, che può eventualmente provvedervi anche direttamente in grado di appello. Tale previsione che, in maniera del tutto inedita, attribuisce al giudice amministrativo un autonomo potere punitivo, è stata oggetto di numerose critiche, di cui il presente studio dà evidentemente conto, e che hanno riguardato, in particolare: l'attribuzione del suddetto potere sanzionatorio al giudice amministrativo, l'incerta natura giuridica di tali sanzioni- formalmente giurisdizionali, ma sostanzialmente amministrative- e la lesione del diritto di difesa conseguente alla loro irrogazione in sede di giudizio d'appello.

In relazione alle elencate previsioni si evidenzia la significativa evoluzione dei poteri del giudice amministrativo e della stessa natura del giudizio amministrativo, cui dovrebbe, sempre di più, conseguire un rafforzamento dei caratteri di pienezza ed effettività della relativa tutela giurisdizionale. In questo senso, si rileva come l'evoluzione del giudizio amministrativo abbia una portata non circoscritta alla materia degli appalti pubblici, essendo osservabile infatti, come rilevato anche da autorevoli esponenti della magistratura amministrativa e della dottrina, una generale tendenza alla "sostanzializzazione" della tutela giurisdizionale amministrativa, attraverso un progressivo ampliamento dei poteri del giudice. Tale ampliamento che rafforza il ruolo di garanzia della legalità e di indirizzo dell'azione amministrativa assolto dal giudice amministrativo, se contenuto nei limiti del

principio di separazione dei poteri, può essere positivamente valutato.

L'elaborato affronta poi l'organo giudiziario della Corte dei Conti nei suoi aspetti e funzioni e in particolare ci si sofferma sulla casistica giurisprudenziale della Corte dei Conti della Campania in tema di appalti, servizi e forniture.

Nella parte conclusiva si affronta l'organo deputato a scongiurare la proliferazione del fenomeno corruttivo nel nostro paese (ANAC) e si evidenziano gli scenari possibili dovuti ai disservizi negli appalti e servizi pubblici.

Si conclude l'elaborato con un dettagliato sguardo al fenomeno corruttivo in Italia e in alcuni paesi Ue e le relative cause e discipline legislative.

Fonti della riforma del nuovo processo in materia di appalti pubblici

1. a) Le direttive ricorsi di prima generazione

L'intervento normativo comunitario nel settore degli appalti pubblici - volto ad assicurare al massimo grado la tutela del valore della concorrenza in favore di tutti gli operatori economici nel mercato comunitario - ha riguardato non soltanto la disciplina di carattere sostanziale,¹ dovendosi

¹ Cfr. F. ASTONE, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici ed il codice dei contratti*, in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008, 1. Il progetto di creazione e di progressivo sviluppo e tutela del mercato unico europeo è stato messo in atto dal legislatore europeo attraverso il progressivo utilizzo di strumenti, principalmente direttive, volte a coordinare le diverse normative nazionali e ad imporre una serie di prescrizioni e di divieti. Gli obiettivi dei primi interventi normativi comunitari erano, pertanto, quelli di applicare i principi del mercato interno (quelli relativi alla libera prestazione di servizi e alla concorrenza, etc.) ed ottenere una migliore assegnazione delle risorse economiche. Per raggiungere questi obiettivi la Comunità si è dotata, in un primo tempo, di una legislazione volta al coordinamento delle norme nazionali che consisteva nell'imporre degli obblighi di pubblicità dei bandi di gara e delle norme per l'esame obiettivo delle candidature, in modo da aumentare le possibilità per le imprese non nazionali di aggiudicarsi l'appalto. Questo programma è stato effettuato in modo progressivo, cominciando con testi che si limitavano ad esplicitare i divieti del Trattato (non discriminazione nazionale, proibizione delle misure aventi effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione, etc.), come avvenuto con la direttiva del 17 dicembre 1969 (n. 70/32) della Commissione, sugli appalti di forniture. Tali divieti, invero, lasciavano sussistere disparità tra le legislazioni nazionali e non permettevano di realizzare efficacemente i principi di liberalizzazione del Trattato; si richiedevano pertanto obblighi positivi che presupponevano un coordinamento delle norme nazionali. Tali obblighi sono stati, successivamente, esplicitati con le direttive del Consiglio per gli appalti di lavori (n. 71/305 del 26 luglio 1971) e di forniture (n. 77/62 del 21 dicembre 1976), che imponevano l'obbligo di mettere in concorrenza le imprese - facendo della gara di appalto la regola e della procedura ristretta l'eccezione - e di assicurare adeguata pubblicità delle procedure di gara. La creazione di un corpus legislativo completo è stata possibile soltanto nell'ambito della politica del mercato interno lanciata dal Libro bianco del 1985. I vari interventi legislativi successivi sono stati intesi a migliorare i testi esistenti che presentavano una serie di carenze, tra cui il carattere poco vincolante degli obblighi per la scelta delle procedure, la mancata disciplina di alcuni settori, l'assenza di disposizioni relative ai mezzi di ricorso (mentre i sistemi nazionali di ricorso erano molto diversi e spesso insufficienti, come la

necessariamente estendere agli istituti diretti ad assicurare l'effettività della tutela a fronte di violazioni della normativa comunitaria². In tal senso, l'assenza o la scarsa efficacia di strumenti di tutela, idonei a garantire la corretta e uniforme applicazione del diritto comunitario, avrebbe comportato il rischio di una sostanziale neutralizzazione delle finalità sottese alla stessa disciplina di diritto sostanziale.

procedura comunitaria di ricorso per inadempimento). Tale situazione ha portato all'emanazione alle c.d. direttive di seconda generazione: la direttiva 88/255 del 22 marzo 1988 (di modifica della direttiva 77/62 sugli appalti pubblici di forniture); la direttiva 89/440 del 18 luglio 1989 (di modifica della direttiva 71/305 sugli appalti pubblici di lavori); la direttiva 92/50 del 18 giugno 1992, intervenuta a disciplinare il settore dei servizi; la direttiva 90/531 del 17 settembre 1990 a disciplinare settori di servizio pubblico (cosiddetti "esclusi"); le direttive 89/665 del 21 dicembre 1989 per i settori ordinari e la direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992 per i settori già esclusi, intervenute a disciplinare le procedure di ricorso. A queste si sono aggiunte le tre direttive del 14 giugno 1993, volte a codificare i diversi testi relativi a ciascun settore, al fine di assicurare la pari opportunità tra imprese nazionali e non nazionali, grazie a una concorrenza quanto più efficace possibile. Tale principio è stato attuato con disposizioni che si ritrovano nei testi applicabili ai quattro settori: forniture, lavori, servizi e attività di servizio pubblico (acqua, energia, trasporti, telecomunicazioni): la 93/36 per le forniture, la 93/37 per i lavori e la 93/38 per i settori già esclusi. Il Libro Verde dal titolo "Gli appalti pubblici nell'Unione Europea – Spunti di riflessione", COM (96) 583 def., adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996, ha dato inizio ad una nuova fase di riflessione ed intervento da parte del legislatore comunitario, orientato ad attuare una semplificazione ed un riordino sistematico della normativa vigente in materia di appalti. In tale contesto, dopo un lungo iter legislativo si è giunti all'approvazione in via definitiva della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, "relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" e della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, "che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali", entrate in vigore il 30 aprile 2004. Tali direttive, in parte, riproducevano sostanzialmente il contenuto delle precedenti e, in parte, introducevano nuove previsioni volte a garantire al meglio la tutela della concorrenza, quasi a costituire "un codice europeo degli appalti, recante una disciplina dettagliata e compiuta di tutte le fasi del procedimento". Tra i numerosi scritti in commento delle direttive di nuova generazione cfr. R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/ce e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005; R. GAROFOLI, *Il nuovo testo unico europeo degli appalti pubblici (direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004). Le principali novità e le persistenti lacune regolamentari*, in *Serv. pubb. e app.*, 2004, 3, 5, 653; M. PROTTO, *Il nuovo diritto europeo degli appalti*, in *Urb. e app.*, 7, 2004, 755.

² Cfr. G. CORSO, *Gli appalti pubblici nel diritto europeo*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, 336; *ID.*, *La tutela della concorrenza*, in G. CORSO E V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006; G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, I*, Milano, 2007, 426; G.L. TOSATO, L. BELLODI, *Il nuovo diritto europeo della concorrenza. Aspetti procedurali*, Milano, 2004; G. MONTEODORO, *Verso il diritto comunitario europeo degli appalti: spunti di riflessione in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm.*, 1995; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza. Profili sostanziali*, Milano, 2007.

Un considerevole rafforzamento degli strumenti di tutela, a fronte di procedure di affidamento illegittime, si è avuto con l'entrata in vigore delle direttive ricorsi di prima generazione, la n. 89/665/CEE e la n. 92/13/CEE.³ Precedentemente alla loro entrata in vigore e al loro recepimento l'annullamento dell'aggiudicazione non comportava, infatti, quasi mai il travolgimento del contratto - sulla base di una consolidata giurisprudenza del giudice ordinario⁴ - ed in ogni caso tale effetto caducatorio presupponeva,

necessariamente, l'esercizio di un'autonoma azione giurisdizionale dinanzi al giudice ordinario da parte dell'amministrazione, unico soggetto legittimato a proporla ai sensi dell'art. 1441 c.c.

E' chiaro che tale tipo di tutela si presentava scarsamente soddisfacente per il ricorrente vittorioso dinanzi al giudice amministrativo che si vedeva preclusa la possibilità di conseguire il bene della vita cui aspirava, cioè l'aggiudicazione del contratto, in quanto risultava privo di strumenti che gli consentissero di paralizzare la stipula in attesa della definizione del giudizio e non garantito da un'idonea tutela per equivalente, in quanto era particolarmente difficile conseguire un ristoro economico commisurato al mancato guadagno dell'appalto. Il quadro che ne derivava sul versante della effettività della tutela giurisdizionale era, quindi, assolutamente

³ Per un commento alle prime direttive ricorsi, cfr. M. ACONE, *Diritto e processo nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici: dalla direttiva CEE 89/665 alla legge "comunitaria" per il 1991*, in *Foro it.*, 1992, V, 321 ss.; G. GRECO, *L'adeguamento dell'ordinamento italiano alle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici*, in *Gli appalti dei lavori pubblici nel diritto amministrativo comunitario e italiano* (89/440/CEE e 89/665/CEE) (Atti dell'incontro di studi tenutosi a Milano il 16 febbraio 1990), Milano, 1990, 19 ss.

⁴ Secondo la tesi tradizionale c.d. "civilistica", il contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione, successivamente annullata, sarebbe annullabile per vizio della volontà o per difetto di capacità, con conseguente applicazione dell'art. 1441 c.c. che attribuisce la legittimazione attiva all'esercizio dell'azione di annullamento solo ai soggetti nel cui interesse è stabilito (ad es. incapace). Questo tipo d'impostazione, in passato fatta propria dalla Corte di Cassazione, trova il suo fondamento nella considerazione delle norme di evidenza pubblica come volte alla disciplina della formazione del consenso dell'amministrazione aggiudicatrice e, pertanto, all'esclusiva protezione di quest'ultima. Cfr. Cass., Sez. I, 30 luglio 2002, n. 11247, in *Comuni Italia*, 2002, 1679; Id., Sez. II, 8 maggio 1996, n.4269, in *Giust. civ. Mass.*, 1996; Id., 21 febbraio 1995, n. 1885, *ivi*, 1995.

sconfortante.⁵

Le direttive ricorsi di prima generazione (nn. 89/665 e 92/13) hanno, pertanto, risposto all'esigenza di uniformare il diritto degli Stati membri, in tema di tutela giurisdizionale nel settore dei contratti pubblici, garantendo alle imprese operanti sul mercato europeo un livello equivalente di tutela giuridica.

In particolare, la direttiva del Consiglio n. 89/665 del 21 dicembre 1989,⁶ di coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e lavori – al pari della direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992, sui mezzi di ricorso relativi ai settori esclusi - disciplina una serie di strumenti di tutela, di natura giurisdizionale o contenziosa, volti a garantire ai partecipanti alle procedure di affidamento la possibilità di ottenere il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di appalti, “in una fase in cui le violazioni possono essere ancora corrette”.⁷

⁵ Come rilevato da F. ASTONE, *I contratti pubblici fra ordinamento europeo e diritto interno*, in *www.giustamm.it*. Sul punto cfr. S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004.

⁶ Cfr. M. BASSANI, *Le norme comunitarie applicative delle procedure di aggiudicazione degli appalti* (commento alla direttiva del consiglio Cee 21 dicembre 1989, n. 89/665), in *Corr. giur.*, 1990, 959; G. CASTRIOTA SCANDERBERG, *La tutela degli operatori nei confronti della pubblica amministrazione secondo la disciplina comunitaria degli appalti pubblici.*, 1990 ; M. MAGLIANO, *Il contenzioso degli appalti pubblici nella prospettiva del Mercato unico europeo*, in *Riv. dir. europ.*, 1991, 883; G. MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 825; M. PANEBIANCO, *Ricorsi comunitari e nazionali in materia di contratti di lavori pubblici*, in *Riv. dir. europ.*, 1990, 868; A. PREDIERI, *Procedure contrattuali per l'acquisizione di beni e servizi pubblici*, in *Il mercato unico europeo. Pubblico e privato nell'Europa degli anni 90*, Milano, 1991, 619.

⁷ Si riportano, alcuni dei considerando della direttiva 89/665: “considerando che i meccanismi attualmente esistenti, sia sul piano nazionale sia sul piano comunitario, per garantire tale applicazione non sempre permettono di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, in particolare in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette; - considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione e che occorre, affinché essa sia seguita da effetti concreti, che esistano mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme nazionali che recepiscano tale diritto; - considerando che l'assenza o l'insufficienza di mezzi di ricorso efficaci in vari Stati membri dissuade le imprese comunitarie dal concorrere nello Stato dell'autorità aggiudicatrice interessata; che è pertanto necessario che gli Stati membri interessati pongano rimedio a tale situazione;- considerando che, data la brevità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici,

Le norme in discorso hanno assunto un fondamentale rilievo al fine di garantire l'effettiva applicazione della disciplina dettata dalle direttive sostanziali, contribuendo all'armonizzazione della disciplina giurisdizionale degli Stati membri in materia di contratti pubblici ed alla piena accessibilità a mezzi di ricorso rapidi ed efficaci avverso le decisioni adottate dalle amministrazioni aggiudicatrici.⁸ Le suddette direttive imponevano, in particolare, agli Stati membri la creazione di un sistema giudiziale che prevedesse misure cautelari, anche provvisorie - da prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza - nonché una tutela annullatoria, oltre che risarcitoria, in favore dei soggetti lesi dalle violazioni della normativa pro concorrenziale.⁹

Le direttive, invero, pur contenendo una previsione in tema di effetti dell'annullamento giurisdizionale degli atti di gara sul contratto successivamente stipulato, demandavano ai singoli ordinamenti nazionali la valutazione degli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato e la scelta sulla eventuale previsione del meccanismo della pregiudiziale amministrativa.

Il legislatore nazionale, nel recepimento delle direttive avvenuto ad opera degli artt. 12 e 13 della legge 142 del 1992 e 11 della legge 498/92.,

gli organi di ricorso competenti devono in particolare essere abilitati a prendere misure provvisorie per sospendere la procedura di aggiudicazione dell'appalto o l'esecuzione di decisioni eventualmente prese dall'autorità aggiudicatrice; che la brevità delle procedure richiede un trattamento urgente delle violazioni di cui sopra;- considerando la necessità di garantire in tutti gli Stati membri procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime e l'indennizzo delle persone lese da una violazione;- considerando che, se le imprese non avviano la procedura di ricorso, ne deriva l'impossibilità di ovviare a determinate infrazioni a meno di istituire un meccanismo specifico;- considerando che è pertanto necessario che la Commissione, qualora ritenga che sia stata commessa una violazione chiara ed evidente nel corso di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, intervenga presso le autorità competenti dello Stato membro e delle autorità aggiudicatrici interessate perché siano presi gli opportuni provvedimenti per ottenere la rapida correzione di qualsiasi violazione denunciata;- considerando che l'applicazione effettiva delle disposizioni della presente direttiva dovrà essere riesaminata, prima della scadenza di un periodo di quattro anni successivo all'attuazione della stessa, in base ad informazioni che gli Stati membri dovranno fornire in merito al funzionamento delle procedure nazionali di ricorso”.

⁸ Sull'influenza del diritto comunitario sulla disciplina del processo amministrativo italiano cfr. R. CARANTA, *Tutela giurisdizionale (italiana sotto l'influenza comunitaria*, in M. P. CHITI, R. GRECO (a cura di),

⁹ Sul punto cfr. G. GRECO, *La direttiva 2007/66: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 5, 2008, 1029.

ha, però, dato attuazione essenzialmente al profilo della tutela risarcitoria, non occupandosi di chiarire le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sull'appalto, riversando tale problema sulla dottrina e sulla giurisprudenza. In particolare, l'art.

13 della l. 142 del 1992, stabilendo che “la domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo”, ha confermato, quindi, nel nostro ordinamento l'operatività della c.d. pregiudiziale amministrativa di annullamento. Il bilancio relativo all'applicazione delle prime direttive ricorsi, invero, non si è rivelato pienamente soddisfacente, soprattutto sul piano della pratica giudiziaria, in quanto i rimedi diretti a prevenire le violazioni del diritto comunitario - al pari di quelli da attivare successivamente alla stipula del contratto - si sono rivelati inadeguati a garantire l'efficacia e l'effettività delle procedure non sono riusciti a contenere la corsa alla stipula dei contratti aggiudicati illegittimamente (cd. *race to signature*) da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, con la conseguenza di rendere irreversibili gli effetti dell'aggiudicazione contestata. Elementi questi che hanno costretto le imprese illegittimamente escluse, ad accontentarsi, il più delle volte, del risarcimento per equivalente, non essendo più conseguibile alcuna tutela in forma specifica.¹⁰

¹⁰ Sul punto cfr. A. BARTOLINI, *La responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori per violazione del diritto comunitario degli appalti*, in G. F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 139.

1.b) Le procedure di ricorso nella direttiva n. 2007/66/CE

A distanza di circa vent'anni dall'entrata in vigore delle direttive ricorsi di prima generazione, le perplessità in ordine alla effettiva capacità degli strumenti previsti a garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie ed a rafforzare le garanzie di trasparenza e non discriminazione - soprattutto in una fase in cui le violazioni possono essere ancora corrette - hanno trovato conferma negli esiti dell'attività di consultazione delle parti interessate svolta dalla Commissione europea.¹¹

La genesi della direttiva 2007/66/CE deve essere, quindi, individuata nell'esigenza di sistematizzare ed adeguare il disposto delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, alla giurisprudenza della Corte di giustizia e nella necessità di istituire un raccordo con le direttive sostanziali del 2004, garantendone un' applicazione effettiva, attraverso il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.¹²

Gli aspetti maggiormente problematici delle procedure di ricorso riguardavano: la mancanza di strumenti di ricorso efficaci contro la pratica degli affidamenti illegittimi degli appalti pubblici, la stipula affrettata dei contratti da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e l'assenza di misure sanzionatorie - effettive, proporzionate e dissuasive - idonee a "contrastare

¹¹ Cfr. il terzo considerando della direttiva 2007/66/CE. Le criticità connesse all'applicazione delle prime direttive ricorsi sono emerse, infatti, nell'ambito di un processo di consultazione avviato nel 2003 dalla DG Internal Market and services, i cui risultati sono stati inseriti nel report – Impact assessment report - Remedies in the field of public procurement, SEC (2006) 557, del 4 maggio 2006, allegato alla proposta di revisione delle prime direttive ricorsi.

¹² La 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

l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti illegittimi, che secondo la Corte di Giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici".¹³ Quanto al contenuto, la nuova direttiva ricorsi, accanto a norme a recepimento facoltativo, detta anche disposizioni a recepimento obbligatorio – in quanto tali self executing – quali, ad esempio: l'obbligo per gli Stati membri di prevedere un termine sospensivo sostanziale tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto (minimum standstill period) ed un termine sospensivo processuale (effetto sospensivo automatico) a seguito della proposizione di un ricorso con contestuale domanda cautelare; la privazione degli effetti del contratto risultante da un'aggiudicazione illegittima, nel caso di violazioni particolarmente gravi della disciplina comunitaria.

Analizzando brevemente le innovazioni introdotte dalla nuova direttiva ricorsi è opportuno soffermarsi, in primo luogo, sull'art. 2- bis che, al fine di consentire “un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto”,¹⁴ ha introdotto un termine dilatorio o sospensivo (cd. minimum standstill period) tra l'aggiudicazione e la 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 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”. Sulla base dell'affermata “necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori” che “impone di fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire

¹³ Cfr. tredicesimo considerando della direttiva n. 66/2007.

¹⁴ Cfr. quarto considerando della direttiva n. 66/2007.

che il contratto è privo di effetti”,¹⁵ la direttiva ha prescritto l’introduzione di un termine per la proposizione del ricorso, di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data in cui l’amministrazione aggiudicatrice ha informato gli offerenti e i candidati interessati alla stipula del contratto.

Ulteriormente, l’art. 2-quinquies prevede alcune ipotesi tipiche in cui sono rinvenibili le più gravi violazioni della normativa comunitaria, in presenza delle quali il contratto eventualmente stipulato deve essere obbligatoriamente considerato privo di effetti (c.d. ipotesi di inefficacia necessaria). L’articolo in questione, infatti, stabilisce che “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 Gazzetta ufficiale dell’Unione europea 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’articolo 2 ~~1~~ paragrafo 2, della presente 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’articolo 2 ter, lettera 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”.

Accanto a questo gruppo di ipotesi, in cui la privazione di effetti del contratto è obbligatoria e può essere eccezionalmente derogata 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

¹⁵ Cfr. venticinquesimo considerando della direttiva n. 66/2007.