

## REDAZIONALI

# L'EFFETTO SOSPENSIVO DELLA STIPULA DEL CONTRATTO PUBBLICO (LA C.D. CLAUSOLA DI "STAND STILL")

dell'Avv. Salvatore Napolitano

*Sommario: 1) Introduzione. 2) Il termine dilatorio di sospensione della stipula del contratto. 3) L'effetto sospensivo automatico. 4) Eccezioni all'applicabilità del termine dilatorio. 5) Le conseguenze della violazione dello stand still.*

### 1. Introduzione.

La clausola c.d. di "stand still" non è altro che un impedimento temporaneo alla stipula del contratto di appalto, una volta conseguita l'aggiudicazione definitiva a chiusura del procedimento selettivo delle offerte.

La fonte di tale effetto sospensivo è da rinvenirsi nel diritto comunitario, preoccupato di assicurare una effettività di tutela agli operatori economici che concorrono alla procedura di gara, finalità troppo spesso frustrata – negli ambiti nazionali – dalla stipula del contratto di appalto da parte delle stazioni appaltanti in pendenza del giudizio promosso avverso l'aggiudicazione ritenuta viziata con nocumento, quindi, dell'aspettativa del ricorrente a vedersi assegnato il contratto stesso.

La dir. ricorsi (dir. 11/12/2007 n. 66) in realtà prevede due diversi meccanismi sospensivi del termine per la stipula del contratto di appalto.

Il primo, più propriamente definitivo "stand still", configura un vero e proprio termine dilatorio che si frappone tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, precludendone il suo perfezionamento al fine di consentire, a chi ne è interessato e ne sia legittimato, di valutare se proporre o meno ricorso, senza che la tutela della sua posizione giuridica venga pregiudicata o limitata dalla conclusione del contratto medesimo.

L'altro effetto sospensivo, che si può inve-

ce definire automatico, riguarda la avvenuta proposizione di un ricorso e consta di un ulteriore (ancorchè eventuale, nel senso che è subordinato alla proposizione del mezzo di tutela) periodo di sospensione o, meglio, di impedimento alla stipula del contratto, impedimento che si protrae fino alla decisione del ricorso medesimo in sede di cautelare o di merito.

### 2. Il termine dilatorio di sospensione della stipula del contratto.

Il nostro legislatore nazionale aveva, invero, già introdotto – con norma di portata generale - vale a dire l'art. 11, co. 10, del codice dei contratti pubblici, un periodo di sospensione relativo alla stipula del contratto successivo alla aggiudicazione della gara.

La previsione, però, non era, in caso di sua inottemperanza, sorretta da alcuna sanzione, con ciò rendendo pienamente aleatorio il raggiungimento del fine cui la norma era evidentemente ispirata: rafforzare e rendere effettiva la tutela dei concorrenti non aggiudicatari della gara.

Al contrario, la direttiva ricorsi, pur lasciando liberi gli Stati membri – in sede di recepimento – di fissare autonomamente la durata massima dello "stand still", ha tuttavia precisato la conseguenza in caso di inottemperanza del termine dilatorio da parte delle stazioni appaltanti, con ciò vincolando gli Stati membri nell'emanare una adeguata

normativa di recepimento.

Tuttavia il nostro legislatore, nella l. delega (art. 44 l.n. 88/2009) ha opportunamente tenuto presente la necessità di evitare ricorsi proposti per fini meramente dilatori, tendenti strumentalmente a “paralizzare” l’azione amministrativa delle stazioni appaltanti con la possibilità di ottenere vantaggi impropri se non addirittura illeciti, pur se la soddisfazione di tale necessità ha dovuto comportare un sacrificio apprezzabile del termine decadenziale di impugnazione del provvedimento amministrativo, dimezzato dagli ordinari 60 giorni ed appena 30 giorni, decorrenti dalla ricezione della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Al contempo il termine dilatorio di stipula del contratto è stato protratto dagli originari 30 giorni previsti nel previgente testo dell’art. 11, co. 10 del d. lgs. n. 163/2006, agli attuali 35 giorni decorrenti dall’invio dell’ultima comunicazione relativa all’avvenuta aggiudicazione definitiva.

Risulta, quindi, del tutto chiaro che si è inteso coordinare il termine dilatorio di sospensione con il termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, impugnazione che, una volta proposta – a sua volta – determina la ulteriore sospensione “automatica” del termine di stipulazione del contratto, almeno fino alla pronuncia del giudice amministrativo assunta in sede cautelare.

### 3. L’effetto sospensivo automatico.

Il legislatore, per rendere più effettiva la tutela dei concorrenti avverso aggiudicazioni che si ritengono viziate, ha previsto un ulteriore effetto sospensivo della stipula del contratto di appalto pubblico che si determina allorché la stazione appaltante riceve la notifica del ricorso, ormai proponibile solo in sede giurisdizionale, in virtù del chiaro disposto di cui all’art. 120, co. 1 del codice del processo amministrativo.

Pertanto, con la proposizione del ricorso giurisdizionale si determina una ulteriore preclusione alla stipula del contratto di appalto.

Tale ulteriore effetto sospensivo presuppone, però, che il ricorso proposto presenti anche una contestuale domanda di provvedimento cautelare.

In tal caso, infatti, l’effetto preclusivo ulteriore si estenderà per un periodo di venti giorni decorrenti, come detto, dalla notifica del ricorso, sempreché entro tale termine venga pronunciato il provvedimento cautelare richiesto al giudice ovvero, in ipotesi di c.d. “giudizio immediato”, venga pubblicato il dispositivo della sentenza di merito (incidentalmente va precisato che ciò avviene allorché il giudice ritenga, in sede di esame cautelare, di poter decidere contestualmente anche il merito della controversia) ovvero fino alla pronuncia di tali provvedimenti, se intervenuta successivamente alla scadenza del termine di 20 giorni.

Invero, la previsione normativa non appare del tutto felice essendo evidentemente “sovvrabbondante”: infatti, il termine di 20 giorni è del tutto irrilevante, giacché in sostanza l’effetto preclusivo automatico deve permanere sostanzialmente fino all’assunzione dei predetti provvedimenti ad opera del giudice. Sarebbe stato, quindi, più semplice correlare l’effetto preclusivo automatico esclusivamente alla decisione del giudice in ordine alla richiesta cautelare.

La cessazione dell’effetto preclusivo si ha ovviamente se, in sede di esame della domanda cautelare, questa viene respinta, ma anche allorché il giudice si dichiari incompetente ovvero fossi la trattazione del merito senza concedere la misura cautelare della sospensione o infine rinvii la trattazione della istanza cautelare all’esame del merito, con il consenso delle parti, che è da ritenere come sostanziale rinuncia all’esame della domanda cautelare.

### 4. Eccezioni all’applicabilità del termine dilatorio.

Il termine dilatorio non si applica in due casi:

a) in primo luogo, se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso di gara o inoltro di inviti, viene presentata o ammessa una sola offerta e non vengono, tempestivamente, proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito ovvero, seppur proposte, risultano già respinte con decisione definitiva.

La “ratio” della previsione risulta del tutto chiara: non vi possono essere esigenze di tu-

tela del concorrenti in caso di unica offerta presentata ovvero ammessa. Naturalmente queste esigenze rivivono se – come precisa la norma – risultino proposte impugnative del bando o della lettera di invito, non decise in via definitiva.

A ben vedere il legislatore non ha tenuto presente tutte le possibili impugnazioni relative alla fattispecie; infatti, se si fa riferimento ad un'unica offerta "ammessa", si deve ritenere che vi sia stata una pluralità di offerte presentate di cui alcune escluse, pervenendosi quindi all'unica offerta ritenuta ammissibile. Ne consegue che potrebbero esservi delle impugnative avverso le esclusioni delle offerte, non contemplate espressamente dal legislatore. Tuttavia, a mio avviso, in tale caso, si può egualmente concludere – in via di interpretazione estensiva – per una esclusione della deroga, in conformità di quanto accade nel caso di proposizione di impugnativa avverso il bando o la lettera di invito.

b) l'altra eccezione è prevista per il caso di appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60.

Anche in questo caso la ratio della deroga, almeno nella ipotesi di accordo quadro, è alquanto evidente.

Occorre, a tale fine, premettere che l'accordo quadro viene stipulato fra l'amministrazione aggiudicatrice e (uno o) più operatori economici che vengono individuati in base a criteri obiettivi ed alle offerte presentate. In concreto, si attivano due procedimenti: in un primo momento (a monte) si individuano uno (o più) contraenti; in una fase successiva (a valle), in relazione alle concrete esigenze di approvvigionamento dell'amministrazione, vengono conclusi singoli contratti di fornitura o di servizio (c.d. contratti applicativi) con le imprese individuate ed alle condizioni definite nell'accordo per l'aggiudicazione dei singoli appalti.

Ebbene, l'esigenza di tutelare gli operatori economici che hanno partecipato alla procedura, con la previsione di un termine dilatorio fra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, sembra doversi porre con riferimento alla prima delle due fasi, quella più stretta-

mente pubblicistica e competitiva, in cui vengono selezionati quegli operatori che sottoscriveranno l'accordo quadro.

La seconda fase, invece, si svolge fra competitori già selezionati con tutte le garanzie poste "a monte" e, proprio nella logica dell'accordo quadro, si deve svolgere in forma più snella. Non a caso, infatti, laddove l'accordo quadro fissi tutte le condizioni dei futuri contratti applicativi, non è nemmeno necessario effettuare un nuovo confronto concorrenziale (argomento che si trae dall'art. 59, co. 6) con un'ulteriore semplificazione procedurale che conferma, ove ve ne sia ancora bisogno, che nella fase dell'affidamento dei singoli contratti applicativi dell'accordo quadro le formalità procedurali vengono attenuate al massimo.

Inoltre, ove mai il pubblico committente, nell'aggiudicare un singolo appalto "a valle" dell'accordo quadro, dovesse violare alcuna delle condizioni prestabilite nell'accordo medesimo, agli operatori pretermessi non sarebbe comunque preclusa la tutela risarcitoria per equivalente.

Appare, pertanto, del tutto verosimile che nella ponderazione e conseguente bilanciamento degli interessi in gioco, il legislatore abbia voluto principalmente tutelare una maggiore "semplicità" procedimentale in una fase, vale a dire nel concreto affidamento dei contratti applicativi dell'accordo quadro, caratterizzata da una palese attenuazione, se non proprio dalla totale eliminazione (laddove l'accordo quadro contenga tutti gli elementi dei futuri contratti), di un nuovo confronto competitivo tra più operatori economici, con l'ovvia conseguenza di una correlata attenuazione delle esigenze di tutela procedimentale sottese alla fattispecie dello "stand still".

Altro problema si pone per capire se il riferimento all'art. 59 del codice precluda l'applicazione di questa disposizione agli accordi quadro conclusi nei settori speciali, disciplinati dall'art. 222 del codice.

A parere di chi scrive, tale soluzione non sarebbe condivisibile.

Innanzitutto, quello dei settori speciali è un campo tradizionalmente regolato in modo meno procedimentalizzato rispetto ai settori ordinari.

Non si vede per quale motivo, perciò, una norma quale quella di cui all'art. 11, co. 10 bis, lett. b), evidentemente volta a snellire le procedure di affidamento degli appalti, non dovrebbe applicarsi proprio in quei settori cui sembrerebbe più conforme. E', infatti, del tutto notorio che i settori speciali, ancorchè oggetto di disciplina a partire dalla dir. 531/90/CE, costituiscono ancora un ambito meno procedimentalizzato rispetto ai c.d. settori ordinari.

Sarebbe, quindi, almeno incongruo, sotto il profilo logico – sistematico, che proprio tali settori vengano a trovarsi in una posizione procedimentale più onerosa e deteriore rispetto ai settori tradizionalmente più vincolati sotto il profilo procedurale.

A quanto sopra, si aggiunga che il riferimento all'art. 59 del codice, lungi dall'aver una ragione sostanziale, sembra piuttosto essere dovuto ad una sorta di "stratificazione" della tecnica normativa. Invero, la disposizione in parola è stata inserita nel codice dei contratti dall'art. 1 del d. lgs. n. 53 del 2010, cioè in sede di recepimento della dir. n. 66 del 2007 (cosiddetta direttiva Ricorsi).

In particolare, secondo l'art. 2 *ter*, co. 1, lett. c) della dir. "Gli Stati membri possono prevedere che i termini di cui all'articolo 2 bis, par. 2, della presente direttiva non si applichino nei seguenti casi (...):c) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 32 della direttiva 2004/18/CE e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 33 di tale direttiva".

Ebbene, la dir. 2004/18/CE regola il coordinamento delle procedure degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi nei settori ordinari e l'art. 32, relativo agli accordi quadro, è stato recepito dall'art. 59 del codice. E' necessario ricordare che la dir. 2004/18/CE è stata la prima che, in sostanza, proprio tramite l'art. 32, ha regolato l'accordo quadro. La (parallela) dir.2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (direttiva relativa ai settori esclusi, oggi speciali), invece, regola solo in modo "embrionale" l'istituto dell'accordo quadro

all'art. 1 (rubricato "Definizioni"), co. 4, a mente del quale: "Un accordo quadro è un accordo concluso tra uno o più enti aggiudicatori di cui all'articolo 2, paragrafo 2 e uno o più operatori economici e il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste".

L'unico precedente relativo agli accordi quadro nei settori speciali è dato dall'art. 5 della dir. 93/38/CE (che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni), secondo il quale: "Gli enti aggiudicatori possono considerare un accordo-quadro come un appalto ai sensi dell'art. 1, par. 4, ed aggiudicarlo conformemente alla presente direttiva. Gli enti aggiudicatori, qualora abbiano stipulato un accordo-quadro conformemente alle disposizioni della presente direttiva, possono ricorrere all'art. 20, par. 2, lett. I), all'atto di aggiudicare appalti basati su questo accordo. Qualora un accordo-quadro non sia stato stipulato conformemente alla presente direttiva, gli enti aggiudicatori non possono ricorrere all'art. 20, par. 2, lett. I). Gli enti aggiudicatori non possono far ricorso agli accordi quadro in modo abusivo con l'effetto di impedire, limitare o distorcere la concorrenza".

Dal tenore di quest'ultima disposizione, oggi trasfusa in modo praticamente pedissequo nell'art. 222 del codice, nonché da quello dell'art. 1, co. 4 della dir. 2004/17/CE, si evince che l'istituto dell'accordo quadro era già contemplato per i settori speciali, sebbene la relativa disciplina fosse estremamente semplificata. L'art. 32 della dir. 2004/18/CE, al contrario, descrive in modo dettagliato questo istituto e quale sia la procedura di selezione degli operatori e di aggiudicazione dei singoli appalti. Per richiamare l'istituto, perciò, la dir. 2007/66/CE verosimilmente non poteva che fare riferimento alla dir. 2004/18 (ove – come appena detto – si rinviene la disciplina più completa dell'istituto) e il nostro legislatore a sua volta (all'art. 11, co.10 bis, lett. b) ha tradotto pedissequamente il riferimento all'art. 32, della direttiva settori

ordinari, con il riferimento al solo art. 59 del codice (che, come già illustrato, lo recepisce).

Si deve ricordare, infatti, che l'art. 222 del codice disciplina gli accordi quadro nei settori speciali disponendo che *“Gli enti aggiudicatori possono considerare un accordo quadro come un appalto e aggiudicarlo ai sensi della presente parte”*, con ciò ulteriormente confermando (anche per l'accordo – quadro) una semplificazione procedurale che è una caratteristica costante dei settori speciali.

Di conseguenza, a parere di chi scrive, se è vero, come è vero, che nel più è ricompreso il meno, alla luce delle ragioni storiche sopra illustrate, nonché dei motivi logico – sistematici anch'essi in precedenza evidenziati, il rinvio operato dall'art. 11, co. 10 *bis*, lett. b) all'art. 59 non può non contemplare implicitamente anche l'ipotesi degli accordi quadro nei settori speciali.

Peraltro, un contrario avviso postulerebbe una diversità dell'istituto dell'accordo – quadro, sotto il profilo negoziale, tra settori ordinari e settori speciali, che invece viene decisamente negato, affermandosi per converso l'assoluta identità dello strumento negoziale in esame a prescindere dal settore nel quale viene utilizzato, con la sola differenza di una maggiore semplificazione procedurale nell'applicare l'istituto ai settori speciali, del tutto coerente con la minore proceduralizzazione di cui tuttora godono i medesimi settori.

In conclusione, attesa la identità dell'istituto nei diversi settori (ordinari e speciali) e considerata, altresì, la evidente minore complessità procedimentale dell'istituto in esame nei settori speciali (immediatamente percepibile dal mero raffronto tra il disposto dell'art. 222 ed il disposto dell'art. 59), non potrebbe che risultare del tutto irragionevole negare ai settori speciali una ulteriore semplificazione procedimentale che viene invece testualmente riconosciuta ai settori ordinari.

### **5. Le conseguenze della violazione dello *stand still*.**

La violazione del termine dilatorio stabilito dall'art. 11, co. 10, del d. lgs. 12.4.2006 n. 163, nonché il mancato rispetto della sospensione automatica del termine per la stipula del

contratto derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva (impropriamente definito da alcuno *“stand still processuale”*), sono testualmente considerati, dall'art. 121 del C.P.A. approvato con d. lgs. 2.7.2010, n. 104, quali fattispecie legittimanti la declaratoria di inefficacia del contratto da parte del giudice che annulli l'aggiudicazione definitiva.

Tuttavia il legislatore ha inteso temperare le conseguenze derivanti dalla mera violazione del divieto temporaneo di stipula, nell'ottica – conforme alla *ratio* dell'istituto – di collocare tale divieto in posizione *“servente”* della tutela giurisdizionale e delle esigenze di effettività della stessa, di talché è stato espressamente sancito che, al di fuori di tali ipotesi di tutela, la violazione del predetto divieto non giustifica l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato.

In altre parole, la violazione del principio dello *“stand still”*, di per sé considerata, e cioè senza che vi concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, e sempreché non abbia influito negativamente sulla possibilità del soggetto titolare del relativo interesse di ottenere l'affidamento, vale a dire il *“bene della vita”* cui quella posizione soggettiva risultava correlata, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione medesima o l'inefficacia del contratto.

Infatti, la lett. c) del co. 1 dell'art. 121 del d. lgs. 104/2010, prevede univocamente che la declaratoria di inefficacia del contratto possa essere pronunciata dal giudice solo allorché la violazione del termine dilatorio di cui al co. 10 dell'art. 11 d. lgs. 163/2006, oltre *“a privare il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto”* (con ciò evidenziando le esigenze di effettività di tutela del soggetto titolare della posizione giuridica soggettiva lesa) si accompagni comunque all'esistenza di *“vizi propri dell'aggiudicazione”*. Stessa locuzione è dato rinvenire anche nella successiva lett. d) del medesimo articolo, che tratta invece della violazione dell'effetto sospensivo automatico conseguente alla proposizione del ricorso giurisdizionale. A ciò si aggiunga che, sotto il profilo strettamente sistematico,

sarebbe stato del tutto irragionevole ritenere la sola violazione dello *stand still* quale profilo di illegittimità di un provvedimento, qual è

l'aggiudicazione definitiva, che si colloca temporalmente in un momento anteriore della procedura.

«.....GA.....»