

*VECCHI E NUOVI STRUMENTI
ASSICURATIVI NEGLI APPALTI*

ASSICURATORI ROMANI

18 ottobre 2010

Sonia Lazzini

E' QUESTA LA NOVITA'...

In caso di aggiudicazione illegittima, bisognerà prima chiedere il subentro contrattuale

e poi, eventualmente, il risarcimento del danno meramente patrimoniale

CONSEGUENZE ASSICURATIVE

Minor responsabilità della
pa:

Il risarcimento del danno
specifico e non per
equivalente

CONSEGUENZE ASSICURATIVE

Garanzia provvisoria "a tempo"

Cauzione definitiva in corso di contratto

LE ULTIME MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

DECRETO LEGISLATIVO 20 marzo 2010, n. 53

Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti (G.U. n. 84 del 12 aprile 2010)

LE ULTIME MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104

Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69,
recante delega al governo per il riordino del processo
amministrativo

(G.U. n. 156 del 7 luglio 2010)

Art. 1. Approvazione del codice e delle disposizioni connesse

1. E' approvato il codice del processo amministrativo di cui all'allegato 1 al presente decreto.
2. Sono altresì approvate le norme di attuazione di cui all'allegato 2, le norme transitorie di cui all'allegato 3 e le norme di coordinamento e le abrogazioni di cui all'allegato 4.

LE ULTIME MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Art. 2. Entrata in vigore

1. Il presente decreto entra in vigore il 16 settembre 2010.

Codice del processo amministrativo_(...)

Capo III - Giurisdizione amministrativa_Art. 7. Giurisdizione amministrativa

1. Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni. Non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico.
2. Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo.

PRINCIPALI NOVITA'

Con effetto retroattivo

Dal 27 aprile 2010

Tra qualche anno

CON EFFETTO RETROATTIVO

Il giudice amministrativo può conoscere delle sorti del contratto per illegittime aggiudicazioni avvenute dopo il dicembre 2007 _ossia dopo la pubblicazione della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, concernente il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici._

DOPO APRILE 2010

i bandi pubblicati DOPO il 27 aprile 2010, avranno, come primo effetto, la sicurezza che i relativi contratti saranno eseguiti senza il dubbio di eventuali ricorsi pendenti.

TRA QUALCHE ANNO

**QUANDO IL SISTEMA ENTRERA'
A PIENO REGIME
NON CI SARANNO PIU' RICORSI
AVVERSO LE
AGGIUDICAZIONI NEGLI
APPALTI PUBBLICI**

TRA QUALCHE ANNO

OVVIAMENTE:

RESTERA' SEMPRE LA
POSSIBILITA' DI RICORRERE
AVVERSO LE ESCLUSIONI O LE
ESCUSSIONE DELLA CAUZIONE
PROVVISORIA

PRINCIPALI NOVITA'

Termine dilatorio per la stipulazione del contratto;
Comunicazione dell'aggiudicazione definitiva;
Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso
giurisdizionale;
Giurisdizione e Tutela processuale;
Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni;
Inefficacia del contratto negli altri casi;
Sanzioni alternative;
Tutela in forma specifica e per equivalente

DAL 27 APRILE 2010

PER LA SOTTOSCRIZIONE DEL CONTRATTO:

“franchigia assoluta”

35 giorni dall'invio dell'ultima comunicazione
dell'aggiudicazione definitiva

“franchigia relativa”

In caso di presentazione del ricorso giurisdizionale,
almeno altri 20 giorni in attesa della prima decisione
del giudice sulla sospensiva

LA GARANZIA PROVVISORIA

LA DURATA/VALIDITA'

L'ATTUALE NORMA

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163_Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 75. Garanzie a corredo dell'offerta

(...)

9. La stazione appaltante, nell'atto con cui comunica l'aggiudicazione ai non aggiudicatari, provvede contestualmente, nei loro confronti, allo svincolo della garanzia di cui al comma 1, tempestivamente e comunque entro un termine **non superiore a trenta giorni dall'aggiudicazione**, anche quando non sia ancora scaduto il termine di validità della garanzia.

LA NUOVA NORMA

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163_Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 11. Fasi delle procedure di affidamento(...)

10. Il contratto non può comunque essere stipulato **prima di trentacinque giorni** dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.

(comma introdotto dall'articolo 1 del d.lgs. n. 53 del 2010)

LA NUOVA NORMA

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163_Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 11. Fasi delle procedure di affidamento(...)

10-ter. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante **e per i successivi venti giorni**, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 245, comma 2-quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

(comma introdotto dall'articolo 1 del d.lgs. n. 53 del 2010)

LA NUOVA NORMA

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163_Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 79. Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni (...)

5. In ogni caso l'amministrazione comunica di ufficio:

- a) **l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni**, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;

(lettera così sostituita dall'articolo 2, comma 1, lettera b), d.lgs. n. 53 del 2010)

LA NUOVA NORMA

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163_Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 79. Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni (...)

b) l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione;

b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro;

(lettera aggiunta dall'articolo 1, comma 1, lettera t), d.lgs. n. 152 del 2008)

b-ter) la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del presente comma.

(lettera aggiunta dall'articolo 2, comma 1, lettera c), d.lgs. n. 53 del 2010)

LA NUOVA NORMA

Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163_Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE

Art. 79. Informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni (...)

5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b), indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

(comma aggiunto dall'articolo 2, comma 1, lettera d), d.lgs. n. 53 del 2010)

IL GIUDICE DECIDE.....

LA PROCEDURA VA
RIFATTA

TUTTO DA RIFARE

dall'accoglimento dei motivi di ricorso discende la necessità di rinnovare la gara in modo legittimo, e che ciò sarebbe impossibile se il contratto già stipulato rimanesse efficace: l'inefficacia del contratto decorra dal momento in cui sarà individuato un nuovo aggiudicatario **a seguito della riedizione della gara, alla quale, com'è ovvio, anche l'odierna parte controinteressata potrà partecipare in condizione di parità con gli altri aspiranti.**

sentenza numero 2160 del 27 maggio 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

TUTTO DA RIFARE

Il risarcimento in forma specifica, ovvero l'aggiudicazione provvisoria in favore del ricorrente vincitore, potrà trovare pieno accoglimento solo dopo la verifica in capo allo stesso di tutti i requisiti richiesti dalla lex specialis di gara

sentenza numero 151 del 7 giugno 2010 pronunciata dal Tar
Trentino Alto Adige, Provincia Autonoma di Trento

TUTTO DA RIFARE

Le violazioni illustrate integrano un vizio del procedimento che comporta l'invalidità del confronto comparativo, e quindi dell'aggiudicazione: sulla sorte dell'eventuale contratto che medio tempore fosse stato stipulato, ai sensi dell'art. 245-ter del D. Lgs. 163/2006 novellato ed in conformità alla domanda della ricorrente, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto stipulato.

La valutazione di illegittimità si irradia sulla totalità degli atti della procedura e ne determina l'inevitabile caducazione, senza che sia possibile dichiarare il subentro della ricorrente nell'affidamento dell'appalto. _Infatti la lesione della par condicio inficia tutte le operazioni condotte nel corso della selezione, che hanno frustrato la fisiologica dinamica concorrenziale ed hanno impedito lo svolgimento di una corretta competizione tra gli aspiranti aggiudicatari, nel rispetto di regole uniformi.

In questa situazione di incertezza l'unica soluzione è la rinnovazione della procedura selettiva con la definizione di clausole di gara chiare e ben comprensibili.

sentenza numero 2380 del 23 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia

TUTTO DA RIFARE

il Collegio dichiara la inefficacia del contratto stipulato con la ditta contro interessata, ritenendo opportuno fissare la decorrenza della disposta inefficacia a partire dal primo gennaio 2012

A questo punto il Collegio, procede alla individuazione degli effetti sul contratto scaturenti dall'accoglimento del ricorso principale, proposto avverso l'aggiudicazione della gara de qua alla contro interessata, ai sensi dell'art. 245 ter del D. L.vo n. 163/2006, esulando il caso di specie dalle ipotesi di cui all'art. 245 bis e quater dello stesso D. Lvo.

Dalla documentazione versata agli atti di causa si ricava che la fornitura dei macchinari necessari all'espletamento del servizio in outsourcing di produzione pagine stampate, oggetto della gara che qui ci occupa, è stata effettuata dalla controinteressata Italia S.r.l. giusta contratto stipulato in data 16/04/2010.

Ritenuto che la ditta contro interessata, che ha sostenuto i costi per l'acquisto e per l'installazione dei macchinari oggetto di gara, dalla dichiarazione di inefficacia del contratto già stipulato, subirebbe un danno maggiore, in termini economici e sotto il profilo del danno emergente, rispetto a quello che subisce, sotto il profilo del lucro cessante, il ricorrente che avrebbe avuto titolo ad aspirare all'aggiudicazione, il Collegio dichiara la inefficacia del contratto stipulato con la ditta contro interessata, ritenendo opportuno fissare la decorrenza della disposta inefficacia a partire dal primo gennaio 2012, data dalla quale va disposto che parte ricorrente, che ne ha fatto espressa richiesta, subentri nel contratto de quo._sentenza numero 2380 del 23 giugno 2010 pronunciata dal Tar Lombardia, Brescia