

BREXIT NORMATIVA DELL'ITALIA?

Roma, 18 ottobre 2016

Legance
AVVOCATI ASSOCIATI

Parliamo di ricorsi al giudice nella materia del *public procurement* e in particolare di condizioni di accesso al giudice secondo la disciplina comunitaria:

- a) principio di equivalenza: non ci devono essere discriminazioni tra la tutela offerta per le controversie basate sul diritto nazionale e quelle basate sul diritto europeo
- b) principio di effettività: l'accesso alla giustizia, ai sensi dell'art. 47 Carta, non deve essere eccessivamente difficile

Corte UE, III, 15 settembre 2016, C-439/14 e C-488/14

- Il giudice rumeno (Corte d'appello di Bucarest e Corte d'appello di Oradea) aveva chiesto alla Corte Ue (e anche alla Corte Costituzionale) di pronunciarsi sulla compatibilità con il diritto comunitario della norma nazionale che obbliga il ricorrente in materia di contratti pubblici a costituire (quale condizione di ammissibilità) una *garanzia di buona condotta* pari all'1% del valore dell'appalto e con il massimale di 25.000 Euro per servizi/forniture e 100.000 Euro per i lavori.
- La garanzia deve essere costituita mediante bonifico bancario o mediante rilascio di apposita garanzia bancaria o assicurativa

La Corte Costituzionale della Romania si pronuncia con due sentenze (15 gennaio 2015 n. 5 e 4 novembre 2015 n. 750) e dichiara parzialmente incostituzionali le norme oggetto di rimessione, nella parte in cui prevedono la non restituzione della garanzia nel caso di rinuncia o rigetto del ricorso.

In sostanza, ad avviso della Corte Costituzionale, l'obbligo di costituire tale garanzia può ritenersi compatibile con l'ordinamento rumeno, a patto che sia previsto sempre l'obbligo di restituzione della garanzia medesima, qualunque sia l'esito del contenzioso, compresa la rinuncia.

Iter argomentativo della Corte UE:

- le direttive 89/665 e 92/13 obbligano gli Stati membri a prevedere ricorsi efficaci e tempestivi per ripristinare la legalità comunitaria violata
- entrambe le direttive, però, non prevedono in dettaglio le condizioni alle quali tali ricorsi possono essere esercitati: tale scelta, infatti, è rimessa agli Stati membri
- le direttive si limitano a prevedere i requisiti minimi che le procedure di ricorso previste a livello nazionale devono avere

Il combinato disposto delle direttive 89/665 e 92/13, unitamente al considerando 36 della direttiva 2007/66, mirano a garantire il pieno rispetto della possibilità di un ricorso effettivo ad un giudice imparziale, in attuazione di quanto previsto dall'art. 47, commi 1 e 2, della Carta dei diritti fondamentali UE («*ogni persona ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice; ogni persona ha diritto che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un giudice indipendente e imparziale*»).

L'obbligo di costituire la garanzia a favore della stazione appaltante sicuramente rappresenta un ostacolo per l'accesso alla giustizia, ma occorre verificare se risponda ad un interesse di carattere generale e sia proporzionale allo scopo che si prefigge

La Corte UE ritiene che, dopo l'intervento della Corte Costituzionale, la misura in questione non rappresenti un ostacolo insormontabile, dovendo in ogni caso essere restituita al ricorrente (qualunque sia l'esito del ricorso).

Secondo il Governo rumeno tale garanzia ha lo scopo di dissuadere i ricorsi pretestuosi e, quindi, di accelerare le procedure di aggiudicazione degli appalti; ciò può configurare una finalità di snellimento della giustizia coerente con i principi comunitari.

Questa funzione è presente anche nell'ipotesi della restituzione in ogni caso della garanzia, poiché comunque costituisce un deterrente all'accesso indiscriminato

Peraltro, sempre secondo la Corte, il fatto che trattasi di garanzia suscettibile di restituzione consente di ritenere che la misura non ecceda quanto richiesto per raggiungere la finalità dissuasiva (coerenza con il principio di proporzionalità).

Il valore, poi, non sembra eccessivo, tenuto conto che gli operatori economici devono dare prova di una certa capacità finanziaria quando affrontano una gara.

Né risulta comprovato in che modo possa cumularsi con la garanzia di partecipazione alla gara, per cui la Corte non tiene conto di questo ultimo aspetto.

Conclusioni diverse erano state invece rassegnate dall'Avvocato generale il 28 aprile 2016, il quale aveva infatti sostenuto che i costi della garanzia non sarebbero tali da scoraggiare chi ha intenzioni emulative, mentre potrebbero invece dissuadere l'operatore corretto, che però disponga di mezzi economici limitati.

La sentenza esaminata riporta al precedente della **Corte UE, V, 6 ottobre 2015, C-61/14**, che aveva esaminato la rimessione relativa al contributo unificato italiano.

In questo caso la Corte ha ritenuto che il contributo unificato, non superando nel suo importo massimo il limite del 2% del valore dell'appalto (e presentandosi come degressivo), non renderebbe dal punto di vista economico eccessivamente difficile l'accesso alla giustizia.

Inoltre, poiché il soccombente è tenuto a rimborsare il contributo al vincitore, anche da questo punto di vista non viene rilevato un contrasto con la disciplina comunitaria.

Differenti, invece, le conclusioni nel caso dell'obbligo di pagamento ripetuto (motivi aggiunti e ricorsi incidentali); secondo la Corte la giustificazione del ripetuto pagamento può individuarsi solo ove venga «ampliato considerevolmente» l'oggetto del contenzioso.

Qualche riflessione sul tema:

- a) la Corte ritiene che non sia contraria alla disciplina comunitaria l'introduzione da parte degli Stati membri di ostacoli (veri e propri dissuasori) per l'accesso alla giustizia in materia di appalti ove si tratti però di strumenti proporzionati di deflazione del carico giurisdizionale
- b) l'accesso alla giustizia deve essere assicurato, ma non può essere trascurata l'esigenza di non consentire la presentazione di ricorsi emulativi o palesemente infondati, con il solo scopo dilatorio
- c) nel contemperamento di interessi si ritiene che un punto di equilibrio stia nel prevedere forme di deterrenza economica non sproporzionate
- d) alla luce di ciò che sta accadendo in molti Tar (che sono tornati ad un carico di lavoro anni Settanta), si può ritenere proporzionato l'intervento del legislatore italiano? L'esperienza pratica sembra smentire le conclusioni della Corte Ue
- e) diverso il caso della Romania, poiché in questo caso è previsto il diritto alla restituzione in ogni caso e non, come nel nostro caso e in quello rumeno prima dell'intervento della Corte Cost., solo in caso di accoglimento del ricorso.

Passiamo alle conclusioni dell'Avvocato Generale dell'8 settembre 2016 nella causa C-391/15.

Ritiene l'A.G. che la disciplina comunitaria non imponga il ricorso immediato avverso gli atti preparatori in sede di gara, quali la decisione di ammettere un concorrente ad una gara.

«Lungi dal richiedere un ricorso immediato avverso ogni tipologia di atto durante la procedura di aggiudicazione, la direttiva prevede soltanto che il rispetto delle disposizioni dell'Unione deve essere garantito in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette»

«Il ricorso può quindi essere presentato in un momento successivo, a condizione che l'asserita illegittimità possa ancora essere sanata»

E ancora:

«Se fosse possibile in qualsiasi momento impugnare in sede giurisdizionale qualsiasi atto, le procedure in materia di appalti pubblici difficilmente diverrebbero più rapide»

«La completa realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva sulle procedura di ricorso sarebbe compromessa se ai candidati ed offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione, obbligando quindi l'amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni»

Oltretutto, evidenzia l'A.G. che la distinzione tra requisiti di partecipazione e requisiti di valutazione sta sempre più scemando e, quindi, sarebbe contraddittorio obbligare a ricorrere immediatamente contro requisiti che potrebbero poi giocare un ruolo anche in sede di aggiudicazione.

Occorre prevedere l'obbligo di immediato ricorso avverso gli atti che incidono sfavorevolmente nella sfera giuridica del soggetto, ma ciò non si verifica in relazione all'ammissione di altri candidati, se no in via di mero fatto.

E' coerente con tale impostazione l'art. 204 del nuovo codice?

Probabilmente no, perché va proprio ad incappare, oltretutto violando la regola del *gold plating*, con le controindicazioni evidenziate dall'A.G.

Infatti, da un lato, potrebbe portare all'esplosione del contenzioso e, dall'altro, potrebbe rappresentare proprio un caso di applicazione sproporzionata del sistema dei dissuasori giurisdizionali (pagamento di più contributi elevati per la stessa gara).

Oltretutto, il processo italiano si fonda sul presupposto dell'esistenza delle condizioni dell'azione: legittimazione ed interesse ad agire.

Ben difficilmente si può individuare un interesse ad agire, se non in via meramente fattuale, nella contestazione dell'ammissione di un concorrente.

A ciò si aggiunga, altresì, che al fine di contestare un'ammissione altrui occorre avere accesso alla documentazione di gara mediante l'esercizio del diritto di accesso (con correlata riduzione del termine d'impugnazione).

Ebbene, l'art. 29, comma 1, del codice impone l'obbligo di pubblicazione entro 2 gg solo del provvedimento di ammissione (dalla cui lettura ben difficilmente potranno comprendersi le ragioni di non esclusione). L'art. 76, comma 3, impone poi di indicare via PEC l'ufficio o il collegamento informativo ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti.

Tutto questo aggrava l'attività procedimentale della s.a.

Si aggiunga che c'è incertezza anche sul momento in cui deve essere effettuata la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione.

Infatti, mentre l'art. 29, comma 1, sembrerebbe imporre una verifica immediata, l'art. 32, comma 7, prevede che l'aggiudicazione diventi efficace *«dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti»!*

Ed ancora: una volta instaurato il contenzioso avverso le ammissioni (parliamo di queste poiché le esclusioni già prima del codice dovevano essere subito impugnate), la stazione appaltante dovrà valutare se è più opportuno procedere, con il rischio di sprecare attività procedimentale ove uno o più operatori avrebbero dovuto essere esclusi, o di attendere, come sembrerebbe più saggio. In entrambe le ipotesi le soluzioni prospettate vanno ad impattare negativamente e direttamente sull'efficienza del sistema.

Per quanto riguarda l'obbligo di immediata impugnazione delle ammissioni altrui siamo probabilmente di fronte ad una vera e propria Brexit in salsa latina.

AREE DI ATTIVITA'

**FUSIONI, ACQUISIZIONI E DIRITTO SOCIETARIO
BANKING
PROJECT FINANCING
DEBT CAPITAL MARKETS
EQUITY CAPITAL MARKETS
FINANCIAL INTERMEDIARIES REGULATION
FONDI DI INVESTIMENTO
CONTENZIOSO, ARBITRATI ED ADR
RISTRUTTURAZIONI E PROCEDURE CONCURSUALI
UE, ANTITRUST E REGOLAMENTAZIONE
DIRITTO DEL LAVORO E DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI
DIRITTO TRIBUTARIO
DIRITTO AMMINISTRATIVO
DIRITTO IMMOBILIARE
DIRITTO DELL'ENERGIA, GAS E RISORSE NATURALI
COMPLIANCE
DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE E DEI TRASPORTI
PROPRIETA' INTELLETTUALE
TMT (TECHNOLOGY, MEDIA, TELECOMMUNICATIONS)
DIRITTO AMBIENTALE
INSURANCE
NUOVE TECNOLOGIE
LEGISLAZIONE ALIMENTARE**

MILANO - 20123
Via Dante, 7
T +39 02 89 63 071

ROMA - 00187
Via di San Nicola da Tolentino, 67
T +39 06 93 18 271

LONDRA - EC4N 1TX
10 -15 Queen Street
Aldermary House
T +44 (0)20 7074 2211

info@legance.it
www.legance.it

Legance
AVVOCATI ASSOCIATI