

confusione tra adempimenti ed operazioni di carattere meramente formali e valutazioni tecnico - discrezionali, dando in tal modo a queste ultime la giusta rilevanza ed autonomia.

Del tutto irrilevante risulta pertanto essere la circostanza che due funzionari abbiano fatto parte di entrambe le predette commissioni, ciò non avendo potuto minimamente influenzare l'attività valutativa delle offerte, compiuta soltanto dalla commissione tecnica.

6.5. È infine privo di fondamento giuridico anche l'ultimo motivo di gravame, con cui l'appellante ha denunciato "Error in iudicando: Violazione dell'art. 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dell'art. 302, d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, n. 163; violazione dell'art. 24 della Costituzione e del principio di effettività della tutela giurisdizionale", sostenendo, per un verso, che l'amministrazione appaltante, in palese violazione delle norme rubricate, avrebbe disposto, senza alcuna necessità, il passaggio di consegne durante il periodo di operatività della clausola stand still e, per altro verso, che erroneamente i primi giudici avrebbe ritenuto irrilevante tale violazione, laddove essa costituirebbe un gravissimo vulnus al principio di effettività della tutela giurisdizionale ex art. 24, Cost. e sarebbe altresì un ulteriore elemento sintomatico del grave sviamento da cui sarebbe connotata l'intera procedura di gara.

Al riguardo può richiamarsi il condivisibile indirizzo giurisprudenziale secondo cui la violazione della clausola detta di *stand still* (termine dilatorio che dovrebbe precedere la stipula del contratto) non costituisce vizio dell'aggiudicazione e non determina pertanto la sua invalidità (Cons. St., Sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548; Cons. St., Sez. VI, 8 ottobre 2013, n. 4934).

7. In conclusione l'appello principale deve essere respinto e a ciò consegue la declaratoria di improcedibilità dell'appello incidentale per carenza di interesse.

8. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

### La disciplina sospensiva della stipula del contratto

SOMMARIO: 1. La fattispecie. - 2. La clausola di *stand still* nel recepimento della dir. 2007/66/CE. - 3. La disciplina della clausola di *stand still*. - 4. Il termine di *stand still* processuale - 5. L'ambito operativo dei termini dilatori. - 6. La violazione della clausola di *stand still*.

1. *La fattispecie*. - La stazione appaltante indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti del territorio, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Espletata la gara, si individuava la società prima classificata e, verificata l'anomalia dell'offerta, tale società veniva dichiarata, dapprima, aggiudicataria provvisoria, quindi aggiudicataria definitiva. Successivamente, a distanza di pochi giorni, veniva avviata in via d'urgenza l'esecuzione del contratto. La società posizionatasi al secondo posto proponeva ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva ed altri atti di gara. Il giudice adito respingeva il ricorso, ritenendo infondati tutti i motivi articolati

(TAR Sardegna, Sez. I, 17 giugno 2014, n. 461). La società, quindi, proponeva ricorso in appello da cui la pronuncia in commento <sup>(1)</sup>.

**2. La clausola di stand still nel recepimento della Direttiva 2007/66/CE.** – Nell'ambito delle procedure di affidamento la clausola di *stand still* determina un momento di stasi in cui la pubblica amministrazione è chiamata ad astenersi dalla stipula del contratto con l'aggiudicatario sino al decorso del termine previsto dalla legge<sup>1</sup>. In particolare, il contratto non può essere concluso prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima comunicazione di aggiudicazione definitiva (art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006).

Un effetto sospensivo, inoltre, è riconnesso alla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale istanza cautelare (art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006).

Si tratta di termini dilatori tesi ad evitare che i risultati della fase di scelta del contraente, inverandosi nel negozio, diventino irreversibili precludendo così ai concorrenti l'accesso a una tutela piena ed effettiva.

Tale finalità è espressione della dir. 2007/66/CE (cosiddetta Direttiva ricorsi) che, muovendo dalla constatazione dei limiti della precedente normativa e dalle prassi operative<sup>2</sup>, esige l'adozione da parte degli Stati membri di mezzi di ricorso effettivi e rapidi a tutela degli operatori economici, onde garantire la concorrenza. Le violazioni del diritto comunitario in materia di procedure di aggiudicazione, infatti, possono svuotare la portata dello stesso, naturalmente vocata alla realizzazione di un mercato unico delle commesse pubbliche e, quindi, all'apertura del mercato ed allo sviluppo dell'operatività transfrontaliera dei soggetti economici<sup>3</sup>.

(1) L'obbligo di *stand still* conosce diverse applicazioni nell'ordinamento, in ogni caso esso implica il divieto di introdurre modifiche allo stato di fatto o di diritto esistente, consentendo ai soggetti interessati di far valere le loro ragioni, inalterata la situazione sostanziale.

(2) Sulle ragioni dell'intervento normativo comunitario ampiamente D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in *Giornale dir. amm.*, 2010, 9, p. 893; A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. app.*, 2010, 6, p. 638. Il previgente regime, dettato dalle Direttiva 89/665 e Direttiva 92/13, su cui la "direttiva ricorsi" è intervenuta con la tecnica della novella, aveva reso evidente che i mezzi di tutela cautelare, annullatoria e risarcitoria, pur configurandosi come necessari ed imprescindibili, non sono sufficienti a garantire una piena tutela per la situazione giuridica soggettiva del privato. In sostanza, occorrono accorgimenti in grado di evitare la corsa alla firma del contratto e che questa, una volta verificatasi, resti priva di conseguenze. In tal senso, cfr. il considerando 3, Direttiva 2007/66/CE.

(3) Il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è diretto ad eliminare gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci e a proteggere, quindi, gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici di

Vengono rafforzati, pertanto, i meccanismi per correggere in tempo utile le violazioni del diritto comunitario ed anche, in una logica di deterrenza, le misure sanzionatorie.

In attuazione alla dir. 2007/66/CE, il d.lgs. n. 53 del 2010 ha inciso sia sul versante sostanziale che processuale delle procedure di affidamento<sup>4</sup>. In tale contesto è stata riformata anche la disciplina della clausola di *stand still*, già prevista dall'art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006, modificando la formulazione del comma 10 ed inserendo l'effetto automatico di cui al comma 10 *ter*. Ne è scaturita una complessiva rivisitazione dei contorni dell'istituto in linea con il diritto comunitario<sup>5</sup>. Gli importanti elementi di novità introdotti, tra cui il coordinamento con il termine di ricorso e il regime delle conseguenze delle violazioni, che di seguito si esamineranno, rendono la clausola di *stand still* il primo presidio dell'effettività della tutela<sup>6</sup>.

Si tratta, quindi, di un aspetto chiave dell'intervento normativo di cui al d.lgs. n. 53 del 2010 che, coniugato con altri aspetti tra cui principalmente la concentrazione delle tutele innanzi al giudice amministrativo<sup>7</sup>, è in grado di assicurare al privato non solo una tutela minimale, ma anche la soddisfazione della pretesa.

---

un altro Stato membro (Corte giust. U.E., Sez. VI, 18 giugno 2002, n. 92, causa C-92/00, punto 43). In materia, il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso, garantendo il diritto ad un ricorso effettivo, rappresenta un modo per realizzare condizioni di concorrenza, nella salvaguardia della posizione di chi, leso da una violazione del diritto comunitario, abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione, ripristinando la concorrenza. F. ASTONE, *Il diritto comunitario degli appalti pubblici ed il codice dei contratti*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori servizi forniture* a cura di F. SARTTA, Padova, 2008, p. 36, inserisce il rafforzamento di mezzi di ricorso efficaci nel quadro delle azioni della nuova strategia europea volta al perseguimento di obiettivi quali parità di trattamento, accessibilità del mercato, competitività delle imprese.

(4) Sul recepimento della citata direttiva, sui contenuti della legge-delega n. 88 del 2009 e sul rispetto di questi da parte della legislazione delegata, M. LIPARI, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto nel d. lg. n. 53 del 2010*, in *Foro amm. TAR*, 2010, 1, p. 56; D. GALLI, *op. cit.*, p. 896; R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, Milano, 2015, p. 1856.

(5) La previgente disposizione sulla clausola di *stand still*, contenuta nella "vecchia" formulazione dell'art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163, non toglie la novità della riforma, così G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. commit.*, 2008, p. 1029; D. GALLI, *op. cit.*, p. 899.

(6) Per il considerando n. 18, Direttiva 2007/66/CE, i termini sospensivi rappresentano "presupposti essenziali per ricorsi efficaci".

(7) Cass., Sez. un., 10 febbraio 2010, n. 2906, riconosce in base alla Direttiva 2007/66/CE - per un'interpretazione comunitariamente orientata - il rilievo della connessione tra le domande di invalidità dell'aggiudicazione e di privazione di effetti del contratto, in precedenza ritenuta irrilevante, a favore di una giurisdizione unica del giudice amministrativo. Il diritto comunitario, per i principi di concentrazione, effettività e ragionevole durata del giusto processo, rende necessario l'esame congiunto di tali domande, con la conseguenza di concentrare su un solo giudice la cognizione di diritti e interessi quando sia domandata la caducazione degli effetti del contratto.

3. *La disciplina della clausola di "stand still"*. – I soggetti controinteressati all'aggiudicazione, per un'efficace tutela delle loro ragioni, hanno bisogno, innanzitutto, di un lasso di tempo in cui decidere se proporre o meno ricorso e poi di un ulteriore spazio temporale in cui possa intervenire la pronuncia del giudice sul ricorso. A tal fine sono previsti due termini contraddistinti come *stand still* sostanziale (art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006) e *stand still* processuale (art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006).

Quanto al primo, in passato la durata, pari a trenta giorni, non era coordinata con il termine di sessanta giorni per ricorrere: era onere del ricorrente proporre il ricorso in pendenza del termine sospensivo onde garantirsi che il contratto non fosse stipulato<sup>8</sup>.

Oggi, invece, la clausola di *stand still* è pari a trentacinque giorni<sup>9</sup>, dunque contiene il termine per ricorrere (art. 120, comma 5, Codice del processo amministrativo), dimezzato per via del "nuovo" rito accelerato disegnato dallo stesso d.lgs. n. 53 del 2010<sup>10</sup>. In tal modo si realizza il coordinamento tra i due termini e le relative decorrenze.

In particolare, il termine di *stand still* sostanziale decorre dall'invio dell'ultima comunicazione di aggiudicazione definitiva ai destinatari effettuata *ex art.* 79, comma 5, d.lgs. 163 del 2006<sup>11</sup>.

(8) D. GALLI, *op. cit.*, p. 899, il termine di *stand still* non riusciva ad impedire realmente la stipula del contratto prima della presentazione del ricorso, principalmente per il disallineamento tra detto termine e quello per la presentazione del ricorso.

(9) La Direttiva 2007/66/CE non impone tale durata, ma si limita a prevedere termini sospensivi minimi, lasciando liberi gli Stati membri di introdurre o mantenere termini superiori e prescrivendo di tener conto dei mezzi di comunicazione usati (considerando n. 5). R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 2032 ritiene corretta ed efficace la scelta del d.lgs. n. 53 del 2010 di prescegliere un termine di *stand still* più lungo del termine di ricorso, alla luce della normativa comunitaria e nel silenzio della legge-delega n. 88 del 2009.

(10) D. GALLI, *op. cit.*, p. 899; F. CINTOLI, *In difesa del processo di parti (Note a prima lettura del parere del Consiglio di Stato sul "nuovo" processo amministrativo sui contratti pubblici)*, in *Giustamm.*, 2010, p. 3.

(11) La disposizione non chiarisce se si tratti di aggiudicazione definitiva efficace o di aggiudicazione definitiva che non postuli il superamento della fase integrativa dell'efficacia. TAR Lazio, sez. III *ter*, 9 dicembre 2010, n. 35816, pronunciandosi sulla violazione del termine di *stand still* e sul *dies a quo* di decorrenza dello stesso, afferma che è dalla data di comunicazione del provvedimento impugnabile – e tale è l'aggiudicazione definitiva, ancorché non efficace – che comincia a decorrere il termine di trentacinque giorni durante i quali è inibito stipulare il contratto, in questo modo, ferma la finalità dell'istituto, si evita di spostare in avanti la decorrenza del termine, che paralizzerebbe troppo l'azione della stazione appaltante. In questo senso, R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 2033; per l'opposta ricostruzione D. GALLI, *op. cit.*, '900. Occorre sottolineare, inoltre, che l'obbligo di *stand still* decorre dall'invio della comunicazione e non dalla ricezione, avendosi riguardo alla attività

Dopo l'aggiudicazione definitiva, infatti, la pubblica amministrazione è tenuta a determinate comunicazioni. L'obbligo informativo, quanto a destinatari e contenuti, è stato ampliato e potenziato ad opera del d.lgs. n. 53 del 2010, sul presupposto che lo spazio di tempo lasciato agli operatori economici controinteressati per prendere una decisione in merito all'aggiudicazione è funzionale a tale scopo solo se accompagnato da un'esauritiva informativa concernente la gara e lo stesso termine di *stand still*<sup>12</sup>. Occorrono, in particolare, informazioni complete riguardanti non solo il provvedimento adottato, ma estese anche alle ragioni delle scelte compiute<sup>13</sup>. Per consentire tale flusso informativo è elemento indispensabile, in sede di presentazione della candidatura o dell'offerta, l'elezione di domicilio<sup>14</sup>.

I potenziali ricorrenti, inoltre, sono messi nelle condizioni di accedere agli atti della procedura, delineandosi a tal fine un accesso informale, semplificato e celere (art. 79, comma 5 *quater*, d.lgs. n. 163 del 2006)<sup>15</sup>.

Integrando il principio di trasparenza<sup>16</sup>, si assicura così una tempestiva e completa conoscenza o conoscibilità degli atti, indirizzata a garantire precipuamente il diritto di azione del privato. In sostanza, il soggetto propone un ricorso non al buio ma consapevole, conosciuta compiutamente l'attività svolta dalla pubblica amministrazione.

---

della stazione appaltante e non alla sfera del destinatario. La normativa, inoltre, richiede la contestualità delle comunicazioni.

(12) La Direttiva 2007/66/CE ha imposto un'integrazione del contenuto della comunicazione anche nel senso dell'indicazione della fine del termine dilatorio (art. 79, comma 5 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006) e della data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario (art. 79, comma 5, lett. *b ter*, d.lgs. n. 163 del 2006).

(13) R. DE NICCOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 1861, la motivazione deve presentarsi *ex art. 79, comma 2, lett. c*, d.lgs. n. 163 del 2006 con l'indicazione delle caratteristiche e vantaggi dell'offerta selezionata nonché del nome del soggetto aggiudicatario. L'onere di motivazione può essere assolto anche mediante invio dei verbali di gara.

(14) La determinazione ANAC, 8 gennaio 2015, n. 1, § 2.2.1, considera l'elezione di domicilio elemento che, se omesso o non corretto, può essere regolarizzato o integrato senza comminatoria di sanzione da parte della stazione appaltante.

(15) D. GALLI, *op. cit.*, p. 905; A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *op. cit.*, p. 641.

(16) S. S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico* a cura di C. FRANCHINI, Torino, 2010, p. 322.

La clausola di *stand still* che si configura come principio avente portata generale<sup>17</sup>, conosce, tuttavia, tre ordini di deroghe<sup>18</sup>. In primo luogo, vi sono i casi in cui non si profila l'esigenza di tutela di soggetti controinteressati: l'unico offerente interessato è colui al quale l'appalto è stato aggiudicato e non sussistono altri candidati ovvero questi non abbiano impugnato (art. 11, comma 10 *bis*, lett. *a*), d.lgs. n. 163 del 2006).

Il secondo gruppo di ipotesi derogatorie riguarda procedure particolari che, per la loro stessa struttura e specificità, non si prestano alla sospensione: accordo quadro, sistema dinamico di acquisizione e mercato elettronico della pubblica amministrazione (art. 11, comma 10 *bis*, lett. *b*, d.lgs. n. 163 del 2006).

In ultimo, si hanno i casi in cui è consentita l'esecuzione in via di urgenza.

4. *Il termine di stand still processuale.* – Il secondo termine dilatorio che viene in considerazione è quello di *stand still* processuale (art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006), così denominato perché ancorato al processo amministrativo, pur producendo effetti sostanziali. Alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, infatti, si ricollega un effetto sospensivo. Tale effetto decorre dalla notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante. Si impone, pertanto, la notifica effettuata da parte del ricorrente non solo all'Avvocatura dello Stato, ma alla stessa pubblica amministrazione affinché questa sia posta a conoscenza

---

(17) Dalla collocazione della clausola di *stand still* nell'ambito dei "principi e disposizioni comuni" (Parte I – Titolo I d.lgs. n. 163 del 2006) nonché dalla sua matrice a tutela della concorrenza si evince che essa presenta portata generale, applicandosi anche ai contratti esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 163 del 2006. Diffusamente sull'ambito applicativo R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 2043. La giurisprudenza, del resto, l'ha ritenuto applicabile l'istituto al cottimo fiduciario considerando che quest'ultimo è "una procedura negoziata la quale, ancorché procedimentalizzata, non esige l'osservanza di tutte le regole tipiche dell'evidenza pubblica comunitaria; tuttavia, pur trattandosi di una procedura in economia, la gara deve comunque osservare, tra gli altri, i principi di trasparenza e parità di trattamento (...) l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione definitiva e la clausola di *standstill* sono riconducibili al principio di trasparenza" TAR Lazio Roma, Sez. II *ter*, 11 aprile 2011, n. 3169; TAR Toscana, Sez. I, 10 novembre 2010, n. 6570. Sull'applicabilità alle concessioni di servizi TAR Lombardia Brescia, Sez. I, 10 aprile 2012, n. 618.

(18) La disciplina, come riformata dal d.lgs. n. 53 del 2010, consente la deroga in un numero di casi più limitato rispetto a quelli in astratto prospettabili secondo la "vecchia" normativa; tuttavia, sul rispetto dei criteri posti dalla legge-delega n. 88 del 2009 e dei parametri comunitari cfr. D. GALLI, *op. cit.*, p. 902; A. BARTOLINI, S. FANTINI, F. FIGORILLI, *op. cit.*, p. 649.

dell'avvenuta presentazione della richiesta di tutela cautelare (art. 120, comma 4, Codice del processo amministrativo)<sup>19</sup>.

Si tratta di un effetto sospensivo eventuale, in quanto derivante dalla scelta di proporre ricorso e subordinato alla richiesta di misure cautelari<sup>20</sup>, differenziandosi in ciò dalla clausola *stand still* che opera in via necessaria assicurando una tutela minima, ineludibile anche ove la giustizia amministrativa non venga adita<sup>21</sup>.

L'effetto sospensivo, quanto alla sua collocazione all'interno della procedura di evidenza pubblica, si somma al termine di *stand still* sostanziale, talvolta parzialmente sovrapponendosi a questo<sup>22</sup>. Anche in tale evenienza, tuttavia, essi non perdono la loro autonomia e specificità.

Il termine di *stand still* processuale, fissato in venti giorni, si caratterizza, in realtà, per la sua variabilità, in quanto rappresenta il tempo necessario perché l'organo di ricorso si pronunci (considerando n. 12, Direttiva 2007/66/CE)<sup>23</sup>. Se entro i venti giorni non intervengono la decisione cautelare di primo grado o, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare, il dispositivo della sentenza di primo grado, la sospensione si protrae sino a tali pronunce. In ogni caso, l'effetto sospensivo viene meno nelle ipotesi previste dalla legge al fine di individuare un argine alla stasi della stazione appaltante<sup>24</sup>.

(19) R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., 2037, alla prima notificazione si ha riguardo ai fini della valutazione della tempestività del ricorso; la seconda, invece, rileva ai fini sostanziali per determinare l'effetto sospensivo e non può precedere la prima in quanto il processo amministrativo deve essere stato validamente promosso.

(20) D. SENZANI, artt. 11-12, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati* a cura di A. CARULLO, G. IUDICA, Padova, 2011, p. 307; F. ELEFANTE, artt. 11-12, in *Codice dell'appalto pubblico* a cura di S. BACCARINI, G. CHINÈ, R. PROIETTI, Milano, 2011, p. 177, la sospensione è solo eventuale, presupponendo la attivazione di un rimedio giurisdizionale anche in via cautelare da parte dell'interessato e serve ad evitare la stipulazione prima che un organo abbia potuto vagliare, quanto meno in via cautelare, le censure avanzate avverso lo svolgimento della gara.

(21) Come si evince dalla formulazione testuale dell'art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2010, secondo cui "Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni (...)". R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 2040, nell'ipotesi, pur remota, in cui il termine sospensivo processuale venisse a scadere prima della clausola di *stand still*, quest'ultima sarebbe operante ed impedirebbe la stipula del contratto.

(22) Per il rapporto tra la durata dello *stand still* e dell'effetto sospensivo automatico R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo commentato*, cit., p. 2040.

(23) S. OGGIANU, art. 11, in A. CANCRINI, C. FRANCHINI, S. VINTI (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, p. 114, la durata del termine di *stand still* processuale è variabile: l'art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006 sembra commisurarne la durata in ragione dell'avvio e dell'esito presumibile (sede cautelare) ovvero effettivo (sentenza di primo grado) del ricorso.

(24) Si tratta di dichiarazione di incompetenza, fissazione della data di udienza di discussione di merito senza la concessione di misure cautelari, rinvio al giudi-

Con tali regole, infatti, nella prospettiva di coordinare la fase negoziale con i tempi del processo amministrativo, è stato ricercato un equilibrio, rimesso dalla Direttiva 2007/66/CE alle legislazioni nazionali, tra esigenze diverse e contrapposte: da un lato, tutela del soggetto controinteressato e quindi spostamento in avanti della stipula del contratto pubblico, dall'altro, interesse della pubblica amministrazione ma anche dell'aggiudicatario alla celere definizione della vicenda contrattuale<sup>25</sup>.

Si tratta, inoltre, di un effetto sospensivo automatico, dato che non postula l'intervento del giudice, ma opera come una tutela cautelare *ex lege*.

L'effetto sospensivo appare, dunque, indissolubilmente legato alla tutela cautelare: è condizionato alla proposizione dell'istanza cautelare ed è, quanto a durata, per lo più limitato alla pronuncia cautelare, eventualmente anche consolidandosi con essa. Per tale ragione, il d.l. n. 90 del 2014, recante "Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari", che ha innovato la disciplina della tutela cautelare, ha un impatto sul tema in esame, pur non avendo modificato l'art. 11, comma 10 *ter*, d.lgs. n. 163 del 2006. In particolare, la previsione di una cauzione, rendendo gravoso l'esercizio del diritto, potrebbe essere in conflitto con l'effettività della tutela a cui lo *stand still* è preordinato, profilandosi così un contrasto con il diritto dell'UE<sup>26</sup>.

Si osserva, inoltre, che con la presentazione del ricorso la pubblica amministrazione potrebbe convincersi della fondatezza delle censure mosse ed esercitare i poteri di annullamento d'ufficio. Sotto questo aspetto lo *stand still* processuale potrebbe essere accostato al preavviso di ricorso (art. 243 *bis*, d.lgs. n. 163 del 2006)<sup>27</sup>, potendo nuovamente sollecitare un ripensamento della pubblica amministrazione.

---

zio di merito dell'esame della domanda cautelare con il consenso delle parti da intendersi come implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

(25) D. GALLI, *op. cit.*, p. 901.

(26) M. A. SANDULLI, *Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014 n. 90 impattanti sul sistema di giustizia amministrativa*, in *Giustamm. it.*, 2014, p. 7; R. DE NICTOLIS, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, in *federalismi.it*, 2014, p. 15; G. GRECO, *Il contenzioso sugli appalti pubblici e la riforma del d.l. 90/2014 (breve note)*, in *Giustamm.*, 2014, p. 7, dopo aver osservato che lo *stand still* è collegato non alla decisione di merito, salvo il caso di decisione di merito assunta nella medesima udienza cautelare, rileva la contraddizione tra l'importanza della pronuncia cautelare, che si configura quale vero spartiacque tra aggiudicazione e contratto, e il dettato del d.l. n. 90 del 2014, che prevede la fissazione di tempi certi e brevissimi per la celebrazione dell'udienza di merito (art. 120, comma 6, Codice del processo amministrativo).

(27) Tale informativa, introdotta dal d.lgs. n. 53 del 2010, non impedisce comunque il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto fissato dall'art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006 (art. 243 *bis*, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006).



5. *L'ambito operativo dei termini dilatori.* – Nella scansione delle fasi della procedura di affidamento i termini dilatori si collocano dopo l'aggiudicazione definitiva e precedono la nascita del vincolo contrattuale<sup>28</sup>. Ciò rende chiaro che essi, da un lato, non incidono sull'aggiudicazione e sulla sua legittimità, non costituendone un antecedente, dall'altro, operano come un meccanismo squisitamente preventivo nell'ottica di anticipare e impedire, mediante correzioni, che una decisione illegittima presa dalla stazione appaltante possa compromettere la competizione sul mercato delle commesse pubbliche.

Lo *stand still* sia sostanziale che processuale, quindi, marca la separazione tra aggiudicazione e contratto e, nel contempo, assicura il loro collegamento affinché il processo amministrativo possa utilmente svolgersi.

Posta dunque la distinzione tra aggiudicazione e contratto, per cui la prima "non equivale ad accettazione dell'offerta" (art. 11, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006)<sup>29</sup>, con l'aggiudicazione definitiva il contratto pubblico non risulta ancora concluso, ma si crea un vincolo prodromico alla sua conclusione, dato che l'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile sino ad un termine finale (art. 11, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006). Tale termine ordinatorio dell'attività della pubblica amministrazione ed individuato in sessanta giorni dall'art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 è stato inteso, più che in nome di celerità e speditezza della procedura, a tutela del futuro contraente che non può essere esposto indeterminatamente alla accettazione della stazione appaltante<sup>30</sup>.

Il fattore tempo, pertanto, entra nella procedura di evidenza pubblica nel momento successivo all'aggiudicazione definitiva sia come termine finale che come periodo di quiescenza<sup>31</sup>. In pendenza

(28) L. IERA, *La nascita del vincolo negoziale nei contratti di appalto pubblico*, in *Giur. it.*, 2012, p. 1.

(29) F. ELEFANTE, *op. cit.*, p. 168 e 175 in passato il principio di equipollenza tra verbale di aggiudicazione e contratto, fissato per le aste pubbliche e le licitazioni private dal r.d. n. 2440 del 1923, impendendo un adeguato iato temporale tra la fase di aggiudicazione e la stipulazione, costituiva un *vulnus* all'effettività della tutela dei soggetti partecipanti alle gare e, in questo senso, si poneva in contrasto con l'evoluzione della giurisprudenza e della normativa comunitaria. Il procedimento delineato all'art. 11, d.lgs. n. 163 del 2006 si caratterizza per la volontà di superare il principio di equipollenza sconfessato già da prassi normativa giurisprudenza. Si separa con chiarezza la fase della scelta del contraente (nella quale predominano profili autoritativi e pubblicistici) da quella della stipulazione del contratto (nella quale risulta più evidente la negozialità del rapporto e la pariteticità delle posizioni). Si veda anche S. OGGIANU, *op. cit.*, p. 112.

(30) D. VAIANO, *art. 11*, in *Codice degli appalti pubblici* a cura di R. GAROFOLI, FERRARI G., Roma, 2013, p. 345.

(31) F. LIGUORI, *Variazioni sul fattore tempo nel codice del processo amministrativo*, in *Giustamm.it*, 2011, p. 6, nella disciplina della clausola di *stand still* l'uso della leva del tempo da parte del legislatore sembra sicuramente ragionevole ed efficace, si può parlare di un tempo giusto, congruo.

dei termini dilatori, infatti, non è consentito andare avanti né nella direzione della stipula del contratto né in quella dell'esecuzione di urgenza. In particolare, l'avvio della fase dell'esecuzione del contratto ancor prima della sua stipulazione è consentita in via derogatoria esclusivamente nelle procedure in cui la normativa non preveda la pubblicazione del bando di gara e nei casi di danno grave all'interesse pubblico che includono non solo le ipotesi di estrema urgenza, ma anche la perdita di finanziamenti comunitari (art. 11, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006). Si profila, dunque, il rischio elusione del meccanismo sospensivo. Nella fattispecie da cui trae origine la pronuncia in commento, l'inosservanza della clausola di *stand still* si concreta nell'esecuzione d'urgenza del contratto pubblico non accompagnata dall'esplicitazione delle ragioni di necessità<sup>32</sup>.

La pubblica amministrazione, per contro, può esercitare l'autotutela<sup>33</sup>, ma i termini sono funzionalmente connessi alla tutela giurisdizionale del privato, essendo preordinati ad assicurare che la pretesa di questi possa trovare adeguata soddisfazione<sup>34</sup>. E tuttavia ad essi non è estraneo l'interesse pubblico a concludere il contratto con la ragionevole certezza che gli esiti della fase pubblicistica della procedura non verranno messi in discussione potendosi contare sulla legalità della procedura e quindi sulla stabilità del contratto<sup>35</sup>.

**6. La violazione della clausola di *stand still*.** – Nel caso in cui il contratto pubblico sia stato stipulato in violazione del meccanismo di *stand still*, l'effettività della tutela deve essere garantita anche a fronte dell'interesse alla stabilità del contratto ed alla certezza delle relazioni giuridiche<sup>36</sup>. Il d.lgs. n. 53 del 2010, dettando il regime applicabile all'inosservanza dello *stand still*, ha inteso, infatti, assicurare l'operatività dei termini sospensivi reprimendone le

(32) D. SENZANI, *op. cit.*, p. 306 in riferimento all'esecuzione anticipata, ai sensi del rinvio operato dall'art. 11, comma 12, d.lgs. n. 163 del 2006, l'autore richiama le specifiche disposizioni contenute nel d.P.R. n. 207 del 2010 recante il regolamento di esecuzione e attuazione del codice dei contratti pubblici.

(33) A. CARDONE, art. 11, in *Commentario al codice dei contratti pubblici* a cura di G. F. FERRARI, G. MORBIDELLI, Milano, 2013.

(34) S. OGGIANU, *op. cit.*, p. 113 sottolinea il carattere strumentale del termine dilatorio rispetto alla tutela giurisdizionale in forma specifica.

(35) D. SENZANI, *op. cit.*, p. 305 ravvisa un sistema di garanzia delle parti e della stessa pubblica amministrazione procedente. D. GALLI, *op. cit.*, p. 899, la stipula del contratto è garantita in un momento in cui la stazione appaltante ha certezza dell'intangibilità della propria decisione, essendo scaduti i termini per il ricorso giurisdizionale e essendo venuta meno la possibilità di proporre ricorso al Capo dello Stato.

(36) Su tale bilanciamento F. CENTOLI, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, p.3.

violazioni mediante la dichiarazione di inefficacia del contratto<sup>37</sup>. L'inefficacia, del resto, si configura come la sola misura adeguata ed efficace per le violazioni gravi della normativa in tema di procedure di affidamento<sup>38</sup>.

Rientrano nel novero delle violazioni connotate da gravità sia l'incompiuto decorso dei termini sospensivi (art. 121, comma 1, lett. c e lett. d, Codice del processo amministrativo) che l'assenza di pubblicità (art. 121, comma 1, lett. a e lett. b, Codice del processo amministrativo). In quest'ultima ipotesi, è chiaro che la mancata pubblicizzazione della gara integra una macroscopica violazione del diritto delle procedure di affidamento, in quanto impedisce del tutto il realizzarsi di un confronto concorrenziale: l'incisione della concorrenza è insita nell'attività della pubblica amministrazione. Con riguardo all'omesso rispetto dei termini sospensivi, invece, si determina l'assenza del prescritto spazio temporale tra aggiudicazione e contratto. Tale mancanza in sé neutra si colora di lesività al valore della concorrenza, assurgendo così a violazione grave, quando abbia frustrato la finalità per cui i termini sono dati. In particolare, la violazione della clausola di *stand still* deve caratterizzarsi per due esplicite condizioni consistenti nell'aver determinato l'impossibilità di esercitare il diritto di azione prima della stipula e la diminuzione delle possibilità di ottenere l'affidamento<sup>39</sup>.

Se è fondamentale, dunque, che gli operatori economici dispongano di mezzi tutela effettivi onde ottenere la piena soddisfazione

(37) L'inefficacia del contratto, per vero, non è necessariamente pronunciata. Anche nei casi di "gravi violazioni" (art. 121, Codice del processo amministrativo), infatti, l'inefficacia consegue all'accertamento della violazione solo tendenzialmente, essendo rimessa ad una valutazione del giudice, il quale, alla luce di dati parametri, verifica l'assenza di esigenze imperative in nome delle quali sarebbe possibile conservare il contratto. Ciò significa che in via di regola è dichiarata l'inefficacia, ma vi sono delle deroghe mediante le quali trovano considerazione anche altri interessi che, una volta stipulato il contratto pubblico, devono inevitabilmente essere soppesati. M. LIPARI, *op. cit.*, sottolineando il ruolo centrale del giudice e l'assenza di un vincolato rapporto di consequenzialità tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, in riferimento alle violazioni gravi parla di "inefficacia cedevole", nel senso che il contratto, di norma, resta inefficace, ma è possibile salvarlo, in tutto o in parte. B. NOLA, *La sorte del contratto di appalto in caso di annullamento dell'illegittima aggiudicazione dopo la Direttiva ricorsi ed il Codice del processo amministrativo*, in questa *Rivista*, 2011, n. 2, p. 476.

(38) Per contrastare le violazioni del diritto comunitario degli appalti pubblici occorrono sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive; la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza, sempre nel rispetto del canone della proporzionalità (considerando n. 13, n. 14, n. 18, dir. 2007/66/CE).

(39) È differente la formulazione della disposizione relativa alla clausola di *stand still* (art. 121, comma 1, lett. c, d.lgs. n. 163 del 2006) rispetto a quella riferita allo *stand still* processuale (art. 121, comma 1, lett. d, d.lgs. n. 163 del 2006). Data la diversità dei termini sospensivi, solo nella prima norma compare il requisito relativo alla possibilità di proporre ricorso prima della stipulazione del contratto.

della pretesa anche mediante la reintegrazione in forma specifica, l'omesso rispetto dei termini di *stand still* rileva al punto da far venir meno il contratto quando determini una menomazione delle garanzie difensive. Sotto il profilo delle conseguenze della violazione, quindi, si coglie pienamente la strumentalità della clausola di *stand still* rispetto al diritto di difesa (art. 24, Cost.).

La prospettiva funzionale, del resto, tesa alla dichiarazione di inefficacia del contratto solo quando questa sia realmente utile, permea tutta la disciplina dell'inefficacia del contratto<sup>40</sup> e in riferimento alla violazione della clausola di *stand still* è rafforzata dai due ulteriori requisiti ora richiamati. La carenza di questi fa sì che non si arrivi alla ponderazione giudiziale volta a vagliare l'eventuale ricorrere di esigenze imperative che possano giustificare il mantenimento degli effetti del contratto. Occorre guardare, infatti, e ciò ha valore decisivo, alla sfera del ricorrente, alla sua posizione nella prospettiva del raggiungimento di una protezione effettiva, verificando se la violazione abbia determinato una diminuzione della possibilità di ottenere il bene della vita<sup>41</sup>.

Non si può affermare, dunque, che la violazione della clausola di *stand still* determini sempre e comunque l'inefficacia del contratto, pena il ritorno alla "vecchia" teoria della caducazione automatica e, soprattutto, il rischio di giungere ad un formalismo sganciato da reali esigenze di tutela.

La giurisprudenza chiamata a pronunciarsi in ordine alle conseguenze della violazione della clausola di *stand still*, applicando tali coordinate ermeneutiche, ha affermato che la violazione della clausola di *stand still* non determina l'inefficacia del contratto<sup>42</sup>. A

(40) E. STICCHI DAMIANI, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, p. 240.

(41) E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 252, la tutela della concorrenza tende sempre più a coincidere con l'interesse del ricorrente al subentro: la rilevanza di detto interesse è, infatti, presupposto di una tutela della concorrenza che sia effettiva ed utile. In caso di violazione dello *stand still* sostanziale e processuale il ricorrente è parte del procedimento e può aspirare all'aggiudicazione facendo valere un interesse non meramente strumentale. C. BENETAZZO, *Violazione dell'obbligo di stand still, inefficacia del contratto e risarcimento del danno da perdita di chance*, in *Giustamm.*, 2011, 7, quando si riscontrano dei vizi che inficiano l'intera procedura di gara, non ricorrono le condizioni richieste dall'art. 121, comma 1, lett. c e lett. d, d.lgs. n. 163 del 2006: è impedita, pertanto, ogni concreta valutazione in ordine alla possibilità di ottenere l'aggiudicazione. Così TAR Piemonte, Sez. II, 29 ottobre 2010, n. 3939 e TAR Puglia, Sez. I, 10 marzo 2011, n. 409.

(42) TAR Calabria, 20 ottobre 2010, n. 942; TAR Lazio, Sez. II, 2 dicembre 2010, n. 35031; TAR Campania, Sez. I, 14 luglio 2010, n. 16776; Cons. St., Sez. VI, 30 giugno 2009, n. 4235; Cons. St., Sez. III, 12 luglio 2011, n. 4162; Cons. St., Sez. V, 31 marzo 2014, n. 1548; prima dell'intervento del d.lgs. n. 53 del 2010 si veda TAR Campania, Sez. I, 29 gennaio 2009, n. 514; recentemente, Cons. St., Sez. III, 3 agosto 2015, n. 3790; Cons. St., Sez. V, 1 ottobre 2015, n. 4585; TAR Lazio, Sez. I quater, 16 luglio 2015, n. 9552.

tal fine è stato richiamato il tenore letterale dell'art. 121, comma 1, Codice del processo amministrativo nonché la *ratio* di tutela della Direttiva 2007/66/CE.

La violazione della clausola di *stand still*, inoltre, deve essere accompagnata da vizi propri dell'aggiudicazione, perché l'annullamento dell'aggiudicazione rappresenta il fondamentale presupposto per la dichiarazione di inefficacia del contratto<sup>43</sup>.

Ciò consente di affermare che la violazione della clausola di *stand still* si configura come violazione formale successiva al confronto concorrenziale, già espletato e risolto con l'aggiudicazione definitiva: non è, quindi, una violazione autonoma che rileva *ex se*, non inquinando la gara. La violazione di regole formali, pertanto, così come non incide sull'accesso alla gara in ordine alla partecipazione di concorrenti in possesso di tutti i prescritti requisiti, non si ripercuote sulla sorte del contratto ove non sussistano vizi dell'aggiudicazione, secondo una linea direttrice della normativa attenta ad assicurare la prevalenza della sostanza della procedura di affidamento rispetto al mero formalismo.

La violazione della clausola di *stand still*, tuttavia, rappresenta una irregolarità che può essere colpita con le sanzioni amministrative di cui all'art. 123, Codice del processo amministrativo.

La pronuncia in commento, riscontrata l'infondatezza di tutti motivi di ricorso adottati<sup>44</sup>, non si sofferma in maniera dettagliata sulla violazione della clausola di *stand still* né si interroga se l'esecuzione in via di urgenza del contratto sia sorretta da motivi di necessità o sia un espediente per eludere il termine dilatorio. Posta l'assenza di vizi propri dell'aggiudicazione, infatti, tale aspetto è superfluo ai fini della dichiarazione di inefficacia. Nello scarno passaggio motivazionale, la sentenza afferma, in linea con l'orientamento giurisprudenziale, che l'obbligo di astenersi dalla stipula del contratto non condiziona l'aggiudicazione e la sua legittimità. La clausola di *stand still* si colloca, come detto, in un momento successivo rispetto all'aggiudicazione impedendo temporanea-

(43) La formula "Il giudice che annulla l'aggiudicazione" (art. 121, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006) vale a sancire la giurisdizione del giudice amministrativo, nel senso della concentrazione delle tutele, ma anche ad individuare il fondamentale presupposto dell'inefficacia del contratto: l'illegittimità dell'aggiudicazione. M. LIPARI, *op. cit.*, la nuova disciplina, riconoscendo il ruolo determinante della valutazione concreta del giudice, in nessun caso contempla ipotesi di dichiarazioni di inefficacia sganciate dall'annullamento dell'aggiudicazione.

(44) D. GIUNTA, *La violazione della clausola di stand still non comporta l'inefficacia del contratto*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 45, p. 89 sottolinea che dal presupposto del mancato accoglimento dei motivi di gravame proposti avverso l'aggiudicazione discende la domanda di annullamento dell'aggiudicazione per la violazione del termine dilatorio di astensione dalla stipula del contratto.

mente la stipula del contratto. Si tratta di una regola posta dalla legge all'azione amministrativa e, d'altro canto, l'art. 11, comma 10, d.lgs. 163 del 2006 è norma sostanziale<sup>45</sup> da cui discende un vincolo all'attività della pubblica amministrazione che, anche quando tesa alla conclusione di un contratto, è comunque funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

ELISA ZIMEI

---

(45) Cons. St., Sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7132; TAR Lazio, Sez. II, 2 dicembre 2010, n. 35031.