Le principali novità nel rito speciale in materia di appalti pubblici

di Maria Alessandra Sandulli

Premessa

Un'indagine che, sia pure per sommi capi, si rivolga ad evidenziare i profili di maggiore novità che hanno riguardato il rito speciale in materia di appalti deve necessariamente prendere le mosse dall'individuazione della normativa applicabile a tale particolarissima materia.

La disciplina "specialissima" delle controversie in materia di appalti nasce con il codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006 e s.m.i.), che, anche in attuazione dei principi comunitari, integrava e rimodulava le nuove regole introdotte per le materie c.d. "sensibili" dall'art. 23 bis della l. TAR (ad opera della l. n. 205 del 2000).

La normativa attualmente vigente rappresenta peraltro la trasposizione e lo sviluppo a livello nazionale della direttiva n. 66/2007 dell'11 dicembre 2007 del Parlamento Europeo e del Consiglio della Comunità Europea che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio riguardanti il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. L'attuazione della direttiva nell'ordinamento italiano è stata operata attraverso il decreto legislativo n. 53/2010, entrato in vigore il 27 aprile 2010, che ha modificato, in più parti, le disposizioni del codice dei contratti pubblici sopra citato.

Le sole disposizioni processuali sono state successivamente trasfuse con significative modificazioni nel codice del processo amministrativo – d.lgs. 104/2010, entrato in vigore nel settembre 2010 (d'ora in avanti anche "c.p.a.") – e, in particolare, negli articoli 120-124 e, per quanto concerne la giurisdizione, nell'articolo 133.

I profili in cui il c.p.a. ha introdotto novità significative nel contenzioso in materia di appalti sono molteplici e non possono evidentemente essere tutti affrontati in questa sede. Cercando di rispettare la traccia tematica indicatami dagli organizzatori, proverò a ricostruirne i più importanti, ripartendoli per blocchi di argomenti.

La competenza

L'approccio alle novità che hanno più significativamente toccato il rito appalti non può trascurare, per i fortissimi riflessi che essa è suscettibile di esplicare in un settore caratterizzato da innegabili esigenze di immediatezza e certezza della tutela, la disciplina della competenza, presupposto processuale che, come noto, attiene alla distribuzione del potere di decidere tra i diversi giudici appartenenti al medesimo ordine.

Il codice del processo amministrativo, che erroneamente qualifica la competenza in materia di appalti come "funzionale", ha segnato il passaggio dal tradizionale regime di derogabilità della competenza territoriale dei Tribunali amministrativi ad un sistema improntato ad una assoluta e generale inderogabilità anche di tale competenza, rilevabile anche in appello, disciplinato da un gruppo di disposizioni che sin dai primi commenti sono state salutate come alcune tra le più innovative e al contempo problematiche della nuova disciplina.

Gli artt. 13 e ss. del c.p.a. dispongono che il difetto di competenza possa essere fatto valere anche d'ufficio dal giudice nel processo di primo grado. Nei giudizi di impugnazione esso può essere rilevato solo se dedotto con specifico motivo avverso il capo della sentenza impugnata che,

---

Lezione tenuta il 30 giugno 2011, presso l'Università Tor Vergata – MASTER in Antitrust e Regolazione dei mercati – nell'ambito del "Corso specialistico di aggiornamento sugli appalti pubblici".

Sono state riportate in nota le più significative novità normative e giurisprudenziali intervenute in materia dopo la lezione.

in modo implicito o esplicito, abbia statuito sulla competenza. In linea con il tendenziale "irrigidimento" del riparto di competenze, la nuova normativa prevede anche che per le ipotesi di competenze funzionalmente attribuite a determinati Tribunali, anche il riparto tra le singole sezioni assume rilevanza diventando una questione di competenza.

Per una migliore comprensione del nuovo sistema, merita precisare che la disciplina della competenza territoriale nell'attuale configurazione è il risultato dell'intervento governativo sullo schema di codice redatto dalla Commissione di esperti all'uopo istituita presso il Consiglio di Stato; ciò ha comportato la generalizzazione della regola dell'inderogabilità che era stata originariamente concepita solo per la fase cautelare. L'esigenza che la Commissione voleva tutelare era quella di evitare il ben noto fenomeno del "*forum shopping*" o turismo cautelare che minava le fondamenta stesse del principio di effettività della tutela e di giusto processo che avrebbe dovuto guidare la riforma. Proprio in quest'ottica si comprendono e si giustificano le disposizioni che precludono al giudice che non riconosca la propria competenza, di adottare misure cautelari (lo stesso "*standstill period*" che preclude la stipulazione del contratto nell'ipotesi in cui sia presentato un ricorso avverso gli atti di gara fino alla decisione sull'istanza cautelare, non opera se il ricorso è proposto a un giudice incompetente).

Gli apprezzabili principi che, nell'ottica del doveroso rispetto della garanzia del giudice naturale, hanno guidato tale scelta normativa, rischiano però di entrare in contrasto con la ragionevole durata del processo (non a caso sono state avanzate proposte per limitare la rilevabilità del difetto di competenza ad un termine di sei mesi, o all'eventuale trattazione delle istanze cautelari).

Allo stato, invero, l'incompetenza, se non è rilevata d'ufficio, può essere eccepita, con la proposizione di apposito regolamento, dalle parti interessate (o dallo stesso giudice che semplicemente "dubiti" della propria competenza), fino a che la causa non è decisa nel merito in primo grado, il che evidentemente si presta ad un utilizzo strumentale del rimedio dalle parti che intendono dilazionare la conclusione del giudizio. L'udienza, anche se manca un'esplicita previsione in tal senso, dovrà infatti essere rinviata per permettere la definizione della questione.

Il rito del regolamento è stato comunque accelerato: si propone direttamente al Consiglio di Stato ed è interessante sottolineare che se le parti non si costituiscono tempestivamente non è previsto il rinvio della trattazione (in ossequio al principio che pone espressamente a loro carico l'obbligo di "*cooperare*" alla "*realizzazione della ragionevole durata del processo*": art. 2 c.p.a.).

Le nuove norme, come auspicato dai primi commentatori, potrebbero in ogni caso essere oggetto di riesame già in sede di primo correttivo. Analogamente, è prevedibile che si corregga la qualificazione (evidentemente impropria) della competenza in materia di appalti come funzionale.

I criteri di determinazione della competenza territoriale rimangono quelli "tradizionali" dell'efficacia dell'atto e dell'autorità emanante.

L'aspetto che continua a rivelarsi più critico per il settore che qui interessa rimane quello dell'impugnazione dei c.d. "atti consequenziali", cioè la disciplina del riparto di competenza nell'ipotesi di provvedimenti connessi. Permane, infatti, la possibilità che i citati atti consequenziali siano di competenza di un giudice diverso rispetto a quello competente per l'atto cui succedono. Un esempio calzante potrebbe essere quello di un atto dell'Autorità di vigilanza (ad esempio l'iscrizione al casellario informatico) successivo e connesso ad un atto di gara. In questo caso anche l'atto conseguente dovrebbe essere correttamente attratto nella sfera di competenza del foro che giudica sul provvedimento iniziale: quindi non quella generale del TAR Lazio (funzionalmente competente per gli atti dell'Autorità), ma, ad esempio, quella del diverso TAR regionale territorialmente competente per gli atti di quella specifica gara. O ancora quello dell'impugnazione dell'aggiudicazione di un lotto territorialmente delimitato successivamente a quella del bando di una gara di portata ultraregionale. Un argomento a favore dell'attrazione è stato rinvenuto nell'obbligo di impugnare gli "atti successivi relativi alla medesima procedura di gara" attraverso motivi aggiunti nel ricorso originario. Va osservato, peraltro, che risulta difficile far rientrare in quest'ultima categoria di atti quelli assunti in via consequenziale dall'Autorità (ivi compresa la

cancellazione dal casellario) atteso il loro carattere generale. Analogamente è a dire ad esempio per gli atti di cancellazione dal Sistema di qualificazione delle singole stazioni appaltanti. Con la conseguenza che la stessa vicenda debba essere inderogabilmente trattata da giudici diversi; con inevitabili effetti sulla certezza del diritto e sulla stessa durata del processo.

In una prospettiva più ampia, merita poi chiedersi se la previsione che – per reagire al surrichiamato fenomeno del *forum shopping* – vieta al giudice che non si riconosca competente l'adozione di misure cautelari (art. 15, comma 5), possa essere considerata *ex se* lesiva del principio di effettività della tutela giurisdizionale d'urgenza, più volte invocato come imprescindibile dal diritto euro unitario.

Il timore risulta in linea teorica escluso dalla nostra normativa, che consente al ricorrente di rivolgersi immediatamente al giudice indicato come competente da quello erroneamente adito in modo tale da ottenere, in tempi brevi (2 o 3 giorni nel caso di decreto monocratico) la tutela richiesta. Il sistema sembra dunque escludere una violazione concreta del principio di effettività della tutela, che laddove creasse un problema di compatibilità euro unitaria, legittimerebbe la disapplicazione delle disposizioni interne non compatibili. Un ostacolo concreto verso un'immediata trattazione dell'istanza viene però dai tempi di trasmissione del fascicolo che, contenendo gli originali del ricorso e degli altri atti di causa, alcune segreterie chiedono di acquisire prima della camera di consiglio. In proposito si segnala però che TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, sent. n. 2 del 2011, ha affermato la necessità di riprodurre integralmente il contenuto del ricorso in sede di riassunzione proprio sul presupposto di non poter attendere la trasmissione d'ufficio del fascicolo data l'urgenza che caratterizza la fattispecie (in ogni caso la sentenza specifica che l'atto privo della riproposizione dei motivi di impugnazione non è viziato da nullità data la ricorrenza di un errore scusabile).

E' stato anche obiettato, in una prospettiva critica rispetto al regime dell'inderogabilità, che il c.p.c. (all'art. 48 comma 2) consente l'adozione di provvedimenti urgenti anche a fronte di un regolamento di competenza. A tale rilievo è facile peraltro opporre (ed è stato infatti correttamente opposto) che la peculiarità della tutela dell'interesse pubblico, che innerva l'intero processo amministrativo, giustificherebbe tale differenza.

I riferiti profili problematici della nuova normativa sono stati comunque sottoposti al giudizio della Corte costituzionale da parte del TAR Campania, Napoli, con l'ordinanza n. 800 del 18 novembre 2010.

Per la determinazione del giudice competente nei giudizi non impugnatori si può aggiungere che nell'ipotesi di giudizio avverso il silenzio della PA il privato dovrà rivolgersi al giudice che sarebbe stato competente se l'Amministrazione avesse adottato l'atto; nel caso di domanda volta ad ottenere il risarcimento del danno la competenza sarà analogamente del medesimo giudice idoneo a giudicare sul provvedimento che ha generato il danno (in ossequio a quanto affermato dall'Adunanza plenaria n. 10/2004), per i casi di azioni risarcitorie autonome o aventi ad oggetto diritti soggettivi patrimoniali alcuni Autori (R. CHIEPPA, richiamando uno scritto di M. LIPARI del 2002) propongono la soluzione interpretativa di seguire il disposto del c.p.c..

Quanto agli effetti della dichiarazione di incompetenza, il codice stabilisce che le misure cautelari concesse dal giudice incompetente e non annullate dal Consiglio di Stato (in sede di regolamento o in appello) perdono comunque efficacia decorsi trenta giorni dalla decisione che afferma l'incompetenza.

Ulteriori criticità investono il diritto transitorio: le nuove disposizioni non si applicano evidentemente ai ricorsi proposti ante codice, ma non è chiaro se il momento qualificante sia la notifica o il deposito. Secondo R. CHIEPPA sarebbe la notifica perché il tribunale competente si sceglie già al momento della notifica. In ogni caso per questi ricorsi continua a valere il vecchio regime del regolamento preventivo da notificare nel termine di 20 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione (50 giorni dalla notifica) o 20 giorni dal deposito di atti che determinano l'incompetenza.

Svolta questa necessaria premessa su un profilo di ordine generale che, per la sua rilevanza ai nostri fini, mi era stato chiesto di affrontare, concentrerò l'attenzione sulle disposizioni che interessano in modo più specifico il contenzioso in materia di appalti.

Le disposizioni processuali speciali in tema di appalti pubblici

Un quadro completo delle riforme del rito appalti non può che muovere da un'analisi della normativa euro unitaria: si impone pertanto un breve *excursus* sulla già richiamata Direttiva 66/2007, meglio nota come "Direttiva ricorsi".

La regola che, in linea generale, guida l'operato del legislatore euro-unitario è quella di lasciare ai singoli Stati membri libertà sulle disposizioni processuali limitandosi ad intervenire sulla normativa sostanziale. L'inosservanza delle norme di diritto sostanziale in tema di appalti da parte degli Stati membri ha spinto però il legislatore ad intervenire anche in questo settore. Le istituzioni comunitarie avevano del resto ripetutamente reagito a tale comportamento tramite lo strumento della responsabilità del singolo Stato membro per mancato adeguamento al diritto dell'Unione europea; responsabilità ascritta tanto al legislatore, quanto ai giudici nazionali. Sotto tale ultimo profilo, infatti, merita ricordare che il giudice nazionale di ultima istanza è tenuto a rimettere alla Corte di Giustizia l'interpretazione del diritto euro unitario (salvo il caso del c.d. "*acte claire*", in cui la chiarezza della disposizione sovranazionale esime dal rispetto della detta procedura di rimessione e, in caso di contrasto, impone la disapplicazione della normativa interna) e, nel caso di violazione di tale dovere, incorre in una specifica responsabilità per i danni arrecati ai singoli (lo stesso vale per lo Stato che non dia attuazione alle direttive chiare (cfr. Cass. sent. 10810/2011 sulla natura contrattuale della responsabilità dello Stato membro avente, per ciò, un termine di prescrizione decennale). La Corte di Giustizia (sin dalle note sentenze Kobler del 2003 e Traghetti del Mediterraneo del 2006) ha del resto affermato lo stesso principio di responsabilità per gli errori di diritto compiuti dai magistrati.

In un ottica più generale merita focalizzare l'attenzione sulla particolarità del rito appalti rispetto agli altri riti in cui si svolge la procedura amministrativa. Esso viene significativamente definito "specialissimo" in considerazione del maggiore grado di specialità che lo distingue anche dal rito speciale comune a determinate materie (disciplinato dall'art. 119).

Un'analisi puntuale dell'evoluzione giurisprudenziale e normativa degli ultimi anni induce, peraltro, a domandarsi quanto quest'ultimo rito possa considerarsi davvero eccezionale o quanto, piuttosto, almeno per alcuni profili, possa configurarsi come un "rito-pilota", sede di innovazioni che sono poi state – o potranno essere – estese agli altri riti.

Indubbiamente parte delle peculiarità del processo in materia di appalti derivano proprio dal diritto euro-unitario che però, come detto, enuncia regole generali che, come tali, possono essere applicate anche al di là della materia in cui vengono stabilite, non soltanto per il caratteristico effetto "*spill-over*", ma anche per lo stretto rapporto che le lega al principio di effettività della tutela. Date tali premesse, sembra dunque corretto domandarsi, piuttosto, se le peculiarità riscontrabili nel rito appalti siano da ascriversi alla specialità della materia o siano la migliore risposta di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive nei confronti dei poteri pubblici e/o dei soggetti ad essi equiparati.

Quel che è certo è che l'effetto "trainante" del rito appalti è stato dimostrato in più occasioni (ricordo per tutti la tutela cautelare *ante causam* e il riconoscimento del risarcimento da lesione di interessi legittimi).

Risulta significativa, al fine di dare una risposta alla suddetta questione, la sentenza del Consiglio di Stato n. 2755/2011, che ha affermato la possibilità, per il giudice amministrativo, di graduare gli effetti della sentenza di annullamento proprio elevando a modello il disposto degli artt. 120 e 121 c.p.a..

Recentemente l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza 10/2011, è intervenuta peraltro, seppure incidentalmente, a sottolineare la specialità del rito in materia di appalti. La controversia riguardava l'Università di Venezia che aveva creato una società di

engeneering attraverso la scissione di una società interamente partecipata dalla p.A. La pronuncia affronta una pluralità di temi, ma per quanto più specificamente rileva ai presenti fini, si riferisce al rito abbreviato nato in materia di appalti come ad un rito che, pur essendo stato notevolmente esteso ad opera dell'articolo 23 *bis* della l. TAR e ora dell'art. 119 del codice, resta speciale e che, come tale, va applicato restrittivamente (perché più oneroso per le parti e per i giudici ed idoneo a creare una corsia preferenziale per un certo tipo di ricorsi). La tassatività delle ipotesi cui si applica il rito speciale comporta che, ai fini dell'applicabilità del rito ordinario, non rileverà nemmeno la circostanza che in primo grado sia stato applicato il rito speciale.

L'ambito di applicazione

Il primo tema che è opportuno affrontare è dunque quello dell'ambito di applicazione delle nuove regole.

L'art. 120 c.p.a. (che apre la disciplina del nuovo rito specialissimo sugli appalti pubblici) ha una formulazione differente rispetto all'art. 245 della d.lgs.163/2006, da cui è originato, in quanto non opera alcun rinvio alla norma sul riparto della giurisdizione (art. 133).

Nonostante i dubbi espressi da qualche A., la norma, inserita nel codice del processo amministrativo e come tale applicabile solo alle controversie sottoposte alla giurisdizione del giudice amministrativo, non sembra però avere un ambito applicativo diverso da quello dell'art. 245 del codice dei contratti, comunque circoscritto a "*Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività economico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità*". Il richiamo, nel citato art. 245, all'art. 244, lungi dall'ampliare i confini della nuova disciplina deve infatti intendersi nel senso di limitarne l'applicabilità alle controversie sugli atti sopra indicati devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo: precisazione che, nel c.p.a., era evidentemente inutile.

Resta quindi aperto il problema se il regime specialissimo di cui agli artt. 120 ss. possa estendersi anche alle procedure per l'affidamento di concessioni di pubblici servizi e soprattutto la scelta del socio che, se pacificamente affidate alla giurisdizione del giudice amministrativo dall'art. 133 c.p.a., sono espressamente distinte dallo stesso codice da quelle per l'affidamento di incarichi relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 120 (e, prima, all'art. 245).

Ben più vasto e delicato è il tema più generale dell'applicabilità delle regole dell'evidenza pubblica e, per l'effetto, della soggezione alla giurisdizione del giudice amministrativo e dunque al c.p.a.: tema che si lega alla natura dei soggetti affidanti e ai limiti oggettivi che, per i soggetti diversi dalle "amministrazioni aggiudicatrici" (enti pubblici e organismi di diritto pubblico) incontra la valenza di tali regole (operanti soltanto per gli appalti affidati nell'ambito dei c.d settori speciali e dunque, coerentemente, inapplicabili per quelli che gli stessi soggetti ritengano di affidare in ambiti totalmente estranei a tali settori). Recentemente è stata invero significativamente rimessa all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la questione se le imprese pubbliche, per appalti non strumentali all'esercizio delle attività loro affidate nell'ambito dei suddetti "settori speciali", siano o meno sottoposte alla giurisdizione del g.a. (ad esempio, nel caso dell'attività di ristorazione negli aeroporti, il TAR Lombardia ha correttamente escluso la soggezione alle regole dell'evidenza pubblica e la propria giurisdizione; diversamente, in riferimento alla sub concessione di parcheggi esterni all'aeroporto di Palermo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ritenuto che, trattandosi di attività necessaria al buon funzionamento dell'aeroporto, il relativo affidamento dovesse rispettare le regole concorrenziali ed essere conseguentemente sottoposto alla giurisdizione del g.a.)[1].

[1] La questione è stata nel frattempo risolta dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 16 del 2011) nel senso dell'inapplicabilità delle regole di evidenza pubblica (e della giurisdizione amministrativa) agli appalti affidati da imprese pubbliche per lavori, servizi o forniture non strumentali all'esercizio delle attività da esse svolte nell'ambito dei settori speciali, in quanto "estranei" al codice appalti. Si conferma pertanto la posizione già espressa da chi scrive nell'*Introduzione* al volume a cura di M.A. SANDULLI, *Organismi e imprese pubbliche*, cit., e più ampiamente

Il termine di impugnazione.

Tra le peculiarità del rito appalti un ruolo importante spetta sicuramente al termine di impugnazione.

Alla direttiva ricorsi si deve innanzi tutto la precisazione del rapporto tra termine a ricorrere e motivazione del provvedimento: il termine per denunciare l'illegittimità di un provvedimento (e sopportarne i sempre maggiori oneri economici imposti dalla legge per l'accesso alla giustizia amministrativa) non può che decorrere dalla conoscenza del suo contenuto motivazionale minimo. Si sottolinea infatti espressamente dal legislatore euro-unitario che esso dovrà consentire agli interessati di valutare l'opportunità di "reagire" alla lesione e dovrà quindi essere computato non già dalla mera conoscenza dell'adozione del provvedimento bensì dalla sua comunicazione agli interessati, contenente l'indicazione sintetica delle ragioni che ne stanno alla base (art. 2 *quater*). In ossequio a tale principio, l'art. 120 c.p.a. lega la decorrenza del termine di impugnazione degli atti di gara alla loro comunicazione nelle forme e con i contenuti ivi stabiliti. Il surriferito principio, essendo preordinato alla garanzia di effettività della tutela giurisdizionale, non può essere limitato alla materia degli appalti, ma è suscettibile di interpretazione estensiva.

Va chiarito che il rito applicabile alle controversie in materia di appalti pubblici in attuazione della direttiva 2007/66, introdotto, con vari mesi di ritardo, dal d. lgs. n. 53 del 2010, è stato notevolmente semplificato dall'entrata in vigore del c.p.a., che, all'articolo 120, rinvia per tutti i termini non diversamente previsti all'art. 119 (relativo, ricordo, alla generalità delle materie c.d. "sensibili" già disciplinate dall'art. 23 *bis* l. TAR), eliminando quelle disposizioni superacceleratorie introdotte dal suddetto decreto, che finivano per rendere eccessivamente difficile la tutela in giudizio (soprattutto per le parti resistenti e controinteressate). Ad esempio, mentre si conferma l'esclusività del rimedio giurisdizionale (non più sostituibile con il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica) da notificare entro il termine "breve" di 30 giorni (decorrenti, come già detto, dalla conoscenza dell'atto e del suo contenuto motivazionale minimo attraverso i mezzi di conoscenza legale - ricezione della comunicazione ex art. 79, o pubblicazione dei bandi e degli avvisi autonomamente lesivi - o, in ogni altro caso, attraverso le altre forme di conoscenza dell'atto), si estende l'operatività dello stesso termine ai motivi aggiunti, tanto su atti nuovi, quanto su atti già impugnati. Per un evidente errore materiale, è rimasta invece nella penna del legislatore l'estensione del medesimo termine (a valere dalla notifica del ricorso principale o dei motivi aggiunti) al ricorso incidentale. In attesa di una rettifica auspicabilmente prossima, la certezza delle regole processuali impone di applicare il termine ordinario di 60 giorni.

Con una disposizione mutuata ancora una volta dalla direttiva 66, ma affatto estranea alla tradizione e alla logica del nostro sistema processuale, che lega sempre l'onere di impugnazione alla conoscenza della lesione, lo stesso art. 120 stabilisce poi che, in caso di affidamento diretto, fermo restando il termine generale di decadenza dall'impugnazione decorsi trenta giorni dalla pubblicazione (a norma degli artt. 65 e 225 del codice dei contratti pubblici) dell'avviso di aggiudicazione definitiva, contenente la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando, nel caso in cui detti avvisi o informazioni vengano omessi o non siano conformi alle disposizioni sopra indicate, il contratto diventa comunque inattaccabile decorsi sei mesi dalla relativa stipulazione del contratto, con forti dubbi di legittimità costituzionale, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost. (il Consiglio di Stato ha commentato questa norma in sede di parere sul d. lgs. 53/2010, da cui la disposizione è mutuata nel senso che essa "*introducendo una vistosa deroga ai principi giuridici consolidati in materia di impugnazione degli atti amministrativi risulta del tutto estranea al nostro sistema processuale.*

---

sviluppata nel capitolo sull'impresa pubblica in *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18 CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, a cura di R. GAROFOLI e M.A. SANDULLI, Milano, Giuffrè, 2005, 207 ss. e, ancora, in *Impresa pubblica e regole di affidamento dei contratti*, Relazione al convegno sul tema *Il regime giuridico dell'impresa pubblica*, svoltosi presso l'Università di Roma Tre il 24 gennaio 2008, in *www.federalismi.it.*

L'effetto di tale preclusione è ancora più rilevante se si considera che essa è destinata ad operare in presenza di situazioni caratterizzate da una particolare violazione delle regole, riconducibili all'affidamento diretto senza gara e senza pubblicità");

Per il resto, valgono le disposizioni speciali di cui all'art. 119 (tutti i termini sono dimidiati, salvo quelli per l'appello cautelare e, in attesa della predetta rettifica, per il ricorso incidentale; il regime della tutela cautelare segue regole particolari, che, in ragione della peculiarità degli interessi coinvolti, privilegia la concentrazione del giudizio e l'accelerazione della decisione di merito).

Con riguardo ai mezzi idonei a realizzare la conoscenza legale dell'atto, può essere problematico il rapporto tra comunicazione a mezzo fax e piena conoscenza: premesso che il fax costituisce ormai mezzo legale di conoscenza, soprattutto se non ne venga validamente contestata la ricezione, in caso di mancata autorizzazione al suo utilizzo del fax (richiesta dall'art. 79 del codice dei contratti pubblici per il valido ricorso a tale strumento), la circostanza che la parte ricevente attesti la conoscenza del provvedimento "faxato", (ad esempio, per denunciare l'illegittimità del suo contenuto dispositivo), è sufficiente ad integrare comunque una forma di "*piena conoscenza*", ai sensi dell'art. 120 ovvero si deve ritenere che per le ipotesi puntualmente disciplinate e sottoposte al regime della comunicazione legale non sono ammesse altre prove di conoscenza? La prima soluzione appare a mio avviso più coerente al sistema, che, se riconosce alle forme di comunicazione legale un valore probatorio dell'acquisita conoscenza dell'atto, non può comunque escludere che, alla stregua dei principi generali, questa possa essere altrimenti dimostrata attraverso altre fonti attestanti la sua recezione.

Restando in tema di comunicazione, è interessante rilevare che il codice dei contratti richiede che l'aggiudicazione definitiva sia comunicata contestualmente a tutti i destinatari: la *ratio* è evidentemente quella di avere una data unica di decorrenza del termine di sospensione automatica per la stipula del contratto (c.d. *stand still period*), computato – in correlazione a quello per ricorrere – in 35 giorni dall'invio dell'ultima comunicazione (sicché, ove la stazione appaltante non riuscisse a rispettare tale contestualità, il termine si sposterebbe in avanti, ralentando così ulteriormente gli effetti del'aggiudicazione).

L'accesso *ex lege* e la sua incidenza sul processo.

Ancora in attuazione della direttiva ricorsi, l'accesso agli atti delle procedure di affidamento di appalti pubblici viene consentito *ex lege* (a prescindere da una specifica istanza di parte) entro dieci giorni dall'invio della comunicazione di cui al richiamato art. 79, comma 5, nella quale le stazioni appaltanti devono altresì informare i concorrenti sugli uffici presso i quali l'accesso può essere esercitato e sui loro orari di apertura, nonché indicare, se presenti, gli atti ad accesso vietato o differito. Tale previsione, che indubbiamente fa sorgere un onere di esame dell'atto entro il predetto termine di dieci giorni, potrebbe valere – e a mio avviso vale – come strumento di conoscenza legale degli atti messi a disposizione dalla stazione appaltante anche laddove le parti non ne prendano concretamente visione, con conseguente tardività di eventuali motivi aggiunti proposti in caso di successiva acquisizione di tali atti decorsi 40 gg. (30 dal decimo giorno) dalla predetta comunicazione[2]. Sarebbe peraltro a questi fini necessario far decorrere il termine dal ricevimento della comunicazione e non dal suo invio (come invece previsto dalla legge per l'accesso). Analogamente, nell'ipotesi di mancato esercizio dell'accesso "automatico", la parte che si ritenga lesa dagli atti inutilmente ostesi non dovrebbe poter invocare l'illegittimità del provvedimento di cui non ha preso visione, ai fini del risarcimento: il comportamento omissivo e non rispettoso dei canoni di diligenza, sarà infatti valutato, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1227 c.p.c., per ridurre o escludere la tutela risarcitoria (si invita in argomento alla lettura della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 2011, con mio commento sul sito istituzionale della giustizia amministrativa e sulle riviste *on line federalismi.it* e *giustamm.it*).

[2] La proposta chiave di lettura – già sostenuta in occasione di diversi incontri di studio sul nuovo rito – trova ora conferma nella sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 1 settembre 2011 n. 4895, cit.

Il precontenzioso: l'informativa preventiva

Un altro importante profilo di novità introdotto nel rito speciale sugli appalti in attuazione della direttiva ricorsi attiene alla c.d. informativa preventiva di ricorso.

La direttiva lascia alla scelta degli Stati membri la possibilità di prevedere strumenti precontenziosi, quali il ricorso amministrativo ovvero l'informativa preventiva sull'intento di proporre ricorso giurisdizionale. L'ordinamento italiano ha optato per questo secondo strumento.
L'informativa preventiva ha chiare finalità deflattive, imponendo alle parti che intendono proporre ricorso di informarne preventivamente la stazione appaltante. Va sin da ora precisato che, per quanto la mancata presentazione non impedisca la proposizione del ricorso, né è in alcun modo condizionante rispetto ai contenuti finali di questo(è fatta espressamente salva la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi e ulteriori da quelli anticipati), il comportamento – totalmente o parzialmente omissivo – che il ricorrente terrà in questa fase sarà valutato ai fini della condanna alle spese, oltre che di un eventuale giudizio risarcitorio: nell'ipotesi di fondatezza del ricorso giurisdizionale, se il giudice valuta che la tempestiva informativa avrebbe consentito l'autotutela ed evitato il giudizio, potrebbe compensare le spese della lite o escludere o limitare il risarcimento del danno ai sensi dell'art 1227 cc..

L'informativa sortisce l'effetto di sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela da parte della stazione appaltante, ma non fa sorgere un obbligo di impugnare l'eventuale rifiuto implicito di autotutela o il provvedimento meramente confermativo (senza alcun ulteriore supporto motivazionale e senza una rinnovata istruttoria delle circostanze ritenute rilevanti ai fini della valutazione dell'istanza).

La decisione sull'informativa preventiva deve essere resa entro 15 giorni (considerato che il ricorrente non la presenterà immediatamente dopo aver conosciuto il provvedimento, se il termine fosse più lungo, i 30 giorni previsti per la proposizione del ricorso rischierebbero di scadere prima della risposta). Nella pratica spesso la detta informativa perviene all'Amministrazione congiuntamente al ricorso o solo pochi giorni prima, il che preclude che l'istituto realizzi quell'effetto deterrente che ne ha determinato l'introduzione (e che forse avrebbe potuto conservare laddove si fosse imposto un termine più breve per la sua presentazione). Inoltre in una prospettiva di comparazione dei diversi interessi in gioco non si può tacere che la stazione appaltante, nell'accogliere i rilievi contenuti nell'informazione preventiva, inevitabilmente lederà gli interessi del terzo aggiudicatario o degli altri concorrenti contro interessati, ciò che per un verso la esporrà ad altri ricorsi e per l'atro crea un difficile problema di compatibilità con gli obblighi partecipativi previsti dalla l. n. 241 del 1990 s.m.i..

Ulteriori caratteri distintivi del rito speciale in materia di appalti.

Ulteriori caratteri distintivi del rito speciale in materia di appalti si possono individuare, sia pure nei termini assolutamente concisi consentiti da questa lezione, nei profili che passo ora ad indicare:

- l'obbligo di notifica del ricorso contro l'aggiudicazione definitiva anche alla sede reale delle Amministrazioni dello Stato per notiziarne non solo l'Avvocatura, ma anche le stazioni appaltanti stesse al fine di bloccarne l'operato e precludere la stipula del contratto;
- un indubbio favore per la massima accelerazione della definizione della controversia nel merito: l'art. 120 co. 6, pur eliminando la regola della decisione in forma semplificata in sede cautelare prevista dal d. lgs. n. 53/2010, sembra esprimere un'evidente "preferenza" per quest'ultima, prevedendo, in ogni caso, il dovere di fissazione dell'udienza di merito con "assoluta priorità", a prescindere dall'esito della cautela (ma non dell'istanza di parte, che nel c.p.a. costituisce condizione di procedibilità anche per l'istanza cautelare);

- i termini processuali a difesa (ad esempio i termini per il deposito di documenti, memorie e repliche in vista dell'udienza di merito) sono dimezzati rispetto al rito orinario (e dunque, in particolare, lo sono quelli per le impugnazioni: appello, revocazione e opposizione di terzo; fanno eccezione quelli per l'appello cautelare (art. 62) che, a norma dell'art. 119 comma 4 restano gli stessi); la dimidiazione non opera anche per le azioni che, seppur originate dagli atti delle procedure di affidamento di lavori, sevizi e forniture pubbliche, consistono in una mera richiesta risarcitoria (il principio, affermato nel 2007 dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, è coerente con il tenore letterale dell'art. 120 e con la *ratio* della dimidiazione, correlata all'esigenza di definire le sorti dell'interesse pubblico alla realizzazione di lavori pubblici e all'acquisizione di beni e servizi pubblici e non anche delle mere richieste economiche ad esso collegate);
- l'onere di impugnare con motivi aggiunti i nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara (ovviamente con il limite degli atti resi noti dopo la decisione della controversia: questi ultimi non potranno essere impugnati direttamente in appello, ma dovranno essere oggetto di un ricorso autonomo);
- la misura cautelare ordinaria consiste, ex art. 119 comma 3, nella sollecita fissazione dell'udienza di merito e solo in caso di "*estrema gravità e urgenza*" potrà essere concessa una misura cautelare vera e propria (a tale ultimo proposito sembra opportuno specificare che l'estrema gravità e urgenza non potrà, almeno in primo grado, coincidere con il pericolo di stipulazione del contratto perché vanno tenute in considerazione le disposizioni in tema di sospensione automatica – "*stand still*" – tanto sostanziale quanto processuale, cioè successiva alla proposizione di un ricorso avverso gli atti di gara innanzi al giudice competente; inoltre, l'espresso riconoscimento al giudice amministrativo del potere di annullare il contratto eventualmente stipulato e di disporre il subentro del ricorrente nel medesimo esclude o quanto meno riduce sensibilmente in molti casi il pregiudizio che potrebbe derivare a quest'ultimo dall'aggiudicazione).
- la pubblicazione immediata del dispositivo per le sentenze di primo grado (al massimo entro sette giorni);
- l'appello avverso il dispositivo di sentenza può essere proposto anche prima della pubblicazione della sentenza per esteso, ma non è preclusivo rispetto ad una richiesta di sospensione in sede di appello sui motivi;
- il principio di sinteticità degli atti che diviene principio generale come dimostrato dall'indicazione – fornita dal Consiglio di Stato – di redigere un *abstract* per gli atti processuali che superano una certa lunghezza e dalla preferenza per la redazione della sentenza in forma semplificata (con inevitabili riflessi sulla garanzia del fruitore del servizio giustizia e dei principi del giusto processo, rinvenibili anche nell'ipotesi di assorbimento dei motivi).

Merita inoltre segnalare il recentissimo orientamento della Corte di cassazione (con le sentenze nn. 6594, 6595 e 6596 del 23 marzo 2011) sul diritto al risarcimento del danno per lesione dell'affidamento del beneficiario di un provvedimento amministrativo successivamente annullato. La stazione appaltante che agisca *contra legem* rischia cioè di subire un'azione risarcitoria non soltanto da parte del soggetto che lamenti di essere stato illegittimamente escluso da una procedura o di non avere illegittimamente ottenuto l'affidamento del contratto, ma anche da quello che, essendo stato ammesso alla procedura o essendone risultato vincitore, si veda poi legittimamente annullare il provvedimento che gli aveva illegittimamente attribuito un bene della vita che non gli spettava, ma che, in ogni caso, vi aveva fatto affidamento. Per maggiori approfondimenti rinvio al mio commento apparso sul sito istituzionale della giustizia amministrativa e sulle riviste *on line federalismi.it* e *giustamm.it.*

Le sanzioni alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto

Lasciando alle lezioni a ciò specificamente dedicate i profili legati ai nuovi poteri del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, dedicherò qualche ultima sintetica osservazione al complesso e delicato tema delle sanzioni alternative alla dichiarazione di inefficacia del contratto, sul quale rinvio per maggiori approfondimenti all'apposito capitolo da me redatto nel recente volume curato da G. GRECO sull'attuazione della direttiva 66/2007 nei diversi Paesi dell'Unione europea.

Si tratta di uno strumento sanzionatorio concepito per le ipotesi in cui il giudice, per la gravità delle violazioni riscontrate, sarebbe tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto, ma per esigenze imperative di interesse generale non abbia ritenuto di poterlo fare oppure per il caso in cui l'inefficacia non abbia coperto l'intera durata del contratto (perché già in parte eseguito o per oggettive difficoltà di subentro immediato).

Le sanzioni possono essere pecuniarie o riduttive della durata del contratto (entrambe cumulabili con il risarcimento del danno poiché aventi natura punitiva) e vengono applicate anche a prescindere dalla domanda di parte come accade anche per la dichiarazione di inefficacia del contratto per violazioni gravi ex art. 121 c.p.a.. A tale proposito è interessante sottolineare che solo nell'ipotesi di domanda di subentro nel contratto, nel caso di violazioni non gravi, la normativa pone fortemente l'accento sulla necessità di un'apposita domanda di parte.

Le sanzioni alternative possono essere applicate anche da parte del Giudice di appello, nel caso in cui sia esso il primo a ritenere, diversamente dal giudice di primo grado, che si sia in presenza di violazioni gravi o che non debba essere disposta la dichiarazione di inefficacia del contratto. In questo caso si aggrava ulteriormente il problema del difetto di un effettivo contraddittorio, limitandosi il codice a disporre che i difensori delle parti devono essere avvertiti dell'intenzione del giudice di applicare la sanzione. Resta però il fatto – inaccettabile alla stregua degli artt. 3, 24 e 111 Cost. – che lo stesso soggetto indica la sanzione e la irroga.

Si rileva a questo riguardo una distonia tra il contenuto della direttiva comunitaria, che individuava il soggetto cui gli Stati membri avrebbero dovuto attribuire il potere di irrogare la sanzione in un soggetto "indipendente" non necessariamente coincidente con il GA, e la scelta del nostro legislatore (assunta dal decreto 53 e confermata dal c.p.a.) di attribuire a tale Giudice questo potere, concentrando nel medesimo anche il potere di proposta.

Altro profilo di dubbia legittimità è quello concernente la destinazione delle somme percepite a titolo di sanzione: esse vengono ascritte al capitolo di spesa della giustizia amministrativa da ciò derivando una sorta di "conflitto di interessi" per il giudicante.

Una possibile soluzione a tali inconvenienti potrebbe essere quella di lasciare al GA la decisione sull'*an* dell'applicazione della sanzione alternativa, rimettendo poi all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici la determinazione concreta del *quantum*, con un possibile intervento di seconda istanza del GA per garantirne l'applicazione concreta, sul modello dell'ottemperanza.

Per quanto riguarda l'ammontare delle misure alternative, esse devono essere proporzionate al valore del contratto: regola che, se è indubbiamente coerente alla logica degli appalti pubblici, rischia di creare non pochi problemi sulla loro effettiva funzione sanzionatoria tutte le volte in cui il valore contrattuale sia irrisorio rispetto al fatturato della stazione appaltante.

Le sanzioni per lite temeraria

Le proposte di correttivi al c.p.a. prevedono anche l'inserimento di una nuova sanzione per lite temeraria. Su tale argomento non possono non richiamarsi le due recentissime sentenze del Consiglio di Stato (31 maggio 2011 n. 3252 e 23 maggio 2011 n. 3083) che, pur avendo ad oggetto l'ipotesi specifica di ricorsi per revocazione basati su un errore di fatto, manifestano una coincidenza di intenti rispetto alle proposte di correttivo, per la parte in cui attribuiscono al giudice la possibilità di condannare d'ufficio, in sede di pronuncia sulle spese, la parte soccombente al pagamento di una somma di denaro equitativamente determinata quando la decisione è fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati a titolo di risarcimento del "danno

lecito da processo". Per concludere con uno spunto di riflessione problematico ci si deve quindi interrogare sulla legittimità costituzionale di un sistema che per i ricorsi in materia di appalti, laddove infondati, prevederebbe una condanna alle spese più onerosa rispetto agli altri giudizi, oltretutto difficilmente conciliabile con il diritto di difesa in relazione alla particolare complessità delle norme che disciplinano la materia[3].

[3] Sul punto è recentemente intervenuta la legge n. 106 del 2011(di conversione del d.l. n. 70 del 2011 – c.d. Decreto sviluppo –) che, attraverso l'introduzione dell'art. 246 – *bis*, ha previsto, per i giudizi in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, una specifica disciplina per la condanna alle spese. La norma, facendo salvo quanto previsto dall'articolo 26 c.p.a., dispone la condanna d'ufficio della parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria "*in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati. Al gettito delle sanzioni previste dal presente comma si applica l'articolo 15 delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo approvato con il citato decreto legislativo n. 104 del 2010*".
Un ulteriore ingiusto aggravio dei costi dei ricorsi in materia di appalti pubblici è intervenuto, poi, con la Manovra 2011. In particolare l'art. 37 della legge 111 del 2011 (che ha convertito in legge il d.l. 98 del 2011), nel prevedere un generalizzato aumento dell'importo del contributo unificato, ne dispone addirittura il raddoppio per i ricorsi sottoposti al rito speciale inserendo, inoltre, una specifica sanzione per cui "*la mancata indicazione, sugli atti, del numero di fax, dell'indirizzo di posta certificata e del Codice Fiscale comporta l'aumento della metà del Contributo Unificato*".