



**Scuola Veneto e Friuli Venezia Giulia**

*CORSO*

*Il procedimento della "direttiva ricorsi" e le connesse modificazioni  
al codice dei contratti pubblici*

**Massimiliano Alesio**

# **Il procedimento della "direttiva ricorsi" e le connesse modificazioni al codice dei contratti pubblici**

Padova, 9 giugno 2010

Pasian di Prato (Ud), 10 giugno 2010

## IL RECEPIMENTO DELLA “DIRETTIVA RICORSI” E LE CONNESSE MODIFICAZIONI AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

**Premessa;** 1. Le direttive 89/665/CE e 92/13/CEE e la disciplina nazionale. i rapporti fra annullamento degli atti di gara e contratto d'appalto stipulato; 2. La direttiva comunitaria sui ricorsi in materia di pubblici appalti; 3. Gli effetti della direttiva in relazione alla pregiudizialità amministrativa ed al giudice competente in tema di sorte del contratto; 4. Le prime applicazioni della direttiva nell'attesa del decreto nazionale di recepimento; 5. I rapporti fra la legge di delega ed il contenuto concreto del decreto legislativo; 6.1. Le principali novità introdotte dal decreto legislativo: il termine dilatorio o sospensivo (*standstill period*); 6.2. Le principali novità introdotte dal decreto legislativo: la nuova disciplina dell'esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali; 6.3. Le principali novità introdotte dal decreto legislativo: la nuova disciplina delle comunicazioni d'ufficio; 6.4. Le principali novità introdotte dal decreto legislativo: le disposizioni integrative in materia di accesso; 6.5. Le principali novità introdotte dal decreto legislativo: l'avviso volontario per la trasparenza preventiva; 6.6. Le principali novità introdotte dal decreto legislativo: l'informazione preventiva dell'intento di proporre ricorso; 7. Le principali novità processuali.

### PREMESSA

Prima delle Direttive 89/665/ CEE e 92/13/CEE, in materia di ricorsi giurisdizionali, la tutela del concorrente pretermesso in procedure di gara illegittime di appalti pubblici costituiva, davvero, poca cosa.

Infatti, secondo una giurisprudenza pressoché costante del Giudice ordinario<sup>1</sup>, l'annullamento dell'aggiudicazione non comportava mai il travolgimento del contratto. Questo poteva essere annullato, a sua volta, solo in base ad un'ulteriore azione, che solo l'amministrazione era legittimata a proporre (e che in concreto non proponeva pressoché mai) davanti al giudice ordinario. Si trattava di soluzione largamente insoddisfacente, perché il ricorrente vittorioso non poteva raggiungere mai il risultato di vedersi aggiudicato il contratto, in luogo di chi lo aveva già stipulato. E, inoltre, non aveva strumenti concreti, idonei ad impedire, attraverso la proposizione di un tempestivo ricorso la stipulazione del contratto. Non esisteva, all'epoca, né è esistito mai fino a tempi recentissimi, un intervallo temporale, imposto tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, che consentisse di attivare in tempo i poteri inibitori, per giungere alla decisione di merito prima che la situazione fosse compromessa. Il *deficit* di tutela era, poi, aggravato dalla mancanza di un'effettiva protezione risarcitoria<sup>2</sup>, che impediva, comunque, di poter ottenere un ristoro commisurato al mancato guadagno dell'appalto, che in ipotesi il ricorrente avesse titolo ad ottenere.

Solo con le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, la tutela degli operatori economici in sede di gara è diventata oggetto di vivo interesse e considerazione, via via crescente, per poi pervenire ad uno stadio di ragguardevole sviluppo con la successiva direttiva 11 dicembre 2007, n. 66, nota pure come “direttiva ricorsi” (direttiva 07/66/CE).

Il Legislatore nazionale, dopo aver dato luogo alla meritoria opera di codificazione della materia dei contratti pubblici<sup>3</sup>, con il decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, ha recepito la predetta direttiva, dando luogo ad una novella disciplina, modificativa di taluni notevoli “pilastri” del Codice medesimo.

---

<sup>1</sup> La tesi è stata sostenuta, ancor di recente, ad esempio da Cass., Sez. I, 13 novembre 2000 n. 14901; Cass., sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass., sez. I, 29 marzo 1996, n. 2848.

<sup>2</sup> A parte i casi problematici di responsabilità precontrattuale.

<sup>3</sup> D.Lgs n. 163/2006 – Codice dei contratti pubblici.

## **1. LE DIRETTIVE 89/665/CE E 92/13/CEE E LA DISCIPLINA NAZIONALE. I RAPPORTI FRA ANNULLAMENTO DEGLI ATTI DI GARA E CONTRATTO D'APPALTO STIPULATO**

Le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE si sono occupate di prevedere ed imporre un sistema giudiziale, amministrativo o giurisdizionale, che garantisse adeguata tutela cautelare e annullatoria delle decisioni illegittime, oltre che una tutela risarcitoria delle posizioni comunitariamente rilevanti e lese.

Il nostro Legislatore ha dato attuazione, essenzialmente, soltanto a quest'ultimo aspetto delle Direttive, evidentemente ritenendo che il nostro sistema già presentasse adeguati strumenti cautelari e demolitori. Viceversa, non si è dato carico di stabilire le conseguenze dell'annullamento della procedura amministrativa sull'appalto, salvo il caso particolare delle infrastrutture strategiche, addossando così interamente il problema alla dottrina ed alla giurisprudenza.

Per quanto riguarda la tutela risarcitoria, l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1992 n. 142 dispose che "la domanda di risarcimento è proponibile dinanzi al giudice ordinario da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo". A parte l'aspetto della doppia giurisdizione, tale disciplina confermava, nel nostro ordinamento, la c.d. "pregiudiziale amministrativa", conformemente, del resto, ad una opzione espressamente prevista dalle due Direttive (art. 2 par. 5 della Direttiva 89/665/CEE e art. 2 par. 1 lett. "d", comma 2 della Direttiva 92/13/CEE). Intervenendo in materia di risarcimento del danno subito dal concorrente pretermesso, titolare di una posizione di interesse legittimo pretensivo e non di diritto soggettivo, tale disciplina superò le presunte preclusioni teoriche, che esistevano in materia<sup>4</sup>, fornendo un formidabile impulso alla risarcibilità generale degli interessi legittimi.

Nel contempo, si registrò un'importante accelerazione normativa, intorno agli anni 1998-2000. Ci si intende riferire, anzitutto, all'attribuzione della giurisdizione esclusiva al Giudice amministrativo in ordine alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori servizi e forniture ed, in particolare, al generale potere decisorio in tema di risarcimento dei danni attribuito al medesimo Giudice amministrativo, nell'ambito della sua giurisdizione, con conseguente abrogazione della doppia tutela giurisdizionale<sup>5</sup>. In tale contesto, il Giudice amministrativo non si è più limitato a pronunciarsi sull'annullamento dell'aggiudicazione, ma si è interrogato sempre più spesso sulla sorte del contratto, anche per poter decidere sul risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente. Da qui, persistendo l'assenza di una disciplina generale in proposito, si svilupparono le più svariate teorie sulla tematica della sorte del contratto.

Il problema dei **rapporti fra annullamento degli atti di gara e contratto d'appalto stipulato** costituisce una delicata ed annosa questione. Il problema si presenta di difficile soluzione ed è considerato il vero e proprio banco di prova delle ricostruzioni dei modelli del contratto ad evidenza pubblica, in cui la commistione di momenti pubblicistici e privatistici sembra ancora tutta da decifrare. Non va dimenticato, infatti, che il contratto, pur se espressivo di pariteticità e consensualità, non può prescindere dalla legittimità della sequenza pubblicistica che lo precede, rimanendone, come vedremo, assorbito. Tali ragioni hanno indotto il legislatore, col D.Lgs. 80/1998, e con la legge 205/2000, ad attrarre le controversie in materia alla giurisdizione esclusiva del TAR, proprio a ragione dell'inestricabile intreccio di diritti soggettivi ed interessi legittimi, che la commistione del momento pubblicistico e di quello privatistico implica. In quest'ottica, si spiega perché vengano concentrate innanzi allo stesso giudice amministrativo pretese demolitorie di atti e pretese risarcitorie, anche in forma specifica, eventualmente cumulabili in un unico processo. Si è così rinunciato, prendendo atto della profonda compenetrazione dei momenti pubblicistici con

---

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 10 novembre 1993 n. 11077, in *Foro it.*, 1994, I, 3138, che peraltro ha configurato tale risarcibilità come eccezione rispetto alla regola.

<sup>5</sup> Cfr. articolo 7, della legge 21 luglio 2000, n. 205.

quelli privatistici, a qualsiasi opzione panpubblicistica o panprivatistica della complessa fattispecie, preferendo risolvere ogni problema applicativo sul piano strettamente processuale, attribuendo la cognizione delle controversie ad un unico organo giurisdizionale, il giudice amministrativo, in grado di sindacarne, in una visione globale ed unitaria, gli intrecci e le discrasie, e di accordare la più ampia tutela sia agli interessi legittimi che ai diritti soggettivi. Chiarita tale premessa di carattere preliminare e, quindi, preso atto del citato intreccio, possiamo ad esaminare le diverse impostazioni dottrinarie e giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento, sostenuto da tempo dalla Corte di Cassazione (Sez. II, n. 2.996 del 24/05/1979) e da parte della giurisprudenza amministrativa (fra le ultime: CdS, Sez. VI, n. 570 del 01/02/2002), l'annullamento della procedura di gara comporta l'annullabilità relativa del contratto di appalto stipulato, ai sensi dell'art. 1.441 del Cc. L'unico soggetto legittimato a far valere il vizio è la medesima Pubblica Amministrazione appaltante. A sostegno di tale tesi, vengono avanzate due precise argomentazioni. In primo luogo, si afferma che la procedura pubblicistica di gara non si sostituisce al procedimento privatistico di formazione della volontà contrattuale, ma si affianca ad esso. Ciò comporta che il consenso, che sorregge la stipulazione del contratto da parte della P.A., è svincolato dalla procedura pubblicistica, in quanto mera espressione della generale autonomia negoziale della P.A.. In secondo luogo, si ritiene che la procedura di gara sia diretta a tutelare primariamente, e quasi esclusivamente, l'interesse della P.A.: da qui, l'annullabilità relativa in solo suo favore. In altri termini, si sarebbe in presenza di un vizio della volontà, il quale, notoriamente, determina l'annullabilità del contratto, deducibile da una sola parte. Corollario di tale concezione è la possibilità di procedere alla convalida, da parte della stessa P.A., ai sensi dell'art. 1.444 Cc. Secondo un altro orientamento, sostenuto da gran parte della dottrina e dalla maggioranza della giurisprudenza amministrativa, l'annullamento della procedura di gara dà luogo ad una nullità assoluta del contratto. I sostenitori di tale tesi evidenziano che i singoli atti del procedimento ad evidenza pubblica non possono essere considerati solo meri presupposti di legittimazione del contratto, ma penetrano ben all'interno della procedura privatistica, dati i già richiamati intrecci fra le due procedure. Da tale assunto, vengono avanzate ben tre argomentazioni tecniche a fondamento della nullità: - nullità per violazione di norme imperative, ai sensi dell'art. 1.418, comma 1 Cc: - nullità per mancanza della causa, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1418, comma 2, e 1325, comma 2 Cc; - nullità per mancanza originaria del consenso della P.A.. Secondo un terzo orientamento, minoritario rispetto ai due precedenti, pur se sostenuto da autorevole dottrina (A. M. Sandulli, *Deliberazione di negoziare e il negozio di diritto privato nella P.A.*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1965), l'invalidità è qualificabile come inefficacia ex art. 1.398 Cc. In altri termini, l'annullamento della gara produce una situazione di rappresentanza senza potere, in cui l'organo della P.A. stipulante il contratto risulta assimilabile ad un falsus procurator, con la conseguenza che il contratto, pur se originariamente privo di effetti, risulta suscettibile di acquisire successivamente efficacia giuridica, attraverso un provvedimento di ratifica, ai sensi dell'art. 1.399 Cc, da parte dell'Amministrazione. Talora, il Consiglio di Stato, in talune pronunce (CdS, Sez. VI, n. 244 del 14/01/2000), ha parlato di caducazione automatica del contratto. Precisamente, si sostiene che l'annullamento della gara comporterebbe il travolgimento del vincolo negoziale illegittimamente generato dalla medesima. Tale orientamento, pur presentando analogie con la tesi della nullità radicale, se ne distingue, soprattutto, per la ricostruzione in chiave integralmente pubblicistica della vicenda. L'esigenza di tutelare il terzo contraente in buona fede ha condotto parte della dottrina (G.Greco, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e diritto privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano 1986) a parlare di travolgimento del contratto con salvezza dei diritti dei terzi in buona fede. Si sostiene che il contratto, seppur radicalmente invalido, produrrebbe piena efficacia nei riguardi del contraente appaltatore privato, il quale potrebbe dimostrare, a suo favore, di aver contratto in buona fede. Ulteriori impostazioni (G.Pericu, *L'attività consensuale dell'Amministrazione Pubblica*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, Bologna 2001) insistono

sull'esigenza di operare distinzioni circa il momento temporale in cui si interviene. In altri termini, si sostiene che sarebbe da privilegiarsi la tesi dell'annullabilità, nel caso in cui il contratto abbia avuto già un principio di esecuzione; viceversa, si ha nullità laddove il contratto non abbia avuto alcun momento di attuazione. Infine, un'isolata pronuncia (TAR Puglia, Sez. Lecce II, n. 746 del 28/02/2001) sostiene la tesi dell'annullabilità relativa, estesa anche in favore dell'aspirante contraente, vincitore del giudizio amministrativo, oltre che dell'Amministrazione.

Al riguardo, occorre ricordare che, l'**Adunanza Plenaria**, definendo il contrasto sorto all'interno della giurisprudenza amministrativa, ma soprattutto con le Sezioni Unite della Cassazione<sup>6</sup>, che avevano costantemente ribadito la competenza del giudice ordinario a conoscere delle vicende relative al contratto e, quindi anche alla sua eventuale sopravvenuta inefficacia o invalidità, in quanto relative a diritti soggettivi, con la sentenza n. 9/2008, aveva individuato una possibile soluzione nei seguenti termini:

- Il G.a non può pronunciare sull'inefficacia del contratto perché, in ragione dello spartiacque costituzionale in materia di interessi legittimi e diritti soggettivi (art.103, primo comma, Cost.), la materia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, solo competente a decidere con effetti di giudicato sull'inefficacia del contratto.
- Pertanto, non è nemmeno possibile la condanna, da parte del G.a. al risarcimento in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dell'appalto, considerato che la stessa viene direttamente ad incidere sul contratto.
- Tale limitazione non significa, però, diminuzione dell'effettività della tutela per l'interessato giacché, a seguito della sentenza, sorge in capo alla Pubblica amministrazione l'obbligo di conformarsi alla pronuncia.
- L'annullamento dell'aggiudicazione è, infatti, "costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato".
- Pertanto, in sede di esecuzione della sentenza, la Pa "non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione" ed orientare in tal senso la sua azione.
- Ove la Pa non si conformi ai principi contenuti nella sentenza, o in caso di inerzia, l'interessato potrà adire il giudice dell'ottemperanza. In quella sede, infatti, trattandosi di giurisdizione di merito, il G.a. potrà sindacare, in modo pieno e soddisfacente per il ricorrente, l'attività della Pa, eventualmente nominando un commissario *ad acta*, per assicurargli il bene della vita, e cioè l'aggiudicazione dell'appalto, accertando incidentalmente l'inefficacia del contratto medio tempore stipulato<sup>7</sup>.

Invero, a parte i ricorrenti conflitti di giurisdizioni, occorre ricordare l'importante innovazione legislativa, contenuta nell'articolo 1, comma 136° della legge n. 311/2004 (legge finanziaria per il 2005). Tale disposizione normativa stabilisce che "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale

---

<sup>6</sup> Sentenze nn. 19.805/2008 e 27.169/2007.

<sup>7</sup> In caso di inerzia della Pa, il Consiglio di Stato (sez. V<sup>^</sup>, n. 3.070/2009, ha sostenuto che è possibile adire il giudice dell'ottemperanza, il quale, grazie ai maggiori poteri del giudizio di merito, può provvedere a reintegrare effettivamente il ricorrente nelle sue legittime aspettative, facendogli ottenere anche il bene della vita, rappresentato dall'aggiudicazione dell'appalto.

derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

Siffatta disposizione pare implicare la **caducazione automatica** del contratto, stipulato sulla base di un'aggiudicazione antieconomica, oltre che antiggiuridica. Ma, coll'imporre di indennizzare l'eventuale pregiudizio patrimoniale del contraente, indica anche un limite e un onere, che deve sempre accompagnare l'esercizio del potere di autotutela (sull'aggiudicazione), a contratto già stipulato; sicché pare costituire un idoneo contrappeso all'esercizio di un potere con effetti caducanti sul contratto, che, altrimenti, risulterebbe esorbitante e difficilmente giustificabile anche su di un piano di legittimità costituzionale.

## **2. LA DIRETTIVA COMUNITARIA SUI RICORSI IN MATERIA DI PUBBLICI APPALTI**

In tale scenario sinteticamente tratteggiato, irrompe la **Direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 (07/ 66 /CE)**, che si presenta come Direttiva modificativa ed integrativa delle precedenti due (89/665/CEE e 92/13/CEE) e che è destinata, per il suo contenuto innovativo, ad incidere profondamente sugli ordinamenti degli Stati membri. Si tratta del resto di una delle pochissime Direttive basate esclusivamente sull'articolo 95 del Trattato CE e, dunque, di una Direttiva che, in quanto opera da strumento di armonizzazione e ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, contribuirà a fornire un impulso significativo al processo di formazione del c.d. "diritto amministrativo comune europeo", che allo stato attuale risulta solo abbozzato.

La direttiva ha introdotto importanti innovazioni, tese a migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso proposte in caso di violazione delle norme in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. La neo direttiva, approvata nel novembre e pubblicata nella GUCE a fine dicembre 2007, modifica le precedenti direttive "ricorsi" (direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE), che coordinano le disposizioni nazionali relative ai rimedi applicabili, in caso di violazione delle direttive sugli appalti pubblici.

La Direttiva si basa, invero su di una valutazione d'impatto approfondita, che cerca di trovar rimedio a due problemi principali: a) la mancanza di ricorsi efficaci contro la prassi degli affidamenti diretti illegittimi di appalti pubblici; b) la stipula affrettata dei contratti di appalto, da parte dei soggetti aggiudicatori, che privano di fatto gli operatori economici della possibilità di proporre ricorsi efficaci prima della conclusione del contratto. La direttiva, di conseguenza, non ritiene "efficace" una tutela di carattere meramente risarcitorio<sup>8</sup>

Le nuove disposizioni comunitarie devono essere recepite dalle legislazioni nazionali, entro il 20 dicembre 2009.

Le **principali novità**, introdotte dalla direttiva, sono le seguenti:

- A. La sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto di appalto in presenza di ricorsi** (nuovo art. 2, par 3, delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE). Viene stabilito il principio di sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto di appalto, nel caso in cui il provvedimento di aggiudicazione sia stato previamente impugnato presso l'autorità giurisdizionale in primo grado o, comunque, presso un organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice. E', poi, lasciato alla facoltà degli Stati membri stabilire, in sede di recepimento, se tale sospensione debba cessare quando sia stata adottata una decisione in ordine alla domanda di provvedimenti cautelari, ovvero se perduri sino alla decisione nel merito (ed in ogni caso, non prima dello scadere di termine minimo di pausa, a decorrere dalla notifica del provvedimento di aggiudicazione della gara ai

---

<sup>8</sup> Del resto, l'articolo 2 della Direttiva pone la tutela risarcitoria solo al terzo posto tra le diverse forme di tutela e l'articolo 2 *sexies* considera la tutela risarcitoria medesima come inadeguata a valere come sanzione alternativa alla cessazione di effetti del contratto.

controinteressati). Al riguardo, deve essere osservato che non sembra assolutamente irragionevole l'introduzione di un principio di sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto, fino alla pronuncia sulla domanda cautelare, anche perchè, di fatto, molte stazioni appaltanti già orientano la propria prassi in tal senso. Tale meccanismo, infatti, offre al ricorrente una reale tutela, in quanto ha il pregio di preservare l'interesse sostanziale del ricorrente all'affidamento dell'appalto per tutto il tempo, in realtà breve, occorrente per ottenere una pronuncia cautelare. Viceversa, maggiori perplessità si potrebbero rinvenire laddove la norma venisse recepita, prevedendo che l'effetto sospensivo perduri sino all'adozione di una pronuncia di merito sul ricorso, dal momento che, com'è noto, in Italia, detta pronuncia viene adottata con tempi piuttosto lunghi. A ben vedere, tale istituto costituisce una vera e propria novità nel nostro sistema processuale, che è destinata a mettere in crisi o, comunque, a far ripensare il carattere dell'esecutività, come connotato tipico dell'atto amministrativo. Quel che par certo, comunque, è che la sua introduzione nel nostro ordinamento renderà pressoché superfluo l'intervento cautelare monocratico "*ante causam*" ed "*inaudita altera parte*". Dunque, il provvedimento di aggiudicazione, oltre ad essere condizionato alla verifica del possesso dei requisiti prescritti per l'appaltatore (art. 11, comma 8°, Codice), è subordinato, altresì, ad un termine iniziale variabile, a seconda che il provvedimento medesimo sia impugnato o meno. In caso di impugnazione, esso si aggiunge al termine soprassessorio minimo iniziale che presso di noi è di trenta giorni e deve essere tale da assicurare l'intervento, cautelare o di merito, del Giudice competente, consentendo così all'iniziativa del ricorrente ampi margini per una tutela effettiva e soddisfacente, prima della conclusione del contratto.

**B. Il termine sospensivo minimo** (c.d. *standstill period*) (nuovo articolo 2 *bis* delle dir.ve n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE). Viene previsto che la stipula del contratto di appalto non possa avvenire prima dello scadere di un termine di almeno 10 giorni, a decorrere dal giorno successivo alla data, in cui la decisione relativa all'aggiudicazione della gara, debitamente motivata, sia stata inviata agli offerenti/candidati interessati. Ciò se la comunicazione è avvenuta per fax o per via elettronica; qualora, invece, la comunicazione sia avvenuta con altri mezzi di comunicazione, il termine sospensivo è pari ad almeno 15 giorni a far data dal giorno successivo dall'invio della stessa ai soggetti interessati, ovvero ad almeno 10 giorni dal giorno successivo alla data della sua ricezione da parte dei medesimi. Il Legislatore comunitario ha introdotto il cennato termine sospensivo, al fine di dare agli interessati un congruo periodo di tempo per esaminare la decisione di aggiudicazione, onde valutare se sia opportuno o meno proporre un ricorso, senza correre il rischio che, nel frattempo, le amministrazioni procedano a "cristallizzare" i risultati di gara, stipulando il contratto di appalto. A ben vedere, l'intero istituto potrebbe apparire privo di particolare ripercussione nel nostro ordinamento, visto che, ai sensi dell'articolo 11, comma 10, del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 163/2006), è già previsto il ben più ampio termine dilatorio di 30 giorni. Tuttavia, ferma restando la congruità del termine di 30 giorni, non si deve pensare che l'istituto comunitario sia privo di portata innovativa e che non necessiterà, pertanto, di particolare adeguamento. Ciò per la primaria ragione che, mentre il nostro termine inizia a decorrere dalla mera comunicazione ai controinteressati del "provvedimento" di aggiudicazione, ben più complesso è l'onere previsto dalla Direttiva comunitaria. Infatti, ai sensi dell'articolo 2-*bis*, par. 2, comma 4°, la comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato interessato deve essere accompagnata non solo dalla precisa indicazione del termine sospensivo ai fini della stipulazione del contratto, ma anche da una "relazione sintetica dei motivi pertinenti", ai sensi dell'articolo 41, par. 2, della Direttiva 04/18/CE. Dunque, si deve trattare di una relazione, in cui sia indicato, per ogni candidato escluso, i motivi del rigetto della sua candidatura o della sua offerta, nonché, per

ogni offerente, che abbia presentato un'offerta selezionabile, "le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata" e, in quanto tale, risultata aggiudicataria. Si tratta, come è facilmente comprensibile, di un onere di comunicazione ben più complesso<sup>9</sup> ed è agevole prevedere che esso darà luogo, nella pratica, a contestazioni e dispute in ordine al *dies a quo* del termine sospensivo fin qui trattato. Tale termine si differenzia dalla disciplina nazionale, anche per i casi in cui è possibile derogarvi. Infatti, mentre l'articolo 11, comma 10° parla soltanto di "motivate ragioni di particolare urgenza", ben diversa è la disciplina comunitaria in materia. L'articolo 2-ter consente tale facoltà di deroga solo se prevista normativamente dallo Stato membro e con riferimento ai casi di appalti, per i quali non è imposta la previa pubblicazione del bando, ovvero di appalti aggiudicati in base ad un accordo quadro o ad un sistema dinamico di acquisizione. Ne deriva che le "motivate ragioni di particolare urgenza" potranno, se del caso, avere rilievo solo all'interno delle specifiche fattispecie ora richiamate. Ma, non potranno più valere come causa di esenzione dell'applicazione del termine sospensivo, utilizzabile nella generalità delle procedure di gara. Un secondo termine sospensivo è previsto dal novellato articolo 1, par. 5 della Direttiva 89/665/CEE. Esso riguarda i casi in cui gli Stati membri esigano che il soggetto interessato proponga in primo luogo un ricorso presso l'Amministrazione aggiudicatrice. Si tratta, dunque, di un termine sospensivo, della durata minima sempre di 10 giorni, che si inserisce in un istituto facoltativo, che il nostro ordinamento finora non prevede. Esso, infatti, attiene ad una sorta di esigenza di definitività della decisione da impugnare, che il nostro ordinamento ha, da tempo, abbandonato come presupposto processuale per l'accesso alla tutela giurisdizionale. Invero, non pare il caso di ripristinarlo, solo perché ne è data la facoltà, si tratterebbe, infatti, di una lungaggine aggiuntiva, priva di particolare efficacia per il ricorrente e produttiva di ulteriori rallentamenti per l'Amministrazione e l'aggiudicatario. Del resto la stazione appaltante detiene sempre i suoi poteri di annullamento d'ufficio, almeno fino alla stipulazione del contratto (art. 11 comma 2°, Codice). Sicché potrebbe ben esercitarli una volta che, con la proposizione del ricorso da parte del concorrente "interessato", si convinca della fondatezza delle censure avanzate. Il che ben si concilia col predetto istituto sospensivo, previsto dalla Direttiva e la cui introduzione è obbligatoria, almeno nel caso di impugnazione dell'aggiudicazione.

- C. Deroghe al termine sospensivo** (nuovo art. 2 ter delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE). In via facoltativa, gli Stati membri possono prevedere che il termine sospensivo non trovi applicazione in talune fattispecie, espressamente indicate (quali, ad esempio, i casi in cui le direttive 2004/18/CE e 2004/17/Ce, ai fini dell'affidamento, non prevedano la previa pubblicazione del bando sulla GUCE; ovvero in talune ipotesi di appalti in esecuzione di un accordo quadro o di un sistema dinamico di acquisizione; o anche nell'ipotesi di appalto affidato tramite procedura, in cui sia stata presentata un'unica offerta, poi risultata aggiudicataria).
- D. Privazione di effetti del contratto** (nuovo art. 2 *quinquies* delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE). Viene stabilito che, qualora la stazione appaltante stipuli il contratto in violazione del c.d. *standstill period*, oppure in violazione della c.d. sospensione automatica in caso di preventivo ricorso, il contratto sia da ritenersi, in linea di principio, privo di effetti. Analoga conseguenza è sancita nel caso di appalti, per i quali non opera la deroga al c.d. *standstill period*, prevista per gli appalti in esecuzione di un accordo-quadro o di un sistema dinamico di acquisizione. La privazione di effetti è prevista anche quando

---

<sup>9</sup> Invero, occorre ricordare che anche secondo l'articolo 79 del Codice devono essere fornite analoghe informazioni. Tuttavia, ciò solo "su richiesta scritta della parte interessata" (comma 3°), mentre la comunicazione d'ufficio riguarda soltanto l'esito della gara (comma 4°).

l'amministrazione abbia aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella GUCE, in assenza dei presupposti previsti per tale ipotesi dalle direttive nn. 2004/18/CE e 2004/17/CE<sup>10</sup>. Tale sanzione, tuttavia, non ha luogo qualora la stazione appaltante, ritenendo che l'aggiudicazione diretta dell'appalto fosse consentita dalle direttive, abbia pubblicato un avviso volontario sulla GUCE, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto e quest'ultimo sia stato concluso dopo almeno 10 giorni dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso stesso. La privazione di effetti del contratto, peraltro, non è automatica, potendo essere disposta unicamente da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice (ad esempio, il giudice amministrativo). La disciplina delle conseguenze di un contratto privo di effetto viene rinviata alla legislazione nazionale. In particolare, è stabilito che gli Stati membri, in fase di recepimento, possano scegliere se prevedere la soppressione con effetto retroattivo, di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono ancora da adempiere (*ex nunc*). Viene, altresì, lasciato all'opzione del Legislatore nazionale se consentire all'organo, chiamato a decidere sul ricorso, la possibilità di non disporre la privazione di effetti del contratto di appalto - o di riconoscerne, in parte o in toto, gli effetti nel tempo quando ciò, per circostanze eccezionali, sia ritenuto necessario per il rispetto di alcune esigenze imperative, connesse ad un interesse generale (di carattere non unicamente economico). Invero, l'alternativa, che spetta al Legislatore nazionale sembra risolversi nella scelta tra una pronuncia dichiarativa e una pronuncia costitutiva. Ma, forse, non si tratta di una vera alternativa. Infatti, l'ipotesi di una pronuncia meramente dichiarativa appare smentita dal carattere non automatico (o "*ope legis*") dell'inefficacia e dalla necessaria intermediazione di un organo autonomo di ricorso ("*la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica, ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente*": 13° considerando). Inoltre, la tendenzialmente limitata legittimazione attiva (17° considerando) e la sussistenza di termini tutto sommato brevi per l'azione (art. 2-*septies*) non consentono di assimilare l'inefficacia prevista dalla Direttiva alla nostra nullità *ex art.* 1418 codice civile. Tutto ciò pare orientare il complessivo discorso verso una pronuncia costitutiva o di accertamento costitutivo. E non pare casuale che la Direttiva parli in proposito di "*annullamento dell'appalto*" (23° considerando). Infatti, trattandosi di vizio genetico e non di un'alterazione sopravvenuta del sinallagma contrattuale, non pare appropriato richiamare l'istituto della risoluzione<sup>11</sup>, anziché quello dell'annullamento. Al più si dovrà distinguere tra annullamento totale o parziale del contratto, con effetti *ex tunc* o meno, a seconda delle varie soluzioni consentite dalla Direttiva medesima. Per quel che concerne, poi, le fattispecie applicative, occorre sottolineare che esse riguardano per lo più violazioni delle procedure di aggiudicazione e, dunque, atti che noi definiamo di evidenza pubblica, con un proprio e ben noto regime amministrativo (illegittimità-annullabilità). Si pone, dunque, il problema se tale regime non risulti modificato ed anzi trasformato dalla disciplina dell'articolo 2-*quinquies*, par. 1. Tanto più se si considera che alcuni segmenti delle medesime fattispecie riguardano illegittimità proprie del contratto. Infatti, se si prende in considerazione il caso dell'articolo 2-*quinquies*, par. 1, lett. *b*), si deve rilevare che l'inefficacia è ricollegata non solo ad un vizio del procedimento di aggiudicazione, ma anche

---

<sup>10</sup> Sinteticamente: **a)** stipulazione del contratto in violazione del c.d. *standstill period*; **b)** stipulazione del contratto in violazione della c.d. sospensione automatica in caso di preventivo ricorso; **c)** appalti, per i quali non opera la deroga al c.d. *standstill period*, prevista per gli appalti in esecuzione di un accordo-quadro o di un sistema dinamico di acquisizione; **d)** aggiudicazione disposta senza previa pubblicazione del bando nella GUCE, in assenza dei presupposti previsti per tale ipotesi dalle direttive nn. 2004/18/CE e 2004/17/CE.

<sup>11</sup> In tal senso: M. LIPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto*, in *Federalismi.*, n. 9/2008, pag. 16.

ad un vizio proprio del contratto, che dopo l'aggiudicazione non ha rispettato i termini sospensivi. Tutto ciò crea ulteriori e delicati problemi, sia in ordine alla ricostruzione complessiva della figura, sia in ordine al Giudice competente a pronunciarsi su detta inefficacia. In ogni caso, la disciplina delle violazioni sopra elencate è molto severa, anche se non conduce ineluttabilmente all'inefficacia del contratto. E tale severità la si riscontra anche in ordine ai termini di impugnazione delle procedure di aggiudicazione inficiate dai vizi anzidetti. Infatti, mentre i termini per la proposizione di qualsiasi mezzo di ricorso sono disciplinati dall'articolo 2-*quater* e prevedono, in generale, un termine minimo di almeno 10 giorni, i termini per ricorrere nei casi delle violazioni contemplate dall'articolo 2-*quinquies*, par. 1, sono disciplinati dall'articolo 2-*septies*. Il quale, in tal caso, prevede un termine non inferiore a 6 mesi dal giorno successivo alla data di stipula del contratto (art. 2-*septies* paragrafo 1, lett. *b*) ed un termine (che pare cumulativo e non alternativo) di almeno 30 giorni dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione (contenente le ragioni dell'affidamento senza previa pubblicazione di un bando) o dalla comunicazione della stipula del contratto agli offerenti o ai candidati interessati (art. 2-*septies* paragrafo 1 lett. *a*). Tutto ciò potrebbe comportare impugnazioni anche a distanza di molto tempo. La maggior durata del termine di impugnazione, unita al regime sostanziale della inefficacia del contratto, manifestano, comunque, il particolare rigore con cui la Direttiva intende trattare le fattispecie di cui all'articolo 2-*quinquies*, par. 1. E manifestano, altresì, che ciò che la Direttiva intende particolarmente colpire è il sotterfugio (mancata applicazione dei termini sospensivi) o le operazioni nascoste (per mancanza di pubblicità), che sono nell'ottica comunitaria le violazioni più gravi, perché possono comportare affidamenti diretti illegittimi<sup>12</sup> e non consentono la tutela preventiva, rispetto alla conclusione del contratto, né da parte dei potenziali concorrenti "interessati", né da parte della Commissione, attraverso il c.d. meccanismo correttore, previsto dall'articolo 3. Si è fatto già cenno, peraltro, che l'inefficacia del contratto non è una conseguenza ineluttabile, pur in presenza dei vizi indicati nel paragrafo 1 dell'articolo 2-*quinquies*. A parte il rilievo che spetta allo Stato membro stabilire cosa s'intenda per contratto privo di effetti e, dunque, se l'inefficacia operi *ex tunc* o a partire da altro momento (art. 2-*quinquies* par. 2), il singolo Stato membro può anche prevedere che il contratto non sia considerato privo di effetti, ove un organo di ricorso indipendente accerti l'esistenza di "*esigenze imperative connesse ad un interesse generale*", che impongono il mantenimento del contratto (art. 2-*quinquies*, par. 3, comma 1). La Direttiva non precisa cosa si debba intendere per esigenze imperative connesse ad un interesse generale. Ma, si limita solo a precisare che tali non sono, normalmente, gli interessi economici legati direttamente al contratto: di cui opera una meticolosa elencazione, sia pur meramente esemplificativa (art. 2-*quinquies*, par. 3, commi 2 e 3). Tutto ciò non deve far pensare ad una attenuazione del rigore della Direttiva per quelli che essa considera i casi più gravi di violazione. Se è pur vero, infatti, che gli Stati membri possono attenuare o escludere, ricorrendo particolari circostanze, l'inefficacia *ex tunc* del contratto, è vero d'altra parte che, in tali casi, devono ricorrere a sanzioni alternative, che a loro volta devono essere effettive, proporzionate e dissuasive. Il medesimo punto 21 giunge a prevedere che "il

---

<sup>12</sup> Ai sensi del 13° considerando, "*Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto*". Anche la giurisprudenza comunitaria, si è occupata del problema: Corte Giust. sez. II, 18 luglio 2007, in causa C-503/04, Commissione c. Germania.

*diritto nazionale dovrà determinare inoltre le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate, nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore, qualora la restituzione in natura non sia possibile".* Il che, oltre a richiamare alla mente l'intransigente disciplina applicata nel settore degli aiuti di Stato comunitariamente incompatibili, evoca l'ulteriore problematica delle conseguenze ripristinatorie dell'inefficacia del contratto. Nell'ambito delle quali, si innesta, peraltro, tutta una serie di altri istituti (es.: arricchimento senza causa), che difficilmente consentiranno quelle "restituzioni", che viceversa sono la regola per il settore degli aiuti.

**E. Le sanzioni alternative alla privazione di effetti** (nuovo art. 2 *sexies* delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE). La nuova direttiva dà facoltà agli Stati membri di introdurre, per talune circostanze (tra le quali, ad esempio, le violazioni del c.d. *standstill period*, a cui non si aggiunga anche l'inosservanza delle norme comunitarie in materia di appalti) l'irrogazione di misure alternative alla privazione di effetti del contratto di appalto, consistenti in sanzioni pecuniarie da corrispondere ad un organismo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, oppure nella riduzione della durata del contratto. Invero, non si tratta di novità in senso assoluto. Infatti, già la Direttiva 92/13/CEE prevedeva all'articolo 2, par. 1, lett. c), in alternativa alla sospensione e all'annullamento delle decisioni illegittime, la possibilità di "imporre il pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata". Il nostro Legislatore non si è avvalso di tale facoltà. E non senza ragione: essa implicherebbe la difficoltà di individuare l'organo, cui conferire tale potere. Analoghe difficoltà e problematiche applicative comportano le nuove sanzioni "alternative", ora previste dall'articolo 2-*sexies*, par. 2. Esse, infatti, consistono o nell'irrogazione di sanzioni pecuniarie a carico dell'amministrazione aggiudicatrice, ovvero nella riduzione della durata del contratto. Con l'ulteriore precisazione che la loro applicazione spetta all'"organo di ricorso", al quale è riconosciuta, o può essere riconosciuta, un'ampia discrezionalità nella relativa modulazione, "al fine di tener conto di tutti i fattori rilevanti". I problemi, che tali sanzioni alternative pongono al nostro sistema derivano, come già si anticipava, dall'ovvia considerazione che il nostro organo di ricorso indipendente è un giudice<sup>13</sup>, che non è strutturato, né costituzionalmente preordinato a svolgere funzioni sostanzialmente amministrative e tanto meno funzioni sanzionatorie. Ne deriva che, a meno che il nostro Legislatore non riesca a risolvere il problema in altro modo<sup>14</sup>, il nostro ordinamento non potrà avvalersi mai delle sanzioni alternative. Il che significherebbe che, per i casi di cui al primo paragrafo dell'articolo 2-*quinquies*, l'inefficacia *ex tunc* del contratto non potrebbe mai essere evitata (neppure ricorrendo "esigenze imperative connesse ad un interesse generale"). E significherebbe, altresì, che anche nel caso previsto dall'articolo 2-*sexies*, par. 1 e, cioè, nel caso della violazione dei termini sospensivi, meno grave di quella prevista dall'articolo 2-*quinquies*, par. 1, lett. b), perché non accompagnata dalla violazione di una qualche disciplina sostanziale, imposta dalle Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, l'Italia non potrebbe mai avvalersi della facoltà di scelta, ivi prevista, tra privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative. Ma anche se così fosse, non pare che le conseguenze risulterebbero inaccettabili o sproporzionate. Come si è accennato, i casi previsti dall'articolo 2-*quinquies*, par. 1<sup>15</sup> sono i più gravi in un'ottica

---

<sup>13</sup> Amministrativo o civile, non importa in tale contesto.

<sup>14</sup> Ad esempio prevedendo, ma solo come sanzione alternativa, la riduzione della durata del contratto, ovvero rimettendo l'applicazione concreta della sanzione pecuniaria all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, che tuttavia non è un organo di ricorso indipendente.

<sup>15</sup> Giova ricordarli: **a)** stipulazione del contratto in violazione del c.d. *standstill period*; **b)** stipulazione del contratto in violazione della c.d. sospensione automatica in caso di preventivo ricorso; **c)** appalti, per i quali non opera la deroga al c.d. *standstill period*, prevista per gli appalti in esecuzione di un accordo-quadro o di un sistema dinamico di

comunitaria e sono tutto sommato molto circoscritti. Sicché, se il nostro sistema non potesse avvalersi di sanzioni alternative, che sono imposte solo ove si volesse attenuare il regime dell'inefficacia *ex tunc* e senza eccezioni del contratto, non si realizzerebbe nulla di particolarmente sconvolgente, rispetto alle conseguenze, che sono allo stato prevalentemente accettate nel nostro sistema e con riferimento, tra l'altro, a qualunque tipo di illegittimità della procedura di evidenza pubblica preordinata al contratto. Viceversa, la Direttiva comunitaria non giunge affatto a tali indiscriminate conseguenze. Tant'è che, nelle fattispecie indicate nei par. 4 e 5 del medesimo articolo 2-*quinqüies*, esclude l'inefficacia del contratto, senza neppure la necessità di ricorrere in tal caso alle sanzioni alternative, che tanti problemi potrebbero porre. I casi previsti dai paragrafi 4 e 5 riguardano violazioni gravi, in quanto concernono la mancata pubblicazione del bando e la mancanza di un confronto concorrenziale, ma tuttavia sono accompagnate da circostanze esimenti, che, per tale ragione, non conducono all'inefficacia del contratto. Invero, al riguardo, occorre tener conto di un importante disposizione, che pare attenuare fortemente le conseguenze paralizzanti, che possono derivare dall'inefficacia di un contratto d'appalto. Il punto 23 del Preambolo precisa, infatti, che "in casi eccezionali" è consentita l'utilizzazione della procedura negoziata, senza pubblicazione di un bando, "immediatamente dopo l'annullamento dell'appalto". Vero è che si tratta, appunto, di casi eccezionali in cui "per esigenze imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, i restanti obblighi contrattuali possono essere in tale fase rispettati dall'operatore economico al quale è stato aggiudicato il contratto". Parimenti vero è, comunque, che si tratta di una valvola di sicurezza, per evitare sempre, appunto, in tali casi che l'opera, il servizio o la fornitura risultino frustrati e immolati definitivamente alle esigenze della trasparenza e della *par condicio* comunitaria.

- F. Il termine di prescrizione o decadenza dei ricorsi proposti per far dichiarare la privazione di effetti del contratto di appalto** (nuovo art. 2 septies delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE). Al fine di garantire il principio di certezza del diritto, la direttiva prescrive l'introduzione di un termine minimo di decadenza o prescrizione dei ricorsi proposti per far dichiarare il contratto privo di effetti, prevedendo che, in ogni caso, tali ricorsi possano essere proposti al massimo entro sei mesi dal giorno successivo alla data di stipula del contratto.
- G. I ricorsi amministrativi preventivi** (nuovo art. 1, par. 5, delle dir. n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE). È lasciato alla facoltà degli Stati membri prevedere che, prima del ricorso in via giurisdizionale, venga presentato un ricorso amministrativo presso la stazione appaltante. In tal caso, il ricorso amministrativo ha un effetto sospensivo automatico sulla conclusione del contratto di appalto.
- H. Misure accessorie.** La direttiva dispone la tacita abrogazione di alcuni rimedi previsti dalla previgente direttiva ricorsi per gli appalti nei settori speciali, rimasti pressoché sempre inutilizzati, quali l'attestazione degli enti aggiudicatori (consistente nella possibilità per le autorità pubbliche di far attestare la conformità delle loro procedure di aggiudicazione degli appalti) ed il meccanismo di conciliazione (ovvero la procedura comunitaria di composizione amichevole delle controversie).

### **3. GLI EFFETTI DELLA DIRETTIVA IN RELAZIONE ALLA PREGIUDIZIALITÀ AMMINISTRATIVA ED AL GIUDICE COMPETENTE IN TEMA DI SORTE DEL CONTRATTO**

---

acquisizione; **d**) aggiudicazione disposta senza previa pubblicazione del bando nella GUCE, in assenza dei presupposti previsti per tale ipotesi dalle direttive nn. 2004/18/CE e 2004/17/CE.

Illustrata la disciplina della nuova direttiva ricorsi, è possibile trarre qualche indicazione sull'influenza, che essa può operare su taluni nodi problematici del nostro sistema nazionale, in particolare, in relazione alla questione della cosiddetta “**pregiudizialità amministrativa**” ed alla questione del giudice competente a conoscere della sorte del contratto per le violazioni della disciplina sulle procedure di aggiudicazione (Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE) e dell'ulteriore disciplina imposta dalla medesima Direttiva 2007/ 66 /CE. Per quanto concerne la pregiudizialità amministrativa e la connessa necessaria impugnazione degli atti della procedura di aggiudicazione, ai fini del risarcimento del danno, appare chiaro che l'istituto risulti rafforzato e non sminuito dalla Direttiva in esame. E non già, soltanto perché l'articolo 2, comma 6°, prevede espressamente che gli Stati membri possano imporre il previo annullamento della decisione contestata, ma anche per la particolare configurazione dei termini di ricorso previsti dalla Direttiva medesima, nel quadro di una tutela “quanto più rapida possibile”<sup>16</sup>. La prima enunciazione, in ordine alla facoltà degli Stati membri di imporre il previo annullamento della decisione contestata, riconduce il problema della pregiudizialità amministrativa ad una scelta di diritto positivo e confuta le impostazioni che escludono tale pregiudizialità, perché incompatibile con la ormai riconosciuta risarcibilità degli interessi legittimi, alla luce anche di esigenze interpretative “costituzionalmente orientate”<sup>17</sup>. Trattandosi di scelta di diritto positivo, essa può desumersi anzitutto dal ruolo precettivo riconosciuto all'atto amministrativo nel nostro ordinamento. E' possibile trovare testuale conferma nell'articolo 7, comma 3°, della legge 1034/1971, così come introdotto dalla legge 205/2000, dato che non è necessario distorcere il significato, per pretese necessità di ordine più generale. E, in realtà, la nostra Corte di Cassazione è giunta ad escludere la pregiudizialità amministrativa sulla base del rilievo che “*Ammettere la necessaria dipendenza del risarcimento dal previo annullamento dell'atto illegittimo e dannoso, anziché dal solo accertamento della sua illegittimità significherebbe restringere la tutela che spetta al privato di fronte alla pubblica amministrazione ed assoggettare il suo diritto al risarcimento del danno, anziché alla regola generale della prescrizione, ad una Verwirkung amministrativa, tutta italiana*”<sup>18</sup>. Invero, è proprio la nuova Direttiva ricorsi a confutare tale impostazione. Infatti, l'articolo 2-*quater* prevede un termine unico minimo per tutti i tipi di mezzi di ricorso, salvo quanto previsto dall'articolo 2-*septies* e, dunque, un termine minimo non solo per l'azione impugnatoria, ma anche per l'azione risarcitoria<sup>19</sup>. Né si può ritenere che il termine minimo ivi indicato riguardi solo l'azione cautelare e quella di annullamento, perché sono le uniche rivolte specificamente contro una decisione. Anche l'azione risarcitoria per illegittimità comunitaria di una procedura di aggiudicazione è, infatti, descritta dalla Direttiva come diretta avverso una decisione illegittima. Infatti, l'articolo 1, par. 1, comma 5°, statuisce che “Gli Stati membri adottano i provvedimenti necessari per garantire che....le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile, secondo le condizioni previste negli articoli da 2 a 2-*septies* della presente Direttiva, sulla base del fatto che hanno violato il diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono”. E l'azione risarcitoria, prevista dall'articolo 2, par. 1, rientra pienamente in tale contesto di garanzie di tutela, che infatti il medesimo articolo 2 par. 1 richiama espressamente. E riguarda, dunque, pur sempre un ricorso avente ad “oggetto”, sia pure nel senso lato ora indicato, una decisione comunitariamente illegittima. Vero è che si tratta, appunto, di un termine minimo, che gli Stati membri possono ben ampliare. Ma è, parimenti, vero che si tratta di un termine assai breve e, si direbbe, bruciante. Così, dimostrando che l'esigenza di una tutela

---

<sup>16</sup> L'articolo 1, par. 1, comma 3 parla, più esattamente di “*un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile*”.

<sup>17</sup> In tal senso: Cassazione civile, SS.UU., Ordinanza n. 13.659/2006.

<sup>18</sup> Sempre: Cassazione civile, SS.UU., Ordinanza n. 13.659/2006.

<sup>19</sup> Infatti, l'articolo 2-*quater* si riferisce a “qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice”.

"quanto più rapida e possibile" non riguarda solo la posizione del concorrente "interessato", ma anche le altre parti del giudizio, a cominciare dalla medesima Amministrazione aggiudicatrice. In tal quadro, l'esigenza, rappresentata dalla Cassazione, che il risarcimento del danno sia sempre e comunque soggetto ad un autonomo termine di prescrizione quinquennale, non condizionato dal rispetto di un breve termine di decadenza, appare ampiamente smentita. Se, infatti, il termine minimo previsto dalla Direttiva è di appena 10 giorni, ben sarà compatibile con esso il nostro termine di impugnazione di 60 giorni. E così, la pregiudizialità amministrativa, che tale termine impone di osservare per poter chiedere risarcimento dei danni, non appare affatto in contrasto col sistema comunitario, che si viene delineando. Al riguardo non appaiono fondati gli scrupoli di legittimità costituzionale, avanzati dalla medesima Cassazione, a conforto dell'opposta conclusione. La nuova Direttiva comunitaria, che si ispira dichiaratamente (36° considerato) alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare per quel che concerne il diritto "ad un ricorso effettivo e ad un Giudice imparziale" (art. 47 Carta) non pare proprio che pregiudichi in alcun modo la tutela giurisdizionale. Anzi, essa risulta particolarmente attenta ad evitare che comportamenti elusivi delle Amministrazioni aggiudicatrici possano pregiudicare detta tutela. In realtà, tutto lo sforzo della disciplina comunitaria è concentrato al perseguimento di un chiaro fine: la tutela giurisdizionale dei "candidati interessati" non deve essere frustrata dalla carenza di tempestiva informazione, né dai tempi tecnici per proporre ricorso e per ottenere una decisione "*re adhuc integra*"<sup>20</sup>. Ma, una volta salvaguardate tali necessità, la disciplina comunitaria non appare affatto indulgente per quel che concerne i termini (minimi) di ricorso, pretendendo all'evidenza ogni adeguata diligenza, da parte dei candidati o concorrenti interessati. Tale assunto, calato nel nostro ordinamento, ove il termine di ricorso è ben più ampio di quello minimo previsto in sede comunitaria, non pare confliggere con alcun precetto superprimario, costituzionale o meno che sia. L'onere di una tempestiva contestazione dell'illegittimità di un atto amministrativo, sia pure ai fini del risarcimento del danno per equivalente, non pare infatti sproporzionato, né lesivo dei diritti di difesa del cittadino, come l'esperienza ultrasecolare in tema di atti ablatori ha dimostrato. Tale onere, inoltre, dovrebbe meglio garantire "il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette" (3° considerando). Per quanto riguarda la diversa questione del **giudice competente in tema di sorte del contratto**, sembra che risulti rafforzata anche la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla sorte del contratto<sup>21</sup>. Vero è che l'articolo 2, comma 2°, prevede che i poteri decisori (sia quelli indicati nel par. 1 dello stesso art. 2, sia quelli indicati negli artt. 2-*quinquies* e 2-*sexies*) "possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso". Ma, parimenti vero è che l'organo di ricorso, preordinato a pronunciarsi sulla efficacia o inefficacia del contratto nei casi previsti dalla Direttiva, non pare possa essere diverso dall'organo investito dell'azione di annullamento dell'aggiudicazione (nel nostro caso il giudice amministrativo). Infatti, se è consentito al giudice, pur in presenza dell'accertata sussistenza di una delle fattispecie più gravi di illegittimità comunitaria, di non considerare il contratto privo di effetti in ragione di "esigenze imperative connesse ad un interesse generale" (art. 2-*quinquies*, par. 3), tale giudice non può essere (presso di noi) che il giudice amministrativo, al quale istituzionalmente è demandato l'accertamento, diretto o indiretto che sia, di esigenze di tal genere. Vero è che i problemi relativi alla sorte del contratto scaturiscono non solo dalla illegittimità dell'aggiudicazione, ma in alcuni casi anche (art. 2-*quinquies*, par. 1, lett. b) o soltanto (art. 2-*sexies*, par. 1) da un vizio proprio del contratto, stipulato in violazione dei termini di sospensione, ove lo Stato membro non preveda sanzioni alternative. E vero è che il giudizio così delineato pare costituire un giudizio di impugnazione diretta anche, o soltanto, del contratto. Al riguardo, occorre tener conto che il 25° considerando

---

<sup>20</sup> Essendo la questione non ancora compromessa o decisa.

<sup>21</sup> In tal senso: LIPARI, *op. cit.*, pag. 19 e ss.

parla di "ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti". Sembrerebbe, pertanto, che il contratto sia considerato pressoché come l'atto terminale della procedura di affidamento dell'appalto e non come un atto giuridicamente e qualitativamente differenziato dall'aggiudicazione. Il che, ove non adeguatamente precisato o adattato alle nostre categorie in sede di attuazione, potrebbe aprire delicati problemi dogmatici di diritto sostanziale, anche perché sembrerebbe attenuarsi, per tali profili, la differenza tra contratto ad evidenza pubblica ed accordi, ai sensi dell'articolo 11 della legge n. 241/1990<sup>22</sup>. Il tema meriterebbe un forte approfondimento. Tuttavia, in linea di prima approssimazione, si può dire che l'assimilazione con gli accordi non è consentita per la natura schiettamente privatistica del contratto. Per converso, va rilevato che la categoria dei contratti ad evidenza pubblica pare conservare, anche a seguito della nuova direttiva, una sua specifica valenza dommatica, che esclude una lettura meramente privatistica dell'intero istituto. Basti considerare che, a parte lo specifico problema costituito dalla privazione degli effetti del contratto, la procedura di aggiudicazione conserva i suoi ben noti caratteri pubblicistici e i suoi atti sono suscettibili di impugnazione ai fini dell'annullamento come qualunque atto amministrativo. E ciò vale, si badi, anche per quei vizi della procedura, contemplati nell'articolo 2-*quinquies*, par. 1, ove non risultino totalmente realizzate le fattispecie ivi indicate; ad esempio: perché alla violazione della Direttiva sostanziale 2004/18/CE non si accompagni la violazione del termine di sospensione previsto dalla lettera *b*), ovvero sussistano i presupposti stabiliti nei paragrafi 4 e 5 del medesimo art. 2-*quinquies* per la conservazione del contratto. Tali vizi, infatti, possono, comunque, essere denunciati con idonee impugnazioni, ai fini dell'annullamento dell'aggiudicazione, con ogni ulteriore conseguenza, ad esempio, di tipo risarcitorio. Tutto ciò non è privo di rilievo ai fini del riparto delle giurisdizioni, anche per quel che concerne le fattispecie dell'art. 2-*quinquies* par. 1. Perché, se anche in tal caso dovesse essere esperita, ai fini dell'inefficacia del contratto, la previa impugnazione dell'aggiudicazione, non v'è dubbio che giudice competente per l'impugnazione sarebbe il giudice amministrativo. Invero, tale giudice risulterebbe competente anche per il mero accertamento dell'illegittimità della procedura di aggiudicazione, ove si ritenesse che, contrariamente ai nostri schemi, l'articolo 2-*quinquies*, par. 1 (privazione di effetti del contratto) non contempli ovvero escluda la previa impugnazione. Un accertamento di tal genere rientra, infatti, sicuramente nella sua giurisdizione esclusiva in ordine alle procedure di affidamento degli appalti<sup>23</sup> e non può per tale ragione essere demandata ad altro giudice. Nell'uno e nell'altro caso, poi, la giurisdizione del giudice amministrativo si estenderebbe sulla sorte (inefficacia) del contratto. Perché l'organo di ricorso indipendente preordinato a giudicare sulla illegittimità della procedura di affidamento, nonché sull'inefficacia del contratto, comprese le illegittimità proprie di quest'ultimo, non può che essere unico, così come è chiaramente indicato dal medesimo articolo 2-*quinquies*, par. 1. Infatti, i casi di inefficacia contemplati dalla Direttiva sono stati previsti al deliberato scopo di "ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati della possibilità di competere" (14° considerando). Il che significa che, in tali casi, il riaffidamento deve essere quanto più celere possibile. Risulterebbe, pertanto, incompatibile in tal quadro la previsione di un secondo e diverso giudizio, affidato ad altro giudice, per accertare quale sorte abbia avuto il contratto<sup>24</sup>. In conclusione, pare emergere dalla nuova direttiva l'assoluta necessità della contestualità della decisione in ordine alla illegittimità della procedura ed alla inefficacia del contratto, con conseguente concentrazione delle due questioni

---

<sup>22</sup> Per una valutazione unitaria dei due istituti, che prescinde dalla Direttiva in commento: MINERVINI, *La patologia dei contratti con la Pubblica Amministrazione*, in *I contratti con la Pubblica amministrazione*, a cura di FRANCHINI, Tomo I°, Torino 2007, pag. 583 e ss..

<sup>23</sup> Infatti "i ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti" mettono in discussione "la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori" (punto 25 del preambolo).

<sup>24</sup> In tal senso: M. LIPARI, *op.cit.*, cit., pag. 20.

presso un unico giudice. E, dunque, presso il giudice amministrativo, che risulterà così deputato a conoscere non solo dell'impugnazione dell'aggiudicazione, ma anche della sorte del contratto. Pertanto, la novella normativa comunitaria finisce, così, per incidere non solo sulla dommatica dell'evidenza pubblica, ma anche e, soprattutto, sui nostri problemi di riparto di giurisdizione e, in particolare, sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di affidamenti di appalti pubblici.

#### **4. LE PRIME APPLICAZIONI DELLA DIRETTIVA NELL'ATTESA DEL DECRETO NAZIONALE DI RECEPIMENTO**

Il 27 aprile entrerà in vigore il decreto legislativo n. 53/2010 che ha recepito la direttiva 2007/66/CE (cd. direttiva ricorsi). Nell'attesa di tale recepimento e di tale data, i tribunali nazionali hanno cominciato ad applicare, comunque, la direttiva comunitaria.

È oramai orientamento giurisprudenziale consolidato che i nostri giudici amministrativi possano già decidere sulle sorti del contratto stipulato a seguito di una illegittima aggiudicazione. E in tale senso, si è mosso anche il **Tar Calabria, sez. Catanzaro, con la sentenza numero 457 del 12 aprile 2010**, che sancisce, senza ombra di dubbio, la nullità di un contratto di appalto, in parte già eseguito. Primariamente, il Collegio giudicante ritiene illegittimo il comportamento di una stazione appaltante per violazione della regola generale di scelta del contraente, che è rappresentata dalla procedura aperta, volta ad assicurare, mediante la più ampia partecipazione degli operatori economici, la tutela della concorrenza ed i valori ad essa sottesi: la libera circolazione delle persone e delle merci, sul versante prettamente comunitario e, sul piano costituzionale, il buon andamento e l'imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) in relazione all'interesse pubblico finale e concreto che deve essere perseguito, nonché la libera iniziativa economica degli imprenditori di settore (art. 41 Cost.).

Nella concreta fattispecie, sottoposta al suo esame, il Tar ritiene che l'amministrazione abbia violato i predetti principi in quanto, estendendo la portata di una precedente gara mediante la modifica del suo ambito e dell'importo pattuito, ha, di fatto, affidato un nuovo servizio senza ricorrere alle procedure di garanzie, che devono, come già sottolineato, essere finalizzate ad assicurare la massima partecipazione degli operatori economici. Poiché nella specifica fattispecie, *“il ricorrente non ha dimostrato in alcun modo l'esistenza del fatto illecito e della sua potenzialità dannosa, essendosi limitato a provare la illegittimità dell'atto e non la illiceità della condotta”*, non viene, tuttavia, riconosciuto un risarcimento del danno ingiusto ma viene invece accettata e accertata la giurisdizione del giudice amministrativo, relativamente alla richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto medio tempore stipulato.

I giudici calabresi, nel ricordare che *la Corte di cassazione, sezioni unite, con ordinanza 10.02.2010, n. 2906, mutando orientamento, ha ritenuto che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di procedure di gara si estende anche al contratto*”, sostengono che, sul piano costituzionale, la giurisdizione esclusiva estesa al contratto è compatibile con il modello delineato dall'articolo 103 della Costituzione. Successivamente, ribadiscono che si giustifica la giurisdizione esclusiva, in ragione del “collegamento” stretto tra la fase amministrativa e la fase negoziale di conclusione del contratto. Tale collegamento deriva dal fatto che il vizio del contratto è conseguenza del vizio del provvedimento. In presenza di un vizio autonomo del contratto tale nesso viene meno. In definitiva, la giurisdizione esclusiva si giustifica, sul piano costituzionale, non soltanto in presenza di un intreccio di interessi legittimi e diritti soggettivi, nonché di diritti soggettivi incisi dall'esercizio di un potere amministrativo (Corte cost. n. 32/2010), ma anche in presenza di interessi legittimi e diritti soggettivi *“separati”*, ma, nondimeno, strettamente collegati. In conclusione, quindi, il giudice amministrativo conferma l'inefficacia del contratto, non sussistendo *“esigenze imperative”*, che impongono il mantenimento del rapporto contrattuale in atto

anche perché, come sottolineato, il servizio oggetto dell'appalto era comunque assicurato sia pure secondo modalità diverse.

Fra l'altro, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia viene anche riconosciuta dalla Cassazione civile: *“L'esigenza della cognizione dal giudice amministrativo sulla domanda di annullamento dell'affidamento dell'appalto, per le illegittime modalità con cui si è svolto il relativo procedimento e della valutazione dei vizi di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta che lo stesso giudice adito per l'annullamento degli atti di gara, che abbia deciso su tale prima domanda, può conoscere pure della domanda del contraente pretermesso dal contratto illecitamente, di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dall'aggiudicante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo”* (Cassazione civile, Sezioni Unite, 10 febbraio 2010, n. 2.906). Ciò, in quanto la posizione soggettiva del ricorrente, che ha chiesto il risarcimento in forma specifica delle posizioni soggettive a base delle sue domande di annullamento dell'aggiudicazione e di caducazione del contratto concluso dall'aggiudicatario, deve essere esaminata unitariamente dal giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi della Direttiva CE n. 66/2007, che riconosce il rilievo peculiare in tal senso alla connessione tra le due indicate domande, che pertanto vanno decise di regola da un solo giudice. Tale soluzione, ad avviso della Cassazione, costituisce ormai postulato ineludibile per tutte le controversie, in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della direttiva comunitaria “ricorsi” e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo di esse nelle materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e possa essere effettiva solo attraverso la perdita di efficacia dei contratti conclusi dall'aggiudicante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara. Ovviamente, fermo restando il potere del giudice amministrativo di preferire, motivatamente e in relazione agli interessi generali e pubblici oggetto di controversia, un'eventuale reintegrazione per equivalente, se richiesta dal ricorrente in via subordinata.

Ad ogni modo, il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, insito nell'accoglimento della domanda demolitoria, costituisce il *primum* della tutela risarcitoria, come ben evidenziato dal Tar Sardegna (n. 253/2010), proprio in applicazione dell'orientamento espresso con la recentissima e predetta ordinanza della Corte di Cassazione Sezioni Unite n. 2906/2010, che ha sancito la giurisdizione del giudice amministrativo anche in ordine ai vizi del contratto se scaturenti da illegittimità connesse alle procedure di evidenza pubblica inerenti alla scelta del contraente (in tal senso, pure: Tar Molise, n. 172/2010; Tar Emilia-Romagna, sez. I<sup>a</sup>, n. 2.187/2010).

## **5. I RAPPORTI FRA LA LEGGE DI DELEGA ED IL CONTENUTO CONCRETO DEL DECRETO LEGISLATIVO**

Con l'**articolo 44, della legge n. 88/2009**, la Legge comunitaria 2008, il Governo è stato delegato ad adottare uno o più decreti legislativi, volti a recepire la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Il recepimento doveva avvenire nel rispetto dei seguenti **principi e criteri direttivi**:

- a) Circoscrivere il recepimento alle disposizioni comunitarie, per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, previa verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti e già adeguati, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale, e inserendo coerentemente i nuovi istituti nel vigente sistema processuale, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo.

- b) Assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal Codice dei contratti pubblici, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, ed operare un recepimento unitario delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE.
- c) Assicurare il coordinamento con il vigente sistema processuale, prevedendo le abrogazioni necessarie.
- d) Recepire integralmente l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo, inoltre, che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela.
- e) Recepire gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, fissando un termine dilatorio per la stipula del contratto e prevedendo termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura.
- f) Recepire l'articolo 2, paragrafo 6, e l'articolo 2-quater della direttiva 89/665/CEE, nonché l'articolo 2, paragrafo 1, ultimo capoverso, e l'articolo 2-quater della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo:
- 1) che i provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro un termine non superiore a trenta giorni dalla ricezione e i bandi entro un termine non superiore a trenta giorni dalla pubblicazione;
  - 2) che i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni sono impugnati autonomamente e non possono essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti;
  - 3) che il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali;
  - 4) che tutti i ricorsi e scritti di parte e provvedimenti del giudice hanno forma sintetica;
  - 5) che tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento sono concentrati nel medesimo giudizio ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione.
- g) recepire l'articolo 2, paragrafi 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2, paragrafi 3 e 3-bis, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo la sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare e rivolto al giudice competente, con i seguenti criteri:
- 1) la competenza, sia territoriale che per materia, è inderogabile e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione;
  - 2) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare;
  - 3) il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore;

h) recepire gli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i seguenti criteri:

1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire;

2) nel caso di cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative;

3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato;

4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse;

i) recepire l'articolo 2-septies della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2-septies della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo i termini minimi di ricorso di cui al paragrafo 1, lettere a) e b), dei citati articoli 2-septies, e il termine di trenta giorni nel caso di cui al paragrafo 2 dei citati articoli 2-septies;

l) recepire gli articoli 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 8 e 12 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, individuando il Ministero competente e il procedimento;

m) dettare disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato, secondo i seguenti criteri:

1) incentivare l'accordo bonario;

2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile;

3) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto;

4) contenere i costi del giudizio arbitrale;

5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

4. Resta ferma la disciplina di cui all'articolo 20, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, nei limiti temporali ivi previsti.

5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.

6. Le amministrazioni provvedono agli adempimenti previsti dall'attuazione del presente articolo con le risorse umane, strumentali e finanziarie previste a legislazione vigente.

Il **decreto legislativo n. 53/2010**<sup>25</sup>, entrato in vigore in data 27 aprile 2010, nella sua stesura finale, sviluppa compiutamente quasi tutti i punti indicati dall'articolo 44. Sussiste, tuttavia, un certo scarto di contenuti, operante in due direzioni opposte.

Precisamente, da un lato alcuni criteri della delega non risultano pienamente attuati (“**difetto di delega**”): a) l'idea dei due separati riti speciali, poiché, in definitiva, le nuove regole processuali, varate dal Governo, sono state opportunamente unificate in un solo tipo di processo; b) anche le due separate categorie della privazione di effetti “obbligatoria”, di derivazione comunitaria, sono fuse e ricondotte ad un'unica disciplina; c) lo spunto della “*pregiudiziale di annullamento*”, contenuto nella delega e ampiamente svolto nella stesura dello schema originario del decreto, non è più utilizzato, in modo espresso, nel testo finale dell'articolato; d) la giurisdizione amministrativa sul contratto è qualificata come “*esclusiva*”, ma non è più segnata, letteralmente, come giurisdizione “di merito”.

Viceversa, talune disposizioni del decreto non trovano immediata ed esplicita base nella delega (“**eccesso di delega**”): a) la nuova regolamentazione dell'esecuzione di urgenza, precedente la stipulazione del contratto; b) l'innovativa disciplina dell'accesso immediato ai documenti di gara; c) l'esclusione del ricorso straordinario al Capo dello Stato; d) l'uso della qualificazione della “inefficacia del contratto”, in luogo della formula “privazione di effetti”; e) la previsione dei limiti dell'azione risarcitoria e la definizione dei suoi rapporti con l'azione diretta alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Per quanto concerne la **sfera soggettiva di applicazione** della novella normativa, occorre osservare che l'articolo 44, comma 3°, della legge di delega si preoccupa, anzitutto, di definirlo: “Ai fini della delega di cui al presente articolo, per stazione appaltante si intendono i soggetti di cui agli articoli 32 e 207 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture.” La disposizione normativa non è riprodotta, e nemmeno richiamata nel decreto n. 53/2010. In effetti, la previsione risulta superflua, considerando le acquisizioni normative e giurisprudenziali in materia di sfera soggettiva di operatività del codice dei contratti pubblici e delle precedenti “direttive ricorsi”.

Opportunamente, quindi, il testo definitivo del decreto legislativo omette di intervenire sulla definizione della categoria concettuale di “stazione appaltante”, raccogliendo le critiche espresse dal parere del Consiglio di Stato. Il testo originario del decreto delegato, oltretutto, alimentava la confusione, circoscrivendo la nozione nuova di stazione appaltante al solo sistema del contenzioso. In tal modo si creava qualche contraddizione interpretativa rispetto all'effettiva portata delle norme sostanziali – letteralmente più ristretta - e di quelle numerose discipline “a cavallo” tra il processo e la disciplina sostanziale: basti pensare proprio alla disciplina dell'inefficacia del contratto.

## **6. 1. - LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO: IL TERMINE DILATORIO O SOSPENSIVO (*STANDSTILL PERIOD*)**

In puntuale attuazione della direttiva e delle scelte normative, esercitate attraverso la delega, si dettano le nuove regole, attraverso alcune modifiche all'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici, riguardanti il termine dilatorio, o sospensivo, per la stipulazione del contratto.

Precisamente, i commi 10° ed il 10°-bis, dell'articolo 11, prevedono quanto segue:

- Il contratto non può, comunque, essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 79 (art. 11, comma 10°).

<sup>25</sup> Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. (10G0074) (GU n. 84 del 12-4-2010) - note: Entrata in vigore del provvedimento: 27/04/2010

- Il predetto termine dilatorio non si applica nei seguenti casi (art. 11, comma 10°-bis):
  - a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso, con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del Codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
  - b) nel caso di un appalto, basato su un accordo quadro e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione.
- Ai sensi dell'articolo 11, comma 10°-ter, se viene proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. Tale effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice:
  - a) si dichiara incompetente;
  - b) o fissa, con ordinanza, la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari;
  - c) o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

A ben vedere, non si è in presenza di una novità assoluta, perché il Codice dei contratti aveva già previsto un termine dilatorio di trenta giorni, senza, tuttavia, chiarire le conseguenze derivanti dall'eventuale inosservanza della regola. Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato che: *“la violazione del termine di trenta giorni che, ai sensi dell'articolo 11, 10° comma, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, deve intercorrere tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, non può comportare l'illegittimità dell'aggiudicazione, in quanto si tratta di provvedimento che precede temporalmente la dedotta violazione, né sussiste alcun interesse a dolersi di detta violazione, allorché non risulti la fondatezza delle censure afferenti la legittimità dell'aggiudicazione, la cui adozione segna il confine dell'ambito di giurisdizione del Giudice amministrativo. In ogni caso, si deve anche osservare che l'eventuale mancato rispetto dell'onere di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione potrà, semmai, giustificare la tardiva impugnazione dello stesso e l'interesse a dolersene sussisterà nell'ipotesi di richiesta di rimessione in termini”*<sup>26</sup>. Dunque, in caso di violazione dell'obbligo comunicativo: non l'invalidità dell'aggiudicazione disposta, ma la rimessione in termini.

Inoltre, il comma 10°, nella sua versione precedente, faceva salve le “ motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine”. Tale deroga, peraltro, non si applicava “ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi”.

L'intento della nuova disciplina è evidente: la costituzione del vincolo negoziale tra le parti può intervenire solo quando sia possibile stabilire, con un ragionevole grado di certezza, che nessuno dei soggetti potenzialmente interessati intenda contestare gli esiti della procedura di gara. Per realizzare adeguatamente tale finalità, occorre delineare, pertanto, un accurato coordinamento tra le fasi sostanziali della procedura di affidamento e di stipulazione del contratto e i tempi della tutela giurisdizionale.

---

<sup>26</sup> Tar Friuli Venezia Giulia, n. 520/2008.

Il termine dilatorio o sospensivo è ora fissato in **trentacinque giorni**. Dunque, leggermente più lungo degli originari trenta giorni. Tale nuovo termine decorre dall' "invio" dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

In tal modo, il legislatore intende risolvere il delicato problema della piena sincronizzazione tra il termine per la stipulazione del contratto e quello per la proposizione del ricorso (ora stabilito in trenta giorni), assicurando, però, la certezza della tempistica della procedura. Infatti, è ragionevole prevedere che, nella generalità dei casi, la comunicazione possa pervenire al destinatario entro cinque giorni dall'invio. Di conseguenza, in linea di fatto, il termine per la proposizione del ricorso e quello per la stipulazione del contratto potranno essere sostanzialmente coincidenti.

È utile sottolineare, peraltro, che, nella prospettiva del Legislatore comunitario, non è affatto necessario che il termine dilatorio coincida con quello per la proposizione del ricorso. È sufficiente che entrambi siano ragionevolmente lunghi. Se il termine per la proposizione del ricorso fosse più lungo di quello dilatorio per la stipulazione del contratto, sarebbe onere della parte interessata attivarsi, prima della eventuale scadenza del termine, per la proposizione di un ricorso, che possa risultare maggiormente efficace, precedendo la stessa costituzione del rapporto contrattuale.

Il Legislatore nazionale, invece, muove dalla diversa considerazione, secondo cui l'amministrazione, prima di determinarsi alla stipulazione del contratto, debba essere in grado di avere la certezza (o quanto meno la ragionevole conoscenza) della esistenza, o meno, di contestazioni nei riguardi dell'aggiudicazione. Il termine di trentacinque giorni risponde sostanzialmente allo scopo, anche se resta una limitata insicurezza, collegata all'eventualità che qualcuna delle comunicazioni non sia giunta a buon fine o sia completata con ritardo. Vi è, quindi, il rischio che l'amministrazione si veda esposta ad un ricorso, notificato dopo la stipulazione del contratto, regolarmente intervenuta dopo la scadenza del termine di trentacinque giorni, ma tempestivo per il ricorrente al quale la comunicazione sia giunta con ritardo,

Per ovviare a questo possibile inconveniente, appare importante, allora, che la stazione appaltante utilizzi le opportunità offerte dalla nuova disciplina delle comunicazioni, avvalendosi di strumenti idonei a conseguire, comunque, la certezza delle intervenute comunicazioni. D'altro canto, l'innovativa previsione dell'obbligo di annunciare preventivamente l'intenzione di proporre un ricorso potrebbe consentire all'amministrazione, in determinati casi, di valutare adeguatamente l'opportunità di rinviare la stipulazione del contratto anche dopo la scadenza del termine di trentacinque giorni, eventualmente senza avviare il procedimento di autotutela relativo all'atto di aggiudicazione.

Ai sensi del comma 10°-ter dell'articolo 11, il termine dilatorio per la stipulazione del contratto deve essere ulteriormente prorogato in presenza di un ricorso giurisdizionale con "contestuale" domanda cautelare. L'effetto sospensivo automatico è stabilito nel limite massimo di **venti giorni**.

Entro tale termine, infatti, deve intervenire almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado. Tale ultima eventualità si potrà verificare, evidentemente, solo nel caso di decisione di merito adottata in sede di udienza cautelare.

Questo termine di venti giorni non è contemplato dalla legge delega, ma non appare incompatibile con i principi di accelerazione del giudizio stabiliti dall'articolo 44. La previsione del limite di venti giorni è finalizzata ad evitare che la proposizione del ricorso, senza l'adozione di una decisione cautelare del giudice, possa "bloccare" la stipulazione del contratto per periodi anche relativamente lunghi o indefiniti. La norma, quindi, dovrebbe scoraggiare possibili atteggiamenti dilatori od ostruzionistici della parte ricorrente.

Le nuove regole processuali introdotte dal decreto, in ogni caso, mirano ad accelerare notevolmente la fase cautelare del giudizio e rendono piuttosto improbabile l'eventualità che il giudice non adotti una pronuncia prima della scadenza del termine di venti giorni. Resta ferma, peraltro, l'ovvia considerazione, secondo cui, in presenza del ricorso, anche dopo la scadenza del termine (e, addirittura, anche dopo l'adozione di una pronuncia cautelare di rigetto, specie se motivata in

ragione dell'assenza di *periculum*), l'amministrazione possa ritenere preferibile attendere la definizione del merito della controversia, prima di procedere alla stipulazione del contratto.

A questo punto, è possibile addivenire a due precise considerazioni.

In primo luogo, deve essere osservato che l'effetto sospensivo automatico deriva dalla proposizione della domanda cautelare, anche se la notifica del ricorso sia effettuata dopo la scadenza del termine dilatorio di trentacinque giorni, purché, ovviamente, il contratto non sia già stato stipulato. Ciò potrebbe verificarsi nei, probabilmente molto rari, casi, in cui la comunicazione sia pervenuta al destinatario con un ritardo superiore ai cinque giorni dall'invio e l'amministrazione non abbia ancora stipulato il contratto.

In secondo luogo, va rilevato che, secondo la dizione della norma, l'istanza cautelare, per provocare l'effetto sospensivo, deve essere contestuale alla proposizione del ricorso. Stando alla lettera della disposizione, quindi, la temporanea preclusione alla stipulazione del contratto non potrebbe discendere da una domanda cautelare proposta *ante causam*. Inoltre, l'effetto sospensivo non potrebbe derivare da una domanda cautelare notificata dopo la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio.

In entrambi i casi, difetterebbe il requisito della contestualità, prescritto dall'illustrata disposizione legislativa, fedele, in questa parte, alle indicazioni contenute nella direttiva comunitaria. Questa ricostruzione avrebbe una sua logica, perché diretta a semplificare i presupposti dell'effetto sospensivo: deve esserci tanto la dimostrazione di un *periculum in mora*, quanto la piena articolazione dei motivi di censura dedotti dall'interessato

Tuttavia, è ragionevole ritenere che, in via interpretativa, l'effetto sospensivo automatico possa essere sganciato da una lettura così rigorosa dell'articolato. Anzitutto, è possibile ritenere che l'effetto sospensivo sia collegato anche al ricorso cautelare *ante causam*. Del resto, per conservare l'effetto sospensivo, la parte interessata dovrà, comunque, azionare tempestivamente una tutela cautelare innestata su un ricorso ordinario, che, comunque, dovrà rispettare il termine dei trenta giorni. Si deva valutare, poi, se l'effetto sospensivo automatico possa derivare anche da una domanda cautelare non contestuale, ma proposta dopo la notificazione del ricorso di merito. Sembra ragionevole ritenere che la sospensione operi senz'altro quando l'istanza cautelare sia successiva alla proposizione del ricorso principale, ma sia notificata entro il termine decadenziale di trenta giorni e, comunque, prima dello scadere del termine dilatorio di trentacinque giorni. L'effetto sospensivo automatico non si dovrebbe verificare invece, nel caso di domanda cautelare successiva all'indicato termine, ancorché l'amministrazione non abbia ancora stipulato il contratto. Va evidenziato, peraltro, che l'esperienza del contenzioso dimostra come, in materia di contratti pubblici, sia ormai prassi consolidata quella di proporre sempre la domanda cautelare insieme a quella principale.

## **6. 2. – LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO: LA NUOVA DISCIPLINA DELL'ESECUZIONE ANTICIPATA DELLE PRESTAZIONI CONTRATTUALI**

Il decreto legislativo n. 53/2010 affronta, con particolare cura, anche il tema dell'esecuzione anticipata del contratto, anche se, a stretto rigore, la legge delega non trattava l'istituto.

La nuova disciplina muove dalla constatazione che, in fondo, l'utilizzazione dell'istituto, sconosciuto alla normativa comunitaria, potrebbe rappresentare una sostanziale elusione delle regole in materia di termine dilatorio: la stazione appaltante non stipula formalmente il contratto, ma l'esecuzione delle prestazioni inizia, comunque, a svolgersi. La situazione di fatto così creata potrebbe determinare conseguenze addirittura più complicate di quelle, derivanti dalla mera stipulazione del contratto, anteriore alla scadenza del termine dilatorio, ma non accompagnata dall'avvio dell'esecuzione.

La novella disciplina è contenuta nell'ultimo capoverso del comma 9° dell'articolo 11, ove si stabilisce che:

- L'esecuzione di urgenza delle prestazioni dedotte in contratto non è consentita durante il predetto termine dilatorio di 35 giorni e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter (venti giorni);
- Tuttavia, l'esecuzione di urgenza è, comunque, ammessa nelle procedure, in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

Dunque, si stabilisce che l'esecuzione anticipata, prima della scadenza del termine sospensivo, è ammessa solo nei tassativi casi, in cui non è prevista la pubblicazione del bando di gara (ossia in talune delle stesse ipotesi in cui, secondo il diritto comunitario, è consentita la deroga all'obbligo di rispettare il termine dilatorio). Si aggiunge, peraltro, anche una fattispecie derogatoria di più ampio respiro, che rappresenta, nelle intenzioni del Legislatore, una sorta di vera e propria "valvola di sicurezza". Si tratta dei *casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*.

Va rilevato che, in merito a tale deroga il Consiglio di Stato aveva manifestato forti e condivisibili perplessità. Secondo la relazione governativa, peraltro, la norma potrebbe trovare adeguata e ragionevole applicazione solo se interpretata in piena coerenza con il diritto comunitario. In quest'ottica, si dice che l'esecuzione delle prestazioni potrebbe essere avviata solo dopo la scadenza del termine minimo di dieci o di quindici giorni dall'aggiudicazione, previsto dalla direttiva n. 66/2007.

Quest'ultima soluzione merita senz'altro un attento approfondimento.

Va segnalato, peraltro, che la disposizione, nella sua formulazione letterale, non prevede affatto questa particolare condizione, riferita alla necessaria sospensione di quindici giorni. Pertanto, allo stato, restano forti i dubbi di legittimità comunitaria. Infatti, se è consigliabile che le amministrazioni rispettino, comunque, tale termine minimo (stabilendolo anche negli stessi atti di gara), gli organi europei potrebbero, in ogni caso, evidenziare il contrasto fra l'ampia previsione legislativa e la direttiva n. 66/2007, a nulla rilevando l'eventuale diversa prassi seguita dalle amministrazioni.

### **6. 3. – LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO: LA NUOVA DISCIPLINA DELLE COMUNICAZIONI D'UFFICIO**

La nuova disciplina in materia di comunicazioni, prevista dal modificato articolo 79, è la seguente:

- a) In ogni caso l'**amministrazione comunica di ufficio** (comma 5°):
  - l'aggiudicazione definitiva<sup>27</sup>, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva;

---

<sup>27</sup> Al riguardo, occorre prendere atto di una più che rilevante novità: nella precedente versione, si faceva riferimento all'"aggiudicazione". Ora, si fa riferimento, onde eliminare possibili equivoci, all'"aggiudicazione definitiva".

- l'esclusione, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni dall'esclusione;
  - la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro<sup>28</sup>;
  - la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla lettera a) del comma 5°<sup>29</sup>.
- b) Ai sensi del comma 5°-bis, le **comunicazioni sono fatte** per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento o mediante notificazione o mediante posta elettronica certificata ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. Per quanto concerne la "forma" della comunicazione, è stato affermato che: *"la nota, espressamente qualificata comunicazione ai sensi dell'articolo 79, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006, con cui via fax (mezzo di trasmissione previsto dal bando quale modalità di comunicazione) l'Amministrazione appaltante ha reso nota, alla partecipante ad una gara, l'aggiudicazione della stessa ad altra partecipante, si configura pienamente idonea ad assolvere gli obblighi di comunicazione e, come tale, a far decorrere il termine di decadenza per la contestazione dell'esito della gara"*<sup>30</sup>.
- c) La **comunicazione deve essere accompagnata** dal provvedimento e dalla relativa motivazione, contenente almeno le caratteristiche ed i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente, cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro, fatta salva la possibilità di omettere motivatamente talune informazioni, ai sensi del comma 4°.
- d) Ad ogni modo, l'**onere comunicativo può essere assolto** nei casi di aggiudicazione definitiva, di esclusione di concorrenti, di decisione di non aggiudicare un appalto, mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di data di avvenuta stipulazione del contratto, mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già

---

<sup>28</sup> Occorre ricordare che la Commissione delle Comunità Europee, sempre nell'ambito della sua puntuale comunicazione di messa in mora del 30 gennaio 2008 (n. C- 2008 – 0108, del 30/01/2008), si è occupata anche della non prevista informazione d'ufficio, in caso di mancata aggiudicazione. Precisamente, la Commissione UE critica la mancata previsione, fra le decisioni da comunicare, di quella afferente la "non aggiudicazione". In buona sostanza, la stazione appaltante, ad avviso della Commissione, deve comunicare anche l'intrapresa decisione di non procedere all'aggiudicazione, in maniera tale da tutelare le posizioni giuridiche soggettive dei partecipanti alla gara, i quali, proprio in virtù della partecipazione, hanno maturato un sicuro affidamento alla lineare conclusione della gara. Il terzo decreto correttivo (D.Lgs n. 152/2008), in osservanza delle critiche comunitarie, ha introdotto l'obbligo, a carico delle stazioni appaltanti, di comunicare d'ufficio la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro.

<sup>29</sup> L'aggiudicatario; il concorrente che segue nella graduatoria; tutti i candidati, che hanno presentato un'offerta ammessa in gara; coloro, la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni; coloro, che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva.

<sup>30</sup> Consiglio di Stato, sez. VI<sup>^</sup>, n. 578/2009

inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

- e) Le **comunicazioni di aggiudicazione definitiva** e di **esclusione** devono indicare la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.
- f) Il bando di gara e le lettere di invito devono prevedere l'**obbligo del candidato o concorrente di indicare**, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, **il domicilio eletto per le comunicazioni**; il bando e la lettera possono, altresì, obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.

Come si può desumere dall'illustrazione della normativa, ora effettuata, particolare attenzione, è stata dedicata alla disciplina delle comunicazioni, che modifica la previgente regolamentazione, ora profondamente arricchita di nuovi contenuti.

La formula definitiva dell'articolo proposto resta largamente fedele alla sua originaria impostazione, nonostante alcune osservazioni espresse dal Consiglio di Stato, in sede di parere, piuttosto critiche sull'opportunità di appesantire il testo del Codice con disposizioni estremamente particolareggiate, meglio collocabili in un testo normativo avente natura regolamentare. Resta ferma l'impressione che l'articolo 79 ora modificato, per il suo fortissimo livello di dettaglio, assuma, per molti versi, la fisionomia delle clausole di un capitolato speciale, piuttosto che la struttura di una norma legislativa generale, inserita in un Codice.

Ad ogni modo, merita di essere apprezzato, nei contenuti, l'intento di assicurare la massima certezza nei rapporti comunicativi tra la stazione appaltante e le imprese concorrenti, anche se è inevitabile sottolineare che quanto più è analitica una disciplina, tanto più è forte il rischio che singoli casi concreti non riescano a trovare adeguata collocazione nella normativa positiva medesima.

Molto utili potrebbero risultare, invero, le regole contenute nel nuovo comma 5- *quinquies*: "Il bando o l'avviso con cui si indice la gara, o l'invito nelle procedure senza bando, fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni". Dunque, i bandi devono imporre, senz'altro, l'elezione di domicilio. Forse, sarebbe stato preferibile chiarire, in modo espresso, che l'obbligo vale per tutti i concorrenti, a pena di esclusione, senza necessità di apposita traduzione in clausole del bando. L'attuale formulazione, infatti, non sembra consentire una lettura diretta a ipotizzare una sorta di inserzione automatica di clausole. D'altro canto, la norma legislativa non chiarisce quali conseguenze si riverberino sui bandi contrastanti con la prescrizione in oggetto.

La norma, poi, autorizza espressamente le stazioni appaltanti ad imporre l'utilizzo di indirizzi di fax o di posta elettronica per la trasmissione delle comunicazioni. La prescrizione, essendo finalizzata alla realizzazione di un interesse essenziale dell'amministrazione potrebbe essere accompagnata dalla espressa comminatoria della esclusione del concorrente, per il caso di sua violazione.

#### **6. 4. – LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO: LE DISPOSIZIONI INTEGRATIVE IN MATERIA DI ACCESSO**

Il comma 5°-*quater* del modificato articolo 79 del Codice dei contratti pubblici introduce la seguente disciplina integrativa in materia di accesso agli atti di gara, di cui all'articolo 13 del Codice medesimo:

- a) L'accesso agli atti del procedimento, in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione, previsti dall'articolo 79 (aggiudicazione definitiva; esclusione; decisione di non aggiudicare un appalto; data di avvenuta stipulazione del contratto), è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi, mediante visione ed estrazione di copia.
- b) Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso, adottati ai sensi dell'articolo 13 del Codice.
- c) Le comunicazioni predette devono indicare se ci sono atti, per i quali l'accesso è vietato o differito, ed indicano l'ufficio, presso cui l'accesso può essere esercitato, ed i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario, in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.
- d) Restano fermi i divieti ed i differimenti dell'accesso, previsti dall'articolo 13 del Codice.

L'illustrata disciplina integrativa risulta meritevole di particolare attenzione, in quanto appare sensibilmente diversa da quella generale.

Il parere del Consiglio di Stato aveva segnalato che la norma, pur muovendo da un intento apprezzabile (la regolamentazione del rapporto tra l'accesso e la formazione della conoscenza legale degli atti), era formulata in modo non del tutto chiaro, così da aumentare, anziché ridurre, le incertezze relative alla conoscenza dei provvedimenti.

Il testo definitivo rimane fermo, invece, nell'originaria formulazione, respingendo persino il suggerimento, meramente formale, di collocare l'innovazione legislativa nella sua sede naturale, ossia nell'articolo 13 del Codice, dedicato all'accesso.

Nell'intento del Legislatore delegato, la novella disposizione normativa dovrebbe assicurare la certezza della conoscenza degli atti e dei documenti della procedura di gara. Dunque, la norma completa, in un certo senso, il sistema delle comunicazioni obbligatorie, il che dovrebbe giustificare la sua collocazione nell'articolo 79, in luogo del più lineare, per coerenza di contenuto, articolo 13.

Sviluppando questa finalità appare plausibile la soluzione interpretativa, secondo cui il **termine di dieci giorni**, entro cui si può esercitare lo speciale accesso, immediato e semplificato, è essenzialmente previsto in funzione di tutela dell'amministrazione e mira ad accelerare l'inoppugnabilità dei provvedimenti. Ne deriva, allora, che, scaduto il termine di dieci giorni previsto dalla norma, l'interessato dovrebbe perdere il diritto di accesso ai documenti, quanto meno se il suo esercizio è finalizzato alla proposizione di un ricorso contro gli atti di gara. Si tratta di una soluzione piuttosto drastica, che potrebbe essere ridimensionata, forse, affermando che la scadenza del termine, senza l'esercizio del diritto di accesso, crea una presunzione assoluta di conoscenza dei documenti, ma rilevante ai soli fini della tutela giurisdizionale; segnatamente, ai fini della proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti, ma pure della domanda risarcitoria. Sarebbe davvero ingiustificata una preclusione assoluta e definitiva all'esercizio del diritto di accesso per altri fini.

Ma, ovviamente, per avere un senso, questa conclusione dovrebbe comportare che, scaduto il termine di dieci giorni, resterebbe, comunque, preclusa all'interessato l'utilizzabilità degli stessi documenti se prodotti in giudizio dalle altre parti o acquisiti dal giudice in sede istruttoria.

Nonostante la lettera della disposizione, poi, la norma non sembra applicabile ai soggetti controinteressati (in particolare all'aggiudicatario), i quali ben potrebbero utilizzare i documenti del procedimento, acquisiti attraverso un accesso effettuato anche dopo lo scadere dei dieci giorni, allo scopo di articolare le proprie difese o proporre un ricorso incidentale, che potrebbe mirare, in ultima analisi, alla mera conservazione dei risultati della gara, anche nell'interesse della stazione appaltante.

Molte perplessità suscita, in ogni caso, la previsione di un termine di soli dieci giorni, che decorre, oltretutto, dall'invio della comunicazione. In concreto, potrebbe trattarsi di un lasso temporale davvero esiguo, qualora la comunicazione pervenga al destinatario solo all'approssimarsi della scadenza. Si deve sottolineare, ancora, che, nella nuova disciplina, derivante dalla riformulazione dell'articolo 79 del Codice, l'obiettivo dell'inoppugnabilità dell'atto di aggiudicazione è molto opportunamente perseguito, attraverso la previsione di regole piuttosto efficaci in materia di comunicazioni, le quali devono, come prima evidenziato, obbligatoriamente indicare la motivazione della decisione adottata.

La conoscenza dei documenti interni della procedura, a ben vedere, non sembra avere riflessi molto importanti sulla decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, ma potrebbe riguardare, a tutto concedere, solo l'articolazione dei motivi aggiunti. Simmetricamente, l'inadeguatezza e l'incompletezza della comunicazione, che risulterebbe inidonea a far scattare i termini per la proposizione del ricorso, non potrebbe essere sanata dal mancato esercizio del diritto di accesso ai documenti della procedura. Se si seguisse l'opposta tesi, le stazioni appaltanti potrebbero sentirsi autorizzate ad inviare delle semplici comunicazioni, con cui si limitano ad indicare che gli atti della procedura di gara sono a disposizione degli interessati in determinati luoghi.

D'altro canto, questa enfattizzazione dell'accesso "immediato"<sup>31</sup>, potrebbe determinare conseguenze "sfavorevoli" alla stazione appaltante, facendo sorgere il dubbio che, anche a fronte di comunicazioni effettuate correttamente ed in modo completo, la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso debba "spostarsi in avanti" fino alla scadenza dei dieci giorni dall'invio della comunicazione.

Ulteriore motivo di perplessità deriva dal fatto che la norma fa salvi i differimenti ed i divieti previsti dall'articolo 13 del Codice dei contratti pubblici. Dunque, l'accesso "immediato" non si estende ad una parte molto rilevante della documentazione di gara; in particolare, quella riguardante le offerte degli altri concorrenti, in ordine alla quale sono molto rilevanti i casi di differimenti e di divieti.

Sul piano strettamente procedimentale, l'accesso in esame assume la connotazione di un accesso informale "obbligatorio": a quanto sembra, l'amministrazione non ha alcun potere di trasformare il procedimento di accesso in formale, né l'interessato può avvalersi del procedimento ordinario. Tuttavia, il riferimento agli atti coperti da segreto (accesso vietato o differito) induce a ritenere che questa particolare modalità di accesso non possa estendersi ai documenti esibiti dai controinteressati. A questi deve essere garantita la facoltà di partecipare al procedimento di accesso, che pertanto, assumerà la necessaria configurazione dell'accesso formale.

La formula utilizzata, poi, sembra incentrata sulla sola previsione di un termine finale. Ciò potrebbe suggerire l'idea che le stesse modalità debbano essere seguite anche nel corso del procedimento, purché la stazione appaltante abbia effettuato le necessarie comunicazioni. Il riferimento alla salvezza dei "differimenti", previsti dall'articolo 13, che si riferiscono indiscutibilmente ad atti del procedimento ancora *in itinere*, avvalorata questa tesi. Ma è forse più ragionevole ipotizzare che l'accesso in questione possa operare solo a partire dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione.

In quanto compatibili, poi, dovranno essere applicate tutte le regole generali previste per l'accesso informale.

## **6. 5. – LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO: L'AVVISO VOLONTARIO PER LA TRASPARENZA PREVENTIVA**

---

<sup>31</sup> Definito, appunto, in ragione della peculiare disciplina, volta a garantire massima tempestività e semplificazione, come "accesso immediato e super-informale".

Il decreto legislativo n. 53/2010, all'articolo 3, introduce il nuovo articolo 79-*bis* del Codice, concernente l'”**Avviso volontario per la trasparenza preventiva**”.

Tale atto deve contenere le seguenti informazioni:

- a) denominazione e recapito della stazione appaltante;
- b) descrizione dell'oggetto del contratto;
- c) motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia;
- d) denominazione e recapito dell'operatore economico, a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva;
- e) se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.

La norma è importante, perché si connette a una delle ipotesi, in cui non si applica l'inefficacia del contratto nei casi di “gravi violazioni”, previste dal diritto comunitario. In particolare, a norma dell'articolo 245-*bis* del Codice, comma 5°, l'inefficacia del contratto, prevista dal comma 1°, lettere “a” (aggiudicazione definitiva avvenuta senza previa pubblicazione del bando) e “b” (aggiudicazione definitiva avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

- a. abbia, con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento, dichiarato di ritenere che la procedura, senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, sia consentita dal Codice;
- b. abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-*bis*, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;
- c. il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni, decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

In buona sostanza, si è in presenza di un novello istituto, che consente alla stazione appaltante di dare notizia dell'avvenuta aggiudicazione (e del nominativo dell'aggiudicatario) di una procedura non soggetta a preventiva pubblicazione di un bando di gara e delle motivazioni per cui non è stata effettuata la pubblicità. Nei trenta giorni successivi alla pubblicazione dell'avviso, si potranno impugnare le aggiudicazioni relative a queste procedure, per le quali è mancata la fase di pubblicità del bando.

## **6. 6. – LE PRINCIPALI NOVITA' INTRODOTTE DAL DECRETO LEGISLATIVO: L'INFORMAZIONE PREVENTIVA DELL'INTENTO DI PROPORRE RICORSO**

Secondo quanto espressamente consentito dalla direttiva comunitaria, il decreto legislativo, all'articolo 243-*bis*, prevede che chi intende proporre ricorso giurisdizionale, ne dia preventiva comunicazione alla stazione appaltante.

Precisamente, la peculiare disciplina risulta essere la seguente:

- a) Nelle materie, di cui all'articolo 244, comma 1°<sup>32</sup>, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.
- b) L'informazione è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso, che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.
- c) L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore.
- d) La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale.
- e) L'informazione è diretta al responsabile del procedimento.
- f) La comunicazione può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.
- g) L'informativa non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10°, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.
- h) La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.
- i) L'omissione della comunicazione, da parte dell'impresa, e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, cioè in tema di concorso del fatto colposo del creditore<sup>33</sup>.
- j) Il provvedimento, con cui la stazione appaltante dispone il non luogo a provvedere, non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni.

Appare evidente che l'informazione preventiva, così come disciplinata, potrà svolgere un effetto deflattivo del contenzioso alquanto marginale, considerando il brevissimo termine previsto per la proposizione del ricorso. È, davvero, molto difficile il configurarsi dell'eventualità che la stazione appaltante possa correggere le denunciate illegittimità prima della scadenza del termine di trenta giorni. Ciò potrà avvenire, presumibilmente, nei soli casi in cui vi siano errori evidenti, facilmente eliminabili.

Probabilmente, la legge delega aveva inteso privilegiare solo una delle possibili funzioni dell'istituto dell'informazione preventiva, consistente nella sua attitudine a sollecitare l'esercizio dei **poteri di autotutela** dell'amministrazione, per prevenire l'instaurazione del contenzioso. A ben

---

<sup>32</sup> Tali materie sono: - le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture; - le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità; - le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti; le controversie relative alla clausola di revisione del prezzo ed al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica; - le controversie relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3° e 4°.

<sup>33</sup> Articolo 1227 codice civile: "Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza".

vedere, però, l'informazione preventiva, nell'ottica del Legislatore comunitario, potrebbe essere finalizzata, molto più semplicemente, ad avvertire l'amministrazione, con qualche tempo di anticipo, dell'esistenza di serie contestazioni sulla legittimità della procedura di gara seguita. Questa informativa, quindi, potrebbe essere comunque utile per l'amministrazione, sia per consentire una tempestiva articolazione delle proprie difese nell'eventuale giudizio, sia per assumere alcune immediate decisioni sostanziali, compresa quella relativa alla stipulazione del contratto, al di là di possibili ed eventuali "decisioni in autotutela".

Nella tempistica delineata dal Legislatore nazionale, peraltro, l'informazione preventiva dovrà essere effettuata prima dello scadere del brevissimo termine per la proposizione del ricorso: quindi, salvi casi marginali, essa dovrà effettuarsi in pendenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto. In ogni caso, resta fermo l'onere della parte di attivare l'istanza e l'obbligo dell'amministrazione di dare seguito alla richiesta. Le omissioni sono valutabili, sia pure nel contesto della decisione sulle spese processuali e sul risarcimento del danno.

Occorre osservare che, nella dettagliata disciplina, prevista manca una qualsiasi indicazione, riguardante l'onere di inviare la comunicazione preventiva anche all'aggiudicatario, che assume il ruolo di parte "contro-interessata". Sarà dunque cura dell'amministrazione l'avvio di un contraddittorio, certamente necessario nelle ipotesi in cui la stazione appaltante intenda accogliere la richiesta di autotutela.

In realtà, l'esperienza insegna che, sovente, l'amministrazione, a fronte dei ricorsi proposti dalle imprese non aggiudicatrici, raramente corre il rischio di esercitare il potere di autotutela, perché si vedrebbe esposta al "fuoco incrociato" delle eventuali azioni dell'originario aggiudicatario<sup>34</sup>. Oltretutto, l'esercizio dell'autotutela non sempre è davvero appetibile per l'amministrazione, dal momento che potrebbe implicare il riconoscimento dell'illegittimità del proprio precedente operato, con tutte le conseguenze che ne derivano anche sul versante delle responsabilità, pure individuali, dei funzionari. Ben più frequente è, dunque, l'atteggiamento di "attesa": la stazione appaltante ridefinisce l'assetto del rapporto contrattuale e della presupposta aggiudicazione solo sulla base delle statuizioni del giudice. Fino a tale pronuncia, la condotta normalmente più prudente è quella di difendere le determinazioni adottate.

Si precisa, con notevole dettaglio che "l'informazione è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio". Peraltro, la medesima disposizione fa "salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori". L'inciso appare superfluo. In linea generale, infatti, l'omissione della comunicazione non impedisce la proposizione del ricorso, ma incide sulle spese processuali e sull'eventuale applicazione dell'articolo 1227 del codice civile. È pertanto ovvio che, a maggiore ragione, l'interessato possa articolare motivi diversi da quelli indicati nell'informativa, ferme restando le conseguenze di tale scelta.

La disposizione aggiunge la previsione, del tutto scontata, secondo cui l'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore.

Si aggiunge, ancora, che "la comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale". Il carattere intrinsecamente preventivo della comunicazione potrebbe rendere ovvia questa previsione. Si tratta di stabilire, però, se una comunicazione, tardiva, possa determinare, o meno, l'obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi sull'istanza di autotutela. La soluzione più coerente dovrebbe essere quella secondo cui non si applica lo "speciale" procedimento descritto dalla disposizione, ma la sussistenza dell'obbligo di valutare l'istanza deve essere apprezzata secondo i principi generali.

---

<sup>34</sup> "Fuoco incrociato": azioni dell'impresa non aggiudicataria ricorrente ed azioni dell'aggiudicatario, lesa dalla decisione in autotutela assunta dalla stazione appaltante.

Sempre nell'ottica di una accentuata analiticità, la norma specifica che l'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

Il comma 3° prevede che l'informativa non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10°, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Questa regola deriva dalle indicazioni della direttiva, incentrate sulla necessità di impedire la rilevanza dell'informativa nel computo dei termini. Evidentemente, però, la stazione appaltante potrebbe decidere di "sospendere" motivatamente la gara: la norma impedisce solo l'automatismo della sospensione. È bene avvertire che, sul piano dell'opportunità, la scelta di non consentire alcuna dilazione dei termini per il ricorso in pendenza della decisione della stazione appaltante, rende l'istituto scarsamente efficace, trasformandolo, al contrario, in uno strumento di complicazione.

La sperimentazione pratica del nuovo istituto potrà fornire maggiori indicazioni, anche in ordine ai possibili correttivi. Andrebbe, comunque, approfondita l'interpretazione della direttiva in relazione alla previsione, secondo cui l'onere di informativa preventiva può essere stabilito dagli Stati membri solo "a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, o qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso di cui all'articolo 2-*quater*". Sembra ragionevole ritenere che, per il diritto comunitario, devono essere garantiti i "termini minimi" previsti dalla stessa direttiva, mentre non è impedita la "proroga" degli stessi termini, in connessione con l'informativa preventiva. Si potrebbe valutare, allora, se prevedere un meccanismo di informativa preventiva meramente facoltativo, accompagnato, però, dalla previsione di una breve proroga del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Per esempio: l'interessato può formulare l'istanza entro venti giorni; la stazione appaltante si pronuncia entro i venti giorni successivi; il ricorso può essere proposto entro ulteriori venti giorni. In tal modo, l'istituto potrebbe determinare positive conseguenze deflative del contenzioso.

Il comma 4° descrive il procedimento che deve seguire la stazione appaltante: questa, entro quindici giorni dalla comunicazione, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. Molto opportunamente, la disposizione chiarisce che l'inerzia ha un valore legale tipico ed equivale al diniego di autotutela. In tal modo, si esclude che il silenzio possa aprire all'interessato la strada del ricorso ai sensi dell'articolo 21-*bis*, della legge n. 1034/1971<sup>35</sup>.

Secondo il comma 5°, poi, l'omissione della comunicazione e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

Il comma 6° prende in considerazione "il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4°" (vale a dire il tacito diniego di autotutela). Tale atto "non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto, cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni". Si tratta di una disciplina ispirata dall'esigenza di evitare che l'attivazione del procedimento possa incidere sul termine per la proposizione del ricorso. Peraltro, la formulazione finale della norma, incentrata sull'espressione "non luogo a provvedere" lascia intendere che la non autonoma impugnabilità riguardi i soli casi di conferma mera (tacita o non motivata). Viceversa, un provvedimento diverso, di conferma motivata, non potendosi risolvere nel "non luogo a provvedere", risulta idoneo a determinare la riapertura del termine per la proposizione

---

<sup>35</sup> Ricorso contro il "silenzio" dell'amministrazione.

del ricorso. In questa prospettiva, allora, l'impugnazione dell'atto di mera conferma, sia pure mediante lo strumento dei motivi aggiunti, non sembra particolarmente utile per l'interessato.

## 7. - LE PRINCIPALI NOVITA' PROCESSUALI

Il decreto legislativo n. 53/2010 presenta rilevanti novità anche in campo processuale.

**Tutela giurisdizionale.** Ai sensi del modificato articolo 245 del Codice, gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente. Trattasi di giurisdizione esclusiva.

Sembra, dunque, soppressa la facoltà di impugnare gli atti con ricorso straordinario al Capo dello Stato, strumento che rappresenta, nel nostro ordinamento, un rimedio a carattere generale disciplinato con legge ordinaria (Dpr 24.11.1971, n. 1199) e privo di copertura costituzionale. Infatti, al comma 1°, del novello articolo 245, si utilizza l'avverbio "unicamente". L'abolizione dell'istituto per la materia dei contratti pubblici potrebbe, tuttavia, suscitare perplessità sotto un diverso profilo, in quanto non trova esplicito fondamento nella legge delega. Ad ogni modo, la soluzione ha l'indubbio pregio di eliminare le incertezze, insite nella pendenza di un ricorso, quale quello straordinario, caratterizzato da un più lungo termine (120 giorni) tendente all'annullamento degli atti di gara. Parimenti, deve considerarsi preclusa l'esperibilità di altri ricorsi amministrativi, laddove consentiti.

Oggetto di impugnazione possono essere, alternativamente: - i bandi di gara o, in assenza, gli avvisi od inviti che danno avvio alla procedura, se autonomamente lesivi; - i provvedimenti di esclusione e quelli di aggiudicazione definitiva. Ad eccezione di queste categorie di provvedimenti, che "devono essere impugnati autonomamente", tutti gli altri atti della procedura, compresi i bandi od avvisi non immediatamente lesivi ed aggiudicazione provvisoria, vanno contestati solo all'esito della procedura e, dunque, unitamente all'aggiudicazione definitiva.

Il ricorso giurisdizionale deve essere proposto nel termine perentorio di trenta giorni, decorrenti dalla ricezione della comunicazione della decisione amministrativa ovvero, nel caso di bandi autonomamente lesivi, dalla loro pubblicazione. Precisamente, il termine per proporre ricorso decorre:

- o dalla ricezione della comunicazione degli atti, ai sensi dell'articolo 79 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione;
- o nel caso, in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso deve essere proposto entro trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando;
- o se sono omessi tali avvisi o tali informazioni, il ricorso deve, comunque, essere proposto entro 6 mesi dalla data di stipulazione del contratto.

Entro i predetti termini, il ricorso deve essere notificato alla stazione appaltante e ad almeno un controinteressato; in caso di intervenuta aggiudicazione, anche provvisoria, l'aggiudicatario deve, comunque, (anche ove sia in discussione la legittimità dell'esclusione di un candidato) essere evocato in giudizio.

I nuovi termini processuali sono i seguenti:

- a) 30 giorni per la notificazione del ricorso e per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati,;
- b) 10 giorni per il deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale (*prima 10*), dell'atto contenente i motivi dell'appello avverso l'ordinanza cautelare;
- c) 30 giorni per la proposizione del ricorso incidentale, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale;

- d) 15 giorni per la proposizione dei motivi aggiunti per nuovi profili di illegittimità degli atti già impugnati;
- e) 15 giorni per l'appello avverso l'ordinanza cautelare decorrenti dalla sua comunicazione o, se anteriore, notificazione;
- f) 15 giorni per la riassunzione del giudizio innanzi al T.A.R. territorialmente competente.

In caso di domanda cautelare, le parti, cui è notificato il ricorso possono presentare istanze e memorie, in relazione ad essa, entro cinque giorni dalla ricevuta notificazione, e la domanda cautelare è, comunque, trattata nella prima camera di consiglio utile successiva al decorso il predetto termine di cinque giorni. Qualora il giudice ordini adempimenti istruttori, conceda termini a difesa o se sollevi o vengano proposti incidenti processuali, decide, comunque, sulla domanda cautelare, in via interinale<sup>36</sup>. Inoltre, in luogo della prova della notificazione, può essere depositata la prova che il ricorso è stato consegnato per le notifiche o spedito; la prova delle eseguite notifiche va depositata appena è disponibile e, comunque, entro l'udienza o camera di consiglio in cui la causa è discussa. Siffatta disposizione sembrerebbe significare che l'istanza cautelare non possa essere trattata fintantoché non tornino le prove della notifica; termine che può rivelarsi particolarmente lungo in caso di notifica a mezzo posta.

Per quanto concerne la definizione del merito del giudizio, il processo, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene, comunque, definito ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, che l'articolo 22 della legge 1034/1971 individua in 20 giorni successivi a quelli stabiliti per il deposito del ricorso. Tutti gli atti di parte devono essere sintetici e la sentenza, che decide il ricorso è redatta, ordinariamente, in forma semplificata. Tali disposizioni si applicano anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato, proposto avverso la sentenza o avverso l'ordinanza cautelare, e nei giudizi di revocazione o opposizione di terzo. La parte può proporre appello avverso il dispositivo al fine di ottenerne la sospensione.

La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative. La disposizione (art. 245-*bis*) ha una portata profondamente innovativa e supera completamente tutte le interpretazioni, che s'erano venute a formare nel previgente ordinamento, in tema di effetti dell'annullamento giurisdizionale sul contratto stipulato.

Sempreché non sussistano superiori esigenze imperative connesse ad interessi generali od a ragioni di carattere tecnico od eccezionali motivi economici non legati al contratto in sé, l'inefficacia del contratto viene dichiarata dal G.A.:

- se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, qualora essa fosse obbligatoria;
- se l'aggiudicazione è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi di ammissibilità di tali procedure;
- se il contratto è stato stipulato in violazione del termine dilatorio, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità concreta di ricorrere o di ottenere l'affidamento;
- se il contratto è stato stipulato nelle more della sospensione obbligatoria del termine per la stipula, conseguente alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva;
- in ogni altro caso in cui lo ritenga opportuno o necessario, tenuto conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento o di subentrare nel contratto, sempreché i vizi dedotti non comportino la rinnovazione della gara.

---

<sup>36</sup> La norma pone diversi problemi operativi, poiché il ricorso può essere depositato entro i 10 giorni successivi alla sua notificazione, mentre il termine per il deposito di memorie a carico delle parti resistenti scade nei 5 giorni successivi alla sua notificazione.

Il giudice precisa, sulla scorta delle deduzioni delle parti e della gravità del comportamento della Stazione appaltante, se tale declaratoria è limitata alle prestazioni ancora da eseguire od è retroattiva.

Qualora, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace, ai sensi dell'articolo 245-*quater*, il Giudice individua le seguenti sanzioni alternative (comma 5°, art. 245-*bis*), da applicarsi alternativamente o cumulativamente:

- a. la sanzione pecuniaria nei confronti della Stazione appaltante d'importo dallo 0,5% al 5% del corrispettivo dell'aggiudicazione, indicando il termine per il versamento e l'ulteriore sanzione del 10% di aumento per ogni semestre di ritardo;
- b. la riduzione della durata del contratto da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

Il giudice Amministrativo può statuire sulla domanda di conseguire l'aggiudicazione, subordinatamente alla dichiarazione d'inefficacia del contratto già stipulato (tutela in forma specifica). In difetto di quest'ultima dichiarazione, il giudice può disporre, in favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione (e dunque non anche ai concorrenti pretermessi che non siano in grado di dimostrarlo) il risarcimento per equivalente. L'inefficacia del contratto e/o l'assegnazione devono essere espressamente richiesti dalla parte interessata e non possono essere disposti d'ufficio. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di conseguire l'aggiudicazione, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal Giudice alla stregua di un concorso nella causazione del danno, ai fini della riduzione del suo ammontare ai sensi dell'articolo 1227 cod.civ..

Il Legislatore delegato ha introdotto alcune misure, che non attengono al recepimento della normativa comunitaria e che sono chiaramente volte a favorire la risoluzione accelerata, e non giurisdizionale, del contenzioso, specie di quello insorto in fase di esecuzione del contratto. Viene così ampiamente modificato l'articolo 240, Codice, dedicato all'**accordo bonario**. Dunque, il decreto intende rafforzare il ricorso all'accordo bonario, stabilendo che le funzioni di presidente della commissione possano essere esercitate esclusivamente da magistrati amministrativi o contabili, avvocati dello Stato o componenti del Consiglio Superiore dei LL.PP., dirigenti di I<sup>a</sup> fascia delle Pubbliche Amministrazioni, da almeno 5 anni, ovvero da avvocati, ingegneri od architetti iscritti ai rispettivi ordini professionali, dotati di particolare esperienza nella materia oggetto di conflitto e di indipendenza, che non abbiano svolto le funzioni di arbitro in materia di contratti pubblici nel triennio precedente. I compensi massimi riconoscibili ai componenti della commissione scendono dal 50% ad 1/3 dei minimi delle Tariffe professionali di riferimento.

Viene soppresso il divieto di apporre **clausole arbitrali** nei pubblici contratti d'appalto (artt. 241 – 242 – 243 Codice). Tuttavia, occorre tener conto che:

- la *lex specialis* della gara deve precisare se il contratto la conterrà;
- l'aggiudicatario della gara può ricusare la clausola compromissoria;
- resta, in ogni caso, vietato il compromesso, ossia la decisione di deferire ad arbitri una lite già insorta.

A pena di nullità del lodo, le funzioni di presidente della commissione possano essere assegnate esclusivamente a professionisti dotati di particolare esperienza nella materia oggetto di conflitto e di indipendenza, che non abbiano svolto le funzioni di arbitro in materia di contratti pubblici nel triennio precedente; Il compenso complessivamente riconoscibile al Collegio arbitrale (incluso il segretario) non può superare € 100.000,00. Il lodo è impugnabile innanzi alla Corte d'Appello nel termine di 90 giorni per nullità e per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. La Corte può sospenderne l'efficacia per gravi e fondati motivi.

Per quanto concerne la materia dell'azione di risarcimento danni, è nota la contrapposizione in merito alla sussistenza, o meno, della cosiddetta "**pregiudiziale amministrativa**". In termini

riassuntivi, il Consiglio di Stato ritiene che, per ottenere il risarcimento del danno da atto illegittimo, si debba, comunque, insieme impugnare l'atto (fonte del danno) nel termine di decadenza per l'azione di annullamento dell'atto medesimo (60 giorni). Viceversa, la Cassazione ritiene possibile l'azione diretta di risarcimento, senza il preventivo filtro dell'esperimento dell'azione di annullamento. Il codice del processo amministrativo, nella bozza approvata in esame preliminare, nella seduta del 16 aprile 2010<sup>37</sup>, individua, all'articolo 39, una via di mezzo: si statuisce l'autonomia dell'azione risarcitoria, rispetto all'azione di annullamento, superando così il principio della pregiudiziale, ma prevedendo un termine decadenziale di 180 giorni per l'esercizio dell'azione di danno. In altri termini, l'azione di risarcimento viaggia a parte rispetto all'azione di annullamento dell'atto, ma è, comunque, soggetta al rispetto di un termine di decadenza, anche se più lungo dell'azione di annullamento. Quindi c'è più tempo per chiedere i danni, ma comunque bisogna muoversi entro il semestre. In ogni caso, non impugnare l'atto, nell'ordinario termine di sessanta giorni, potrebbe costituire un rischio: per il codice, la mancata impugnazione del provvedimento lesivo potrà essere valutata dal giudice, al fine di ridurre o escludere il risarcimento, attraverso un meccanismo, chiaramente ispirato all'articolo 1227 del codice civile. Dunque, meglio impugnare l'atto, per non vedersi decurtare il risarcimento, con la motivazione che la tempestiva impugnazione avrebbe evitato un danno rilevante.

Alesio avv. Massimiliano

---

<sup>37</sup> La bozza approvata sarà trasmessa alle competenti Commissioni parlamentari per il prescritto parere e, poiché dev'essere approvato in via definitiva entro il prossimo 4 luglio, ne è prevista l'entrata in vigore, presumibilmente, dal 16 settembre 2010.