

**Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo
(Rosanna De Nictolis)**

Pubblicato sul Sito <http://www.giustizia-amministrativa.it/> l'11 luglio 2010

Sommario:

- 1. La direttiva ricorsi.**
- 2. L'iter normativo del recepimento.**
- 3. Profili generali di impostazione della legge delega e del decreto delegato.**
- 4. Gli scostamenti del decreto delegato dalla legge delega e dalla direttiva, in breve.**
- 5. Il meccanismo di *standstill* nella direttiva ricorsi, nella legge delega e nel decreto delegato.**
 - 5.1. Lo *standstill* secondo la direttiva ricorsi.**
 - 5.2. Lo *standstill* nell'ordinamento nazionale prima della direttiva ricorsi.**
 - 5.3. Lo *standstill* secondo la legge delega.**
 - 5.4. Lo *standstill* in sede di decreto delegato.**
 - 5.4.a) Profili generali e confronto con la disciplina previgente.**
 - 5.4.b) Il termine di *standstill* e il termine di ricorso giurisdizionale, e le rispettive decorrenze.**
 - 5.4.c) Le deroghe allo *standstill*.**
 - 5.4.d) Effetto sospensivo della stipulazione del contratto, derivante dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale.**
 - 5.4.e) Rapporto tra durata dello *standstill* e durata dell'effetto sospensivo automatico.**
 - 5.4.f) *Standstill*, effetto sospensivo automatico, ed esecuzione d'urgenza.**
 - 5.4.g) L'abrogazione dell'art. 20, co. 8-*bis*, d.l. n. 185/2008.**
 - 5.4.h) L'ambito applicativo.**
 - 5.4.i) Gli adempimenti operativi a carico delle stazioni appaltanti.**
- 6. Nuove comunicazioni e avvisi.**
 - 6.1. Forma e termini della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e di altre comunicazioni.**
 - 6.2. I destinatari delle comunicazioni.**
 - 6.3. I fatti e atti oggetto di comunicazione.**
 - 6.4. La forma delle comunicazioni.**
 - 6.5. Il principio di contestualità delle comunicazioni.**
 - 6.6. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva.**
- 7. L'accesso agli atti.**
- 8. Il precontenzioso: l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.**
 - 8.1. La direttiva ricorsi e la scelta della legge delega.**
 - 8.2. Finalità, oggetto, ambito dell'informativa preventiva.**

- 8.3. Doverosità dell'informativa e conseguenze della sua omissione.
- 8.4. Forma e contenuto dell'informativa.
- 8.5. Contenuto dell'informativa e successivo ricorso giurisdizionale.
- 8.6. Destinatari dell'informativa e termine finale.
- 8.7. Effetti sostanziali e processuali dell'informativa.
- 8.8. Attività della stazione appaltante.
- 8.9. Inerzia della stazione appaltante.
- 8.10. Regime processuale degli atti della stazione appaltante in ordine all'informativa.
- 8.11. Provvedimento di autotutela successivo alla proposizione del ricorso.
- 8.12. La sorte del precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza.
- 8.13. Disciplina transitoria.

9. La giurisdizione.

- 9.1. Evoluzione storica e fonti normative.
- 9.2. Ambito oggettivo e soggettivo della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento.
- 9.3. Ipotesi problematiche in ordine alla giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento.
- 9.4. Gli appalti sotto soglia.
- 9.5. La responsabilità precontrattuale.
- 9.6. La fase di esecuzione del contratto.
 - 9.6.a) Il contrasto apparente tra l'art. 244 del codice appalti e l'art. 23-bis, l. Tar, e suo superamento con il nuovo c.p.a.
 - 9.6.b) Le controversie in fase esecutiva come controversie su diritti soggettivi.
 - 9.6.c) Casistica significativa.
- 9.7. La sorte del contratto.
 - 9.7.a) La soluzione vigente: sintesi.
 - 9.7.b) Excursus storico: la posizione della giurisprudenza amministrativa prima del codice appalti.
 - 9.7.c) Excursus storico: la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione alla luce dell'originaria versione del codice dei contratti pubblici.
 - 9.7.d) Excursus storico: la posizione delle sezioni unite della Cassazione nel 2007.
 - 9.7.e) Excursus storico: la posizione della plenaria del Consiglio di Stato.
 - 9.7.f) Excursus storico: il *revirement* delle sezioni unite nel 2010 alla luce della direttiva ricorsi.
- 9.8. Il rifiuto di stipulare il contratto e l'autotutela sulle procedure di affidamento e sul contratto.
- 9.9. La revisione dei prezzi.
 - 9.9.a) La soluzione della giurisprudenza anteriore al codice appalti.
 - 9.9.b) La giurisdizione sulla revisione prezzi nel codice appalti.
 - 9.9.c) Il *revirement* delle Sezioni unite.
- 9.10. Le società miste e *in house*.
- 9.11. I procedimenti e provvedimenti prodromici, strumentali, connessi alle procedure di affidamento.
- 9.12. La giurisdizione sui provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

10. Il nuovo rito speciale in materia di pubblici appalti introdotto dal d.lgs. n. 53/2010.

- 10.1. I principi processuali nella direttiva ricorsi.
- 10.2. Il nuovo rito in breve.
- 10.3. Rapporto e differenze con il rito di cui all'art. 23-bis, l. Tar.

- 10.4. Rapporto e differenze con il rito di cui all'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008.
- 10.5. L'esclusività del ricorso giurisdizionale. L'impraticabilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.
- 10.6. L'ambito del nuovo rito: gli atti delle procedure di affidamento e i connessi provvedimenti dell'Autorità.
- 10.7. La competenza inderogabile. La connessione.
- 10.8. Rilievo dell'incompetenza.
- 10.9. I nuovi termini processuali.
- 10.9.a) I nuovi termini processuali fino al 15 settembre 2010.
- 10.9.b) I nuovi termini processuali a partire dal 16 settembre 2010.
- 10.10. La notifica e il deposito del ricorso.
- 10.11. I motivi aggiunti di ricorso.
- 10.12. La fase cautelare.
- 10.12.a) La tutela cautelare *ante causam* e la tutela cautelare con decreto presidenziale.
- 10.12.b) Incidente cautelare e incidente sulla competenza.
- 10.12.c) I termini della fase cautelare.
- 10.12.d) Fissazione del merito ed effetti sullo *standstill*.
- 10.12.e) L'appello cautelare.
- 10.13. Il giudizio immediato e il giudizio abbreviato.
- 10.14. Il rinvio dell'udienza di merito.
- 10.15. La pubblicazione del dispositivo.
- 10.16. Il principio di sinteticità degli atti di parte.
- 10.17. La sentenza in forma semplificata.
- 10.18. I termini di ricorso in caso di mancata pubblicazione del bando di gara.
- 10.19. Il regime fiscale del nuovo rito.
- 10.20. La disciplina transitoria.
- 10.21. Quadro di sintesi su come cambia il nuovo rito speciale dopo il trasloco nel codice del processo amministrativo.

11. Le pronunce del giudice amministrativo sulla sorte del contratto e il risarcimento del danno.

- 11.1. Il quadro italiano prima del recepimento, tra caducazione automatica e riparto di giurisdizione.
- 11.2. La sorte del contratto secondo la direttiva ricorsi.
- 11.3. La sorte del contratto secondo la legge delega e il decreto delegato: in breve.
- 11.4. Quando c'è un problema di sorte del contratto dopo la direttiva ricorsi?
- 11.5. La caducazione automatica, la domanda di parte e il giudice "amministratore".
- 11.6. Le gravi violazioni.
- 11.6.a) Omessa pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara.
- 11.6.b) Violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto.
- 11.6.c) Violazione delle regole procedurali in materia di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione.
- 11.7. Le esigenze imperative per il mantenimento del contratto in caso di gravi violazioni.
- 11.8. Gravi violazioni e irrilevanza della buona fede del terzo contraente.
- 11.9. Le sanzioni in caso di illegittimità innocua.
- 11.10. La scelta tra mantenimento e caducazione del contratto in caso di violazioni non gravi.
- 11.11. Inefficacia del contratto, mantenimento del contratto e risarcimento per equivalente per le infrastrutture strategiche, gli insediamenti produttivi, le opere di cui all'art. 20, d.l. n. 185/2008.

- 11.12. Le sanzioni alternative.
- 11.13. I profili risarcitori.
 - 11.13.a) Incompletezza della nuova disciplina.
 - 11.13.b) Il risarcimento per equivalente: domanda di parte e onere della prova. Scompare la liquidazione forfetaria del mancato utile.
 - 11.13.c) Scompare la risarcibilità del danno da perdita di *chance*?
 - 11.13.d) La mancata domanda di subentro nel contratto e la quantificazione del risarcimento per equivalente ai sensi dell'art. 1227 c.c.
- 11.14. La disciplina transitoria.
- 11.15. Raffronto con la precedente elaborazione giurisprudenziale.

12. Gli altri riti speciali, vigenti *ratione temporis* o *ratione materiae*.

- 12.1. Premessa.
- 12.2. Il rito speciale di cui all'art. 23-bis, l. Tar.
- 12.3. Le norme processuali ulteriori per i contratti relativi alle infrastrutture strategiche e per le procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore.
- 12.4. Il giudizio immediato per i provvedimenti relativi a investimenti pubblici anticrisi.
 - 12.4.a) L'accelerazione delle procedure amministrative, mediante commissari straordinari.
 - 12.4.b) Le misure processuali acceleratorie.
 - 12.4.c) Le forme e tempi di comunicazione dei provvedimenti e dell'accesso agli atti.
 - 12.4.d) Il ricorso giurisdizionale.
 - 12.4.e) Lo svolgimento del giudizio immediato.
 - 12.4.f) Le altre norme applicabili.
 - 12.4.g) La tutela cautelare.
 - 12.4.h) La tutela risarcitoria solo per equivalente.
 - 12.4.i) L'abolizione dello *standstill*: una norma *border-line*, soppressa dal d.lgs. n. 53/2010.
 - 12.4.l) Il giudizio di appello.
 - 12.4.m) La misura del contributo unificato.

13. Misure di incentivazione dell'accordo bonario.

14. Razionalizzazione (e moralizzazione) dell'arbitrato.

- 14.1. In breve.
- 14.2. Facoltatività dell'arbitrato, clausola compromissoria, divieto di compromesso.
- 14.3. Le garanzie di indipendenza degli arbitri.
- 14.4. Le spese del giudizio arbitrale.
- 14.5. Le impugnazioni del lodo arbitrale.
- 14.6. Perfezionamento, efficacia, esecutività del lodo.
- 14.7. Disciplina transitoria in due puntate.

1. La direttiva ricorsi.

La direttiva 11 dicembre 2007 n. 66 (in G.U. del 14 febbraio 2008) modifica in modo sostanziale le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, rispettivamente nei settori ordinari e nei settori speciali^{1[1]}.

^{1[1]}

I due settori, mantenuti separati dalle direttive <<sostanziali>> 2004/17/CE e 2004/18/CE, vengono mantenuti separati, dal diritto comunitario, anche ai fini della tutela giustiziale e giurisdizionale.

Nel diritto italiano, invece, settori ordinari e speciali sono stati unificati nel codice dei contratti pubblici, e parimenti è stato unificato il recepimento della norme inerenti la tutela, formalmente contenute nelle distinte direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE come novellate dalla direttiva 2007/66/CE, mediante un'uniforme disciplina.

Sebbene la nuova direttiva operi formalmente come <<novella>> delle due precedenti, essa apporta radicali sostituzioni e integrazioni, atteggiandosi, nella sostanza, ad un nuovo corpo normativo.

La nuova direttiva ricorsi è di complessa lettura e contiene novità importanti, che hanno richiesto da parte del legislatore italiano una particolare attenzione in sede di recepimento, atteso che sono coinvolti temi fondamentali della tutela giurisdizionale relativa ai pubblici appalti, quali quelli della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, degli effetti, in ordine alla stipula del contratto, della sospensione cautelare dell'aggiudicazione, della tutela risarcitoria solo per equivalente.

Nella complessità del nuovo impianto comunitario, si possono enucleare alcune tematiche centrali:

- 1) l'impedimento alla stipula del contratto per un certo lasso temporale dopo l'aggiudicazione, e, in prosieguo, per effetto di un ricorso avverso l'aggiudicazione (artt. 1, 2, 2-bis, 2-ter, direttiva 89/665/CEE; artt. 1, 2, 2-bis, 2-ter, direttiva 92/13/CEE);
- 2) la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione (art. 2, § 7, artt. 2-quinquies e 2-sexies, direttiva 89/665/CEE; art. 2, § 6; artt. 2-quinquies e 2-sexies, direttiva 92/13/CEE);
- 3) il termine di decadenza per il ricorso avverso l'aggiudicazione e gli altri provvedimenti inerenti una procedura di affidamento (artt. 2-quater e 2-septies, direttiva 89/665/CEE; artt. 2-quater e 2-septies, direttiva 92/13/CEE);
- 4) la tutela risarcitoria per equivalente e in forma specifica (art. 2, direttiva 89/665/CEE; art. 2, direttiva 92/13/CEE);
- 5) le *alternative dispute resolutions* e il riparto di giurisdizione (artt. 1 e 2, direttiva 89/665/CEE; artt. 1 e 2, direttiva 92/13/CEE).

2. L'iter normativo del recepimento.

Il recepimento di tale direttiva è stato previsto dalla legge comunitaria per il 2008, e segnatamente dall'art. 44, l. n. 88/2009, che ha dato tempo al Governo sino al 20 dicembre 2009, data di scadenza del termine comunitario di recepimento.

Con il meccanismo di proroga legale dovuto alla circostanza che le Commissioni parlamentari sono state investite del parere meno di trenta giorni prima della scadenza del detto termine, quest'ultimo è stato prorogato al 20 marzo 2010.

Il d.lgs. è stato firmato dal Presidente della Repubblica il 20 marzo 2010 (d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53)^{2[2]}, dopo aver ricevuto i pareri favorevoli, con osservazioni, del Consiglio di Stato, della Camera e del Senato, è stato pubblicato in G.U. del 12 aprile 2010, con entrata in vigore il 27 aprile 2010, nel rispetto dell'ordinario termine di quindici giorni di *vacatio legis*.

3. Profili generali di impostazione della legge delega e del decreto delegato: ambito soggettivo e oggettivo.

Mentre la direttiva comunitaria lascia separati i settori ordinari e i settori speciali, anche quanto alla tutela giurisdizionale, nell'ordinamento italiano i due settori sono stati unificati e ricevono la medesima disciplina.

Inoltre, la direttiva riguarda solo gli appalti di rilevanza comunitaria. In teoria, pertanto, il recepimento dei nuovi istituti processuali avrebbe potuto riguardare solo questi, lasciando invariato il regime processuale degli appalti sotto soglia.

Ma, in coerenza con un'impostazione processuale nella quale si prescinde dalla rilevanza comunitaria o meno dell'appalto, il recepimento italiano è avvenuto accordando la medesima tutela a prescindere dalle soglie di rilevanza comunitaria e dall'essere gli appalti inclusi o esclusi, *ratione materiae*, nell'ambito delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, e dunque estendendo i nuovi istituti processuali di derivazione comunitaria anche agli appalti non rientranti nell'ambito di tali direttive.

Il recepimento è avvenuto mediante novella del codice dei contratti pubblici. Ma il nuovo codice del processo amministrativo in vigore dal 16 settembre 2010 ha comportato un trasloco degli istituti processuali.

In sintesi, quanto all'ambito oggettivo, la nuova disciplina si applica:

a tutti i settori, ordinari e speciali, dei contratti relativi a lavori, servizi e forniture;

a tutti i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, quale che ne sia l'importo, e dunque a prescindere dall'essere sotto o sopra soglia comunitaria;

a tutti i contratti relativi a lavori, servizi, forniture menzionati nel codice dei contratti pubblici, anche se sottratti, in tutto o in parte, alla disciplina comunitaria o alle regole di evidenza pubblica, dunque anche, ad es., ai contratti segreti, alle concessioni di servizi, etc.

Quanto all'ambito soggettivo, la legge delega ha utilizzato la nozione onnicomprensiva di "stazione appaltante", specificando che ai fini della delega per stazione appaltante si intendono i soggetti di cui agli artt. 32 e 207 del codice dei contratti pubblici, e ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure e principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi e forniture.

Tale definizione di stazione appaltante, utilizzata dalla legge delega, abbraccia, in sostanza, tutti i soggetti tenuti all'osservanza, in tutto o in parte, del codice dei contratti pubblici, ed è più ampia della nozione di stazione appaltante contenuta nell'art. 3, co. 33, codice appalti, riferita ai soli soggetti di cui all'art. 32 codice, ossia i soggetti che affidano contratti pubblici nei settori ordinari.

L'originaria versione del decreto delegato di recepimento, introduceva anche nel codice la nuova nozione di stazione appaltante al fine della definizione dell'ambito degli istituti processuali, ma su suggerimento contenuto nel parere del Consiglio di Stato, tale definizione è stata eliminata nel testo definitivo.

E' comunque chiaro che gli istituti processuali, contenuti nella parte V del codice, sono di generale applicazione, a tutti i soggetti che affidano appalti nei settori ordinari e speciali.

4. Gli scostamenti del decreto delegato dalla legge delega e dalla direttiva, in breve.

Nel corso dei successivi paragrafi si indicheranno analiticamente gli scostamenti del decreto delegato dalla legge delega e dalla direttiva, specificando se si delineano vizi di eccesso di delega o di illegittimità comunitaria.

In questo paragrafo si intende fornire un quadro sintetico di tali scostamenti, segnalando che alcuni scostamenti dalla legge delega, se danno luogo a vizi di eccesso di delega, sono tuttavia conformi al quadro comunitario.

1) La legge delega ha optato per una sola delle tre possibili deroghe consentite dal diritto comunitario allo *standstill*: il legislatore delegato, in contrasto con la delega, le ha introdotte tutte e tre; peraltro in un'ipotesi la deroga è stata introdotta con modalità che non rispettano le condizioni imposte dal diritto comunitario, per cui oltre che il vizio di eccesso di delega si delinea anche quello di illegittimità comunitaria.

2) Alle tre deroghe allo *standstill* consentite dal diritto comunitario, il legislatore delegato, al di fuori dei criteri della legge delega, ne ha aggiunta una quarta, anche se mascherata da esecuzione d'urgenza.

3) La legge delega ha ipotizzato un rito speciale quadro da applicarsi quale che fosse l'atto del procedimento di gara che venisse impugnato, e ha poi ipotizzato alcune regole processuali più severe in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva; il decreto delegato nella sua versione originaria ha mantenuto separati i due riti; su parere del Consiglio di Stato, i due riti sono stati unificati; la soluzione, se risponde ad esigenze di semplificazione, non è del tutto coerente, in quanto un'esigenza di forte accelerazione esiste solo quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, per cui l'estensione della forte accelerazione a tutti i processi rischia di essere sproporzionata.

4) La legge delega ha dettato regole puntuali sul regime di impugnazione immediata e differita dei bandi di gara, recependo consolidati orientamenti giurisprudenziali; il decreto delegato, nella sua versione originaria, aveva riprodotto le regole volute dalla delega; nel testo finale, su parere del Consiglio di Stato, tali regole sono state espunte. La soluzione è in contrasto con una puntuale volontà della delega, ben potendo il Parlamento decidere di voler codificare regole di elaborazione giurisprudenziale, così conferendo ad esse maggiore stabilità e certezza.

5) La legge delega ha dettato regole puntuali sul regime di concentrazione delle impugnazioni afferenti la medesima gara, imponendo la riunione dei giudizi, sia pure con alcuni temperamenti; il decreto delegato, nella sua versione originaria, aveva riprodotto le regole volute dalla delega; nel testo finale, su parere del Consiglio di Stato, tali regole sono state espunte. La soluzione omissiva non convince, perché nel silenzio della legge la riunione dei giudizi resta affidata alla scelta discrezionale caso per caso del giudice, e non garantisce la concentrazione processuale che era frutto di una puntuale scelta del Parlamento.

6) La direttiva ricorsi, consapevole della diversità degli ordinamenti giuridici nazionali in ordine al regime di impugnazione degli atti della p.a. e al regime della connessa tutela risarcitoria, ha lasciato agli Stati membri la scelta se introdurre o meno la c.d. pregiudiziale di annullamento dell'atto rispetto al risarcimento del danno: stabiliscono infatti l'art. 2, co. 6, direttiva 89/665/CEE e l'art. 2, par. 1, direttiva 92/13/CEE che "*Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata*". La legge delega ha previsto come puntuale ed espresso criterio di delega il recepimento di tali previsioni (art. 44, co. 3, lett. f), costruendo un rito processuale impugnatorio e dunque subordinando la tutela risarcitoria alla tempestiva impugnazione dei provvedimenti lesivi. Il testo originario dello schema di decreto delegato attuava tale criterio di delega. Il testo finale non contiene alcun riferimento alla c.d. pregiudiziale di annullamento e, tanto, in ossequio al parere del Consiglio di Stato, che ha chiesto espressamente di non affrontare tale tematica, che forma oggetto di soluzione, in termini generali, nell'emanando codice del processo amministrativo. La soluzione non è del tutto convincente, perché il Parlamento in sede di legge delega aveva operato una puntuale scelta in favore della pregiudiziale di annullamento, e tanto per evidenti ragioni di certezza dell'azione amministrativa e di contenimento della spesa pubblica. L'emanando codice del processo amministrativo, adotta, allo stato, una soluzione mediatrice che formalmente ammette l'azione risarcitoria autonoma ma nella sostanza la comprime in un breve termine di decadenza. Infatti quest'ultima, formalmente ammissibile, è subordinata a un termine di decadenza di 120 giorni, doppio rispetto al termine di decadenza dell'azione di annullamento (sessanta giorni) e coincidente con il termine di impugnazione degli atti con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Inoltre, in sede di azione risarcitoria autonoma, il giudice nega il ristoro dei danni che si sarebbero evitati con la tempestiva proposizione dell'azione impugnatoria. Tale regime non dissimilmente da quello della c.d. pregiudiziale, risponde ad esigenze di certezza e di contenimento della spesa pubblica.

7) La direttiva ricorsi aveva qualificato la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative come "esclusiva" e "di merito", nella

consapevolezza che il giudice esercita poteri identici a quelli previsti nel giudizio di ottemperanza, potendosi sostituire all'amministrazione, e dunque, nella sostanza, poteri di merito amministrativo. Il decreto delegato qualifica la giurisdizione come esclusiva ma omette la qualificazione in termini di giurisdizione di merito. La soluzione non persuade, perché omette di dare il giusto nome a poteri giudiziali la cui sostanza è quella dei poteri esercitabili nel giudizio di ottemperanza, e dunque poteri sostitutivi. Non basta l'omissione della definizione a cambiare la sostanza dei poteri.

8) La direttiva ricorsi lasciava ai legislatori nazionali la scelta in ordine alla durata dell'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso, se fino al provvedimento cautelare o fino alla sentenza. La legge delega aveva optato per una soluzione intermedia, facendo durare l'effetto sospensivo fino al provvedimento cautelare definitivo o fino al dispositivo della sentenza di primo grado. Nel linguaggio processuale, per provvedimento giurisdizionale "definitivo" si intende un provvedimento divenuto inoppugnabile (o perché le impugnazioni sono state respinte, o perché non sono state proposte nei termini assegnati). Sicché, l'intento della delega era di far durare l'effetto sospensivo fino al provvedimento cautelare collegiale di primo grado in oppugnato o fino al provvedimento cautelare collegiale di appello. Il decreto delegato ha invece discutibilmente interpretato il "provvedimento cautelare definitivo" come "provvedimento cautelare collegiale di primo grado". Con il che, pur non commettendosi illegittimità comunitaria, si è però violata una puntuale scelta della legge delega.

9) Sia la legge delega che il decreto delegato contengono una salvezza del rito speciale di cui all'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008, che per certi aspetti è in contrasto, come meglio si indicherà in prosieguo, con il diritto comunitario.

5. Il meccanismo di *standstill* nella direttiva ricorsi, nella legge delega e nel decreto delegato.

5.1. Lo *standstill* secondo la direttiva ricorsi.

Il legislatore comunitario ha avvertito l'esigenza di una nuova direttiva che rafforzi la tutela muovendo dall'osservazione che l'attuale tutela giurisdizionale, anche cautelare, nella pratica non sempre è effettiva, atteso che non si riesce ad impedire che, nelle more del giudizio avverso l'aggiudicazione, la stazione appaltante stipuli comunque il contratto, vanificando così l'aspettativa del ricorrente vittorioso di conseguire il contratto stesso.

Di qui la previsione, con la nuova direttiva, di meccanismi di *standstill*, vale a dire di sospensioni legali della possibilità di stipulare il contratto, per un determinato lasso temporale dopo l'aggiudicazione.

La direttiva contempla due meccanismi, uno denominato *standstill*, e l'altro effetto sospensivo automatico.

Lo *standstill* in senso tecnico è l'impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto per un certo lasso temporale dopo l'aggiudicazione definitiva, vale a dire il termine dilatorio che deve intercorrere tra aggiudicazione e stipulazione, e ha lo scopo di consentire agli interessati di presentare un ricorso (amministrativo o giurisdizionale, nel disegno della direttiva), con la garanzia che nel frattempo il contratto non venga stipulato.

Lo *standstill* preclude la "stipulazione" del contratto, secondo il testo italiano della direttiva, la *conclusion* secondo il testo inglese e secondo quello francese, la *celebration* secondo il testo spagnolo, la *abschluss* secondo il testo tedesco^{3[3]}.

Nel quarto considerando della direttiva, si fa una differenza tra stipulazione e firma del contratto (tra *conclusion* e *signature* nel testo inglese), e si dice che la stipulazione è sospesa indipendentemente che la stipulazione avvenga o meno al momento della firma del contratto.

Ciò che si vuole paralizzare è che il contratto, quale che ne sia la forma, e occorra o meno la sottoscrizione, possa dirsi perfezionato.

L'effetto sospensivo automatico deriva dalla proposizione di un ricorso, e consiste nell'impedimento alla stipula del contratto, se un ricorso è presentato, fino alla decisione cautelare o di merito.

Secondo il diritto comunitario l'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso non può cessare comunque prima dello scadere del termine di *standstill* (art. 2, par. 3, direttiva 89/665/CEE e art. 2, par. 3, direttiva 92/13/CEE).

In sintesi, si può definire lo *standstill* come il termine dilatorio *ex lege* tra aggiudicazione e stipulazione, e l'effetto sospensivo come l'impedimento alla stipula del contratto derivante dalla proposizione di un ricorso avverso all'aggiudicazione, che decorre dalla notifica del ricorso e arriva fino al provvedimento del giudice.

5.2. Lo *standstill* nell'ordinamento nazionale prima della direttiva ricorsi.

Un meccanismo di *standstill*, nell'ordinamento nazionale, già esisteva prima del recepimento della direttiva.

Era stato infatti introdotto per la prima volta dall'art. 14, d.lgs. n. 190/2002, limitatamente alle infrastrutture strategiche, per le quali, in concomitanza con la regola della tutela risarcitoria solo per equivalente in caso di contratto già stipulato, era stato previsto un termine dilatorio di trenta giorni prima del quale il contratto non poteva essere stipulato.

Tale regola era stata in prosieguo generalizzata dal codice dei contratti pubblici, all'art. 11, co. 10.

Lo *standstill* è stato invece eliminato per una particolare tipologia di lavori pubblici dall'art. 20, co. 8-bis, d.l. n. 185/2008.

All'epoca del varo della norma nazionale codicistica, non vi era ancora un obbligo comunitario di prevedere lo *standstill*, ma erano già noti i progetti di modifica delle all'epoca vigenti direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE.

Peraltro, il legislatore nazionale, pur avendo previsto lo *standstill*, non ha indicato quali sono le conseguenze in caso di inosservanza del termine dilatorio di stipula del contratto.

Con la nuova direttiva vi sono, rispetto all'art. 11, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, due significative novità:

- a) la specificazione delle conseguenze giuridiche dell'inosservanza dello *standstill*;
- b) la previsione di un meccanismo di sospensione automatica della possibilità di stipula del contratto in caso di impugnazione dell'aggiudicazione.

La sola proposizione del ricorso, a prescindere dalla pronuncia cautelare su di esso, sortisce l'effetto di impedire la stipula del contratto: si determina così una sorta di sospensione legale dell'aggiudicazione e del seguito del procedimento, per il solo fatto che è stato presentato un ricorso giurisdizionale. Si tratta di un meccanismo che non è sconosciuto al nostro ordinamento, un'altra ipotesi si ha quanto alla tutela giurisdizionale dei cittadini comunitari destinatari di provvedimenti espulsivi, anche in tal caso il meccanismo è stato introdotto in attuazione di direttiva comunitaria.

La direttiva lascia agli Stati membri sia la scelta in ordine alla durata massima dello *standstill*, del quale è imposto solo un termine minimo, sia la scelta in ordine al <<termine finale>> dell'effetto sospensivo derivante dal ricorso giurisdizionale, che può durare o fino a quando il giudice nazionale adotta una pronuncia in sede cautelare, o fino alla sentenza di merito (art. 2, § 3, direttiva 89/665/CEE, e art. 2, § 3, direttiva 92/13/CEE, come novellati).

Comunque la nuova direttiva non giustifica ricorsi dilatori o ricattatori, perché il meccanismo di *standstill* è circondato da cautele e accorgimenti, che sono stati saggiamente utilizzati in sede di recepimento.

Infatti la direttiva ancora la sospensione legale della possibilità di stipulare il contratto al solo caso di impugnazione dell'aggiudicazione, e non anche al caso di impugnazione di altri

provvedimenti (p.es. bandi, esclusioni (v. art. 2, par. 3 e 4, direttiva 89/665/CEE; art. 2 par. 3 e 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE). Inoltre prevede brevi termini per il ricorso e la possibilità per gli Stati membri di far durare l'effetto sospensivo solo fino al provvedimento cautelare.

5.3. Lo *standstill* secondo la legge delega.

In sede di recepimento di questi principi nell'ordinamento italiano, la legge delega (art. 44, l. n. 88/2009) ha tenuto conto della particolare litigiosità esistente, in Italia, nel settore dei pubblici contratti, e della particolare lunghezza sia delle procedure di affidamento che della fase di esecuzione dei pubblici appalti.

Sicché, al fine di scoraggiare ricorsi meramente dilatori e ricattatori, e di evitare ulteriori allungamenti dei tempi delle commesse pubbliche, la legge delega ha ritenuto necessario disciplinare il termine di ricorso (visto l'effetto di *standstill* automatico che ne deriva), ritornando al sistema, già previsto dal d.l. n. 67/1997, del dimezzamento del termine di ricorso. Tale dimezzamento è stato dalla Corte costituzionale a suo tempo ha ritenuto legittimo in relazione al d.l. n. 67/1997, ed esso non è impedito dal diritto comunitario, il quale ritiene sufficiente anche un termine di dieci o quindici giorni, a seconda della forma di comunicazione dell'aggiudicazione, come si vede di gran lunga al di sotto dell'attuale termine italiano di sessanta giorni (art. 2-*quater*, direttiva 89/665/CEE; art. 2-*quater*, direttiva 92/13/CEE).

In molti altri Paesi comunitari, in sede di recepimento della direttiva, sono stati previsti termini di ricorso inferiori a trenta giorni.

In secondo luogo in sede di legge delega è stato vagliato quale delle due opzioni comunitarie prescegliere, se quella secondo cui lo *standstill* opera fino alla definizione della fase cautelare, o quella secondo cui dura fino alla definizione del merito.

Si è preferita la soluzione di far durare lo *standstill*, alternativamente, fino al provvedimento cautelare "definitivo" o fino alla pubblicazione del dispositivo.

La logica è che se si riesce a celebrare un giudizio immediato di merito già nell'udienza cautelare, la misura cautelare è sostituita dalla pubblicazione del dispositivo; diversamente, lo *standstill* dura fino alla misura cautelare.

La scelta di far durare l'effetto sospensivo solo fino al provvedimento cautelare può, in astratto, meglio assicurare la celere esecuzione dei contratti, ma non scongiura il rischio di annullamenti di aggiudicazioni e dei connessi obblighi risarcitori.

La diversa scelta di far durare l'effetto sospensivo fino alla sentenza di merito avrebbe potuto garantire effettività di tutela e certezza (processuale) che l'affidamento dell'appalto è legittimo, ma rischiava di differire eccessivamente l'avvio dell'esecuzione dei contratti.

5.4. Lo *standstill* in sede di decreto delegato.

5.4.a) Profili generali e confronto con la disciplina previgente.

Un meccanismo di *standstill*, come già accennato, era già previsto nell'ordinamento italiano prima del recepimento della direttiva.

Infatti l'art. 11, co. 10, codice, prevedeva che il contratto non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione.

Tale previsione presentava però alcune criticità:

a) il termine di *standstill* non era coordinato con il termine per il ricorso giurisdizionale (sessanta giorni), sicché ben poteva verificarsi che il contratto fosse, alla data di proposizione del ricorso giurisdizionale, già legittimamente stipulato, ogniqualvolta il ricorso veniva presentato dopo il decorso di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione;

b) il termine di *standstill* era derogabile, consentendosi all'amministrazione di stipulare il contratto prima dei trenta giorni, in caso di " motivate ragioni di particolare urgenza";

c) non erano previste conseguenze sanzionatorie in caso di violazione dello *standstill*.

Il decreto di recepimento della direttiva novella l'art. 11, co. 9 e 10, introducendo un meccanismo di *standstill* più razionale del previgente, anche se, come si vedrà, non del tutto in linea con la direttiva comunitaria e con la legge delega.

Sono inoltre esplicitate le conseguenze sanzionatorie in caso di inosservanza dello *standstill*.

5.4.b) Il termine di *standstill* e il termine di ricorso giurisdizionale, e le rispettive decorrenze.

Il termine di *standstill* è stato coordinato con il termine di ricorso giurisdizionale, in modo che quando viene adito il giudice, il contratto non è ancora stipulato; collegandosi, poi, alla proposizione del ricorso giurisdizionale, un effetto sospensivo automatico, che si riconnette allo *standstill* senza soluzione di continuità, al momento in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi tutto è ancora impregiudicato, essendo la situazione a bocce ferme, ossia *res adhuc integra*.

Giova precisare che il diritto comunitario non impone che lo *standstill* sia più lungo del termine di ricorso, in teoria potrebbe anche essere più breve. In siffatta evenienza, sarebbe onere per chi ricorre presentare il ricorso prima della scadenza dello *standstill* anziché prima della scadenza del più lungo termine di ricorso, se vuole garantirsi che quando il ricorso è presentato il contratto non sia stato ancora stipulato. Ma è evidente che siffatta soluzione non garantisce adeguatamente l'interesse, anche pubblico e non solo privato, a che quando il ricorso è proposto, la situazione sia ancora impregiudicata.

Anche la legge delega non impone una durata dello *standstill* maggiore del termine di ricorso (art. 44, co. 3 lett. e) e lett. f) n. 1, legge delega).

E' tuttavia da ritenere corretta e più efficace la scelta del legislatore delegato, ben consentita nel silenzio della delega, di prevedere uno *standstill* più lungo del termine di ricorso.

In particolare:

a) il termine di ricorso è stato fissato in trenta giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva (art. 245, co. 2-*quinquies*, lett. a), codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 5, c.p.a. approvato con d.lgs. n. 104/2010);

b) per accelerare la fase di cognizione dell'aggiudicazione definitiva da parte dei concorrenti, l'art. 79, codice è stato novellato nel senso che:

b.1) la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva avviene a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o di notificazione, o con posta elettronica certificata o con fax;

b.2) se la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva avviene a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o di notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica anche non certificata;

b.3) la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva deve essere accompagnata dal provvedimento di aggiudicazione medesima e dalla relativa motivazione e l'onere può essere assolto anche mediante invio dei verbali di gara;

b.4) la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti i destinatari deve essere, ove possibile, contestuale, ossia spedita lo stesso giorno a tutti, salva 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;

c) il termine di *standstill* è leggermente più lungo del termine di ricorso, e in particolare è stato fissato in trentacinque giorni decorrenti dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti i destinatari, atteso che si può ragionevolmente ritenere che cinque giorni siano necessari affinché la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva raggiunga tutti i destinatari;

d) vi è una diversa decorrenza del termine di *standstill* e del termine di ricorso; infatti il termine di *standstill* riguarda l'agire dell'amministrazione, e decorre da quando essa invia

l'aggiudicazione definitiva a tutti i destinatari, invece il termine di ricorso riguarda i singoli concorrenti, e ha decorrenze diverse per ciascuno di essi, in quanto per ognuno decorre dal ricevimento della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva; si comprende perché l'art. 79, codice esiga che l'aggiudicazione definitiva sia comunicata contestualmente a tutti i destinatari, in modo che vi sia una data unica di decorrenza dello *standstill*; ove la stazione appaltante non riuscisse a rispettare tale contestualità, il termine di *standstill* si sposterebbe in avanti, atteso che l'art. 11, co. 10, codice, nel testo novellato, dispone che il termine di *standstill* decorre dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva; è dunque interesse della stazione appaltante che abbia premura di stipulare il contratto, provvedere a comunicazioni contestuali e non dilazionate nel tempo.

5.4.c) Le deroghe allo *standstill*.

Nella disciplina previgente, lo *standstill* poteva essere derogato ogni qualvolta l'amministrazione adducesse motivate ragioni di urgenza.

Nella direttiva 2007/66/CE (artt. 2-ter, direttiva 89/665/CEE e 2-ter, direttiva 92/13/CEE), lo *standstill* può essere derogato nei seguenti casi:

- a) se le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE non prevedono la previa pubblicazione del bando;
- b) se l'unico offerente interessato è colui a cui è stato aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati;
- c) in caso di appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione, sia nei settori ordinari che nei settori speciali;
- d) in caso di appalti basati su un accordo quadro nei settori ordinari.

La legge delega (art. 44, l. n. 88/2009) consente la deroga allo *standstill* in un numero più limitato di casi, rispetto a quelli in astratto consentiti dalla direttiva comunitaria, e, in particolare, nel solo caso in cui a seguito di pubblicazione del bando o avviso, o invio di lettere invito, sia stata presentata una sola offerta, ovvero ammessa una sola offerta e non vi siano impugnazioni pendenti: infatti l'art. 44, co. 3, lett. e), legge delega, chiede il recepimento dell'art. 2-bis, e dell'art. 2-ter limitatamente alla sua lett. b), non consentendo, dunque, le deroghe di cui alle lett. a) e c).

Dunque la legge delega non prevede la deroga in caso di procedure senza bando, o di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione.

In sede di decreto delegato sono state recuperate anche le altre deroghe, con meccanismi diversi.

Intanto, è stata prevista la deroga ipotizzata dalla delega, e dunque si prevede la deroga nelle procedure con bando, o avviso di gara, o lettera invito, se è stata *ab initio* presentata una sola offerta o, pur essendovi più offerte, una sola è stata ammessa, e non vi sono impugnazioni pendenti (per non essere state proposte, o essere state già respinte con decisione definitiva).

Per quanto riguarda le procedure senza bando, siano esse sopra o sotto soglia comunitaria, non è stata tecnicamente prevista una deroga allo *standstill*, ma solo la possibilità di esecuzione in via di urgenza di cui all'art. 11, co. 9, codice. Dunque il contratto continua a non poter essere stipulato, ma può essere eseguito in via di urgenza.

Per quanto riguarda accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione, in accoglimento del parere della Camera, è stata prevista una deroga allo *standstill* (art. 11, co. 10-bis, lett. b), codice).

Tale modalità del recepimento suscita un duplice dubbio di compatibilità, rispetto alla legge delega e rispetto alla direttiva comunitaria.

Sul piano della compatibilità con la legge delega, va osservato che la direttiva 2007/66/CE considera le deroghe allo *standstill* rimesse alla scelta degli Stati membri. E l'Italia aveva effettuato la sua scelta con la legge delega, scegliendo espressamente di non consentire tutte e tre le deroghe allo *standstill*, ma una soltanto.

Pertanto, il decreto delegato è, *in parte qua*, viziato da eccesso di delega, e dunque in contrasto con le regole della Costituzione italiana in ordine ai rapporti tra legge delega e decreto delegato.

Ma è anche viziato, in ambito comunitario, per contrasto con la direttiva, perché comunque il recepimento della deroga comunitaria non è completo e corretto rispetto alle previsioni della direttiva.

Invero, per la deroga allo *standstill* in caso di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione, la direttiva 2007/66/CE pone precise condizioni, che invece non sono state riprodotte dal decreto delegato.

Secondo la direttiva il contratto stipulato sulla base di un accordo quadro o di un sistema dinamico di acquisizione deve comunque essere privato di effetti se il sistema dinamico di acquisizione e l'accordo quadro a monte di esso non rispetta alcune condizioni, in particolare quando:

a) nell'accordo quadro è violata la previsione dell'art. 32, par. 4, secondo comma, secondo trattino, direttiva 2004/18/CE, riprodotta nell'art. 59, co. 8, codice, che disciplina la procedura di affidamento di un contratto basato su un accordo quadro, se l'accordo quadro è stato concluso con più operatori economici, e non fissa tutte le condizioni;

b) nel sistema dinamico di acquisizione, se sono violate le previsioni di cui all'art. 33, parr. 5 e 6, direttiva 2004/18/CE e di cui all'art. 15, parr. 5 e 6, direttiva 2004/17/CE riprodotte nell'art. 60, co. 10, 11 e 12, codice, e che disciplinano le modalità della gara per ogni appalto specifico basato su un sistema dinamico di acquisizione;

c) il valore stimato dell'appalto è pari o superiore alle soglie comunitarie.

Nell'ottica di un'interpretazione conservatrice, e salvo il problema costituzionale di eccesso di delega, si deve interpretare l'art. 11, co. 10-*bis*, lett. b), codice, nel senso che la deroga allo *standstill*, per contratti basati su accordi quadro e sistemi dinamici di acquisizione, è legittima, e non impedisce la privazione di effetti dei contratti, solo se sono rispettate, a monte, per accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione, le condizioni poste, rispettivamente, dall'art. 59, co. 8, e dall'art. 60, co. 10, 11 e 12, codice. Tanto, quale che sia il valore del contratto, e cioè anche per i contratti sotto soglia, perché la direttiva comunitaria è stata estesa anche agli appalti sotto soglia senza alcuna esclusione.

5.4.d) Effetto sospensivo della stipulazione del contratto, derivante dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale.

Lo *standstill* è un impedimento temporaneo alla stipulazione del contratto, che opera *ex lege* per trentacinque giorni, a prescindere dalla proposizione o meno di ricorsi giurisdizionali.

E' uno *spatium deliberandi* lasciato ai concorrenti, per valutare se proporre o meno ricorso giurisdizionale, con la garanzia che, se ricorrono, non saranno pregiudicati da una stipulazione già avvenuta.

Con lo *standstill* si cumula, per chi fa ricorso giurisdizionale, un ulteriore beneficio, che è una tutela cautelare *ex lege*, riconnessa alla notificazione del ricorso giurisdizionale.

Non è l'unico caso di tutela cautelare *ex lege* nell'ordinamento italiano, anche se la regola generale è quella, opposta, che la proposizione del ricorso giurisdizionale non sospende l'esecuzione del provvedimento impugnato, e che occorre all'uopo un provvedimento del giudice.

L'ordinamento italiano, comunque, contempla già altre due ipotesi, la prima interna, la seconda di derivazione comunitaria:

a) l'impugnazione di provvedimenti di modifica o revoca delle speciali misure di protezione nei confronti di collaboratori e testimoni di giustizia, sortisce un effetto sospensivo *ex lege*, in quanto nel termine entro il quale può essere proposto il ricorso giurisdizionale ed in pendenza di quest'ultimo, tali provvedimenti restano sospesi sino a contraria determinazione del giudice in sede cautelare o di merito (art. 10, co. 2-*septies*, d.l. n. 8/1991);

b) l'impugnazione di provvedimenti di allontanamento di cittadini comunitari davanti al Tar Lazio, sortisce un effetto sospensivo *ex lege* sino all'esito della domanda cautelare, salvo che il provvedimento di allontanamento si basi su una precedente decisione giudiziale ovvero sia fondato su motivi di sicurezza dello Stato o su motivi imperativi di pubblica sicurezza (art. 22, d.lgs. n. 30/2007).

Tale meccanismo opera a condizione che sia impugnata l'aggiudicazione definitiva, e che sia domandata la tutela cautelare.

Non opera, pertanto, se vengono impugnati altri atti di gara, in quanto la stipulazione del contratto consegue solo all'aggiudicazione definitiva, e dunque un effetto sospensivo va ancorato solo all'impugnazione di quest'ultima.

Non opera nemmeno se il ricorso giurisdizionale non contiene una domanda cautelare.

Tale effetto sospensivo costituisce un effetto sostanziale che deriva dalla proposizione del ricorso giurisdizionale (così come la sospensione del termine di prescrizione). Pertanto, sul piano sistematico, la regola è stata inserita nell'art. 10, codice, tra le norme sostanziali che regolano l'agire delle stazioni appaltanti, e non negli artt. 245 e ss., codice appalti (dal 16 settembre 2010 trasfuso nell'art. 120, c.p.a.), che regolano il processo, anche se, nell'originaria versione del testo, era stata invece collocata proprio nell'art. 245.

Il *dies a quo* di tale effetto sospensivo è la notificazione della domanda cautelare alla stazione appaltante (art. 11, co. 10-ter, codice).

Tale notificazione deve avvenire entro trenta giorni dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.

Posto che lo *standstill* dura trentacinque giorni, e decorre dall'ultima delle comunicazioni dell'aggiudicazione, l'Amministrazione, fisiologicamente, dovrebbe venire a conoscenza della notificazione del ricorso entro tali trentacinque giorni, e così essere in grado di bloccare ulteriormente la stipulazione del contratto.

Ciò che rileva, per il prodursi di tale effetto, infatti, non è la data in cui parte la notificazione (e dunque la data in cui si perfeziona per il notificante), ma la data in cui la notificazione arriva a destinazione (e dunque la data in cui si perfeziona per il suo destinatario).

Per le Amministrazioni statali e altri Enti che fruiscono del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, la notificazione si perfeziona, per regola generale, con la ricezione da parte dell'Avvocatura dello Stato, che è domiciliataria *ex lege*. Questo meccanismo crea però delicati problemi, perché non essendo sempre tempestiva la corrispondenza interna tra Avvocatura dello Stato e Amministrazioni, potrebbe succedere che le Amministrazioni non sono in grado di sapere, entro i fatidici trentacinque giorni, che un ricorso giurisdizionale è stato loro notificato (presso l'Avvocatura).

Per evitare tale inconveniente, è stata dettata una specifica regola di notificazione, che ha rilevanza non ai fini processuali, ma al solo fine dell'effetto sospensivo in commento.

Si prevede, in particolare che in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso l'Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale (e dunque non nel domicilio processuale legale presso l'Avvocatura), e tanto in data non anteriore alla data di notifica presso l'Avvocatura, al solo fine della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto (art. 245, co. 2-ter, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 4, c.p.a.).

Si ha dunque una doppia notificazione, di cui una a fini processuali e una a fini sostanziali. La notifica a fini processuali è quella presso l'Avvocatura: alla data di sua partenza occorre avere riguardo per valutare la tempestività del ricorso giurisdizionale. La notifica a soli fini sostanziali è quella presso l'Amministrazione nella sua sede reale: è dal suo arrivo a destinazione che si produce l'effetto sospensivo in esame.

Si noti che la norma prescrive che la notifica all'Amministrazione nella sua sede reale non possa avvenire in data anteriore alla notifica presso l'Avvocatura erariale: il che si

comprende, perché comunque, non si può produrre un effetto sospensivo se non è validamente promosso un processo, e per promuovere validamente il processo occorre la notifica all'Avvocatura erariale, non sortendo la notifica nella sede reale dell'Amministrazione effetti processuali. Ciò che rileva, è, ovviamente, la data in cui partono le due notificazioni, non la data in cui arrivano a destinazione. Pertanto, la notifica per l'Amministrazione deve partire lo stesso giorno, o in data successiva, alla notifica all'Avvocatura, mentre, se tale condizione è rispettata, non rileva che, in ipotesi, la notifica all'Amministrazione arrivi a destinazione prima della notifica all'Avvocatura.

Avendo la notifica all'Amministrazione nella sua sede reale solo un effetto sostanziale, comunque essa in astratto potrebbe avvenire dopo la scadenza del termine di ricorso: tuttavia, se non deriva la decadenza dal ricorso, ne può derivare l'inconveniente che l'Amministrazione stipuli il contratto, essendo scaduto il termine di trentacinque giorni. E in tal caso essa non incorrerebbe in sanzioni per violazione dello *standstill*.

Per quanto concerne il *dies ad quem* di tale effetto sospensivo, come già osservato, la direttiva lascia la scelta agli Stati membri, in ordine alla durata fino al provvedimento cautelare o di merito.

Il recepimento è avvenuto nei vari Stati membri con modalità variegata: alcuni hanno previsto l'effetto sospensivo fino al provvedimento cautelare, altri fino alla sentenza definitiva, altri fino al passaggio in giudicato della sentenza definitiva.

L'art. 44, l. n. 88/2009 (legge delega), prevede che l'effetto sospensivo duri o fino alla "pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo" o fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o nei successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare.

Pertanto, secondo la legge delega, ove sia possibile il c.d. "giudizio immediato" ossia la definizione della lite nel merito nell'udienza cautelare, il dispositivo di sentenza tiene luogo del provvedimento cautelare, e dunque l'effetto sospensivo dura fino alla pubblicazione del dispositivo.

Se il giudizio immediato non sia possibile, l'effetto sospensivo dura fino al "provvedimento cautelare definitivo".

L'espressione "provvedimento cautelare definitivo" si presta, in astratto, a varie interpretazioni.

Sicuramente, si deve escludere che sia tale:

- a) il provvedimento cautelare *ante causam*, che, peraltro, perde qualsiasi utilità e ragion d'essere una volta che ci sia la tutela cautelare *ex lege*;
- b) il decreto cautelare presidenziale monocratico, che non è definitivo perché deve essere confermato dal collegio.

Resta da capire se per provvedimento cautelare definitivo si intenda il provvedimento cautelare collegiale in primo grado *tout court*, ovvero il provvedimento cautelare collegiale di primo grado non tempestivamente impugnato, ovvero il provvedimento cautelare collegiale in appello.

Sembrerebbe corretto che "definitivo" sia il provvedimento cautelare collegiale di primo grado non impugnato, o quello cautelare collegiale di appello.

Tuttavia l'interpretazione che è stata data dal decreto delegato è nel senso di ritenere definitivo il provvedimento cautelare collegiale di primo grado *tout court*, e tale interpretazione ha avuto il parere favorevole del Consiglio di Stato.

Pertanto, l'art. 11, co. 10-*ter*, codice, dispone che l'effetto sospensivo dura per almeno venti giorni decorrenti dalla notifica del ricorso alla stazione appellante, 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.

Se invece entro venti giorni non intervenga uno di tali due provvedimenti, l'effetto sospensivo si protrae fino alla pronuncia di uno di essi.

L'espressione secondo cui entro i venti giorni deve intervenire "almeno" un provvedimento cautelare di primo grado o un dispositivo, implica che se uno dei due atti intervenga prima dei venti giorni, l'effetto sospensivo non cessa ma perdura fino allo scadere dei venti giorni, anche ove, in ipotesi, la domanda cautelare o il ricorso siano respinti. In tale evenienza, il ricorrente ha ancora tempo per proporre appello avverso l'ordinanza cautelare o avverso il dispositivo, beneficiando dell'effetto sospensivo legale.

L'effetto sospensivo si consolida se la pronuncia cautelare o di merito ritengono il ricorso fondato.

L'effetto sospensivo invece cessa, purché siano scaduti i venti giorni:

- a) se il ricorso, in sede cautelare o di merito, è ritenuto infondato,
- b) se in sede di esame della domanda cautelare il giudice si dichiara incompetente;
- c) se in sede di udienza cautelare il giudice fissa l'udienza di merito senza concedere misure cautelari;
- d) se in sede di udienza cautelare il giudice fissa l'udienza di merito e rinvia a tale udienza di merito anche l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, che è da interpretare come implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Con riferimento al caso sub b), va osservato che secondo la legge delega, la competenza per i ricorsi in materia di pubblici appalti è inderogabile, e che l'effetto sospensivo è ancorato alla condizione che il ricorso avverso l'aggiudicazione sia proposto ad un giudice competente (art. 44, co. 3, lett. g) l. n. 88/2009).

Tuttavia, per stabilire se il giudice è o meno competente, occorre che vi sia una pronuncia sulla competenza, da parte di un giudice, e dunque la stazione appaltante non potrebbe disattendere l'effetto sospensivo sulla base di una propria valutazione che il giudice adito è incompetente, senza attendere la pronuncia del giudice medesimo.

A conclusione della disamina dell'effetto sospensivo, si osserva, criticamente, che con un maggiore sforzo, anche organizzativo, destinando un maggior numero di giudici alla trattazione dei ricorsi in materia di pubblici appalti, si sarebbe potuto prevedere un effetto sospensivo quanto meno fino alla sentenza di primo grado, assicurando contestualmente un giudizio immediato e super accelerato.

Infatti non di rado il provvedimento cautelare di primo grado viene ribaltato in sede di appello cautelare o di sentenza di merito, sicché non è del tutto scongiurato il rischio che, dopo un provvedimento cautelare di rigetto, la stazione appaltante stipula il contratto e ne avvia l'esecuzione, e in prosieguo il contratto viene caducato in sede di giudizio di merito o di appello.

Tale rischio si scongiura solo se la stipulazione del contratto avviene dopo la sentenza definitiva, e si riduce di molto se si attende almeno la sentenza di primo grado.

5.4.e) Rapporto tra durata dello *standstill* e durata dell'effetto sospensivo automatico.

Lo *standstill* dura trentacinque giorni, decorrenti dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione a tutti gli aventi titolo.

L'effetto sospensivo dura venti giorni decorrenti dalla ricezione della notificazione da parte della stazione appaltante, o fino al provvedimento cautelare di primo grado o al dispositivo della sentenza di primo grado, se successivi a tali venti giorni.

Il termine di trentacinque giorni e quello di venti giorni si sommano in consecuzione, cioè 35 + 20, se la notifica del ricorso avviene al 35° giorno dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione.

Se la notifica del ricorso avviene prima del 35° giorno, si verifica una parziale sovrapposizione dei due termini: p.es. se la notifica avviene al 25° giorno, al termine di *standstill* ancora in corso, si sovrappone quello di venti giorni.

I due termini, comunque, anche in caso di sovrapposizione, restano autonomi, nel senso che il termine di *standstill*, anche se ancora in corso alla data di proposizione del ricorso, non viene sostituito dall'effetto sospensivo automatico.

Il che significa che se anche in ipotesi (sia pure remota), il termine sospensivo processuale venisse a scadere prima del termine di *standstill*, questo sarebbe ancora operante e comunque precluderebbe la stipula del contratto.

Se, in ipotesi, il ricorso giurisdizionale venisse notificato al 5° giorno dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione, e depositato il giorno successivo, sarebbe in teoria possibile che entro i successivi venti giorni intervenga il provvedimento cautelare collegiale di primo grado.

Se il provvedimento cautelare intervenisse al 26° giorno dall'invio della comunicazione di aggiudicazione, a tale data sarebbe ancora in corso il termine di *standstill*.

Se il provvedimento cautelare ritenesse il ricorso infondato, la stazione appaltante non sarebbe perciò solo autorizzata a stipulare il contratto, perché non è ancora scaduto il termine di *standstill*.

In sintesi, si può affermare che se, come normalmente accade, il termine dell'effetto sospensivo processuale scade dopo quello di *standstill*, la stazione appaltante deve rispettare entrambi; se, in casi residui, il termine dell'effetto sospensivo processuale scade prima di quello di *standstill*, la stazione appaltante deve comunque rispettare quest'ultimo.

Tale soluzione si desume con sufficiente chiarezza dal quadro normativo:

a) l'art. 11, codice appalti, come novellato, dispone che il contratto non può "comunque" essere stipulato prima di 35 giorni, e non prevede alcuna possibilità di sostituzione dello *standstill* con l'effetto sospensivo processuale;

b) con maggiore chiarezza, la direttiva ricorsi esplicita che l'effetto sospensivo processuale non può comunque cessare prima dello scadere del termine di *standstill* (art. 2, par. 3, direttiva 89/665/CEE e art. 2, par. 3, direttiva 92/13/CEE).

5.4.f) *Standstill*, effetto sospensivo automatico, ed esecuzione d'urgenza.

L'art. 11, codice, nel testo anteriore al recepimento, oltre a prevedere lo *standstill* e possibili deroghe, prevedeva anche l'esecuzione d'urgenza del contratto, ossia l'avvio dell'esecuzione, che può prescindere dall'avvenuta stipulazione del contratto, ovvero dai controlli sulla stipulazione del contratto (art. 11, co. 9, codice).

Il diritto comunitario si limita a vietare la stipulazione del contratto per un certo lasso temporale dopo l'aggiudicazione, ma non si occupa della possibilità di avvio dell'esecuzione d'urgenza, prima della stipulazione.

Si pone allora la questione se l'esecuzione d'urgenza del contratto prima della sua stipulazione possa configurarsi come un'elusione dello *standstill* o dell'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale.

Invero, in astratto l'esecuzione d'urgenza avviene senza contratto, in via di mero fatto, per cui i rapporti tra le parti, se non interviene il contratto, restano disciplinati dai principi dell'ingiustificato arricchimento, tanto è vero che all'aggiudicatario che esegue in via di urgenza senza il contratto, spetta solo il rimborso delle spese (art. 11, co. 9, codice).

Il che, sempre ragionando in astratto, potrebbe far pensare che l'esecuzione d'urgenza in assenza di contratto, non pregiudica le ragioni del ricorrente, che risulti poi avere diritto all'aggiudicazione e al contratto, che potrebbe sempre conseguirlo.

Ma ragionando in concreto è evidente che, specie per i contratti di rapida esecuzione, l'esecuzione d'urgenza assicura la prestazione alla stazione appaltante, che non ha più interesse a conseguirla una seconda volta dall'avente diritto a seguito di un giudizio.

Pertanto, l'esecuzione di urgenza sembra palesemente un'elusione dello *standstill* e dell'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale.

Anzi l'esecuzione di urgenza danneggia il ricorrente persino di più di una stipulazione anticipata del contratto, non seguita, tuttavia, da sua esecuzione.

Della questione non si sono occupati, sinora, gli organi comunitari, cioè la Commissione europea e la Corte di giustizia, che tuttavia, come si sta per esporre, potrebbero essere chiamati a breve a farlo.

Della questione non si è occupata nemmeno la legge delega.

Tuttavia, il decreto delegato ha dovuto farsene carico, perché si è reso necessario coordinare la disciplina dello *standstill* e dell'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale con l'art. 11, co. 9, codice, che prevede, appunto, l'avvio dell'esecuzione del contratto in via di urgenza.

In un'originaria stesura dello schema di decreto delegato, si era stabilito che l'esecuzione d'urgenza di cui all'art. 11, co. 9, non è consentita durante il termine dilatorio per la stipula del contratto (*standstill*) e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine di stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale, con la sola deroga per il caso di procedure senza bando.

Nella stesura dello schema di decreto delegato approvata in via preliminare del Consiglio dei Ministri è comparsa un'ulteriore deroga, per il caso in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare.

Su suggerimento delle Commissioni parlamentari, nel testo definitivo del decreto delegato, tale deroga è stata specificata come comprensiva della perdita di finanziamenti comunitari.

Viene dunque consentita l'esecuzione d'urgenza, senza stipulare il contratto, sia in pendenza dello *standstill*, sia quando è stato proposto il ricorso giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato, nel rendere il parere sullo schema di decreto delegato^{4[4]}, si è espresso in senso assolutamente negativo su siffatta deroga, affermando che l'esecuzione d'urgenza costituisce un'elusione dello *standstill*.

Osserva infatti il Consesso che la formula utilizzata, oltre a risultare eccessivamente generica, perché basata sul concetto elastico di danno grave al pubblico interesse, non risulta in linea con la disciplina comunitaria, che indica con chiarezza le tassative ed eccezionali situazioni in cui può derogarsi alla regola del termine dilatorio.

La circostanza che la direttiva non contempli affatto l'evenienza di un'esecuzione precedente la stessa stipulazione del contratto, infatti, non sembra poter avallare, dal punto di vista comunitario, l'esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto prima della scadenza del termine. Anzi, la condotta esecutiva, iniziata prima ancora della stessa formale stipulazione, rappresenta una violazione spesso più grave del principio secondo cui deve intercorrere un congruo termine sospensivo tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

La relazione illustrativa al decreto delegato indica correttamente, in linea generale, i rischi di elusione insiti nell'esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali. Tuttavia, secondo la stessa relazione, *“l'esecuzione anticipata d'urgenza resta consentita quando non è elusiva del diritto comunitario (ad es., decorsi i termini sospensivi comunitari, quando il contratto può ormai essere stipulato, l'esecuzione anticipata resta possibile se vi sono ostacoli di diritto nazionale ad una tempestiva stipulazione, p.es. ritardi dovuti all'esigenza di acquisire certificazione antimafia)”*.

Ma l'articolato prevede la deroga al divieto di esecuzione anticipata senza stabilire alcun termine dilatorio minimo, astrattamente conforme alla disciplina comunitaria. In ogni caso, quindi, la lettura interpretativa proposta dalla relazione, secondo il Consiglio di Stato, avrebbe dovuto tradursi in una disposizione esplicita, perché non sembra sufficiente il richiamo ai principi riguardanti la diretta e obbligatoria applicabilità delle direttive comunitarie, anche in mancanza di esplicito recepimento.

Non risulta persuasivo, poi, il riferimento alla presenza di “ostacoli” alla stipulazione derivanti dal diritto nazionale, che potrebbero consentire l’esecuzione anticipata anche in pendenza del termine sospensivo. Il termine dilatorio, infatti, è riferito alla stipulazione del contratto, indipendentemente dalla disciplina comunitaria o nazionale applicabile.

D’altro canto, l’esplicita deroga alla regola del termine dilatorio, prevista dal diritto comunitario, riguardante le ipotesi di affidamenti senza previa pubblicazione del bando, si riferisce proprio ai casi in cui il possibile nocumento all’interesse pubblico collegato all’esecuzione delle prestazioni contrattuali risulta più evidente.

Il Governo ha ritenuto di non seguire, *in parte qua*, il parere del Consiglio di Stato.

La questione potrebbe essere esaminata dalla Commissione europea, d’ufficio, in sede di verifica di come è avvenuto il recepimento della direttiva, o dalla Corte di giustizia, investita in via pregiudiziale da un giudice nazionale.

5.4.g) L’abrogazione dell’art. 20, co. 8-bis, d.l. n. 185/2008.

Per le opere di cui all’art. 20, d.l. n. 185/2008, il co. 8-bis introduceva una deroga al termine di *standstill* di cui all’art. 11, codice appalti, di dubbia legittimità, perché in palese contrasto con una direttiva in corso di recepimento.

Tale previsione è stata espressamente abrogata dall’art. 15, co. 1, d.lgs. n. 53/2010.

Sicché la nuova disciplina dello *standstill* e dell’effetto sospensivo processuale si applica anche agli interventi di cui all’art. 20 citato. Sul piano transitorio, l’art. 15, co. 1, d.lgs. n. 53/2010 la dichiara applicabile ai contratti dell’art. 20 per i quali l’aggiudicazione definitiva sia successiva alla data di entrata in vigore del d.lgs., ossia successiva al 27 aprile 2010. Se l’aggiudicazione definitiva è precedente, continua ad applicarsi l’art. 20, co. 8-bis, che consente di stipulare immediatamente il contratto senza termini dilatori.

5.4.h) L’ambito applicativo.

Nello schema di decreto legislativo approvato dal Governo in via preliminare, la disciplina dello *standstill* e dell’effetto sospensivo processuale era contenuta nella parte V del codice dei contratti pubblici, dedicata al contenzioso, il che rendeva evidente che l’intento era di estenderne la relativa disciplina a tutti i contratti relativi a lavori, servizi e forniture contemplati dal codice dei contratti pubblici, ivi compresi quelli in parte esclusi, perché soggetti a un numero limitato di disposizioni sostanziali.

Infatti il legislatore italiano ha sempre dettato una disciplina processuale uniforme per tutti i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, anche se sottratti al diritto comunitario o alle regole di evidenza pubblica.

Tuttavia, il parere del Consiglio di Stato ha chiesto il trasferimento della disciplina di *standstill* ed effetto sospensivo processuale nell’art. 11 del codice, collocato nella parte I.

Tale parte I si applica, per espresso richiamo, ai contratti nei settori ordinari e a quelli nei settori speciali (ex esclusi).

Formalmente, tale parte I non è espressamente richiamata per i “contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice”, che sono regolati nel titolo secondo della medesima parte I.

E’ però da ritenere che la disciplina si applichi anche a tali contratti, che sono:

i contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (art. 16, codice appalti);

i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza (art. 17, codice appalti);

i contratti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 18, codice appalti);

i contratti di servizi esclusi (art. 19, codice appalti);

gli appalti di servizi elencati nell’allegato II-B (art. 20, codice appalti);

i contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni (art. 22, codice appalti);

i contratti relativi a servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus (art. 23, codice appalti);

gli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o locazione a terzi (art. 24, codice appalti);

gli appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia (art. 25, codice appalti);

i contratti di sponsorizzazione (art. 26, codice appalti).

Infatti il titolo I della parte I del codice è intitolato "principi e disposizioni comuni", il che lascia intendere che sono principi e disposizioni di generale applicazione, sicché l'art. 11, collocato in tale ambito, si estende a tali tipi di contratti.

Inoltre l'intento del legislatore delegato era quello di dettare un regime uniforme per tutti i contratti purché "contemplati" nel codice appalti, ancorché non disciplinati interamente da esso, come dimostra l'originaria collocazione sistematica delle disposizioni in tema di *standstill* e effetto sospensivo processuale.

Giova osservare che è in corso di recepimento una nuova direttiva comunitaria per taluni appalti di lavori, servizi e forniture nel settore della difesa (direttiva 2009/81/CE), vale a dire contratti finora in buona parte sottratti all'orbita del diritto comunitario. Anche per tali contratti la nuova direttiva prevede le medesime regole valevoli per i settori ordinari e speciali quanto allo *standstill* e all'effetto processuale sospensivo (artt. 56 e 57, direttiva 2009/81/CE).

5.4.i) Gli adempimenti operativi a carico delle stazioni appaltanti.

Si fornisce un quadro di sintesi degli adempimenti operativi a carico delle stazioni appaltanti derivanti dal nuovo regime dello *standstill*.

a) Le stazioni appaltanti devono comunicare tempestivamente e contestualmente l'aggiudicazione definitiva a tutti i candidati indicati nell'art. 79, codice appalti, al fine della decorrenza del termine di *standstill*.

b) Le ipotesi di deroga allo *standstill* per accordi quadro e sistema dinamico di acquisizione, come anche l'esecuzione d'urgenza nelle procedure senza bando, non hanno concreto spazio applicativo nel settore delle infrastrutture strategiche dove le procedure sono con bando e dove non si utilizzano gli accordi quadro e il sistema dinamico di acquisizione.

c) Le stazioni appaltanti in tutti i settori, ivi comprese le infrastrutture strategiche, possono utilizzare la deroga per il caso di unico offerente, o unico offerente rimasto in gara, in assenza di contenziosi pendenti.

d) Si consiglia estrema cautela alle stazioni appaltanti nell'utilizzo della deroga consistente nell'esecuzione d'urgenza nel caso in cui la mancata esecuzione immediata determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico, attesi i dubbi di compatibilità comunitaria, espressi anche dal Consiglio di Stato in sede di parere sullo schema di decreto delegato.

e) Le stazioni appaltanti devono monitorare la notifica dei ricorsi giurisdizionali avverso l'aggiudicazione definitiva, e astenersi dallo stipulare il contratto, dopo il decorso del termine di *standstill*, se nel frattempo è stato notificato ricorso giurisdizionale.

f) Le stazioni appaltanti possono stipulare il contratto dopo il decorso dello *standstill*, se non sono stati proposti tempestivi ricorsi giurisdizionali.

g) Le stazioni appaltanti devono astenersi dallo stipulare il contratto anche se è palese che il ricorso è proposto a giudice incompetente: infatti l'effetto sospensivo processuale si produce

per il solo fatto che è stato notificato un ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, accompagnato da domanda cautelare, anche se in ipotesi il ricorso è proposto davanti a giudice incompetente.

h) Le stazioni appaltanti possono, in teoria, stipulare il contratto se vi è la certezza che il ricorso è tardivamente notificato, ma conviene comunque sollecitare e attendere una pronuncia giudiziale di tardività.

i) Le stazioni appaltanti possono stipulare il contratto se il ricorso, in sede cautelare o di merito, è ritenuto infondato, dal giudice di primo grado, perché tali eventi fanno cessare l'effetto sospensivo processuale; è comunque regola prudenziale, da applicare se possibile, caso per caso, attendere la definizione del giudizio con sentenza, quanto meno di primo grado, per avviare l'esecuzione del contratto.

l) Le stazioni appaltanti possono stipulare il contratto se in sede di esame della domanda cautelare il giudice si dichiara incompetente, perché tale evento fa cessare l'effetto sospensivo processuale; considerato, però, che il giudizio può essere riproposto davanti al giudice competente, è comunque regola prudenziale, da applicare se possibile, caso per caso, attendere la definizione del giudizio con sentenza, quanto meno di primo grado, per avviare l'esecuzione del contratto.

m) Le stazioni appaltanti possono stipulare il contratto se in sede di udienza cautelare il giudice fissa l'udienza di merito senza concedere misure cautelari, perché tale evento fa cessare l'effetto sospensivo processuale; è comunque regola prudenziale, da applicare se possibile, caso per caso, attendere la definizione del giudizio con sentenza, quanto meno di primo grado, per avviare l'esecuzione del contratto.

n) Le stazioni appaltanti possono stipulare il contratto se in sede di udienza cautelare il giudice fissa l'udienza di merito e rinvia a tale udienza di merito anche l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, che è da interpretare come implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare; è comunque regola prudenziale, da applicare se possibile, caso per caso, attendere la definizione del giudizio con sentenza, quanto meno di primo grado, per avviare l'esecuzione del contratto.

o) Le stazioni appaltanti, per poter stipulare il contratto, devono comunque attendere il compimento del termine di *standstill*, anche nel caso, remoto, in cui il ricorso giurisdizionale venga notificato immediatamente e la decisione (cautelare o di merito), intervenga prima del compimento del termine di *standstill*, anche se è cessato l'effetto sospensivo processuale.

6. Nuove comunicazioni e avvisi.

6.1. Forma e termini della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e di altre comunicazioni.

Nel nuovo sistema di contenzioso sui pubblici appalti introdotto dal d.lgs. n. 53/2010, ancorato ai termini dilatori per la stipulazione del contratto e all'esigenza di una celere definizione della lite, acquista particolare importanza la tempestiva e completa conoscibilità degli atti di gara, in vista dell'attivazione degli strumenti precontenziosi e contenziosi.

Da un lato, dalla comunicazione a tutti i concorrenti dell'aggiudicazione definitiva, decorre, per la stazione appaltante, il termine di *standstill* per la stipulazione del contratto.

Dall'altro lato, dalla ricezione, da parte di ogni singolo concorrente, dell'aggiudicazione definitiva, decorre, per ognuno, il termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, e alla

proposizione del ricorso giurisdizionale si ricollega l'ulteriore sospensione legale del termine di stipulazione del contratto, fino alla pronuncia del giudice.

E' allora interesse sia della stazione appaltante, che dei concorrenti, che vi siano termini e forme certi di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e di tutti gli atti di gara rilevanti.

La legge delega fissa come puntuale criterio di delega che il decreto delegato preveda termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura (art. 44, co. 3, lett. e).

Inoltre, la direttiva comunitaria ha imposto un'integrazione del contenuto della comunicazione dell'aggiudicazione, in quanto deve essere indicato anche il termine dilatorio per la stipula del contratto, e deve essere altresì comunicata l'avvenuta stipulazione del contratto.

E' stato pertanto novellato l'art. 79, codice, secondo quattro linee portanti:

- a) ampliamento dei destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione;
- b) ampliamento degli atti e fatti oggetto di comunicazione;
- c) indicazione dettagliata della forma, delle modalità e del contenuto delle comunicazioni;
- d) imposizione ai concorrenti dell'onere di indicare l'esatto indirizzo, anche elettronico, per la ricezione delle comunicazioni inerenti la gara.

6.2. I destinatari delle comunicazioni.

Sotto il primo profilo, la disciplina sinora vigente prevedeva la comunicazione dell'aggiudicazione all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione.

Viene ora specificato che oggetto di comunicazione è solo l'aggiudicazione "definitiva", e non quella provvisoria, e che essa va comunicata, oltre che all'aggiudicatario, al concorrente che segue e a tutti coloro che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, e a coloro la cui offerta sia stata esclusa, anche a:

- a) coloro la cui candidatura sia stata esclusa;
- b) coloro che hanno impugnato il bando o la lettera invito, se le impugnazioni sono ancora pendenti per non essere state definite con pronuncia definitiva (art. 79, co. 5, lett. a), codice, come novellato).

Tale ultima puntualizzazione vale per l'ipotesi in cui chi ha impugnato il bando o la lettera invito non rientri già nel novero dei concorrenti ammessi in gara.

6.3. I fatti e atti oggetto di comunicazione.

Sotto il secondo profilo, devono essere comunicati, a tutti i soggetti sopra visti, anche i seguenti fatti e atti:

- a) l'atto di aggiudicazione con la relativa motivazione, ovvero, in alternativa alla motivazione, con i verbali di gara;
- b) la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (art. 79, co. 5-ter, codice);
- c) il fatto dell'avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, con indicazione della relativa data; e tale comunicazione va fatta tempestivamente e comunque non oltre cinque giorni (art. 79, co. 5, lett. b-ter, codice).

Quanto al contenuto delle comunicazioni, la comunicazione di ciascuno degli atti elencati nel co. 5 alle lettere a), b), b-bis), (aggiudicazione, esclusione, decisione di non aggiudicare l'appalto o di non concludere l'accordo quadro) deve essere accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione. La motivazione deve avere il contenuto minimo già indicato nell'art. 79, co. 2, lett. c). L'onere di motivazione può essere assolto anche mediante invio dei verbali di gara.

Quanto alla comunicazione di cui alla lett. b-ter (data di stipulazione del contratto), essa non deve essere accompagnata dal contratto, in quanto oggetto di comunicazione sono i “provvedimenti” e non è tale il contratto; va invece mandata anche una motivazione sintetica ma è sufficiente rinviare *per relationem* alla motivazione del provvedimento di aggiudicazione, se già inviata.

Inoltre la comunicazione di tutti gli atti di cui al co. 5 dell’art. 79 deve anche indicare:

- a) se ci sono atti ad accesso vietato o differito;
- b) l’ufficio presso cui l’accesso può essere esercitato, e i relativi orari.

6.4. La forma delle comunicazioni.

Quanto alla forma delle comunicazioni, si stabilisce la forma scritta, e la trasmissione con uno dei seguenti mezzi alternativi:

- a) la lettera raccomandata con avviso di ricevimento;
- b) la notificazione;
- c) la posta elettronica, solo se certificata;
- d) il fax solo se l’utilizzo del fax sia espressamente autorizzato dal concorrente (art. 79, co. 5-bis, codice).

L’invio deve avvenire alternativamente al domicilio eletto, all’indirizzo di posta elettronica, al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta (art. 79, co. 5-bis, codice).

Allo scopo, il bando o l’avviso con cui si indice la gara, ovvero la lettera invito nelle procedure senza bando, fissano l’obbligo del candidato o concorrente di indicare, all’atto della presentazione della candidatura o dell’offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; tali atti possono anche obbligare il candidato o offerente a indicare l’indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell’invio delle comunicazioni (art. 79, co. 5-quinquies, codice).

Delle forme di comunicazione, si considerano più celeri il fax e la posta elettronica, e più lenti i tradizionali mezzi della posta e della notificazione.

Pertanto, se viene utilizzata la lettera raccomandata o la notificazione, occorre che dell’avvenuta spedizione si dia contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, questa volta anche non certificata.

6.5. Il principio di contestualità delle comunicazioni.

Quanto alla modalità delle comunicazioni, se esse hanno ad oggetto l’aggiudicazione definitiva o la stipulazione del contratto, occorre che la comunicazione e la notizia della spedizione siano inviate contestualmente a tutti i destinatari, vale a dire lo stesso giorno. E’ consentita una deroga al principio di contestualità se ricorre un’oggettiva impossibilità di rispettarlo, 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 (art. 79, co. 5-bis, codice).

6.6. L’avviso volontario per la trasparenza preventiva.

Nella parte del codice dedicata alle comunicazioni e agli avvisi viene inserita la disciplina di un nuovo avviso, quello volontario per la trasparenza preventiva (art. 79-bis, codice), il cui scopo è quello di porre la stazione appaltante al riparo dalla privazione di effetti del contratto, quando essa abbia seguito una procedura senza bando (sia essa una procedura negoziata senza bando o un affidamento in economia).

A tal fine la stazione appaltante deve seguire un’articolata procedura che si snoda in tre passaggi, uno dei quali è l’avviso in commento.

Il primo passaggio è un atto motivato con cui la stazione appaltante dichiara di ritenere che il diritto comunitario o nazionale consentano di omettere la pubblicazione del bando di gara.

Il secondo passaggio è la pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva. Il terzo passaggio è il rispetto di un termine dilatorio di almeno dieci giorni per la stipulazione del contratto, decorrenti dal giorno successivo a quello di pubblicazione dell'avviso volontario per la trasparenza preventiva.

Quanto a tale ultimo avviso, il suo formato è stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'art. 3-ter, par. 2, direttiva 89/665/CEE e di cui all'art. 3-ter, par. 2, direttiva 92/13/CEE.

Esso contiene 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.

Tale avviso volontario per la trasparenza preventiva si applica sia nei settori ordinari sia nei settori speciali.

Tanto si desume sia dalla direttiva 2007/66/CE, sia dall'art. 245-bis, co. 5, codice appalti, che lo menziona nell'ambito del contenzioso, ossia una disciplina, contenuta nella parte V del codice, che si applica anche ai settori speciali.

In tal senso va risolto il dubbio che potrebbe porsi in ordine all'applicabilità o meno dell'art. 79-bis, codice, ai settori speciali, atteso che l'art. 206, che elenca le norme dettate per i settori ordinari, che si applicano ai settori speciali, non menziona anche l'art. 79-bis.

Si tratta tuttavia di mera dimenticanza, dovuta alla circostanza che nella originaria stesura dello schema di decreto delegato, l'avviso per la trasparenza preventiva trovava collocazione tra le norme processuali, pacificamente applicabili anche ai settori speciali.

Su suggerimento del parere del Consiglio di Stato, la disposizione è stata stralciata e collocata tra le norme sostanziali; nel fare tale operazione si è tuttavia dimenticato di operare anche sull'art. 206 codice, inserendo in esso il rinvio al nuovo art. 79-bis, codice.

7. L'accesso agli atti.

La fase dell'accesso agli atti di gara si è rivelata, nella pratica, fonte di contenzioso e di ritardo nella conoscenza degli atti, in quanto occorre da un lato una richiesta di accesso e dall'altro lato un provvedimento che consente l'accesso, indicandone la data e luogo.

Solo dalla data di accesso effettivo si realizza la conoscibilità degli atti, e decorre il termine per i motivi aggiunti di ricorso.

Con tale meccanismo, i tempi processuali si dilatano, e sono rimessi alla discrezione di chi esercita l'accesso, che sceglie i tempi in cui chiederlo, e alla discrezione della stazione appaltante, che sceglie i tempi in cui consentirne l'esercizio.

Per restringere i tempi processuali, il legislatore, in sede di recepimento della direttiva ricorsi, con il d.lgs. n. 53/2010 ha ritenuto di disciplinare per legge tempi e modi dell'accesso, per cui, fatti salvi i casi di divieto o differimento dell'accesso, tutti gli atti sono in linea di principio accessibili *ex lege*, e nei tempi indicati dalla legge, non occorrendo più né una richiesta di accesso, né un provvedimento che consente l'accesso.

Tale scelta del legislatore delegato ha il suo fondamento nella legge delega, e segnatamente l'art. 44, co. 3, lett. e), che prescrive al legislatore delegato di prevedere termini e mezzi certi di comunicazione di tutti i provvedimenti adottati in corso di procedura. L'accesso costituisce un mezzo certo di conoscenza.

Pertanto sono accessibili *ex lege* tutti gli atti del procedimento di gara e relativi subprocedimenti, in cui sono adottati gli atti oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 79, co. 5, codice (art. 79, co. 5-*quater*, codice), con l'eccezione degli atti per i quali l'accesso è vietato o differito ai sensi dell'art. 13, codice.

L'accesso è *ex lege* consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti, mediante visione ed estrazione di copia, pertanto non occorre istanza scritta di accesso né provvedimento di ammissione, fatti salvi i provvedimenti di esclusione o differimento adottati ai sensi dell'art. 13, codice.

Allo scopo non già di concedere l'accesso, già concesso *ex lege*, ma di consentirne il concreto esercizio, è prescritto che le comunicazioni degli atti indicano anche se ci sono atti ad accesso vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari. La stazione appaltante deve comunque garantire che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

Non sono stabilite le conseguenze in caso di mancato esercizio dell'accesso nel termine legale di dieci giorni.

Si pone perciò la questione se si verifichi una decadenza dall'accesso, o se invece l'accesso possa essere esercitato nei modi ordinari, mediante istanza e relativo provvedimento di ammissione.

Si pone anche l'ulteriore questione se la decadenza dall'accesso precluda la proposizione di motivi aggiunti di ricorso.

Secondo un'impostazione radicale, il termine per l'esercizio dell'accesso è imposto a pena di decadenza, con la conseguenza che decorso il medesimo l'accesso non può essere più esercitato e restano definitivamente preclusi i motivi aggiunti di ricorso.

Tale soluzione però non ha puntuali appigli nel dato esegetico, e della legge delega e del decreto delegato.

Peraltro, accogliere la tesi che decorso il termine legale, l'accesso può essere esercitato nei modi ordinari, significa vanificare l'impianto normativo, che ha inteso dettare una disciplina speciale dell'accesso rispetto a quella ordinaria, ed escludente l'applicazione di quella ordinaria.

Sicché, è da ritenere che scaduto il termine legale di dieci giorni, l'accesso non può essere esercitato nei modi ordinari.

Residua, però, la possibilità di ottenere l'esibizione degli atti nel corso del giudizio, sollecitando un ordine del giudice.

Eventuali motivi aggiunti potranno perciò essere proposti dopo l'esibizione degli atti in giudizio, ma in tal caso, ove l'annullamento degli atti di gara consegua all'accoglimento di motivi aggiunti proposti dopo il deposito degli atti in giudizio, il giudice dovrà tener conto della condotta della parte che non ha esercitato l'accesso nel termine di legge, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c.

Si indicano di seguito gli adempimenti e cautele cui sono tenute le stazioni appaltanti in relazione alla nuova disciplina dell'accesso.

a) Le stazioni appaltanti, nelle comunicazioni degli atti, devono indicare anche se ci sono atti ad accesso vietato o differito;

b) Le stazioni appaltanti, nelle comunicazioni degli atti, devono indicare l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari.

c) Le stazioni appaltanti devono comunque garantire che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

d) Le stazioni appaltanti non sono tenute a consentire l'accesso *ex lege* decorsi i dieci giorni; potranno pertanto esigere una richiesta di accesso nei modi ordinari; nel dubbio se vi sia o meno decadenza dall'accesso dopo i dieci giorni, è opportuno consentirlo, esigendo però una richiesta formale su cui provvedere con atto formale (di accoglimento, rigetto, differimento, secondo le norme ordinarie).

8. Il precontenzioso: l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

8.1. La direttiva ricorsi e la scelta della legge delega.

La direttiva ricorsi lascia alla scelta degli Stati membri la possibilità di prevedere strumenti precontenziosi, quali il ricorso amministrativo ovvero l'informativa preventiva sull'intento di proporre ricorso giurisdizionale.

La legge delega non ha introdotto il ricorso amministrativo, imponendo al legislatore delegato il recepimento solo dell'art. 1, par. 4, direttiva 89/665/CEE e dell'art. 1, par. 4, direttiva 92/13/CEE, prescrivendo che il delegato preveda che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela.

L'astratta soluzione di prevedere un previo o alternativo ricorso amministrativo, ipotizzata dalla direttiva comunitaria, in Italia avrebbe incontrato svariati ostacoli.

Infatti, in una logica di accelerazione, il ricorso amministrativo dovrebbe essere alternativo a quello giurisdizionale, ma ad un ricorso amministrativo del tutto alternativo a quello giurisdizionale ostano l'art. 24 e l'art. 113, Cost., che sanciscono il diritto di azione e l'impugnabilità in sede giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi.

Vero è che esiste, in Italia, il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, alternativo a quello giurisdizionale, ma in esso:

- a) da un lato l'alternatività può essere vanificata dalla scelta dei controinteressati di chiederne la trasposizione in sede giurisdizionale;
- b) i tempi di tale ricorso non garantiscono la celere definizione della lite, voluta dal diritto comunitario.

Si sarebbe allora dovuto prevedere il ricorso amministrativo come condizione di promuovibilità del ricorso giurisdizionale, alla stessa stregua della strutturazione del ricorso gerarchico prima della riforma del processo amministrativo del 1971.

Ma in tal modo, si sarebbero allungati i tempi della tutela, e soprattutto i termini dilatori per la stipulazione del contratto, posto che secondo la direttiva i termini dilatori si applicano anche in relazione alla proposizione di un ricorso amministrativo.

Inoltre, si poneva il problema dell'individuazione dell'organo cui affidare la definizione del ricorso amministrativo, posto che la direttiva vuole che detto organo sia "indipendente" dalla stazione appaltante.

Pertanto non si poteva ipotizzare un ricorso in opposizione proposto alla stessa stazione appaltante.

In astratto, si poteva ipotizzare un previo ricorso amministrativo davanti all'Autorità di vigilanza, sulla falsariga del vigente meccanismo di precontenzioso, ma tale soluzione, ancorché in astratto praticabile, è stata accantonata per evitare l'allungamento dei termini dilatori per la stipula del contratto.

Si poneva poi l'ulteriore questione se, una volta previsto il previo ricorso amministrativo, potessero essere in sede giurisdizionale proposti motivi diversi, o se invece i motivi articolati in sede amministrativa erano vincolanti anche in sede giurisdizionale.

Comunque, il legislatore ha optato per la sola tutela giurisdizionale, arrivando anche a vietare il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica in tale materia.

E' stata perciò introdotta solo l'informativa preventiva, volta a sollecitare l'esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante.

Rispetto all'ordinaria autotutela, che è discrezionale quanto all'iniziativa, anche quando sollecitata dal privato interessato, nel caso in esame a fronte della informativa la stazione appaltante ha obbligo, e non mera facoltà, di esaminare l'informativa, anche se l'avvio del procedimento di autotutela resta discrezionale.

8.2. Finalità, oggetto e ambito dell'informativa preventiva.

Secondo l'espressa formulazione della norma, l'informativa sortisce l'effetto di sollecitare l'esercizio dei poteri di autotutela da parte della stazione appaltante.

Emerge, dunque, una chiara finalità deflattiva dell'informativa, in quanto l'amministrazione, resa edotta di possibili o probabili vizi dei propri atti, può emendarli così evitando un contenzioso giudiziario.

Ma l'informativa ha altri effetti ovvi e indiretti, che la norma non ha ritenuto necessario esplicitare; una tempestiva conoscenza di un'imminente impugnativa consente alla stazione appaltante anche di predisporre tempestivamente le proprie difese, e anche di compiere valutazioni di opportunità in ordine ad un differimento della stipulazione del contratto e, più in generale, in ordine ad una sospensione del procedimento in corso.

L'informativa preventiva ha per oggetto l'indicazione della presunta violazione e la comunicazione dell'intento di proporre un ricorso giurisdizionale: da un lato si enuncia un dato oggettivo, la presunta violazione, e dall'altro lato si enuncia un intento soggettivo, quello di impugnare.

Quanto al suo ambito, essa si riferisce non a qualsivoglia contenzioso in materia di pubblici appalti, ma al solo contenzioso sulle procedure di affidamento, che è quello attribuito alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo dall'art. 244, co. 1, codice.

Infatti per delimitare l'ambito dell'informativa, l'art. 243-bis, codice, introdotto dalla novella, si riferisce alle materie di cui all'art. 244, co. 1, codice.

Si tratta comunque di un ambito esteso, in cui rientrano tutte le procedure di affidamento, sopra e sotto soglia comunitaria, nei settori ordinari o speciali, e ivi compresi i casi in cui si contesti il mancato utilizzo di una procedura di evidenza pubblica, perché si è fatto ricorso a una trattativa privata.

Non è necessaria la qualità di partecipante o concorrente alla gara di appalto, in quanto la disposizione si riferisce a qualsivoglia soggetto che intende proporre ricorso: anche, ad es., il soggetto non invitato a una procedura ristretta, o il soggetto che intende contestare un affidamento a trattativa privata o in economia.

8.3. Doverosità dell'informativa e conseguenze della sua omissione.

L'informativa è prevista come doverosa da parte del candidato o concorrente che intende proporre un ricorso giurisdizionale.

Tuttavia l'omissione dell'informativa non va incontro a sanzioni dirette, e, in particolare, non vi è decadenza alcuna in ordine al successivo ricorso giurisdizionale, né l'informativa costituisce condizione di promuovibilità o procedibilità del ricorso medesimo.

Vi è una sanzione solo indiretta, in quanto l'omessa informativa costituisce comportamento valutabile dal giudice, nel successivo giudizio, al fine della pronuncia sulle spese e ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Se il ricorso giurisdizionale è infondato, ne conseguirà una maggiore severità nella imputazione e nella misura delle spese di lite.

Se il ricorso giurisdizionale è fondato, se il giudice valuta che la tempestiva informativa avrebbe consentito l'autotutela e evitato il giudizio, potrebbe compensare le spese di lite, o condannare il ricorrente vittorioso alle spese per singoli atti, o escludere o limitare il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1227 c.c., per concorso di colpa del danneggiato.

8.4. Forma e contenuto dell'informativa.

L'informativa va fatta mediante comunicazione scritta, che viene sottoscritta dall'interessato o da un suo rappresentante.

L'interessato può anche avvalersi di un difensore.

Essendo comunque l'informativa un atto stragiudiziale, esso è atto della parte, e quindi da un lato l'assistenza del difensore è solo facoltativa, dall'altro lato essa deve essere sottoscritta dalla parte e non può essere sottoscritta dal solo difensore, a meno che a questo non sia conferita specifica rappresentanza sostanziale.

In un caso si consente l'informativa orale, e in particolare se essa è fatta nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara; in tal caso è inserita nel verbale di gara a cura della commissione.

Sul piano contenutistico, l'informativa deve recare una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio.

8.5. Contenuto dell'informativa e successivo ricorso giurisdizionale.

L'indicazione sommaria, fatta nell'informativa, in ordine ai futuri motivi di ricorso, non è in alcun modo condizionante di questi ultimi. E' fatta espressamente salva la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.

8.6. Destinatari dell'informativa e termine finale.

L'informativa può essere presentata fino al momento della notifica del ricorso giurisdizionale da parte dell'autore dell'informativa.

Anche se non è detto espressamente, vi è un ulteriore termine implicito, che coincide con quello massimo per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

Infatti, alla scadenza di quest'ultimo, delle due l'una:

a) o il ricorso giurisdizionale è stato presentato, e in tal caso perde di utilità la fase precontenziosa;

b) o il ricorso giurisdizionale non è stato presentato, e in tal caso il provvedimento amministrativo si consolida, e l'amministrazione non è più tenuta, in base all'art. 243-bis, codice, ad esaminare le istanze di intervento in autotutela.

In entrambi i casi, però, restano fermi gli ordinari strumenti di autotutela.

Quanto ai destinatari, l'informativa ha per destinatario il responsabile del procedimento.

Tuttavia, si consente di presentare l'informativa anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara; in tal caso la commissione la inserisce nel verbale di gara e la comunica immediatamente al r.u.p., che rimane l'unico destinatario di essa.

8.7. Effetti sostanziali e processuali dell'informativa.

L'informativa non impedisce né l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine di ricorso giurisdizionale, né incide sul decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

L'unico effetto che sortisce è quello di attivare, da parte della stazione appaltante, l'esame doveroso dell'informativa.

8.8. Attività della stazione appaltante.

L'art. 243-bis, codice, assegna alla stazione appaltante un termine complessivo di quindici giorni per pronunciarsi sull'informativa, e per stabilire se intervenire o meno in autotutela.

L'inerzia della stazione appaltante è per legge equiparata al diniego di autotutela. La qualificazione dell'inerzia in termini di atto con valore legale tipico di diniego fa escludere che avverso l'inerzia possa essere attivato il rimedio del ricorso avverso il silenzio-inadempimento.

Ciascuna stazione appaltante dovrà distribuire tale termine tra il r.u.p. e l'organo che ha la rappresentanza esterna della stazione appaltante.

Quanto alle possibili alternative che si aprono alla stazione appaltante esse sono:

a) il non luogo a provvedere, se ritiene che l'istanza sia infondata;

b) l'avvio e ove possibile la conclusione del procedimento di autotutela, se ritiene che l'istanza sia fondata.

Quanto all'avvio dell'autotutela, va anzitutto osservato che il procedimento di autotutela è disciplinato dalla l. n. 241/1990, quanto all'annullamento d'ufficio, e che il procedimento può in concreto essere più o meno complesso, a seconda del tipo di provvedimento e del tipo di vizio, nonché dell'esistenza di controinteressati.

Si tratta infatti di verificare se l'informativa denuncia illegittimità di un bando, di un'esclusione, di un'altrui ammissione, dell'aggiudicazione.

Il procedimento di annullamento di ufficio implica che:

- 1) si dia avviso a tutti gli interessati;
- 2) si acquisiscano i pareri acquisiti sull'atto del cui annullamento si tratta;
- 3) vi sia un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento.

Il terzo elemento è *in re ipsa*, nel caso di specie, dato il breve lasso temporale che intercorre tra adozione dell'atto e presentazione dell'informativa preventiva, mentre il primo implica un'attenta individuazione dei possibili controinteressati.

8.9. Inerzia della stazione appaltante.

L'inerzia della stazione appaltante subisce, al pari dell'omessa informativa, una sanzione indiretta, nel senso che può essere valutata dal giudice al fine delle spese e ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Se il ricorso è infondato, l'inerzia acquista rilievo non ai sensi dell'art. 1227 c.c., ma solo ai fini delle spese di giudizio, che potrebbero essere compensate se il giudice valuta che una tempestiva risposta dell'amministrazione avrebbe evitato il giudizio.

Se il ricorso è fondato, l'inerzia acquista rilievo sia ai fini della condanna della p.a. alle spese, sia ai fini del risarcimento del danno.

8.10. Regime processuale degli atti della stazione appaltante in ordine all'informativa.

Se la stazione appaltante adotta un provvedimento in autotutela, esso è impugnabile dagli interessati. Sono tali, ordinariamente coloro che hanno una posizione antitetica a quella di chi ha chiesto l'intervento in autotutela, ad. es. l'aggiudicatario la cui aggiudicazione viene annullata in autotutela. Ma interessato potrebbe anche essere chi ha sollecitato l'autotutela, se l'atto adottato in autotutela non è pienamente soddisfacente: ad es. annullamento di un'ammissione in autotutela, per difetto di un documento, con contestuale rimessione in termini per presentare il documento.

Se la stazione appaltante dispone il non luogo a provvedere, ovvero rimane inerte, il diniego o il silenzio non sono impugnabili autonomamente.

E dunque neppure vi è un onere di impugnazione, né l'omessa impugnazione di essi rende improcedibile il ricorso avverso l'atto principale.

Il diniego e il silenzio possono essere contestati congiuntamente all'atto cui si riferiscono, o anche con motivi aggiunti.

Nella versione originaria dell'art. 243-*bis*, era stato previsto per i motivi aggiunti un termine di quindici giorni.

Giova osservare che nel nuovo rito processuale sui pubblici appalti, il termine per il ricorso giurisdizionale è di trenta giorni.

I motivi aggiunti sono obbligatori e non meramente facoltativi, e quanto ai relativi termini, nella versione dell'art. 245, codice appalti, introdotta dal d.lgs. n. 53/2010, era fissato un termine di trenta giorni per i motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati, e di quindici giorni per i motivi aggiunti avverso gli stessi atti già impugnati.

A rigore, pertanto, per impugnare con motivi aggiunti il diniego di autotutela o l'inerzia sull'informativa, essendo atti diversi da quello cui si riferiscono, applicando la regola generale, la parte avrebbe avuto a disposizione trenta giorni.

Questo termine era sembrato eccessivo, perché si traduce in un allungamento del termine di ricorso giurisdizionale, per cui in deroga alla regola generale era stato assegnato un termine di quindici giorni per i motivi aggiunti, ancorché essi si rivolgono avverso atti diversi.

Il c.p.a., tuttavia, ha riportato a trenta giorni il termine per tutti i motivi aggiunti, sia contro i medesimi atti che contro atti diversi (art. 120, d.lgs. n. 104/2010, in cui è stato trasferito l'art. 245, codice appalti), e conseguentemente è stato anche novellato l'art. 243-*bis*, co. 6, codice appalti, che ora dispone che il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti (art. 3, co. 19, dell'allegato 4 al c.p.a.).

Sicché il termine per impugnare il diniego espresso o tacito di autotutela con motivi aggiunti è, dal 16 settembre 2010 in poi, di trenta giorni.

8.11. Provvedimento di autotutela successivo alla proposizione del ricorso.

Il termine di quindici giorni assegnato alla stazione appaltante va inteso come un termine entro cui la stazione appaltante può, alternativamente:

- a) disporre il non luogo a provvedere;
- b) avviare il procedimento di autotutela.

Se la stazione appaltante opta per l'avvio dell'autotutela, non è però tenuta a concludere il procedimento entro i detti quindici giorni.

Può pertanto verificarsi che il provvedimento di autotutela sopraggiunga quando il processo è stato già instaurato.

Si verificano in tal caso, in ordine al processo, le ordinarie conseguenze che determina il provvedimento sopravvenuto, in ordine alla improcedibilità, o cessazione della materia del contendere, o proponibilità di motivi aggiunti.

8.12. La sorte del precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza.

Nonostante l'introduzione del nuovo istituto in commento, è rimasto in vita il meccanismo del precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza (art. 6, codice appalti).

Esso dovrà essere riorganizzato, per consentire che si svolga in tempi compatibili con il mutato termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, ridotto da sessanta a trenta giorni.

Si può ipotizzare che il precontenzioso davanti all'Autorità, se riguarda l'aggiudicazione, si venga a collocare dopo l'aggiudicazione provvisoria e prima di quella definitiva, atteso che tra le due intercorre un certo lasso temporale utilmente impiegabile, ove si consideri che solo la seconda e non anche la prima formano oggetto di impugnazione in sede giurisdizionale.

Un'altra ipotesi potrebbe essere l'inserimento del parere dell'Autorità in sede di precontenzioso all'interno del nuovo procedimento, come ausilio alla stazione appaltante per valutare se intervenire o meno in sede di autotutela.

Invero, nulla impedisce alla stazione appaltante, nell'ambito del nuovo procedimento, di acquisire pareri, e segnatamente quello dell'Autorità di vigilanza.

8.13. Disciplina transitoria.

Non essendo stato dettato uno specifico regime transitorio, opera il principio *tempus regit actum*, in virtù del quale ciascun atto del procedimento è retto dalla legge in vigore al momento della sua adozione.

Pertanto, l'istituto dell'informativa trova applicazione non solo alle procedure di affidamento i cui bandi, avvisi o inviti siano successivi all'entrata in vigore del decreto delegato, ma anche alle procedure avviate anteriormente, e per le quali siano ancora in corso i termini di impugnazione dell'aggiudicazione.

9. La giurisdizione.

9.1. Evoluzione storica e fonti normative.

Tendenzialmente, le controversie sui pubblici appalti, fino alla l. n. 205/2000 e al d.lgs. n. 80/1998, erano state ripartite tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il generale criterio di riparto tra le due giurisdizioni basato sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Occorreva però stabilire quando si fosse in presenza di diritti soggettivi e quando di interessi legittimi^{5[5]}.

In materia di appalti pubblici, si partiva dalla considerazione, confermata dall'art. 6, l. n. 205/2000 (in prosieguo riprodotto nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006 e poi dall'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.), che il contratto, una volta stipulato, ha natura di atto negoziale, retto dalle regole del diritto civile, in cui la pubblica amministrazione opera in posizione di parità con il contraente privato: pertanto, le posizioni delle parti dopo la stipulazione del contratto, e inerenti all'esecuzione dello stesso, hanno, di regola, consistenza di diritti soggettivi, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

La fase che precede la stipulazione del contratto, volta alla scelta del contraente privato, è, invece, sorretta dalla c.d. evidenza pubblica, cioè dall'insieme di regole procedurali pubblicistiche volte a individuare il contraente privato attraverso il meccanismo della gara, che mira a rendere la scelta dell'amministrazione rispettosa dei principi di trasparenza, concorrenza, *par condicio*.

Nella fase dell'evidenza pubblica, retta da norme pubblicistiche, e in cui l'amministrazione opera come pubblica autorità, e non *iure privatorum*, le situazioni soggettive dei privati interessati hanno natura di interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo^{6[6]}.

Su tale quadro elaborato dalla giurisprudenza, si è innestato dapprima l'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, e successivamente l'art. 6, l. n. 205/2000 (poi trasfuso nell'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, e in prosieguo ulteriore nell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.).

L'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, stabiliva che <<sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi>>, tra cui, <<in particolare, quelle:

d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale>>.

A sua volta l'art. 6, l. n. 205/2000 ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale (art. 6, co. 1, l. n. 205/2000)^{7[7]}.

La norma è stata trasfusa in un primo momento nell'art. 244 del codice dei contratti pubblici, che affida al giudice amministrativo anche le cause risarcitorie inerenti le procedure di affidamento, nonché il contenzioso sulla revisione prezzi.

In prosieguo, il contenuto dell'art. 244 è stato trasferito nel codice del processo amministrativo (art. 133, co. 1, lett. e), d.lgs. n. 104/2010, o c.p.a.), con effetto dal 16 settembre 2010, e nell'art. 244 del codice dei contratti pubblici è stata introdotta una norma di coordinamento e rinvio del seguente tenore: "il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici."

Il carattere <<esclusivo>> della giurisdizione del giudice amministrativo comporta che le procedure di affidamento spettano a detto giudice a prescindere dalla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, e la giurisdizione del giudice amministrativo sussiste pure nel caso in cui si verta in tema di diritti soggettivi^{8[8]}, e, segnatamente, di controversie risarcitorie inerenti la fase di affidamento dei lavori, servizi, forniture.

Rispetto all'art. 33, d.lgs. n. 80/1998, l'art. 6, l. n. 205/2000 e ora l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244 codice degli appalti), hanno un ambito applicativo più esteso sotto molteplici profili:

- l'art. 33, secondo l'interpretazione che è prevalsa e che appare preferibile, prevedeva la giurisdizione esclusiva solo sugli appalti <<strumentali>> ai pubblici servizi, e dunque non sulla totalità dei pubblici appalti^{9[9]}; invece l'art. 6 si riferisce a tutte le procedure di affidamento, e non solo agli appalti strumentali ai servizi pubblici^{10[10]};

- l'art. 33 si riferiva solo alle procedure di affidamento <<di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture>>, mentre l'art. 6 si riferisce alle <<procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture>>, e dunque non solo agli appalti, ma ad ogni sistema di affidamento, ivi compresi concessioni, *project financing*^{11[11]}, *general contractor*;

- l'art. 6 si riferisce pure alle procedure di scelta del socio, oltre che a quelle di scelta del contraente.

9.2. Ambito oggettivo e soggettivo della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento.

L'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006) (come già l'art. 6, l. n. 205/2000), prevede la giurisdizione esclusiva ancorandola a nozioni di diritto amministrativo sostanziale, sia di carattere oggettivo che di carattere soggettivo.

La giurisdizione esclusiva sussiste solo se concorrono i presupposti oggettivi e soggettivi, vale a dire solo se, cumulativamente:

- vi sia una procedura di affidamento di lavori, servizi o forniture, o di scelta del socio;

- la procedura di affidamento o di scelta del socio sia posta in essere da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, al rispetto del diritto comunitario, o delle procedure di evidenza pubblica delineate dal diritto interno, nazionale o regionale.

L'art. 6 sembra dare prevalenza, al fine della scelta di giurisdizione, ai requisiti soggettivi e, in particolare, all'esistenza di un soggetto che sia obbligato al rispetto delle procedure di evidenza pubblica, piuttosto che al requisito oggettivo dell'essere stata in concreto posta in essere una procedura di evidenza pubblica.

Ne risulta indirettamente confermata la natura <<neutra>> del procedimento di evidenza pubblica, che si connota solo in virtù della natura del soggetto che lo pone in essere.

Sotto il profilo soggettivo, vengono in considerazione le procedure di affidamento poste in essere dai soggetti tenuti al rispetto del d.lgs. n. 163/2006, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, vale a dire le categorie rientranti nelle nozioni di stazioni appaltanti, amministrazioni aggiudicatrici, soggetti aggiudicatori, enti aggiudicatori.

Si tratta non solo di soggetti pubblici o ad essi equiparabili (p.es. l'organismo di diritto pubblico), ma anche, a determinate condizioni o entro certi limiti, di soggetti formalmente privati (società pubbliche) o sostanzialmente privati (concessionari, privati che eseguono opere o servizi con finanziamento pubblico superiore al 50%; privati che eseguono opere di urbanizzazione a scomputo; imprese pubbliche, soggetti che fruiscono di diritti speciali o esclusivi).

Sotto il profilo soggettivo, pertanto, la giurisdizione esclusiva dell'art. 6 va delineata tenendo conto delle norme sostanziali, comunitarie e interne (v. art. 32, codice dei contratti pubblici). Sono tali norme che indicano quali sono i soggetti che, nella scelta del contraente o del socio, sono tenuti al rispetto della normativa comunitaria, ovvero al rispetto delle norme interne che delineano procedimenti di evidenza pubblica.

Correttamente, l'art. 6 non richiede che necessariamente il soggetto che pone in essere le procedure di affidamento/scelta sia un soggetto pubblico.

Infatti, in base alle norme sostanziali, comunitarie e interne, anche taluni soggetti, formalmente privati, o sostanzialmente privati, sono tenuti al rispetto di procedure di evidenza pubblica.

Sotto il profilo oggettivo, viene usata l'ampia locuzione di <<procedure di affidamento>>, relative a <<lavori, servizi, forniture>>.

Sicché, sul versante oggettivo, la giurisdizione esclusiva sussiste in relazione a procedimenti di affidamento, finalizzati a lavori, servizi, forniture: nozioni, tutte, che vanno desunte dal vigente diritto dei contratti pubblici.

Va evidenziato come la formulazione letterale della norma usi espressioni molto ampie, che estendono l'ambito della giurisdizione esclusiva ben al di là del tradizionale settore degli <<appalti della pubblica amministrazione>>.

Basti pensare, sotto il profilo oggettivo, ai tipi contrattuali diversi dal tradizionale appalto, quali la concessione, la concessione di costruzione e gestione, l'affidamento a promotore (c.d. finanza di progetto o *project financing*), o a società di progetto, o a *general contractor*, o a locatore finanziario, la sponsorizzazione.

Quanto alle procedure di affidamento, vengono in considerazione la procedura aperta, quella ristretta, quella negoziata previo bando e senza bando, il dialogo competitivo, l'asta elettronica, il sistema dinamico di acquisizione, l'accordo quadro, il cottimo fiduciario, le residue trattative private pure sotto soglia.

La giurisdizione esclusiva riguarda tutti i settori dei pubblici contratti c.d. passivi, vale a dire:

- lavori;
- servizi;
- forniture (art. 3, d.lgs. n. 163/2006);
- appalti misti (art. 14, d.lgs. n. 163/2006);
- servizi di progettazione (rientranti nel *genus* appalti di servizi) (artt. 90 e ss., d.lgs. n. 163/2006);
- lavori, servizi, forniture nei settori esclusi (art. 206 ss. d.lgs. n. 163/2006, già d.lgs. n. 158/1995);
- lavori e gestione in relazione ad infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale (artt. 161 ss. d.lgs. n. 163/2006, già d.lgs. n. 190/2002);
- appalti di lavori pubblici concernenti beni culturali (art. 197 ss., d.lgs. n. 163/2006, già d.lgs. n. 30/2004).

Per quanto riguarda i servizi, posto che l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006) si riferisce alle procedure di affidamento, e ai servizi, senza utilizzare l'espressione <<appalto>>, la giurisdizione esclusiva si estende all'affidamento delle concessioni di servizi pubblici^{12[12]}.

In relazione ai servizi di progettazione, giova osservare che si ha appalto, soggetto alla giurisdizione di cui all'art. 6, se si rientra nei presupposti di applicazione di cui all'art. 91, d.lgs. n. 163/2006, vale a dire laddove vi è una procedura amministrativa finalizzata alla scelta del progettista^{13[13]}.

Invece, il semplice contratto d'opera professionale stipulato da una pubblica amministrazione, esula dall'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006)^{14[14]}.

L'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006) non distingue tra appalti sopra e sotto soglia comunitaria, tutti indistintamente attratti alla giurisdizione esclusiva^{15[15]}. Tuttavia, intanto trova applicazione l'art. 244 e la relativa regola di giurisdizione esclusiva, in quanto i soggetti siano obbligati, o dal diritto comunitario, o dal diritto interno, al rispetto di procedure di evidenza pubblica^{16[16]}.

La soluzione appare coerente con la scelta operata dal codice, di dettare regole unitarie per gli appalti indipendentemente dal limite valoristico comunitario; sarebbe stata infatti di difficile comprensibilità, sul piano della ragionevolezza e della costituzionalità, l'opposta soluzione che, a parità di regole di evidenza e di interessi da tutelare, discriminasse gli appalti interni escludendoli dalle nuove regole in punto di risarcimento e concentrazione giurisdizionale.

Giova, infatti, rilevare che, diversamente dalle direttive comunitarie, volte, come noto, a diversificare il regime giuridico degli appalti -tanto di lavori, quanto di forniture e servizi- in considerazione di determinate soglie applicative individuate dalle stesse fonti normative di livello europeo sulla base degli importi da aggiudicare -, il codice detta una disciplina uniforme per i contratti sotto e sopra soglia.

9.3. Ipotesi problematiche in ordine alla giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento.

Nell'esegesi dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006 e già art. 6, l. n. 205/2000), vanno esaminate alcune questioni problematiche in ordine al riparto di giurisdizione, che attengono:

agli appalti sotto soglia;

alla responsabilità precontrattuale;

alla fase di esecuzione del contratto e, segnatamente, a questioni che si collocano momenti a cavallo tra l'affidamento e l'esecuzione, quali: la sorte del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione; i provvedimenti di autotutela; la revisione prezzi;

alle società miste e in *house*.

9.4. Gli appalti sotto soglia.

L'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), come già l'art. 6, l. n. 205/2000, prescindono dall'essere l'appalto sopra o sotto soglia comunitaria, al fine della giurisdizione.

Tuttavia, ancorano la giurisdizione all'essere il soggetto <<comunque tenuto>> al rispetto di procedure di evidenza pubblica.

Tale formulazione ha fatto sorgere la questione della sussistenza o meno della giurisdizione amministrativa, in relazione ad appalti sotto soglia dove non vi fosse un obbligo legale di seguire procedure di evidenza pubblica.

E si è posta l'ulteriore questione se si potesse radicare la giurisdizione quando un soggetto, non obbligato da fonte eteronoma a seguire procedure di evidenza pubblica, le avesse in fatto seguite in via di autolimitazione.

Prima del codice appalti, invero, la questione si è posta con riguardo all'ipotesi di:

forniture sotto soglia delle aziende sanitarie, esentate dalle procedure di evidenza pubblica;

servizi e forniture sotto soglia di organismi di diritto pubblico, categoria soggettiva che prima del codice non era stata estesa a servizi e forniture sotto soglia.

Si era delineato un contrasto, tra la tesi secondo cui in siffatte ipotesi, atteso che l'autolimitazione al rispetto di procedure di evidenza pubblica riguarda comunque un soggetto pubblico, l'autolimitazione è idonea a radicare la giurisdizione del g.a.^{17[17]}, e la tesi secondo cui l'autolimitazione è inadeguata a incidere sul riparto di giurisdizione^{18[18]}, soprattutto se promana da soggetto privato^{19[19]}.

La tesi che sembra più corretta è che l'autolimitazione al rispetto di procedure di evidenza pubblica, se promana da un soggetto pubblico, è idonea a dar vita ad una procedimentalizzazione fonte di interessi legittimi, con conseguente giurisdizione amministrativa (tale tesi fu negli anni '50 seguita per radicare la giurisdizione amministrativa sulle trattative private procedimentalizzate in via di autolimitazione dalle pubbliche amministrazioni).

Inoltre non va tralasciato che sotto soglia, anche se non ci sono procedure formali di evidenza pubblica, sussiste comunque l'obbligo di rispetto dei principi del Trattato, che si traduce in un minimo di procedimentalizzazione, idoneo a radicare la giurisdizione amministrativa.

I casi specifici esaminati dalla giurisprudenza prima del codice devono ora ritenersi superati alla luce del codice che:

- ha eliminato la trattativa privata pura per gli appalti delle a.s.l.;
- ha introdotto la nozione di organismo pubblico anche per servizi e forniture sotto soglia;
- ha reso chiara la necessità di procedure di evidenza pubblica anche per servizi e forniture sotto soglia;
- rende applicabile le norme processuali della parte V anche agli appalti sotto soglia^{20[20]}.

La questione può tuttavia ancora porsi per i contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice, e per i residui casi di trattativa privata pura (p. es. affidamenti in economia di lavori sotto i 40.000 euro e di servizi e forniture sotto i 20.000 euro).

In tali fattispecie, la necessità del rispetto dei principi del Trattato si traduce in una procedimentalizzazione minima, vale a dire in una procedura di evidenza pubblica ancorché snella e rudimentale, che a nostro avviso radica la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006),

Siffatta soluzione non è invece estensibile all'ipotesi in cui un soggetto privato, non tenuto al rispetto delle regole e dei principi di evidenza pubblica, in via di autolimitazione adotti una procedura di scelta del contraente retta dal diritto pubblico^{21[21]}.

Giova infine ricordare un'originale ricostruzione secondo cui se una pubblica amministrazione, in via di autolimitazione, decide di seguire una procedura di evidenza pubblica, pur non essendovi obbligata dal diritto comunitario o nazionale, il relativo contenzioso non rientra né nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento, né nella giurisdizione del giudice ordinario, bensì nella giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo. Infatti l'aggiudicazione, che è atto amministrativo, interviene a seguito di un procedimento amministrativo autoritativo; secondo tale ricostruzione, inoltre, anche negli appalti sotto soglia, il rispetto dei principi del Trattato impone il rispetto di procedure di evidenza pubblica, ancorché non disciplinate in dettaglio dalla legge, ma dettagliabili in via di autolimitazione da parte delle stazioni appaltanti^{22[22]}.

Un'altra pronuncia, con riferimento ad un contratto di comodato di importo modesto, ha ritenuto che le procedure di evidenza pubblica applicate in via di autolimitazione (da parte di un soggetto operante nei settori speciali), non fossero idonee a radicare la giurisdizione del g.a.^{23[23]}.

9.5. La responsabilità precontrattuale.

Mentre altre norme attributive di giurisdizione esclusiva al giudice amministrativo fanno riferimento a <<provvedimenti, atti e comportamenti>> (così l'art. 34, d.lgs. n. 80/1998, in tema di urbanistica ed edilizia; l'art. 53, d.P.R. n. 327/2000, in tema di espropriazioni immobiliari), l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), sul piano letterale sembra riferirsi solo agli atti e provvedimenti, dato l'uso dell'espressione <<procedure di affidamento>>.

Peraltro, la norma parla di <<tutte le controversie>> relative a <<procedure di affidamento>>, <<ivi incluse quelle risarcitorie>>.

Il riferimento a <<tutte le controversie>> e l'inclusione di quelle <<risarcitorie>>, induce a interpretare in senso ampio l'espressione, come comprensiva anche dei comportamenti non provvedimentali posti in essere nel corso della procedura di affidamento.

Si pensi a:

silenzi;

ritardi;

rifiuti taciti;

comportamenti scorretti nella fase delle trattative, che sono fonte di responsabilità precontrattuale anche a prescindere dall'adozione di atti illegittimi^{24[24]}.

Sicché, anche su tali comportamenti, e sulle relative conseguenze risarcitorie, sussiste la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006).

A tale soluzione si può pervenire anche considerando che a norma dell'art. 7, co. 3, l. Tar, il giudice amministrativo <<nell'ambito della sua giurisdizione, conosce anche di tutte le questioni relative all'eventuale risarcimento del danno>>.

Tale soluzione deve essere mantenuta ferma anche dopo la pronuncia della Corte cost. n. 204/2004^{25[25]}, che ha toccato gli artt. 33 e 34, d.lgs. n. 80 del 1998, ma la cui portata sistematica può avere riflessi anche in relazione all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006). Tale pronuncia ha escluso che la giurisdizione esclusiva possa estendersi a comportamenti meri della pubblica amministrazione, non connessi all'esercizio di un pubblico potere.

Ma i comportamenti sopra enunciati, che possono essere posti in essere durante le procedure di affidamento (silenzi, rifiuti taciti, ritardi, condotte scorrette durante le trattative) appaiono pur sempre direttamente correlati all'esercizio dei pubblici poteri nelle procedure di affidamento^{26[26]}. Sicché si deve concludere che permane la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, anche dopo Corte cost. n. 204 del 2004.

In tal senso militano due pronunce della plenaria, da cui si desume che anche dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 204 del 2004, permane la giurisdizione del giudice amministrativo sul risarcimento dei danni da <<comportamenti>> tenuti nella fase precontrattuale, in quanto non si tratta di meri comportamenti materiali, ma pur sempre

comportamenti connessi all'esercizio di pubbliche funzioni^{27[27]}, e perché la giurisdizione esclusiva sui pubblici appalti abbraccia anche i comportamenti^{28[28]}.

Anche la Corte di Cassazione a sezioni unite ha ritenuto che nelle materie in cui il giudice amministrativo ha giurisdizione, i suoi poteri si estendono alle controversie risarcitorie, senza che sia possibile il doppio binario, che è in contrasto con le esigenze di concentrazione processuale e con i *dicta* di Corte cost. n. 204 del 2004^{29[29]}.

Il codice dei contratti pubblici codifica tale soluzione, includendo espressamente le controversie risarcitorie inerenti le procedure di affidamento nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo.

Si pone l'ulteriore questione se la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle procedure di affidamento abbracci pure le azioni a titolo di responsabilità precontrattuale proposte dalle amministrazioni pubbliche nei confronti delle controparti private, per condotte scorrette nella fase delle trattative contrattuali.

Ricorrono i due presupposti necessari per affermare la sussistenza della giurisdizione amministrativa:

a) da un lato la copertura di una <<giurisdizione esclusiva>> su tutta la procedura di affidamento dei contratti pubblici, che secondo il codice dei contratti pubblici si estende sino alla stipulazione del contratto (art. 11, d.lgs. n. 163/2006), e dunque sulla relativa fase di trattative contrattuali: giurisdizione esclusiva che implica la cognizione non dei soli atti amministrativi, ma anche dei rapporti tra le parti in tale fase;

b) dall'altro lato la connessione di siffatta azione con l'esercizio del potere amministrativo inerente l'aggiudicazione e stipulazione di un pubblico appalto.

Se la giurisdizione esclusiva abbraccia il rapporto tra p.a. e privato, essa non può essere unidirezionale e perciò riferita esclusivamente alle azioni del privato nei confronti della p.a., ma deve necessariamente essere bidirezionale ed estesa anche alle azioni della p.a. nei confronti del privato, che siano, come nella specie, conseguenza immediata e diretta delle prime.

La giurisprudenza ha già affermato che la giurisdizione esclusiva (segnatamente quella in materia di concessioni ex art. 5, l. Tar e quella in materia di accordi di diritto pubblico ex l. n. 241/1990) abbraccia non solo le azioni del privato nei confronti della p.a., ma anche le azioni di responsabilità promosse dalla p.a. nei confronti del privato^{30[30]}.

Milita in favore di tale soluzione anche il principio di concentrazione delle tutele, da ultimo espressamente codificato nell'art. 44, l. n. 69/2009.

Diversamente ragionando, in casi di azione di responsabilità del privato verso la p.a. e di domanda riconvenzionale di quest'ultima verso il privato, una vicenda unitaria, che postula una cognizione unitaria, verrebbe in modo irrazionale e antieconomico portata alla cognizione di due diversi ordini giurisdizionali, con il rischio di contrastanti giudicati^{31[31]}.

Anche la Corte di cassazione ha affermato che se in una data materia sono proposte due azioni connesse, una rientrante nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, l'altra in astratto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario, la prima azione attrae anche la seconda alla giurisdizione del giudice amministrativo^{32[32]}.

9.6. La fase di esecuzione del contratto.

9.6.a) Il contrasto apparente tra l'art. 244 del codice appalti e l'art. 23-bis, l. Tar, e suo superamento con il nuovo c.p.a.

L'art. 244, co. 1, codice appalti, conferma nella sostanza il criterio tendenziale di riparto di giurisdizione in materia di pubblici appalti, già elaborato dalla precedente giurisprudenza, attribuendo al giudice amministrativo le controversie che insorgono nella fase di scelta del contraente, prima della stipulazione del contratto, e lasciando al giudice ordinario le controversie che insorgono nella fase di esecuzione dell'appalto, dopo la stipulazione dello stesso.

La norma dell'art. 244 del codice (come già il previgente art. 6, l. n. 205/2000) deve ritenersi prevalente sull'apparente difforme previsione di cui all'art. 23-bis, l. Tar, introdotta del pari con la l. n. 205/2000, che sembrerebbe a prima lettura far ritenere che sono state attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo anche le controversie relative all'esecuzione dell'appalto.

Invero, l'art. 23-bis, nel delineare un rito speciale abbreviato che riguarda, tra l'altro, i pubblici appalti, contempla alcuni tipi di controversie tradizionalmente attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario, e, in particolare, le controversie in materia di <<esecuzione>> degli appalti.

Tuttavia si deve escludere che l'art. 23-bis, laddove menziona le controversie sull'esecuzione degli appalti, abbia inteso ulteriormente estendere la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto all'art. 244, co. 1, codice.

Mentre l'art. 244, co. 1, codice, è norma sulla giurisdizione, l'art. 23-bis è norma sul rito, che presuppone, anziché fondare, la giurisdizione amministrativa^{33[33]}: sicché tra le due norme non vi è conflitto, e le questioni di giurisdizione vanno risolte in base alla prima e non in base alla seconda^{34[34]}.

L'art. 23-bis va allora letto nel senso che il rito speciale si applica alle controversie sull'esecuzione degli appalti, se ed in quanto su tali controversie vi sia in ipotesi giurisdizione del giudice amministrativo: il che accade, ove nella fase esecutiva si collochino provvedimenti autoritativi dell'amministrazione.

E' minoritaria la tesi che configura l'art. 23-bis, l. Tar, come norma attributiva di giurisdizione^{35[35]}.

Tale contrasto risulta risolto dal c.p.a., che negli artt. 119 e 120, relativi al rito speciale per gli appalti, fa riferimento alle procedure di affidamento, non menzionando l'esecuzione.

9.6.b) Le controversie in fase esecutiva come controversie su diritti soggettivi.

L'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative alla fase di esecuzione dell'appalto si fonda sulla considerazione che tali liti incidono su diritti soggettivi^{36[36]}.

In tal senso è la consolidata giurisprudenza della Cassazione: <<è affermazione ormai ricorrente nella giurisprudenza di questo giudice di legittimità (...), secondo l'orientamento ribadito anche successivamente alla sentenza della Corte costituzionale n. 204/2004, che gli artt. 6 e 7, l. n. 205/2000, che attribuiscono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative alle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, hanno riguardo alla sola fase pubblicistica dell'appalto, in esso compresi i provvedimenti di non ammissione alla gara o di esclusione dalla stessa, e non si riferiscono, invece, alla successiva fase relativa all'esecuzione del rapporto, nella quale resta operante la giurisdizione del giudice ordinario quale giudice dei diritti (...). La giurisdizione del giudice ordinario comprende la cognizione delle controversie inerenti ai diritti e agli

obblighi scaturenti dal contratto di appalto, a nulla rilevando in contrario che l'amministrazione si sia avvalsa della facoltà di rescindere o risolvere il rapporto (...) In tali casi, infatti, l'atto rescindente, ancorché consistente in un atto amministrativo, non avendo natura provvedimento, opera nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali (...)^{37[37]}.

Rientrano in particolare nella fase di esecuzione dell'appalto, e dunque nella giurisdizione del giudice ordinario:

- le controversie relative ai pagamenti delle prestazioni oggetto del contratto, e tanto anche nel caso di appalti di progettazione e incarichi di progettazione in genere^{38[38]}.

- le controversie inerenti la risoluzione del contratto conseguente alla perdita della qualificazione S.O.A., con conseguente giurisdizione del giudice ordinario^{39[39]}.

- le controversie relative all'accertamento della durata del rapporto contrattuale^{40[40]}.

Tale soluzione va mantenuta ferma nel vigore dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006).

Dubbi residuano quanto alla giurisdizione sulla risoluzione per reati accertati e venir meno dei requisiti di qualificazione, che esulano dal concetto di inadempimento e sono piuttosto riconducibili ad una decadenza pubblicistica per sopravvenuto difetto di requisiti.

9.6.c) Casistica significativa.

Il criterio tendenziale secondo cui le controversie inerenti alla fase di esecuzione dell'appalto ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario, incidendo su diritti soggettivi, ha avuto alcune significative puntualizzazioni con riferimento a casi problematici.

Con riferimento all'ordine di sospensione dei lavori impartito dal direttore dei lavori, si è ritenuto che lo stesso non è un provvedimento amministrativo, ossia un atto autoritativo della pubblica amministrazione, ma un atto giuridico imputabile al committente dell'appalto e inerente all'esecuzione del rapporto contrattuale, la cui valutazione compete al giudice ordinario (o al collegio arbitrale), competente a dirimere le controversie sull'adempimento delle obbligazioni nascenti dall'appalto, e non al giudice amministrativo^{41[41]}.

Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario anche la controversia risarcitoria relativa ai danni derivanti da una sospensione dei lavori disposta fuori dai casi consentiti^{42[42]}.

Con riferimento all'atto unilaterale dell'amministrazione di rescissione dell'appalto, si è ritenuto che l'atto con cui l'amministrazione committente, ai sensi dell'art. 340, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, si avvale della facoltà di risolvere il contratto di appalto, non ha natura provvedimento, nel senso che non incide autoritativamente sulle situazioni soggettive scaturenti dal contratto, le cui parti si collocano su posizioni paritarie, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, e non di quello amministrativo^{43[43]}.

Del pari si è ritenuto che rientri nella giurisdizione del giudice ordinario il sindacato sul recesso unilaterale dall'appalto, previsto dall'art. 345, l. n. 2248/1865^{44[44]}, nonché sul recesso unilaterale da una transazione relativa ad un appalto^{45[45]}.

Se la stazione appaltante escute garanzie che riguardano la fase di esecuzione dell'appalto (p.es. *performance bond*, garanzie imposte ai progettisti, garanzia globale di esecuzione, quando sarà istituita), la giurisdizione spetta al giudice ordinario^{46[46]}.

Se, invece, vengono escusse le garanzie di mantenimento dell'offerta (c.d. *bid bond*) si rientra nella fase della procedura di affidamento (la garanzia viene escussa se la parte ritira l'offerta, o, essendo aggiudicataria provvisoria, è priva dei prescritti requisiti sicché si impone l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria). Pertanto, la relativa controversia in ordine all'incameramento della cauzione rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo^{47[47]}.

Si è ritenuto che inerisca la fase di esecuzione del contratto il contenzioso relativo all'autorizzazione al subentro nel contratto di appalto: la posizione dell'impresa che aspira al subentro nel contratto di appalto ai sensi degli artt. 35 e 36, l. n. 109/1994 costituisce una posizione di diritto soggettivo afferente la fase esecutiva di un contratto già stipulato con la p.a. Essa rientra quindi nella giurisdizione del giudice ordinario^{48[48]}.

9.7. La sorte del contratto.

9.7.a) La soluzione vigente: sintesi.

La questione della sorte del contratto di appalto, una volta impugnata e annullata dal giudice amministrativo l'aggiudicazione^{49[49]}, ha anche implicazioni in ordine alla giurisdizione.

Invero, il contratto, e dunque la sua stipulazione, sono formalmente distinti dall'aggiudicazione.

Quest'ultima è provvedimento unilaterale, laddove il contratto è un atto privatistico, cui concorrono su un piano paritario sia la volontà della stazione appaltante che quella del soggetto privato aggiudicatario.

Dalla direttiva ricorsi 2007/66/CE che impone i principi di effettività della tutela processuale, ragionevole durata del processo e concentrazione, sembra evincersi che le questioni relative alla sorte del contratto sono direttamente connesse a quelle relative all'annullamento dell'aggiudicazione, e devono pertanto essere conosciute nel medesimo giudizio dal medesimo giudice.

In questa direzione si muove la legge delega per il recepimento della citata direttiva, e il decreto delegato di recepimento n. 53/2010 (ora art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.), che attribuisce espressamente la cognizione della sorte del contratto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Tale soluzione normativa era stata già anticipata dalle sezioni unite della Cassazione con ordinanza di febbraio 2010^{50[50]}, secondo cui il principio della direttiva, di concentrazione delle questioni sulla sorte del contratto davanti al giudice che conosce dell'aggiudicazione, si applica a tutte le gare di appalto successive alla data di entrata in vigore della direttiva (dicembre 2007) ancorché anteriori alla data di scadenza della direttiva (dicembre 2009) e alla data del suo effettivo recepimento nell'ordinamento nazionale.

9.7.b) Excursus storico: la posizione della giurisprudenza amministrativa prima del codice appalti.

Prima della definitiva soluzione della questione, raggiunta solo nel 2010, la stessa ha sollevato articolati dibattiti dottrinali e giurisprudenziali.

Anzitutto, si era posta la questione se, annullata l'aggiudicazione, il contratto:

1. cadesse automaticamente;
 2. potesse o dovesse essere annullato dalla stazione appaltante in via di autotutela;
-

3. dovesse essere annullato dal giudice amministrativo, quale atto consequenziale all'aggiudicazione;
4. fosse annullabile, e dovesse essere annullato da parte del giudice ordinario, previo esperimento di azione di annullamento;
5. fosse da considerare nullo.

Una pronuncia del Consiglio di Stato^{51[51]} resa anteriormente al codice, aveva fatto il punto sulla questione della sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, ragionando in termini di inefficacia, e dunque caducazione automatica del contratto, e non di sua nullità o annullabilità.

Così operando, la decisione aveva potuto meglio giustificare la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla sorte del contratto, una volta che si consideri la caducazione di quest'ultimo un effetto automatico dell'annullamento dell'aggiudicazione, nell'ambito della stessa vicenda procedimentale.

In particolare la pronuncia del Consiglio di Stato affermava che:

- l'annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione produce un effetto <<caducante>> in relazione al contratto: quest'ultimo non è affetto da nullità, che è vizio proprio del contratto, né da annullabilità attivabile solo da parte dell'amministrazione, ma diviene inefficace quando viene meno l'aggiudicazione, che ne costituisce il presupposto indefettibile;
- la giurisdizione esclusiva in tema di affidamento di appalti si estende pure alla stipulazione del contratto.

Tale tesi era stata in prosieguo puntualizzata da altre decisioni del Consiglio di Stato a tutela del terzo di buona fede. La caducazione automatica incontra un temperamento a tutela della buona fede e della salvezza dei diritti acquistati in buona fede dal contraente, in applicazione dell'art. 23, co. 2, c.c., - applicabile pure alla pubblica amministrazione che è una persona giuridica - , a tenore della quale norma l'annullamento delle delibere dell'ente non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede; non sono tuttavia terzi in buona fede coloro che hanno partecipato al processo amministrativo di annullamento dell'atto, perché in tal caso i soggetti coinvolti nel giudizio non potevano confidare nel consolidamento della loro posizione contrattuale, e salvi i casi in cui il contratto sia stato stipulato prima dell'inizio del processo^{52[52]}.

Tale linea di pensiero aveva subito un ulteriore affinamento, nel senso che:

- a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto non è invalido, ma inefficace;
- si tratta di inefficacia relativa, che può essere fatta valere solo dal soggetto a cui favore è stata annullata l'aggiudicazione;
- a sua volta l'amministrazione appaltante può determinare l'inefficacia del contratto solo annullando gli atti di gara in via di autotutela;
- in applicazione degli art. 23 e 25 c.c. non sono pregiudicati i diritti del terzo contraente, solo se quest'ultimo sia in buona fede^{53[53]};
- in particolare, va esclusa la buona fede del terzo contraente, se la stipulazione del contratto è avvenuta dopo la proposizione del giudizio avverso gli atti di gara, perché in tal caso il terzo è a conoscenza della pendenza di una controversia; la buona fede del terzo sussiste, invece, di regola, quando la stipulazione del contratto sia avvenuta prima della proposizione del giudizio avverso gli atti di gara, e nel rispetto del termine dilatorio prescritto per la stipulazione del contratto.

Era stato puntualizzato che la buona fede normalmente sussiste quando il contratto viene stipulato prima della proposizione del ricorso giurisdizionale, solo se ricorrono altri indizi

concordanti e non vi sono invece elementi (quali lunghe pregresse trattative e la consapevolezza della dubbia legittimità della procedura), che fanno escludere la buona fede^{54[54]}.

Si era aggiunto che la stipula del contratto tra stazione appaltante e aggiudicatario prima che un altro concorrente proponga ricorso giurisdizionale non è di per sé sola un elemento che fornisca la prova certa della buona fede dell'aggiudicatario.

E, tanto, specie ove si consideri che nel vigente ordinamento vi è uno sfalsamento temporale tra termine dilatorio per la stipula del contratto (c.d. *standstill*) fissato dall'art. 11, d.lgs. n. 163/2006 in trenta giorni, e termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione, fissato in sessanta giorni dall'art. 23-*bis*, l. Tar.

Sicché, le parti che stipulano il contratto entro i trenta giorni dall'aggiudicazione, ben sanno che può ancora essere proposto ricorso giurisdizionale, e tanto basta ad escludere la buona fede.

Inoltre, secondo le circostanze specifiche, si può o meno prevedere un contenzioso giurisdizionale alla luce delle contestazioni insorte durante il procedimento amministrativo.

Si era ritenuta sussistente la buona fede in un caso di affidamento diretto di servizio di progettazione urbanistica da parte di una Provincia ad un ente pubblico regionale di progettazione, avvenuto in epoca in cui:

- 1) non esisteva la direttiva 2007/66/CE;
- 2) non esisteva la regola di *standstill* introdotta solo dall'art. 11, d.lgs. n. 163/2006;
- 3) non vi era ancora sufficiente chiarezza in ordine alla necessità di pubblica gara per l'affidamento di un servizio di progettazione urbanistica;
- 4) non vi era sufficiente chiarezza circa i limiti di affidamento diretto a una pubblica amministrazione di servizi per i quali esiste un mercato.

Inoltre tra la data di stipula del contratto e la data del ricorso giurisdizionale nel caso specifico era intercorso un lasso temporale di circa sei mesi.

Tutti questi elementi, nel loro concorrere, erano stati considerati come indizi gravi, precisi e concordanti della buona fede dell'affidatario dell'incarico^{55[55]}.

Era stato inoltre precisato che per la caducazione del contratto per effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, occorre pur sempre un interesse concreto e attuale a conseguirla, in capo al ricorrente vittorioso contro l'aggiudicazione^{56[56]}.

Invero, nel *leading case* n. 2332/2003, la dichiarata caducazione del contratto era strumentale all'interesse del ricorrente vittorioso in giudizio, che aveva titolo giuridico e possibilità concreta di subentrare nel contratto di appalto, vertendosi in tema di appalto di servizi, tipico contratto di durata, a esecuzione continuata, in cui era possibile la sostituzione dell'avente titolo all'originario contraente.

Tuttavia la caducazione del contratto non può essere dichiarata dal giudice, ancorché sia stata annullata l'aggiudicazione, laddove si accerti che manca un interesse concreto e attuale del ricorrente a conseguire la caducazione del contratto, che nessuna utilità pratica ne otterrebbe.

Il che si verifica quando, nel frattempo, il contratto di appalto abbia avuto integrale esecuzione, sicché al ricorrente vittorioso è precluso il subentro nel contratto.

Né sarebbe ipotizzabile che l'interesse del ricorrente vittorioso possa trovare soddisfazione mediante caducazione del contratto e conseguente distruzione dell'opera eseguita in esecuzione dello stesso, al fine di farla realizzare al ricorrente vittorioso, perché a tanto osta il principio generale, di cui è espressione l'art. 2933, co. 2, c.c., secondo cui non può essere ordinata la distruzione della cosa – ancorché realizzata in violazione di altrui legittime

pretese – se la distruzione della medesima è di pregiudizio all'economia nazionale, residuando in tale ipotesi solo il rimedio del risarcimento dei danni.

In sintesi, la caducazione del contratto di appalto, quale effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione, non può essere dichiarata dal giudice amministrativo quando il contratto ha avuto integrale (o pressoché integrale) esecuzione, sicché il ricorrente contro l'aggiudicazione non può più conseguire la stipulazione e il subentro nel contratto medesimo, e tanto in ossequio al principio della necessità di un interesse concreto e attuale all'azione e al principio che l'opera pubblica realizzata non può essere distrutta, in pregiudizio per l'economia nazionale (art. 2933, co. 2, c.c.), residuando in tale ipotesi solo il rimedio del risarcimento del danno per equivalente.

Un'altra puntualizzazione era stata fatta nel senso che la caducazione del contratto non consegue senz'altro all'annullamento degli atti di gara e di aggiudicazione, ma solo se vi sia una specifica domanda, da parte del ricorrente, finalizzata al rinnovo della gara. Se, invece, il ricorrente chieda solo il risarcimento per equivalente, o non chieda alcun risarcimento, il giudice deve limitarsi ad annullare gli atti amministrativi, non potendo pronunciarsi sulla sorte del contratto, che in tal caso compete al giudice ordinario^{57[57]}.

La questione della sorte del contratto di appalto a seguito dell'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione, era stata deferita all'esame dell'adunanza plenaria nel 2004^{58[58]}.

La plenaria non si era tuttavia pronunciata sulla questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, in quanto nel giudizio in cui era stata emessa l'ordinanza n. 3355/2004 vi era stata rinuncia al ricorso^{59[59]}, mentre nel giudizio in cui era stata emessa l'ordinanza n. 104/2005 del Cons. giust. sic. la plenaria ha respinto il ricorso di primo grado avverso l'aggiudicazione^{60[60]}.

La questione della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione era stata nuovamente rimessa alla plenaria da un'ordinanza del 2008^{61[61]}, che riprendeva, integrandoli, gli argomenti della precedente ordinanza di rimessione Cons. St., sez. IV, n. 3355/2004.

La plenaria era stata chiamata a pronunciarsi sulle seguenti questioni:

- a) la natura giuridica del vizio che affligge il contratto d'appalto stipulato sulla base di un'aggiudicazione annullata;
- b) la sussistenza della giurisdizione amministrativa, con riferimento alle domande ed al corrispondente tipo di decisioni al riguardo proponibili;
- c) l'applicabilità alla fattispecie considerata degli artt. 23 e 25, c.c., quanto all'eventuale tutela dei terzi.
- d) l'ammissibilità, nel giudizio di cognizione, della condanna della pubblica amministrazione al rilascio di un provvedimento favorevole al ricorrente;
- e) i presupposti di applicabilità dell'art. 2058 c.c., per evitare la caducazione del contratto.

Nelle more della plenaria, un'ulteriore tesi espressa dal giudice amministrativo aveva ritenuto che potrebbe essere esercitato un sindacato incidentale sulla sorte del contratto in sede di giudizio di ottemperanza.

Si muoveva dalla premessa che nel giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo può adottare una statuizione analoga a quella che potrebbe emettere in un nuovo giudizio di cognizione, risolvendo eventuali problemi interpretativi che comunque sarebbero devoluti alla sua giurisdizione. Sulla scorta di tali considerazioni, si era ritenuto che in sede di giudizio di ottemperanza il giudice possa, sulla scorta di un giudicato di annullamento di una

gara di appalto, affermare che dal giudicato deriva l'obbligo di rinnovo della gara: e tale affermazione non è preclusa dalla circostanza che il giudice amministrativo non possa, secondo le sezioni unite, pronunciarsi sulla sorte del contratto, in quanto l'eventuale nullità o inefficacia del contratto stipulato può comunque essere valutata *incidenter tantum* dall'amministrazione chiamata a dare esecuzione al giudicato e, di conseguenza, può essere incidentalmente valutata dal giudice amministrativo in sede di ottemperanza, in quanto in tale sede egli si sostituisce all'amministrazione rimasta inerte ed esercita una giurisdizione di merito. Sicché, anche, in pendenza dell'impugnativa negoziale, quindi, il giudice dell'ottemperanza può ordinare la rinnovazione della gara^{62[62]}.

9.7.c) Excursus storico: la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione alla luce dell'originaria versione del codice dei contratti pubblici.

Il codice nella sua versione originaria non affrontava espressamente la questione della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione.

Solo con la novella recata dal decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, è stata espressamente sancita la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulla sorte del contratto, e ne è stata data una disciplina sostanziale volta a chiarire quando il contratto deve essere caducato e quando può, invece, essere mantenuto.

Tuttavia già la versione originaria del codice offriva alcuni espunti esegetici a sostegno della tesi della caducazione del contratto, sottoposta alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Anzitutto l'art. 246, co. 4, codice, nel riprodurre, per le infrastrutture strategiche, la regola recata dall'art. 14, d.lgs. n. 190/2002, secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione non incide sul contratto già stipulato, dando luogo solo a risarcimento per equivalente, non parla più di <<risoluzione>> del contratto, ma di <<caducazione>> del medesimo.

Si stabilisce, dunque, che per le infrastrutture strategiche l'annullamento dell'aggiudicazione <<non comporta la caducazione del contratto già stipulato>>.

Per argomento *a contrario* se ne desume che al di fuori delle infrastrutture strategiche, l'annullamento dell'aggiudicazione determina la <<caducazione>> del contratto.

Inoltre l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle <<procedure di affidamento>>. Ora, l'art. 11, codice appalti, è rubricato <<fasi delle procedure di affidamento>>, e include nella procedura di affidamento anche la stipulazione del contratto, chiarendo che l'aggiudicazione definitiva comunque non equivale al contratto.

Che l'aggiudicazione non possa equivalere al contratto deriva anche dall'impostazione comunitaria secondo cui vi deve essere un lasso temporale minimo tra aggiudicazione e stipulazione, per consentire agli interessati di impugnare l'aggiudicazione e conseguire un effetto utile prima che con la stipulazione si consolidi l'aggiudicazione e diventi più complicato conseguire l'aggiudicazione da parte dei ricorrenti.

Se dunque la stipulazione del contratto è una fase della procedura di affidamento, e se il giudice amministrativo ha giurisdizione sulla procedura di affidamento, ne deriva che il giudice amministrativo conosce anche delle questioni inerenti la stipulazione, ivi compresa la sua sorte dopo l'annullamento dell'aggiudicazione.

In tale direzione, la giurisprudenza amministrativa nel 2007 aveva affermato che alla luce del codice appalti, e segnatamente dell'art. 246, l'annullamento dell'aggiudicazione assumendo la fisionomia di una condizione legale di efficacia del contratto, ne determina, con effetto caducante, la perdita di efficacia^{63[63]}.

Ad opposte conclusioni era pervenuta un'altra pronuncia, secondo cui, posto che con il codice si supera l'equivalenza tra aggiudicazione e contratto, l'annullamento

dell'aggiudicazione non comporta un effetto diretto di eliminazione del contratto; quest'ultimo resta valido, salvo il suo eventuale annullamento in esito ad azioni che la parte pubblica, anche in via di autotutela, o gli altri interessati, ritengano di intraprendere^{64[64]}.

9.7.d) Excursus storico: la posizione delle sezioni unite della Cassazione nel 2007.

Le sezioni unite della Cassazione con una pronuncia di dicembre 2007 avevano ribadito la loro tesi tradizionale secondo cui spetta al giudice ordinario pronunciarsi sulla patologia del contratto, quando la procedura di evidenza pubblica che lo precede o manca *ab origine*, o viene annullata^{65[65]}.

Le sezioni unite osservano che la tesi della giurisdizione del giudice ordinario, già affermata prima della l. n. 205/2000, va ribadita alla luce di tale legge, anche alla luce di Corte cost. n. 204/2004, in quanto l'art. 6, l. n. 205/2000, ora trasfuso nell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), stabilisce la giurisdizione esclusiva del g.a. solo sulle procedure di affidamento, ma non sul contratto e sulla sua esecuzione, che si svolgono sul piano privatistico.

La tesi era stata ribadita dalle sezioni unite anche nel corso del 2008^{66[66]}.

La pronuncia in commento non tiene tuttavia conto della portata sistematica degli artt. 11 e 246, codice.

Inoltre la pronuncia sembra incidentalmente affermare che quando viene annullata la procedura di evidenza pubblica, il contratto a valle è inefficace. Se così è, non si comprende perché debba occorrere un secondo distinto giudizio, rispetto a quello sulla procedura di affidamento, per far dichiarare tale inefficacia.

Le sezioni unite non hanno comunque espressamente qualificato il tipo di patologia che affligge il contratto, quando la procedura di evidenza pubblica a monte sia stata annullata, limitandosi solo a riportare le diverse tesi in argomento, atteso che la Corte si è limitata a regolare la giurisdizione.

9.7.e) Excursus storico: la posizione della plenaria del Consiglio di Stato.

La plenaria del Consiglio di Stato si era formalmente adeguata alla posizione della Cassazione^{67[67]}. Richiamato, infatti, l'orientamento espresso dalle sezioni unite nel dicembre 2007, aveva ritenuto di non doversi discostare dal delineato orientamento secondo cui sussistente la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo.

La plenaria fondava il proprio convincimento sui seguenti argomenti:

- nel vigente sistema non sussiste un'espressa previsione normativa di carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase dell'esecuzione del contratto d'appalto: pertanto, nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento dell'aggiudicazione, ovvero in presenza di una domanda di una delle parti del contratto pubblico d'appalto stipulato *medio tempore*, sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato – le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto;

- resta in tal modo estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista insieme al risarcimento per equivalente dall'art. 35, d.lgs. n. 80/1998: infatti, posto che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fissata dall'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), rientrano le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi.

Tali conclusioni tuttavia, secondo la plenaria non comportano sul piano del sistema della giustizia amministrativa - con specifico riferimento ai principi sanciti dagli artt. 24 e 113, Cost. - una diminuzione della tutela del soggetto che abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione:

- innanzitutto, la sentenza di annullamento dell'aggiudicazione determina in capo all'amministrazione soccombente l'obbligo di conformarsi alle relative statuizioni, nell'ambito degli ulteriori provvedimenti che rimangono salvi ai sensi dell'art. 26, l. Tar: in altri termini, l'annullamento dell'aggiudicazione è costitutivo di un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato;

- in sede di esecuzione della sentenza, pertanto, l'amministrazione non può non rilevare la sopravvenuta caducazione del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione (secondo quanto, del resto, ribadito dalla Corte di cassazione^{68[68]}), similmente a quanto avviene nel caso di annullamento di una graduatoria di un pubblico concorso che comporta la caducazione degli effetti del contratto di lavoro su di essa fondato, ovvero di annullamento di una concessione di un bene o di un servizio pubblico che comporta la caducazione degli effetti dell'accordo accessivo;

- anche nell'emanare i provvedimenti ulteriori che conseguono all'effetto caducatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione della gara, l'amministrazione deve tenere conto dei principi enunciati nella sentenza di annullamento e delle conseguenze giuridiche determinate dal suo contenuto ed orientare conseguentemente la sua ulteriore azione;

- rispetto a tali provvedimenti, il sindacato del giudice amministrativo è pieno e completo, investendo situazioni che restano esclusivamente nel campo del diritto pubblico e che non si intersecano mai con il piano dei diritti soggettivi sorti dal vincolo contrattuale imperniato sull'aggiudicazione annullata;

- ove poi l'amministrazione non si conformi puntualmente ai principi contenuti nella sentenza oppure non constati le conseguenze giuridiche che da essa discendono, ovvero ancora nel caso di successiva sua inerzia, l'interessato può instaurare il giudizio di ottemperanza, nel quale il giudice amministrativo - nell'esercizio della sua giurisdizione di merito - ben può sindacare in modo pieno e completo (e satisfattivo per il ricorrente) l'attività posta in essere dall'amministrazione o anche il suo comportamento omissivo, adottando tutte le misure (direttamente o per il tramite di un commissario) necessarie ed opportune per dare esatta ed integrale esecuzione alla sentenza e per consentire una corretta riedizione del potere amministrativo;

- in tal modo, il giudice amministrativo può realizzare il contenuto conformativo della sentenza, di per sé riferibile alla fase pubblicistica successiva all'annullamento ed emanare

tutti i provvedimenti idonei ad assicurare al ricorrente vittorioso il bene della vita effettivamente perseguito attraverso il giudizio di legittimità e reintegrarlo pienamente nella situazione concreta che avrebbe dovuto già conseguire qualora l'amministrazione non avesse adottato l'atto di aggiudicazione illegittimo: ciò perché la funzione del giudice dell'ottemperanza è proprio quella di adeguare la situazione di fatto a quella di diritto nascente dal giudicato, nell'esercizio della potestà di riformare l'atto illegittimo o sostituirlo, espressamente conferitagli dall'art. 26, l. Tar;

- la separazione imposta dall'art. 103, co. 1, Cost. tra il piano negoziale e quello procedimentale, se preclude ogni pronuncia da parte del giudice amministrativo sul regolamento dei rapporti con l'aggiudicatario connessi all'annullamento dell'atto illegittimo, non incide in alcun modo sulla realizzazione in concreto dell'effetto conformativo sia da parte dell'amministrazione, nell'esecuzione spontanea del giudicato, sia da parte del giudice dell'ottemperanza, nell'eventuale fase dell'esecuzione;

- la sostituzione dell'aggiudicatario, quale "reintegrazione in forma specifica" del soggetto che ha ottenuto la statuizione di annullamento, appartiene, invero, agli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione che rimangono comunque salvi dopo la pronuncia emanata nel giudizio di legittimità. Di questi provvedimenti, il giudice amministrativo conosce nella sede dell'ottemperanza perché appartengono alle condotte materiali e all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto, che l'amministrazione è tenuta a realizzare nel dare esecuzione al giudicato e ripristinare le ragioni del ricorrente in conformità alle statuizioni dell'annullamento;

- non è pertanto escluso che nel quadro della verifica della corretta conformazione alla sentenza da eseguire, il giudice amministrativo, per effetto dei suoi ampi poteri derivanti proprio dall'esercizio della giurisdizione di merito, possa effettivamente reintegrare in forma specifica la parte vittoriosa nei diritti connessi al giudicato e quindi, eventualmente, nella sua posizione di aggiudicatario della gara, in luogo del contraente nei cui confronti l'aggiudicazione è stata impugnata.

La plenaria aveva, in definitiva, sposato la tesi, già anticipata da qualche pronuncia delle sezioni semplici, della via dell'ottemperanza per conseguire l'affidamento dell'appalto come reintegrazione in forma specifica.

9.7.f) Excursus storico: il *revirement* delle sezioni unite nel 2010 alla luce della direttiva ricorsi.

Nel febbraio 2010 le sezioni unite della Cassazione hanno operato un espresso *revirement* della tesi formulata nel corso del 2007 e del 2008, ribaltandola e attribuendo la giurisdizione sulla sorte del contratto al giudice amministrativo.

Tanto hanno fatto in espressa applicazione in via immediata e diretta della direttiva 2007/66/CE, anticipandone *in parte qua* il recepimento da parte del legislatore nazionale, e ritenendo la direttiva applicabile, si noti bene, a tutte le procedure di gara bandite dopo la sua entrata in vigore (dicembre 2007) ancorché anteriori alla data di scadenza della direttiva (dicembre 2009) e alla data del suo recepimento da parte del legislatore nazionale.

Nel loro percorso argomentativo, le sezioni unite ricordano il contrario orientamento espresso nel 2007-2008, ma ricordano anche l'orientamento minoritario favorevole alla giurisdizione del giudice amministrativo, e facente leva sull'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, secondo cui il giudice amministrativo conosce del risarcimento del danno, nel cui ambito rientra quello in forma specifica che si consegue con la privazione di effetti del contratto^{69[69]}.

Le sezioni unite riconoscono che l'orientamento tradizionale che nega rilevanza alla connessione tra annullamento dell'aggiudicazione e privazione di effetti del contratto e

scinde la giurisdizione tra le due domande, rischia di rendere inutile il processo amministrativo e si pone in contrasto con l'effettività della tutela e l'esigenza di concentrazione processuale. Anche la soluzione seguita dalla plenaria, che recupera la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto in sede di giudizio di ottemperanza, è, secondo le sezioni unite, non congrua, perché comunque differisce la tutela ad un momento successivo rispetto al giudizio di cognizione.

Le sezioni unite affermano poi che il sistema vigente è da ritenere modificato per effetto dell'entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE che pone i principi di concentrazione processuale, effettività della tutela e ragionevole durata del processo.

La direttiva esige una trattazione unitaria della domanda di annullamento dell'aggiudicazione e della domanda di privazione di effetti del contratto stipulato, sicché deve essere data rilevanza alla connessione tra le due domande, rilevanza finora negata dall'orientamento maggioritario.

9.8. Il rifiuto di stipulare il contratto e l'autotutela sulle procedure di affidamento e sul contratto.

Un caso di confine tra il momento dell'evidenza pubblica e quello esecutivo riguarda la mancata stipulazione del contratto da parte della pubblica amministrazione con il soggetto individuato quale aggiudicatario all'esito della procedura di scelta^{70[70]}.

Il codice n. 163/2006 dispone in termini generali che l'aggiudicazione definitiva non equivale, per la stazione appaltante, ad accettazione dell'offerta (art. 11, co. 7, codice), sicché è sempre necessaria la successiva stipulazione.

Pertanto il rifiuto di stipulare si colloca sempre nell'ambito della procedura di affidamento, che termina solo con la stipulazione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo.

Prima del codice, problematico era il caso di aggiudicazione vincolante per entrambi i soggetti, caso nel quale la stipula del contratto assumesse un valore, a seconda dei casi, di ricognizione formale (se si tratta di gara meccanica) o di atto comunque dovuto in caso di mancato ritiro con le forme dell'autotutela (appalto - concorso).

In tali casi il rifiuto di stipulare sembrava porsi a valle dell'esaurimento della procedura di affidamento, rientrando, a seconda dei casi, nel momento dell'esecuzione od in un'ipotesi di responsabilità precontrattuale.

Riannodando i fili del discorso svolto fino a questo momento sotto il profilo della tempistica, la giurisprudenza prevalente reputa che:

a) al giudice amministrativo in sede esclusiva vanno devolute tutte le controversie, comprese quelle di annullamento, accertamento e risarcimento del danno, afferenti al procedimento di affidamento dell'appalto, segnatamente tutte le questioni involgenti atti e comportamenti della stazione appaltante relativi alla fase dell'individuazione del contraente privato e, più in generale, prodromiche alla stipulazione del contratto;

b) al giudice individuato secondo i criteri di riparto, e quindi di massima al giudice ordinario, vanno, invece, riservate le vertenze riguardanti i rapporti contrattuali tra le parti successivi alla stipulazione del contratto di appalto ed afferenti alla sua esecuzione.

c) alla giurisdizione del giudice amministrativo, infine, appartengono le controversie che, pur relative a momenti successivi alla stipula del contratto, involgano il legittimo esercizio da parte della pubblica amministrazione di poteri autoritativi incidenti sul rapporto contrattuale, per esempio quello avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione^{71[71]}.

Per quanto riguarda, in particolare, gli atti di ritiro dell'aggiudicazione (quali annullamento, decadenza, revoca), gli stessi danno luogo ad una forma di autotutela esterna al contratto di

appalto, che incide sul provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica.

Sicché, mentre gli atti di autotutela che incidono direttamente sul contratto (recesso, risoluzione) sono atti privatistici, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario, gli atti di autotutela che incidono a monte sull'aggiudicazione, e di riflesso sul contratto, hanno natura pubblicistica, e rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo.

Alla luce dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), anche la giurisdizione sugli atti di autotutela che incidono sull'aggiudicazione deve essere considerata esclusiva.

Si deve infatti ritenere che la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento riguardi pure gli atti di secondo grado che su tali procedure incidono, quali sono, appunto, gli atti di ritiro.

Tale soluzione emerge dall'analisi della giurisprudenza sugli strumenti di autotutela pubblicistica e privatistica, di cui dispone la p.a., i primi incidenti sugli atti del procedimento di evidenza pubblica, i secondi incidenti sul rapporto contrattuale.

In relazione ai primi, sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in virtù dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006),^{72[72]}; in relazione ai secondi sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, come da ultimo ha ritenuto la Cassazione a sezioni unite, distinguendo, appunto, tra atti di autotutela incidenti sull'aggiudicazione, e atti di autotutela privatistica incidenti sul rapporto contrattuale^{73[73]}.

Come ha più volte affermato la Corte di cassazione, il generale potere di autotutela che compete alla pubblica amministrazione può essere legittimamente esercitato anche con riferimento agli atti amministrativi costituenti il presupposto di un contratto di diritto privato stipulato successivamente agli atti stessi e seguito dall'esercizio dell'autotutela, giacché, in tale ipotesi, l'autotutela ha per oggetto, non già il contratto ma, i provvedimenti adottati nel corso dell'iter procedimentale prodromico alla relativa stipulazione; l'autotutela provvedimento può intervenire anche dopo la stipulazione del contratto, e rientra pur sempre nella giurisdizione del giudice amministrativo^{74[74]}.

La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), trova il suo fondamento nella circostanza che gli atti di autotutela pubblicistica incidono sull'aggiudicazione, e dunque rientrano pur sempre nella nozione di <<procedura di affidamento>>^{75[75]}.

Si verifica un fenomeno noto al diritto amministrativo, della connessione tra un provvedimento autoritativo e un contratto privatistico.

Ne sono esempi:

- la c.d. concessione – contratto, in cui vi è un provvedimento autoritativo di concessione, che regola l'affidamento del servizio, e un contratto civilistico, che regola lo svolgimento del rapporto;
- l'appalto pubblico, in cui vi è il provvedimento autoritativo di aggiudicazione, volto a selezionare l'offerente e l'offerta, e il contratto di appalto, che regola l'esecuzione dell'opera, servizio, o fornitura.

In simili vicende, la connessione tra provvedimento e contratto, il carattere autoritativo del primo e paritetico del secondo, l'interesse pubblico perseguito nel complesso con entrambi gli atti, comportano che:

- il provvedimento autoritativo costituisce il presupposto del contratto, sicché la caducazione o il ritiro del primo si riverberano di regola, e salve espresse eccezioni normative (v. art. 246,

co. 4, codice, in cui è stato trasfuso l'art. 14, co. 2, d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, per le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi) sulla sopravvivenza del secondo;

- in relazione al provvedimento autoritativo l'amministrazione può esercitare poteri di autotutela pubblicistica (atti di ritiro: annullamento, revoca, decadenza, e simili);

- il ritiro, in via di autotutela, del provvedimento autoritativo che costituisce il presupposto del contratto, incide sulla sopravvivenza del contratto medesimo (non interessa, in questa sede, stabilire se il contratto diventa annullabile o risolubile);

- nell'ambito del contratto, l'amministrazione si trova in posizione paritaria con l'altro contraente, sicché può utilizzare strumenti di autotutela privatistici.

Quest'ultima affermazione merita ulteriore approfondimento.

Nell'ambito degli strumenti di autotutela privatistici, occorre distinguere quelli previsti dal diritto privato comune, contenuto nel c.c. (vale a dire: eccezione di inadempimento, clausola risolutiva espressa, diffida ad adempiere, etc.), e quelli previsti dalle norme speciali che disciplinano i singoli contratti delle pubbliche amministrazioni.

Invero, è possibile che le norme che disciplinano i contratti dell'amministrazione nei diversi settori, prevedano specifici strumenti di autotutela a favore della parte pubblica.

Tali speciali strumenti di autotutela incidono sul rapporto contrattuale dall'interno, a differenza degli strumenti di autotutela pubblicistica che incidono sul provvedimento autoritativo posto a monte del contratto, e che dunque finiscono con l'incidere anche sul rapporto contrattuale, ma dall'esterno.

L'«autotutela interna» al contratto, ancorché prevista solo a favore della pubblica amministrazione e non anche a favore dell'altro contraente, deve essere qualificata come «autotutela privata», e più precisamente di diritto privato speciale.

Invece l'«autotutela esterna» al contratto, vale a dire quella che si esercita sul provvedimento amministrativo presupposto dal contratto, e che si riverbera anche sul contratto, deve essere qualificata come «autotutela pubblicistica».

La differenza fondamentale tra le due ipotesi è che l'autotutela interna privata si svolge pur sempre nell'ambito di una relazione paritaria di diritti e obblighi, e come tale è idonea a degradare i diritti soggettivi in interessi legittimi.

Invece l'autotutela esterna pubblicistica, costituisce esercizio di poteri pubblicistici e come tale è idonea a degradare i diritti soggettivi ad interessi legittimi.

9.9. La revisione dei prezzi.

9.9.a) La soluzione della giurisprudenza anteriore al codice appalti.

Nei pubblici appalti la fase di revisione dei prezzi contrattuali, pur inserendosi nella fase di esecuzione dell'appalto, presenta momenti autoritativi la cui cognizione spetta al giudice amministrativo.

In particolare, costituiva fino al 2007 principio granitico nella giurisprudenza quello secondo cui occorre distinguere controversie in ordine al c.d. «an» della revisione prezzi, cioè in ordine alla spettanza o meno della stessa, e controversie in ordine al «quantum», cioè in ordine alla misura della revisione, una volta che il relativo diritto sia stato riconosciuto, in ordine all'an, dalla stazione appaltante. Le prime spettano al giudice amministrativo, in quanto il riconoscimento o meno della revisione prezzi dipende da valutazioni discrezionali e autoritative dell'amministrazione, rispetto alle quali il privato vanta solo interessi legittimi; le seconde spettano al giudice ordinario, in quanto, essendo già stata riconosciuta dall'amministrazione la spettanza della revisione, le contestazioni in ordine alla misura di essa coinvolgono diritti soggettivi patrimoniali^{76[76]}.

Si è così affermato che la situazione soggettiva di interesse alla revisione del prezzo dell'appalto di opere pubbliche, in quanto correlata alla facoltà riconosciuta dalla legge all'amministrazione appaltante (d.lgs. 6 dicembre 1947, n. 1501), aveva, sino all'entrata in vigore dell'art. 3, d.l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. nella l. 8 agosto 1992, n. 359, che tale facoltà ha soppresso sostituendola con il meccanismo di adeguamento all'inflazione previsto dall'art. 133 del codice (in cui è confluito l'art. 26, l. n. 109/1994), natura di interesse legittimo tutelabile innanzi al giudice amministrativo, che acquistava, per contro, consistenza di diritto soggettivo solo dopo che l'amministrazione avesse positivamente esercitato il suo potere di accordare la revisione del prezzo^{77[77]}.

Ancora, si è puntualizzato che nel procedimento di revisione dei prezzi, la posizione dell'appaltatore è di interesse legittimo nella fase in cui l'amministrazione è chiamata a riconoscere o meno la revisione attraverso sue valutazioni discrezionali, mentre è di diritto soggettivo dopo che la valutazione è stata effettuata in senso positivo, di talché deve ritenersi consumato il potere autoritativo dell'amministrazione, perché la concreta determinazione del *quantum* revisionale coinvolge solo l'applicazione di criteri e parametri liquidatori; né è necessario che il riconoscimento della spettanza della revisione risulti da un atto formale, potendo avvenire anche in maniera implicita, attraverso atti che postulano l'esercizio del potere in ordine all'*an* della revisione, ovvero attraverso il pagamento di acconti sul futuro compenso revisionale^{78[78]}.

Tra le controversie sul *quantum* attribuite al giudice ordinario si è ritenuto che rientrino quelle in cui l'appaltatore di opera pubblica, cui la stazione appaltante abbia riconosciuto e liquidato il compenso revisionale, chieda l'attribuzione di somme maggiori, non già in considerazione di lavori diversi e ulteriori, ma in applicazione di criteri di quantificazione non coincidenti con quelli adottati dalla stazione appaltante^{79[79]}; nonché quelle in cui si controverta non già sulla sussistenza o meno delle condizioni per procedere alla revisione dei prezzi d'appalto bensì, con la premessa della spettanza del compenso revisionale già riconosciuto dall'amministrazione, sulla data di riferimento per calcolarne l'importo^{80[80]}; nonché quelle in ordine alla data di decorrenza del computo degli incrementi del prezzo originariamente stabilito, costituendo uno dei parametri di riferimento per la determinazione del *quantum*^{81[81]}.

9.9.b) La giurisdizione sulla revisione prezzi nel codice appalti.

Innovando rispetto al passato, e chiarendo dubbi che sul punto potevano sorgere, l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo non solo sulle clausole di revisione prezzi relative a contratti aventi per oggetto forniture e servizi (dove era già contemplata la giurisdizione esclusiva sui meccanismi revisionali), ma anche sui provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi nei contratti relativi a lavori pubblici, adeguamento dei prezzi ora contemplato nell'art. 133, co. 3 e 4, del codice (già art. 26, l. Merloni).

Si deve ritenere che la giurisdizione esclusiva riguardi però solo le controversie relative ai provvedimenti, e dunque relative all'*an* e non anche le controversie relative al *quantum* della revisione e alle modalità di pagamento, controversie che, secondo la costante elaborazione della giurisprudenza, spettano al giudice ordinario.

A tale soluzione si perviene considerando, da un lato, che la delega relativa al codice appalti non consentiva innovazioni in materia di riparto di giurisdizione, e, dall'altro lato, che le

questioni di indennità, canoni, corrispettivi, sono sempre state attribuite al giudice ordinario (v. art. 5, l. Tar, in tema di concessioni di beni, v. t.u. espropriazioni, in tema di indennità di esproprio).

Non è tuttavia mancata, in dottrina, una lettura estensiva dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), nel senso che sarebbero attratte alla giurisdizione esclusiva anche le questioni di *quantum* in materia di revisione prezzi^{82[82]}.

In via transitoria, si è ritenuta applicabile tale giurisdizione esclusiva in tema di revisione prezzi anche a liti instaurate davanti al giudice amministrativo prima dell'entrata in vigore del codice, nelle quali si ha una giurisdizione sopravvenuta^{83[83]}.

Non è peraltro chiaro che cosa intenda l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, codice appalti), laddove fa riferimento ai <<provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'articolo 133, commi 3 e 4>>.

Infatti, non è chiaro se per provvedimenti applicativi si debbano intendere solo quelli adottati dalle stazioni appaltanti, o se siano tali (in quanto applicativi del codice) i decreti ministeriali contemplati in tali commi, la cui adozione è essenziale per l'operatività sia del meccanismo del prezzo chiuso che delle compensazioni.

In ogni caso, il contenzioso su tali d.m. è devoluto al giudice amministrativo, ma si tratta di capire se in sede di giurisdizione di legittimità o esclusiva.

Comunque, il richiamo operato dall'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, codice appalti), ai soli provvedimenti di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 133, induce a ritenere che non rientrano nella giurisdizione esclusiva, ma in quella di sola legittimità:

i provvedimenti di aggiornamento dei prezziari, ai sensi dell'art. 133, co. 8, codice;

i decreti ministeriali e provvedimenti applicativi della speciale compensazione per l'anno 2008 prevista dal d.l. n. 162/2008.

9.9.c) Il *revirement* delle Sezioni unite.

Nel 2007 le Sezioni unite hanno rimeditato il loro orientamento, alla luce della normativa che ha sancito il divieto della revisione dei prezzi negli appalti di lavori (art. 33, l. n. 41/1986, art. 3, d.l. n. 333/1992, art. 26, l. n. 109/1994). Secondo le sezioni unite, il divieto di revisione dei prezzi è divenuto un principio regolatore degli appalti pubblici, con la conseguenza che non è più configurabile un interesse legittimo dell'appaltatore a conseguire la revisione prezzi, ma si pone solo un problema di validità delle clausole contrattuali che, nel sopravvenuto regime, abbiano riconosciuto il diritto alla revisione prezzi. Pertanto, non ci può più essere giurisdizione del giudice amministrativo sulla domanda di riconoscimento della revisione dei prezzi, atteso che tale domanda non comporta alcun sindacato su (inesistenti) poteri discrezionali dell'amministrazione, e atteso che la questione non può essere qualificata in termini di concessione (di denaro pubblico). Sicché su tale domanda vi è la giurisdizione del giudice ordinario, che deve valutare se la clausola contrattuale che accorda la revisione prezzi nel vigore di una normativa di divieto sia nulla per violazione di norme imperative^{84[84]}.

La soluzione delle Sezioni unite è stata resa in relazione al testo dell'art. 26, l. n. 109/1994, anteriore alle più recenti modifiche, che consentono meccanismi alternativi al c.d. prezzo chiuso nel caso in cui il prezzo di singoli materiali da costruzione subisca, per effetto di circostanze eccezionali, variazioni eccedenti il dieci per cento (v. ora art. 133, co. 4, del codice).

Inoltre la soluzione non sembra corretta nel vigore del sopravvenuto codice degli appalti, il cui art. 244, co. 3 (ora trasfuso nell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.), prevede la giurisdizione

esclusiva del giudice amministrativo proprio sui provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4 del codice.

Nel 2009 le Sezioni unite hanno riconosciuto che il sopravvenuto art. 244, codice appalti (ora art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.), ha inteso attribuire la giurisdizione esclusiva al g.a. sulla revisione prezzi, estendendola alle questioni inerenti il quantum^{85[85]}.

9.10. Le società miste e *in house*.

L'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), come già l'art. 6, l. n. 205/2000, estende la giurisdizione esclusiva alle procedure di scelta del socio.

Il riferimento deve intendersi fatto alle procedure di evidenza pubblica imposte dalla normativa vigente per la scelta del socio privato nelle società miste pubblico – privato.

La sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è un riflesso della necessità di una procedura di evidenza pubblica per la scelta del socio^{86[86]}.

Sulla questione il codice ha preso una posizione netta affermando che nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica (art. 1, co. 2, codice).

Secondo la consolidata interpretazione, le procedure di evidenza pubblica per la scelta del socio privato sono necessarie non solo quando il privato ha una partecipazione di maggioranza, ma anche quando ha una partecipazione di minoranza^{87[87]}.

Sotto il profilo dell'ambito applicativo dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sussiste:

sotto il profilo oggettivo:

- sia quando per la scelta del socio vengono seguite procedure di evidenza pubblica;
- sia quando per la scelta del socio non vengono seguite procedure di evidenza pubblica, pur sussistendo il relativo obbligo giuridico;
- quando si sollevino questioni in ordine alla possibilità o meno di affidamento diretto di appalti alla società mista dopo la sua costituzione;

sotto il profilo soggettivo:

- quando le società vengono costituite da enti locali;
- ogni qualvolta una normativa preveda la possibilità di costituzione di società da parte di enti pubblici, con scelta di soci privati mediante procedimenti di evidenza pubblica, o nel rispetto della normativa comunitaria.

Sotto il profilo dell'interesse al ricorso e della tempestività dell'impugnazione, va osservato che l'atto con cui l'ente locale delibera l'affidamento del servizio a società mista risale agli atti costitutivi della società e di selezione del socio privato: sicché la lesione effettiva e immediata delle imprese che aspirano alla gestione del servizio si ricollega, con conseguente onere di immediata impugnazione, all'adozione della delibera di costituzione della società mista e di scelta del socio privato, e non ai conseguenti provvedimenti di concreto affidamento del servizio, che sono atti meramente consequenziali e privi di autonoma portata lesiva^{88[88]}.

Diverse dalle società miste sono quelle c.d. *in house*, il cui capitale deve essere interamente pubblico.

La società *in house* deve presentare tre requisiti: essere a totale partecipazione pubblica, anche di più enti pubblici; essere sottoposta ad un controllo, da parte del socio pubblico,

analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi; realizzare la parte più importante della propria attività con il socio o i soci pubblici^{89[89]}.

Ciascuno di questi tre requisiti ha dato luogo a questioni interpretative delicate:

- la partecipazione pubblica totalitaria non sussiste anche in presenza di una quota infima di capitale in mano a soci privati, e anche per il solo fatto che lo statuto preveda la possibilità di vendere una parte del capitale a privati^{90[90]}, mentre sussiste nel caso di una pluralità di soci tutti pubblici^{91[91]};

- il controllo analogo deve essere rigoroso ed effettivo, non sussiste se vi sono spazi di autonomia per il consiglio di amministrazione^{92[92]}, ed è di difficile configurazione in caso di capitale sociale frazionato tra un numero elevato di soci pubblici, ritenendosi in tal caso necessario un comune organo di controllo^{93[93]};

- l'attività prevalentemente dedicata ai soci pubblici è un concetto qualitativo, da stabilire caso per caso, ma con parametri rigorosi onde evitare che i vantaggi finanziari derivanti dall'attività con i soci pubblici vengano impiegati sul mercato per attività con soggetti privati^{94[94]}.

Ogni qualvolta non ricorrano i requisiti visti, la società o è mista, se c'è partecipazione di capitale privato, o è comunque una società non in *house* (se pur essendo a totale partecipazione pubblica, manchino uno o entrambi gli altri requisiti), ed è dunque un soggetto terzo.

Sicché, se il capitale è interamente pubblico, e ricorrono gli altri due presupposti, non vi è un problema di <<scelta del socio>> con procedura di gara.

Vi è invece spazio per la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, d.lgs. n. 163/2006), laddove vengano contestati affidamenti senza gara ad una società *in house*, perché difettano gli elementi costitutivi suindicati.

9.11. I procedimenti e provvedimenti prodromici, strumentali, connessi alle procedure di affidamento.

La giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento non si estende ai procedimenti strumentali e prodromici rispetto all'affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Vengono, ad esempio, in considerazione i procedimenti che portano all'approvazione dei bandi di gara.

Molto più rilevanti, sono i procedimenti che sfociano in atti dell'autorità di vigilanza, diversi dai provvedimenti sanzionatori, per i quali vi era un'ipotesi espressa di giurisdizione esclusiva, divisata dal co. 2 dell'art. 244.

Si pensi ai bandi – tipo adottati dall'autorità di vigilanza.

Si pensi ai provvedimenti con cui l'autorità di vigilanza adotta sanzioni nei confronti delle SOA, o a quelli con cui l'autorità annulla le attestazioni rilasciate dalle SOA.

Si pensi, ancora, al diniego di rilascio di attestazione da parte di una SOA, o al ritiro dell'attestazione già rilasciata.

O, ancora, al procedimento che sfocia nella certificazione antimafia.

Il problema riguarda più in generale anche i procedimenti comunque connessi, come quello di autorizzazione dei subappalti.

Nel vigore dell'art. 244, codice appalti, fino al 15 settembre 2010, non si poteva estendere la giurisdizione esclusiva di cui all'art. 244, co. 1, a siffatte ipotesi.

Invero, le norme attributive di giurisdizione esclusiva, devono essere espresse e sono di stretta interpretazione, dato il vincolo costituzionale che consente la giurisdizione esclusiva in <<particolari materie indicate dalla legge>> (art. 103 Cost.).

Si doveva perciò ritenere che in relazione alle ipotesi indicate (provvedimenti dell'autorità di vigilanza diversi da quelli sanzionatori; attestazioni o dinieghi di attestazione da parte delle SOA; certificazioni antimafia), il riparto di giurisdizione seguisse la regola generale della *causa petendi*, e dunque vi fosse giurisdizione del giudice amministrativo in relazione alle sole situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo.

A partire dal 16 settembre 2010, il c.p.a. ha generalizzato la giurisdizione esclusiva del g.a. sugli atti delle Autorità amministrative indipendenti, ivi compresa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (art. 133, co. 1, lett. l), c.p.a.), sicché anche su tali atti vi è giurisdizione esclusiva del g.a.

Passando al subappalto, occorre, ai fini della giurisdizione, distinguere varie vicende:

- a) il contratto di subappalto che interviene tra appaltatore e subappaltatore, che ha natura privatistica e si sottrae perciò alla giurisdizione del giudice amministrativo;
- b) la fase esecutiva del subappalto e i pagamenti al subappaltatore da parte della stazione appaltante, che ineriscono alla fase esecutiva e si sottraggono alla giurisdizione del giudice amministrativo;
- c) la vicenda procedimentale che sfocia nell'autorizzazione del subappalto.

Secondo una prima impostazione, tale vicenda procedimentale assume connotati pubblicistici e rientra pertanto nella giurisdizione del giudice amministrativo^{95[95]}. Su tale vicenda procedimentale la giurisdizione del g.a. è quella ordinaria di legittimità e non quella esclusiva di cui all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, codice appalti).

Secondo una parte della dottrina, tuttavia, anche la procedura che sfocia nel subappalto sarebbe una procedura di affidamento ai sensi e per gli effetti dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, codice appalti), e dunque rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva^{96[96]}.

Secondo una diversa impostazione giurisprudenziale, la fase di autorizzazione del subappalto esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo. Si è osservato che da un lato il diniego di autorizzazione al subappalto non attiene alle procedure di affidamento di cui all'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, codice appalti), trattandosi di modalità esecutiva della prestazione rimessa alla determinazione delle parti, e che, dall'altro lato, neppure si rientra nella giurisdizione ordinaria di legittimità in quanto la p.a. non esercita un potere discrezionale, ma un potere assimilabile a quello dell'appaltante privato ai sensi dell'art. 1656 c.c. Si rientrerebbe dunque in un caso di diritto privato speciale^{97[97]}.

La tesi non è condivisibile, in quanto la stazione appaltante pubblica, nell'autorizzare o meno il subappalto, non si limita a esercitare un potere privatistico, ma, al contrario, esercita un potere pubblicistico che non di rado richiede valutazioni discrezionali.

Basti pensare alla valutazione delle informative prefettizie antimafia atipiche.

Si consideri, poi, quale è la portata delle valutazioni che la stazione appaltante compie in sede di autorizzazione del subappalto, che non differiscono da quelle che compie in sede di ammissione dei concorrenti alla gara.

Infatti, il subappaltatore deve essere in possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 codice appalti e dei requisiti speciali di qualificazione in relazione alla prestazione subappaltata (art. 118, co. 2, codice appalti).

Sicché la stazione appaltante nell'autorizzare o meno il subappalto compie una valutazione di sussistenza o meno di requisiti soggettivi in capo al subappaltatore, che non differisce da quella che compie in ordine all'ammissione in gara dei concorrenti.

Non si comprende perché un'attività della medesima natura dovrebbe essere affidata a due diverse giurisdizioni.

La corretta soluzione esegetica, volta ad attribuire la giurisdizione al giudice amministrativo, discende dalla corretta applicazione dell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, codice appalti) che attribuisce la giurisdizione sulle "procedure di affidamento". E tali sono anche i subaffidamenti, in quanto anche ad essi concorre la stazione appaltante, mediante la valutazione del possesso dei requisiti in capo al subappaltatore.

Sulla scia di tale impostazione, è stato statuito in giurisprudenza che le autorizzazioni al subappalto sono suscettibili di autotutela, e la giurisdizione è stata trattenuta dal giudice amministrativo^{98[98]}.

La pronuncia del Tar Lazio che ha negato la giurisdizione del g.a. è stata riformata in appello; il Consiglio di Stato ha statuito che:

“Tuttavia, occorre porsi il problema se nella specie sussista la giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo, non potendo escludersi che anche nella fase esecutiva del contratto di appalto, proprio a causa dell'essere quest'ultimo funzionale alla realizzazione di un interesse pubblico, l'Amministrazione committente disponga di poteri autoritativi nei confronti dell'affidatario, il cui esercizio si manifesti attraverso atti aventi natura provvedimento e a fronte dei quali la posizione dell'impresa appaltatrice si attegga a interesse legittimo.

Ad avviso della Sezione, e conformemente a quanto già affermato da questo Consesso (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2007, nr. 5906), è appunto questo che accade nel caso dell'autorizzazione al subappalto di cui all'art. 118, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Ed invero, non può essere condiviso l'avviso del giudice di primo grado che considera detta autorizzazione una species di quella prevista dall'art. 1656 c.c. in materia di appalti privati, riconducendola esclusivamente ad espressione di autonomia negoziale.

Infatti, mentre la ratio della previsione di cui al citato art. 1656 c.c. – come correttamente evidenziato dallo stesso T.A.R. – si collega alla natura fiduciaria del contratto d'appalto, di tal che il committente è chiamato a valutare unicamente (e liberamente) la compatibilità del subappalto con il proprio interesse a veder realizzata l'opera appaltata a regola d'arte, l'autorizzazione ex art. 118 è istituito manifestamente preordinato anche al perseguimento di interessi pubblici ulteriori.

Al riguardo, giova rilevare che è lo stesso art. 118 a ricondurre la valutazione della stazione appaltante, da un lato, all'insussistenza dei divieti di subappalto stabiliti dalla legge (che la stessa disposizione mantiene fermi), e per altro verso all'accertamento della sussistenza delle condizioni cui la stessa norma subordina l'ammissibilità del subappalto medesimo (che la richiesta sia conforme all'indicazione delle prestazioni subappaltabili fornita in sede di offerta, che il subappaltatore sia in possesso dei requisiti di qualificazione, che siano praticati con un minimo ribasso consentito i medesimi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione etc.).

Sotto il primo profilo, la disposizione è palesemente intesa a conferire all'Amministrazione un potere di controllo avente finalità di ordine pubblico ed inteso a prevenire il rischio di infiltrazioni criminali nelle commesse pubbliche (si pensi ai divieti di subappalto di cui alla legge 31 maggio 1965, nr. 575): e tanto basterebbe a far concludere nel senso del carattere eminentemente pubblicistico della valutazione.

Ma v'è di più: ché anche con riguardo al secondo aspetto innanzi indicato la posizione della stazione appaltante, lungi dall'essere totalmente assimilabile a quella di un committente

privato, risulta condizionata da esigenze pubblicistiche, connesse alla ratio stessa della previsione normativa delle procedure di gara.

Come è noto, l'esigenza di fondo cui detta previsione è funzionale è quella di "procedimentalizzare" la fase che precede la stipula dei contratti delle amministrazioni pubbliche, allo scopo di rendere trasparente e imparziale la scelta del contraente, in modo da evitare il rischio di abusi e distorsioni in conseguenza della particolare posizione del soggetto pubblico e al tempo stesso garantire che la scelta medesima sia la più rispondente al criterio del miglior impiego possibile delle risorse pubbliche per il soddisfacimento dei bisogni della collettività.

Se ciò è vero, ne consegue che questo peculiare interesse pubblico non è solo immanente alla fase della procedura selettiva, ma può emergere anche nella successiva fase di esecuzione del contratto, condizionandone alcuni momenti; ad esempio, e per quanto qui interessa, sono proprio le esigenze testé richiamate a giustificare le particolari cautele cui il legislatore assoggetta ogni ipotesi di mutamento soggettivo del contraente nella fase successiva all'aggiudicazione e alla stipula del contratto (si pensi alla disciplina in tema di cessioni di azienda o di fallimento dell'esecutore dell'appalto).

Se viste all'interno di tale quadro, dunque, anche le precitate condizioni per l'ammissibilità del subappalto, di cui all'art. 118 del d.lgs. nr. 163 del 2006, non appaiono affatto intese unicamente a tutelare l'interesse dell'amministrazione committente all'immutabilità dell'affidatario (interesse che in sé considerato, come sostenuto dal primo giudice, sarebbe sostanzialmente omologo a quello privato tutelato dall'art. 1656 c.c.), ma tendono invece a evitare che nella fase esecutiva del contratto si pervenga, attraverso modifiche sostanziali dell'assetto d'interessi scaturito dalla gara pubblica, a vanificare proprio quell'interesse pubblico che ha imposto lo svolgimento di una procedura selettiva e legittimato l'individuazione di una determinata offerta come la più idonea a soddisfare le esigenze della collettività cui l'appalto è preordinato.

Ne discende che ha scarsa rilevanza la questione se, nel rilasciare o meno l'autorizzazione, l'Amministrazione goda di discrezionalità valutativa o debba limitarsi a un mero accertamento della sussistenza delle condizioni o dei divieti di legge: ciò che conta è che tale attività è chiaramente espressione di poteri pubblicistici di natura autoritativa, a fronte dei quali la posizione del privato contraente ha consistenza di interesse legittimo."^{99[99]}

Altri atti prodromici alle procedure di affidamento sono quelli che attestano il possesso dei requisiti di partecipazione, ad es. l'attestazione SOA; i certificati del casellario giudiziario, il d.u.r.c.

Tali atti seguono il regime impugnatorio proprio.

Ad es. non è in discussione che il contenzioso tra richiedente il d.u.r.c. e l'ente previdenziale che lo nega, attenendo ad una certificazione vincolata, spetta al giudice ordinario.

Si è tuttavia osservato che, essendo la regolarità contributiva, attestata dal d.u.r.c., condizione soggettiva di partecipazione alle gare di appalto, e spettando al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento, il giudice amministrativo può compiere, a prescindere dalla consistenza della corrispondente posizione soggettiva, ogni accertamento che gli sia domandato dalla parte per verificare il rispetto dei principi comunitari in materia di concorrenza (tra i quali la regolarità contributiva delle imprese partecipanti); pertanto, il predetto giudice ben può incidentalmente accertare la sussistenza o meno di un requisito di partecipazione, anche se attestato da atti della pubblica amministrazione (come avviene per il d.u.r.c.), posto che diversamente si andrebbe a limitare irragionevolmente l'ambito della tutela accordata dall'ordinamento anche in violazione dei principi di efficacia e rapidità dei mezzi di ricorso^{100[100]}.

9.12. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

L'art. 244, d.lgs. n. 163/2006, come già in precedenza l'art. 4, l. n. 109/1994, in relazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture contemplava la giurisdizione esclusiva solo in relazione ai provvedimenti sanzionatori da essa emessi.

Tuttavia, mentre l'art. 4, co. 7, prevedeva tale giurisdizione solo in ordine alle sanzioni nei confronti delle imprese, l'art. 244 del codice la estendeva alle sanzioni nei confronti delle SOA.

Con l'art. 133, co. 1, lett. l), c.p.a., la giurisdizione esclusiva è stata estesa a tutti i provvedimenti dell'Autorità.

La giurisdizione esclusiva abbraccia, pertanto, sia le sanzioni che l'Autorità irroga nei confronti delle imprese, per violazione di obblighi informativi, sia le sanzioni che l'Autorità irroga nei confronti delle SOA (art. 6, commi 8 e 11; art. 7, co. 8; art. 40, co. 4, lett. g) e art. 40, co. 9 bis e co. 9 ter, codice).

Possono essere considerati sanzionatori anche i provvedimenti di annullamento di attestazioni SOA viziate, con conseguente comprensione del relativo contenzioso nell'ambito della giurisdizione esclusiva.

La giurisdizione esclusiva non si estendeva, invece, fino al 15 settembre 2010, e si estende a decorrere dal 16 settembre 2010, a:

- 1) i regolamenti e agli altri atti organizzativi dell'Autorità;
- 2) il provvedimento con cui viene negata l'autorizzazione all'esercizio di attività di SOA, che non è un atto sanzionatorio;
- 3) le delibere e determinazioni emesse dall'Autorità quali bandi tipo, pareri, interpretazioni del diritto vivente.

Sia con l'art. 244, codice appalti, che con l'art. 133, co. 1, lett. l), c.p.a., esulano dalla giurisdizione esclusiva i rapporti di impiego privatizzati presso le Autorità indipendenti.

Pertanto relazione al rapporto di impiego, il contenzioso sulle procedure concorsuali rientra nella giurisdizione di legittimità del g.a., il contenzioso sui rapporti di impiego spetta al g.o.

In relazione a regolamenti e atti organizzativi dell'Autorità, e al diniego di autorizzazione alle SOA, vi era, fino al 15 settembre 2010, l'ordinaria giurisdizione di legittimità del g.a., e, dal 16 settembre 2010, la giurisdizione esclusiva del g.a.

Per delibere, determinazioni e pareri dell'Autorità, si applicavano fino al 15 settembre 2010 gli ordinari criteri di riparto di giurisdizione, salva, poi, la questione della sussistenza o meno di un interesse concreto e attuale alla loro autonoma impugnazione, e dal 16 settembre 2010 la giurisdizione esclusiva.

L'innovazione recata dal c.p.a. va salutata con favore.

Infatti il precedente regime differenziato dei provvedimenti dell'Autorità, quanto al tipo di giurisdizione, non poteva dirsi felice.

La scelta legislativa confermata dall'art. 244, codice appalti, risaliva all'art. 4, co. 7, l. n. 109/1994, che peraltro riguardava solo le sanzioni verso le imprese.

Il codice appalti aveva esteso la giurisdizione esclusiva alle sanzioni nei confronti delle SOA. Non aveva potuto estendere la giurisdizione esclusiva alla totalità dei provvedimenti dell'Autorità, a ciò impossibilitato dalla mancanza di delega, e dall'espressa configurazione del rapporto di impiego presso l'Autorità come rapporto privatizzato, secondo la normativa anteriore al codice.

In materia di sanzioni, che incidono sul patrimonio del soggetto destinatario, si ritiene esservi situazioni giuridiche di diritto soggettivo in ordine alla misura della sanzione, e di interesse legittimo in ordine al corretto esercizio procedimentale del potere sanzionatorio; pertanto, in materia di sanzioni, vi è, tipicamente, una commistione di interessi legittimi e diritti soggettivi.

Stante tale commistione, e per evitare dubbi in ordine all'individuazione del giudice competente, la materia sanzionatoria viene di regola affidata alla giurisdizione di un unico giudice: o quella, piena, del giudice ordinario (v. l. n. 689/1981) o quella, esclusiva, del giudice amministrativo.

L'attribuzione della materia in questione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo implica che quest'ultimo può conoscere anche delle questioni di diritti soggettivi, e, dunque, non solo delle questioni inerenti al rispetto del procedimento sanzionatorio, ma anche di quelle inerenti la misura, l'adeguatezza, la proporzionalità della sanzione.

10. Il nuovo rito speciale in materia di pubblici appalti introdotto dal d.lgs. n. 53/2010.

10.1. I principi processuali nella direttiva ricorsi.

La direttiva pone, per il processo sui pubblici appalti, i consueti principi di effettività, concentrazione, celerità.

La direttiva consente termini di decadenza, per il ricorso, più brevi dell'attuale termine di sessanta giorni vigente in Italia.

La direttiva opera una differenziazione.

Se, infatti, vengono rispettate sia le regole sulla pubblicazione dei bandi di gara, sia il meccanismo di *standstill*, il termine per ricorrere può essere di dieci o quindici giorni, a seconda della forma di comunicazione dell'aggiudicazione (art. 2-*quater*, direttiva 89/665/CEE; art. 2-*quater*, direttiva 92/13/CEE). Si tratta ovviamente di termini minimi, potendo gli Stati membri fissare termini più lunghi. Si noti che i termini decorrono dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione, e non dalla ricezione di essa, mentre in Italia i termini decorrono dalla ricezione. Se poi l'impugnazione riguarda atti non soggetti a comunicazione individuale, il termine decorre, secondo la direttiva, dalla pubblicazione dell'atto, ed è di almeno dieci giorni.

Se, invece, non sono state rispettate le regole sulla pubblicazione dei bandi di gara o quelle sullo *standstill*, i termini di ricorso sono più lunghi e hanno una diversa decorrenza (art. 2-*septies*, direttiva 89/665/CEE; art. 2-*septies*, direttiva 92/13/CEE).

Gli Stati membri devono infatti prevedere un termine non inferiore a trenta giorni, decorrente o dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, o dalla informativa della stipula del contratto; comunque gli Stati membri possono prevedere un termine di decadenza di sei mesi decorrente da quello successivo alla stipula del contratto.

10.2. Il nuovo rito in breve.

Nel sistema processuale italiano prima del recepimento della direttiva era già previsto un rito processuale che garantiva celerità, quello di cui all'art. 23-*bis*, l. Tar.

Tuttavia, tale rito processuale è sembrato non del tutto adeguato a soddisfare le esigenze poste dalla direttiva, sotto i seguenti profili:

- a) difetto di coordinamento tra il termine di *standstill* e il termine di proposizione del ricorso giurisdizionale;
- b) possibilità di un giudizio abbreviato solo se il giudice ritiene che il ricorso presenta un *fumus* di fondatezza, laddove l'effetto sospensivo automatico connesso alla proposizione del ricorso, rende ora necessario che in ogni caso ci sia una celere definizione della lite;
- c) una scansione processuale che non sempre garantisce la celere definizione della lite.

Sia la legge delega che il decreto delegato affrontano il tema dei termini di ricorso sotto tre distinti profili:

- a) la durata del termine di notifica del ricorso;
- b) la decorrenza del termine di ricorso;

c) il termine di deposito del ricorso, il termine per motivi aggiunti, il termine per la costituzione delle altre parti.

In relazione al primo profilo, considerato l'effetto cautelare automatico che discende dalla sola proposizione del ricorso, a prescindere da una domanda e da una pronuncia cautelare, e persino a prescindere dal previo deposito del ricorso, il legislatore italiano ritenuto che non si può lasciare la stipula del contratto sotto la minaccia del ricorso giurisdizionale per una durata di tempo eccessiva, e che pertanto il termine ordinario di sessanta giorni per il ricorso risulta eccessivo.

Inoltre si è reso indispensabile omogeneizzare il termine per ricorrere con il termine prima del quale il contratto non può essere stipulato: prima del recepimento tale omogeneità mancava, perché il termine per ricorrere era sessanta giorni mentre il termine dilatorio per stipulare il contratto era trenta giorni, sicché se il ricorso era presentato dopo più di trenta giorni, il contratto poteva essere già stato stipulato e la tutela del contraente rischiava di essere vanificata.

Quanto alla decorrenza del termine di ricorso, posto che la decorrenza ha inizio con la conoscenza dei provvedimenti che si impugnano, si è reso necessario prevedere forme e termini certi di conoscenza degli atti, incidendo sulla disciplina sostanziale del procedimento di gara, prevedendo forme certe e celeri di comunicazione degli atti (p.es. posta elettronica certificata o fax), la contestualità dell'invio degli atti a tutti i concorrenti, e prevedendo tempi certi per la comunicazione degli atti.

Si è anche reso necessario incidere sulla disciplina dell'accesso agli atti.

Finora, se l'amministrazione non metteva a disposizione gli atti, ed essi venivano conosciuti solo a seguito di accesso, era consentita la proposizione di motivi aggiunti entro un termine di decorrenza dall'avvenuto accesso. Ma il momento in cui veniva esercitato l'accesso dipendeva da una scelta del ricorrente, e in tal modo si dilata il termine di impugnazione.

Innovativamente è stato previsto un termine legale per l'accesso, in quanto gli atti del procedimento sono a disposizione degli interessati per un certo numero di giorni a far data dalla loro adozione, e entro tale termine legale va esercitato l'accesso.

In tal modo, si consegue certezza anche in ordine alla decorrenza del termine per i motivi aggiunti.

Quanto ai termini di deposito del ricorso, motivi aggiunti e costituzione delle altre parti, è stata razionalizzata la precedente disciplina che presentava molti tempi morti in tali fasi.

In sintesi, la legge delega ha ipotizzato un processo speciale che pur muovendosi nei binari di cui all'art. 23-bis, l. Tar, presenta ulteriori accelerazioni, in quanto:

- a) il termine di ricorso non può essere superiore a trenta giorni;
- b) vanno meglio scanditi i termini processuali diversi da quello di proposizione del ricorso, e segnatamente quelli della fase cautelare;
- c) va assicurata la concentrazione di tutte le impugnazioni nel medesimo processo;
- d) va assicurata ove possibile una decisione immediata;
- e) va prevista la competenza inderogabile del giudice.

Nel recepimento di tali principi il legislatore delegato si è mosso secondo le seguenti linee di fondo:

- a) costruzione di un nuovo rito speciale, che si muove nei binari dell'art. 23-bis, l. Tar, ma se ne discosta in più punti;
- b) l'art. 23-bis, l. Tar resta applicabile per quanto non espressamente disposto;
- c) competenza inderogabile;
- d) previsione di termini più brevi sia di quelli ordinari, sia di quelli di cui all'art. 23-bis;
- e) obbligatorietà e non mera dei motivi aggiunti per impugnare atti connessi a quello già impugnato;
- f) giudizio di merito ove possibile immediato, diversamente da celebrarsi in ogni caso entro un termine breve (di norma non superiore a sessanta giorni);

g) scansione della fase cautelare con ulteriore accelerazione rispetto al rito dell'art. 23-bis.

10.3. Rapporto e differenze con il rito di cui all'art. 23-bis, l. Tar.

Il legislatore delegato nel d.lgs. n. 53/2010 aveva inteso prevedere un nuovo rito speciale, che pur muovendosi nei binari dell'art. 23-bis, l. Tar, se ne discosta sotto più punti.

Conseguentemente, nell'art. 23-bis, l. Tar, erano state abrogate le previsioni che si riferivano ai pubblici affidamenti, mentre sono rimaste le altre materie cui si applica (art. 15, co. 2, d.lgs. n. 53/2010).

Nel nuovo rito si afferma espressamente che, per quanto non disciplinato, si applica l'art. 23-bis, l. Tar, che rimane perciò sullo sfondo come disciplina residuale.

Tuttavia con il c.p.a. (d.lgs. n. 104/2010) è stata modificata la prospettiva, in quanto l'art. 119 c.p.a. (in cui è stato trasfuso l'art. 23-bis), l. Tar, contempla tra le sue materie anche le procedure di affidamento.

Sicché il rito appalti rientra nel *genus* del rito abbreviato comune (art. 119 c.p.a.), ma contiene rispetto ad esso ulteriori regole peculiari (artt. 120 e ss., c.p.a.).

Nella versione dell'art. 245, codice appalti, non era chiarissima la portata del rinvio all'art. 23-bis, l. Tar, infatti l'art. 245, codice, come novellato, aveva delineato un rito completo e tendenzialmente autosufficiente, che non abbisognava di essere completato con l'art. 23-bis, ma semmai con la disciplina generale del processo amministrativo. L'unica utilità del rinvio stava nel richiamo della norma secondo cui i termini diversi da quelli espressamente disciplinati, si devono intendere dimezzati rispetto a quelli ordinari.

Con il trasferimento del rito appalti nel c.p.a., tale rito ha perso molti dei suoi connotati di specialità e autonomia, essendo stato riassimilato al rito abbreviato comune; si spiega pertanto il rinvio alla disciplina del rito abbreviato comune.

Il nuovo rito, anche nella versione mutilata ora contenuta nell'art. 120 c.p.a., presenta comunque alcune significative differenze rispetto a quello di cui all'art. 23-bis, l. Tar.

Di seguito si evidenziano elementi comuni e differenze rispetto all'art. 23-bis, l. Tar, sia con riferimento al rito di cui all'art. 245, codice appalti, in vigore fino al 15 settembre 2010, sia con riferimento al rito come trasferito e riscritto nell'art. 120, c.p.a., in vigore dal 16 settembre 2010.

Anzitutto, il rimedio processuale diviene esclusivo, non essendo più praticabile il sinora alternativo rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (art. 245, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 1, c.p.a.).

In secondo luogo è prevista la competenza territoriale inderogabile (art. 245, co. 2-*quater*, codice appalti, e dal 16 settembre 2010 art. 14, co. 3, c.p.a.), che fino al 15 settembre 2010 costituiva una deroga alla regola generale della derogabilità della competenza. Con il nuovo c.p.a., la competenza è sempre inderogabile, a decorrere dal 16 settembre 2010 (artt. 14 e 15 c.p.a.).

Ai fini dell'operatività dell'effetto sospensivo automatico, in caso di Amministrazioni patrocinate dall'Avvocatura erariale, occorre che il ricorso sia notificato anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, oltre che nel domicilio legale presso l'Avvocatura (art. 245, co. 2-*ter*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 4, c.p.a.).

Sono previsti più brevi termini processuali:

- a) trenta giorni anziché sessanta per la proposizione del ricorso introduttivo;
- b) dieci giorni per tutti i depositi, anziché quindici, fino al 15 settembre 2010, mentre dal 16 settembre 2010 il termine è quindici giorni ai sensi dell'art. 119 c.p.a. (la metà del termine ordinario di deposito che è pari a trenta giorni ai sensi dell'art. 45, c.p.a.);
- c) trenta giorni anziché sessanta per proporre motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati;
- d) trenta giorni anziché sessanta per proporre ricorso incidentale, fino al 15 settembre 2010, mentre a decorrere dal 16 settembre 2010 è dubbio se, ai sensi dell'art. 120, co. 5, il termine

per il ricorso incidentale sia trenta o sessanta giorni, atteso che la previsione, formalmente, prevede trenta giorni solo per ricorso principale e motivi aggiunti e non anche per il ricorso incidentale, per il quale dovrebbe applicarsi l'art. 119, co. 2, c.p.a., che sottrae al dimezzamento dei termini il ricorso incidentale; è evidente che la norma è frutto di refuso in sede di trasposizione e riscrittura dell'art. 245, codice appalti, ma che per evidenti ragioni logiche ed equitative, il termine per il ricorso incidentale deve intendersi di trenta giorni come quello per il ricorso principale, dovendosi intendere l'espressione "ricorso" come *genus* comprensivo sia del ricorso principale che di quello incidentale;

e) quindici giorni (anziché sessanta o trenta a seconda delle varie tesi), per proporre motivi aggiunti avverso atti già impugnati, fino al 15 settembre 2010 (art. 245, co. 2-*quinqüies*, lett. d), codice appalti), mentre dal 16 settembre 2010, l'art. 120, co. 5, c.p.a., ripristina un regime uniforme per i motivi aggiunti, il cui termine di proposizione è sempre trenta giorni quale che sia l'atto cui si riferiscono (già impugnato o nuovo);

f) quindici giorni per l'appello avverso l'ordinanza cautelare fino al 15 settembre 2010 (art. 245, co. 2-*quinqüies*, lett. e), codice appalti), mentre dal 16 settembre 2010 è stato previsto il termine di trenta giorni per l'appello cautelare, in caso di notifica dell'ordinanza, o sessanta dalla sua pubblicazione (infatti nulla dispone sui termini dell'appello cautelare l'art. 120; si applica perciò l'art. 119, che a sua volta, nel co. 2, sottrae al dimezzamento i termini dell'appello cautelare, rinviando all'art. 62, co. 1, c.p.a., che prevede che l'appello cautelare si propone entro trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza o sessanta dalla sua pubblicazione).

E' prevista l'obbligatorietà, anziché la mera facoltatività, dei motivi aggiunti (art. 245, co. 2-*septies*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 7, c.p.a.).

Il giudizio abbreviato non è eventuale, ma indefettibile e inoltre l'udienza di merito va fissata d'ufficio (art. 245, co. 2-*octies*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 6, c.p.a.).

Viene scandita l'abbreviazione del rito anche quando occorre procedere a integrazione del contraddittorio, concessione di termini a difesa, integrazioni istruttorie (art. 245, co. 2-*nonies*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 8, c.p.a.).

Viene introdotto il principio di sinteticità degli atti di parte e il principio che la sentenza è ordinariamente redatta in forma semplificata (art. 245, co. 2-*undecies*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 10, c.p.a.).

La fase cautelare si svolgeva, fino al 15 settembre 2010, con tempi più rapidi (art. 245, co. 2-*duodecies*, codice appalti); dal 16 settembre 2010 si applicano le regole generali sulla tutela cautelare dettate dal c.p.a., in quanto nella riscrittura del rito appalti sono scomparse le previsioni finalizzate ad accelerare la fase cautelare.

10.4. Rapporto e differenze con il rito di cui all'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008.

Il nuovo rito è destinato a sostituire anche quello speciale di cui all'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008, che viene espressamente abrogato, in uno con la regola di cui all'art. 20, co. 8-*bis*, citato d.l., secondo cui non si applica il termine dilatorio di stipula del contratto (art. 15, co. 1, d.lgs. n. 53/2010).

L'abolizione dell'art. 20, co. 8-*bis*, d.l. n. 185/2008 comporta che le nuove regole in tema di *standstill* ed effetto sospensivo si estendono a tali opere se la loro aggiudicazione definitiva è successiva all'entrata in vigore della nuova disciplina.

Tuttavia, mentre il co. 8-*bis* viene abrogato con effetto immediato, il co. 8 viene espressamente fatto salvo, in via transitoria, per gli interventi di cui al citato art. 20 per i quali alla data di entrata in vigore del d.lgs. siano già stati nominati i relativi commissari, o vengano nominati nei successivi novanta giorni (art. 15, co. 4, d.lgs. n. 53/2010).

La disciplina fatta transitoriamente salva, contenuta nel co. 8, oltre a dettare regole processuali, in parte più stringenti delle nuove, impone anche il divieto di caducazione del contratto e la generalizzazione della tutela risarcitoria solo per equivalente.

Il mantenimento di tale previsione è in palese contrasto con la direttiva comunitaria nel caso di gravi violazioni, infatti secondo la direttiva nei casi di gravi violazioni il contratto deve essere privato di effetti, salvo che ricorrano esigenze imperative, e in tal caso vanno applicate sanzioni alternative.

Il mantenimento di tale previsione è invece compatibile con la direttiva per i casi diversi dalle violazioni gravi, nei quali, infatti, è nella disponibilità degli Stati membri disciplinare la sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Pertanto, l'esclusione, dal campo di applicazione di tale disciplina, degli interventi di cui all'art. 20, co. 8, appare di dubbia compatibilità comunitaria nei casi di violazioni gravi.

In senso negativo si è anche espresso il parere del Consiglio di Stato.

La salvezza transitoria dell'art. 20, co. 8, comporta che il nuovo rito lascia in vita, per un congruo lasso temporale, indefinito e ancorato alla sola nomina del commissario, il rito precedente, per gli interventi di cui all'art. 20, d.l. n. 185/2008.

Sicché, mentre per la generalità dei pubblici affidamenti e segnatamente delle opere pubbliche, il nuovo rito sostituisce con effetto pressoché immediato quello di cui all'art. 23-bis, l. Tar, per le sole opere pubbliche riconducibili all'art. 20, d.l. n. 185/2008, con commissari già nominati o che vengano nominati entro novanta giorni, continuerà ad applicarsi il rito speciale dell'art. 20, co. 8.

Il nuovo rito coglie molti spunti di quello di cui all'art. 20, co. 8, generalizzandoli, ma se ne differenzia sotto svariati profili.

In sintesi, si può dire che quello dell'art. 20, co. 8, rimane un rito ben più accelerato rispetto al nuovo.

Gli elementi comuni sono i seguenti:

- a) forme e mezzi certi di comunicazione degli atti di gara;
- b) accesso agli atti *ex lege* entro un termine fissato per legge;
- c) termine di trenta giorni per il ricorso principale;
- d) la regola circa la prova della notificazione;
- e) la regola della non necessità di istanza di fissazione d'udienza.

Gli elementi differenziali sono i seguenti:

- a) il termine di deposito degli atti di parte è cinque giorni nel rito dell'art. 20, e dieci giorni nel nuovo rito fino al 15 settembre 2010, quindici giorni a partire dal 16 settembre 2010;
- b) il termine per i motivi aggiunti è dieci giorni nel rito dell'art. 20, e trenta o quindici giorni nel nuovo rito fino al 15 settembre, trenta giorni a partire dal 16 settembre 2010;
- c) il termine per il ricorso incidentale è quindici giorni nel rito dell'art. 20 e trenta giorni nel nuovo rito fino al 15 settembre 2010, mentre dal 16 settembre 2010 è dubbio se il termine per il ricorso incidentale sia trenta o sessanta giorni;
- d) l'udienza di merito va celebrata entro quindici giorni nel rito dell'art. 20 ed entro sessanta giorni nel nuovo rito fino al 15 settembre 2010 (in entrambi i casi il termine decorre dalla scadenza del termine di costituzione delle parti diverse dal ricorrente), mentre dal 16 settembre 2010 scompare il termine di celebrazione dell'udienza, stabilendosi solo che l'udienza "è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità";
- e) il dispositivo della sentenza va pubblicato in udienza nel rito dell'art. 20 ed entro sette giorni dall'udienza nel nuovo rito, fino al 15 settembre 2010 sia in primo grado che in appello, dal 16 settembre 2010 solo in primo grado, mentre in appello va pubblicato entro sette giorni solo se c'è espressa istanza di parte;
- f) la sentenza è sempre redatta in forma semplificata nel rito dell'art. 20 e solo ordinariamente nel nuovo rito;

g) il contratto non può mai essere privato di effetti nel rito dell'art. 20, ma questa regola, come si vedrà, deve essere disapplicata, per contrasto con il diritto comunitario, nel caso di violazioni gravi.

10.5. L'esclusività del ricorso giurisdizionale. L'impraticabilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Mentre l'originaria versione dell'art. 245, co. 1, codice, menzionava, in relazione agli atti delle procedure di affidamento, sia il ricorso giurisdizionale al Tar che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, il testo introdotto dal d.lgs. n. 53/2010 dispone che tali atti sono impugnabili "unicamente" mediante ricorso al Tar competente.

Tale regola è rimasta in sede di riscrittura del rito appalti nel c.p.a. (art. 120, co. 1, c.p.a.).

Dal consapevole e voluto uso della parola "unicamente" si desume che non è più ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Questa scelta deriva, indirettamente ma chiaramente, dalla stessa legge delega letta in combinato disposto con la direttiva.

La direttiva infatti consente agli Stati membri di prevedere ricorsi amministrativi o giurisdizionali, purché entrambi rispettino i principi di celerità ed effettività della tutela, e purché ad entrambi si riconnetta, in caso di loro proposizione, l'effetto sospensivo automatico in ordine alla stipulazione del contratto.

La legge delega disciplina solo il ricorso giurisdizionale, e solo ad esso connette l'effetto sospensivo automatico.

Se ne desume, per implicito, che non si è inteso consentire il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

Ove lo si fosse voluto consentire, occorreva disciplinarne la scansione temporale, e prevedere espressamente l'effetto sospensivo automatico, pena l'incompatibilità comunitaria.

Sicché, da un lato manca la delega per adeguare il ricorso straordinario, dall'altro lato il ricorso straordinario nella sua vigente configurazione non è conforme alla direttiva.

Ne consegue che correttamente il legislatore delegato ha interpretato la delega nel senso che essa abbia inteso precludere la via del ricorso straordinario.

Ulteriore conferma si trae dalla circostanza che il nuovo termine di ricorso giurisdizionale è fissato in trenta giorni, mentre il termine per il ricorso straordinario è di centoventi giorni.

Se si consentisse il ricorso straordinario, superato il termine di trenta giorni, la parte decaduta dal ricorso giurisdizionale, potrebbe adire la via straordinaria, ma senza che il ricorso sortisca l'effetto sospensivo automatico.

La scelta di escludere il ricorso straordinario è coerente con l'indirizzo giurisprudenziale maggioritario secondo cui il ricorso straordinario non è ammissibile nelle materie in cui davanti al giudice amministrativo vi sono riti connotati da forti elementi di specialità e peculiari ambiti di giurisdizione.

Il Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di decreto delegato, ha condiviso la scelta legislativa di vietare il ricorso straordinario, osservando come *"la scelta di escludere il ricorso straordinario sia coerente con l'accentuata specialità che connota il nuovo rito in materia di appalti. Come il Consiglio di Stato ha in più occasioni rilevato, infatti, l'ammissibilità del ricorso straordinario deve escludersi in tutti quei casi in cui il giudice amministrativo (o anche quello ordinario) sia destinatario, in certe materie, di norme processuali speciali volte ad una più rapida definizione del contenzioso, tali da dare la stura a competenze da taluni reputate "funzionali", ossia non suscettibili di alternative che ne frusterebbero la ratio di accelerazione (specie se si considera il più lungo termine per la proposizione del ricorso straordinario). In questi casi, la giurisdizione del giudice amministrativo si reputa assoluta e quindi tale da non ammettere alternative.*

Proprio valorizzando la specialità del rito, il ricorso straordinario è stato ad esempio escluso in materia di accesso ai documenti amministrativi: in quel caso si è ritenuto che il

processo speciale previsto dall'art. 25 l. n. 241/1990 è caratterizzato da criteri di urgenza e celerità incompatibili con il lungo termine previsto per la proposizione del ricorso straordinario; inoltre, il potere di ordinario all'Amministrazione un facere consistente è stato ritenuto precluso in sede di ricorso straordinario, che consente solo l'eliminazione dell'atto.

E' vero che con riferimento all'art. 23-bis, l. Tar, il Consiglio di Stato ha, in passato, ritenuto che la specialità del rito non fosse incompatibile con il ricorso straordinario. Tale considerazione non vale, tuttavia, a mettere in discussione la scelta ora fatta del decreto delegato, in quanto il nuovo rito speciale in materia di appalti risulta ora caratterizzato (anche ove venissero recepite le osservazioni del presente decreto) da elementi di specialità senz'altro più marcati rispetto a quelli che caratterizzano il rito descritto dall'art. 23-bis.

Si fa riferimento non solo alla consistente abbreviazione di tutti i termini processuali (in primo luogo quelli per la proposizione e per il deposito del ricorso, portati rispettivamente a trenta e 5 gg.), ma soprattutto all'attribuzione al giudice amministrativo di consistenti poteri in ordine alla sorte del contratto e all'eventuale applicazione di sanzioni alternative, che vanno ben al di là della pronuncia meramente caducatoria che caratterizza invece il ricorso straordinario.

Né vale obiettare che in tal modo l'impresa illegittimamente pretermessa in sede di gara perde la possibilità di agire in sede di ricorso straordinario per ottenere una tutela solo risarcitoria.

Al riguardo, infatti, deve rilevarsi che secondo l'indirizzo prevalente la struttura impugnatoria del rimedi giustiziale esclude la possibilità di avanzare in tale sede domande risarcitorie.

In ogni caso, anche aderendo all'indirizzo, allo stato minoritario, secondo cui l'azione risarcitoria è ammissibile anche in sede di ricorso straordinario, deve rilevarsi che il testo del decreto delegato non esclude di per sé tale possibilità: l'art. 8, infatti, testualmente riserva al binario giurisdizionale i soli ricorsi volti all'impugnazione degli atti di gara, lasciando quindi aperta la questione dell'ammissibilità in sede di ricorso straordinario di una domanda risarcitoria in materia di appalti.".

10.6. L'ambito del nuovo rito: gli atti delle procedure di affidamento e i connessi provvedimenti dell'Autorità.

Il nuovo rito speciale si applica a tutti gli atti delle procedure di affidamento: non solo l'aggiudicazione, ma anche gli atti che la precedono, se autonomamente lesivi e dunque autonomamente impugnabili, quali bandi ed esclusioni.

Il nuovo rito speciale riguarda non solo gli atti delle procedure di affidamento, ma anche i connessi provvedimenti dell'Autorità, ad es. iscrizioni nel casellario informatico, o applicazione di sanzioni, conseguenti a provvedimenti di esclusione dalla gara adottati dalle singole stazioni appaltanti (art. 245, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 1, c.p.a.).

La connessione di tali atti a quelli di gara comporta che essi devono obbligatoriamente essere impugnati con motivi aggiunti nello stesso processo in cui sono impugnati gli atti di gara.

Se tuttavia gli atti di gara non vengono impugnati, mentre si impugnano solo i provvedimenti dell'Autorità, p.es. non si impugna l'esclusione dalla gara ma solo l'iscrizione dell'esclusione nel casellario informatico, non si applica il nuovo rito speciale, ma resta applicabile l'art. 119, c.p.a. (già art. 23-bis, l. Tar), tra le cui materie vi sono i provvedimenti delle Autorità amministrative indipendenti.

In sintesi, due sono le condizioni per l'applicazione del nuovo rito ai provvedimenti dell'Autorità:

- a) che siano connessi con gli atti di gara;
- b) che siano impugnati insieme agli atti di gara o con motivi aggiunti.

Sotto il primo profilo va esclusa la connessione per quegli atti che l'Autorità adotta autonomamente e non quale conseguenza di atti di gara: si pensi ai provvedimenti adottati nei confronti delle SOA, o ai provvedimenti che dichiarano la decadenza da un'attestazione SOA, o ai provvedimenti sanzionatori nei confronti di stazioni appaltanti o imprese adottati per la violazione di obblighi informativi, e che prescindono da una singola gara di appalto.

Sotto il secondo profilo va sottolineato che se la connessione c'è e vengono impugnati anche gli atti di gara, i connessi provvedimenti dell'Autorità devono seguire la sorte degli atti di gara in ordine al regime della competenza e del rito. Solo se gli atti di gara non vengono impugnati, l'atto dell'Autorità andrà impugnato davanti al Tar Lazio – Roma, con il rito dell'art. 119 c.p.a. (già art. 23-bis, l. Tar), e non con il rito in commento.

Per quanto riguarda gli atti delle procedure di affidamento, l'art. 245, co. 1, codice appalti, nel testo introdotto dal d.lgs. n. 53/2010, rinvia all'art. 244, codice appalti, e dunque intende far coincidere l'ambito del rito speciale con l'ambito della giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento; vale a dire che per tutte le procedure di affidamento contemplate nell'art. 244, codice appalti, ivi comprese quelle per la scelta del socio, si applica il rito speciale.

Tuttavia in sede di riscrittura del rito appalti nel c.p.a., il rinvio all'art. 244 (o equivalente norma sulla giurisdizione), è scomparso: l'art. 120, co. 1, c.p.a., si limita a menzionare “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 pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”. A sua volta l'art. 119, co. 1, lett. a), c.p.a., ancora più genericamente, menziona “i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture”. Non vi è dunque perfetta coincidenza tra le materie oggetto del rito speciale e le materie oggetto della giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 244, codice appalti, ora trasfuso nell'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a., in quanto gli artt. 119, co. 1, lett. a) e 120, co. 1, c.p.a., individuano le procedure di affidamento con criteri oggettivi, laddove l'art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a. (già art. 244, codice appalti), utilizza anche un criterio soggettivo (ancorato al soggetto tenuto al rispetto di procedure di evidenza pubblica).

In via esegetica si deve però ritenere che vi sia coincidenza, quanto alle procedure di affidamento, tra ambito della giurisdizione esclusiva e ambito del rito speciale.

10.7. La competenza inderogabile. La connessione.

La competenza territoriale si determina secondo gli ordinari vigenti criteri in ordine all'efficacia dell'atto e alla sede dell'autorità emanante (art. 245, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 1, c.p.a.).

Il principio di concentrazione implica che tutti gli atti relativi alla medesima procedura di gara devono essere obbligatoriamente impugnati con motivi aggiunti.

Questo ha effetto anche sulla competenza territoriale, che per gli atti successivi si determina per connessione rispetto agli atti già impugnati.

La connessione acquista particolare rilevanza quanto ai provvedimenti dell'Autorità di vigilanza connessi ad atti di gara, ad es. iscrizioni nel casellario informatico, o applicazione di sanzioni, da parte dell'Autorità, conseguenti a provvedimenti di esclusione dalla gara, adottati dalle singole stazioni appaltanti.

Infatti, mentre per gli atti di gara delle stazioni appaltanti sono competenti i Tar periferici, per gli atti dell'Autorità di vigilanza la competenza è in astratto del Tar Lazio.

Ma se vengono impugnati atti di gara e insieme ad essi o in prosieguo si intendono contestare connessi provvedimenti dell'Autorità, la regola dell'obbligatorietà dei motivi aggiunti impone la concentrazione processuale nello stesso giudizio, e davanti al giudice adito per primo.

Prima della nuova formulazione dell'art. 245, codice appalti (dal 16 settembre 2010 art. 120, c.p.a.), il tema è stato controverso.

La giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che pur non essendovi nel processo amministrativo una regola espressa sulla competenza per connessione, a differenza di quanto si riscontra nel processo civile (artt. 31-36 c.p.c.) va comunque affermata la necessità del *simultaneus processus*, e dunque l'esigenza di trattazione congiunta della controversia, con la concentrazione presso un unico giudice; e ciò nell'ottica di evitare contrasti di giudicati, nel tentativo di realizzazione di un'effettiva economia processuale, ed allo scopo di realizzare meglio le situazioni giuridiche soggettive, visto che l'integrale cognizione del rapporto giuridico sottostante alla pluralità di provvedimenti impugnati agevola il perseguimento di una giusta soluzione della lite^{101[101]}.

Al fine di dare rilievo all'istituto della connessione, la giurisprudenza ha elaborato talune regole, tra cui rileva quella, condivisibile, secondo cui in caso di impugnazione di atto presupposto e atto consequenziale, è competente in relazione ad entrambi i provvedimenti il giudice competente per l'atto presupposto^{102[102]}.

Tale regola si attaglia al caso in commento, in cui i provvedimenti dell'Autorità spesso non solo sono connessi, ma anche consequenziali, rispetto ai provvedimenti di gara.

Non può invece condividersi la tesi, pur talora sostenuta, che radicava la competenza in capo al Tar adito per l'impugnazione degli atti di gara anche in relazione al provvedimento di iscrizione nel casellario informatico in base all'assunto del carattere meramente esecutivo di quest'ultimo e della sua mancanza di autonoma portata lesiva^{103[103]}.

Invero, il provvedimento di iscrizione nel casellario informatico non è meramente esecutivo e ha una autonoma portata lesiva, e può essere impugnato oltre che per motivi di invalidità derivata, anche per vizi propri (come è nella specie accaduto).

Tuttavia esso, pur non essendo meramente esecutivo, è comunque consequenziale in quanto ha la sua ragion d'essere nella pregressa adozione di un provvedimento di esclusione da una gara.

Non sembrano praticabili altre soluzioni, in astratto possibili:

a) non la soluzione di spostare al Tar Lazio la sola controversia sul provvedimento di iscrizione nel casellario informatico, lasciando al Tar periferico la controversia sul provvedimento di esclusione, perché si avrebbe una artificiosa e diseconomica scissione di una vicenda unitaria che richiede unitarietà di giudizio;

b) non la soluzione di spostare l'intera controversia al Tar Lazio per il solo fatto che è impugnato un atto di una Autorità centrale, quale che ne sia il ruolo nella sequenza di atti impugnati^{104[104]}, perché si avrebbe una irragionevole concentrazione presso il Tar Lazio di tutto il contenzioso sui pubblici appalti quando a provvedimenti di esclusione conseguono provvedimenti di iscrizione nel casellario informatico, ben oltre la *ratio* legislativa della previsione della competenza del Tar Lazio.

In tale direzione milita ora la nuova disciplina da cui si evince che in materia di pubblici appalti va assicurato il *simultaneus processus* con necessità che tutti gli atti della procedura di gara e quelli ad essa connessi siano impugnati nello stesso giudizio davanti al medesimo giudice, ivi compresi, rispetto agli atti di gara, i "connessi" provvedimenti dell'Autorità di vigilanza. Si prevede, infatti, da un lato, che la competenza sui ricorsi avverso le procedure di affidamento è inderogabile e, dall'altro lato, che tutti gli atti successivi a quelli originariamente impugnati sono contestati "obbligatoriamente" con motivi aggiunti, davanti al giudice già adito. Sicché se ne desume che la competenza "inderogabile" sulla gara di

appalto, attrae anche i successivi motivi aggiunti di ricorso, ancorché proposti contro provvedimenti dell'Autorità di vigilanza, purché "connessi"^{105[105]}.

10.8. Rilievo dell'incompetenza.

Essendo la competenza inderogabile, il difetto di competenza deve essere rilevato d'ufficio.

Fino al 15 settembre 2010, nel rito appalti giudice deve rilevare l'incompetenza d'ufficio prima di ogni altra questione, e deve farlo nella prima udienza utile, sia essa quella cautelare o di merito (art. 245, co. 2-*quater*, codice appalti).

A partire dal 16 settembre 2010, tale rigida scansione è ammorbidita; la competenza è sempre inderogabile, e il difetto di competenza è rilevato in primo grado anche d'ufficio. Nei giudizi di impugnazione esso è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla competenza (art. 15, co. 1, c.p.a.).

Il difetto di competenza va dichiarato con ordinanza, che deve indicare anche il Tar competente (art. 245, co. 2-*quater*, codice appalti, fino al 15 settembre 2010 e, dal 16 settembre 2010, art. 16, co. 2, c.p.a.).

Fino al 15 settembre 2010, il processo deve essere riassunto davanti al Tar indicato come competente, entro quindici giorni da quando diventa definitiva l'ordinanza che declina la competenza. Dal 16 settembre 2010, in virtù del combinato disposto degli artt. 16, co. 2, 119, co. 2, 120, co. 3, c.p.a., il processo va riassunto nel termine perentorio di 15 giorni decorrenti dalla comunicazione dell'ordinanza, a prescindere dalla sua definitività.

Per ordinanza definitiva si intende quella non impugnata o confermata in appello.

All'uopo, fino al 15 settembre 2010, è previsto che l'ordinanza che declina la competenza è impugnabile entro quindici giorni dalla comunicazione o notificazione, con il mezzo del regolamento di competenza.

Dal 16 settembre 2010, l'ordinanza che declina la competenza è impugnabile, nel rito appalti, entro quindici giorni dalla notificazione, ovvero trenta dalla pubblicazione, con il regolamento di competenza.

Se il giudice non rileva d'ufficio la propria incompetenza, essa può essere fatta valere dalla parte che vi ha interesse con il regolamento di competenza (art. 245, co. 2-*quater*, codice appalti, e, dal 16 settembre 2010, art. 15, co. 2, c.p.a.).

Fino al 15 settembre 2010, i termini del regolamento di competenza in tal caso sono dimezzati rispetto a quelli ordinari, in virtù del rinvio operato dall'art. 245, codice appalti, all'art. 23-*bis*, l. Tar. Pertanto il termine di proposizione sarà di dieci, e non di venti giorni, dalla scadenza del termine di costituzione in giudizio.

A partire dal 16 settembre 2010, il regolamento di competenza potrà proporsi finché la causa non è decisa nel merito in primo grado (art. 15, co. 2, c.p.a.), mentre non è chiaro come opera il dimezzamento del termine di deposito dell'istanza di regolamento dopo la sua notifica, posto che il termine di deposito è di quindici giorni ai sensi dell'art. 15, co. 2, c.p.a., ma ai sensi degli artt. 119 e 120 i termini processuali sono dimezzati: non potendo applicarsi un termine di sette giorni e mezzo (l'esatta metà di quindici giorni), si deve ritenere che si applichi per arrotondamento un termine di otto giorni.

Il giudice indicato come competente, davanti al quale il processo è riassunto, se a sua volta ritiene di non essere competente, può chiedere d'ufficio il regolamento di competenza, alla prima udienza davanti a lui: così fino al 15 settembre 2010 (art. 245, co. 2-*quater*, codice appalti). Dal 16 settembre 2010, il regolamento può essere altresì richiesto d'ufficio, con ordinanza, dal giudice indicato come competente dal tribunale adito, ma non è specificato un puntuale limite temporale, che è da ritenersi coincidente il passaggio della causa in decisione

in primo grado, vale a dire lo stesso limite temporale che hanno le parti, ai sensi dell'art. 15, co. 2, c.p.a., per proporre regolamento di competenza (art. 16, co. 3, c.p.a.).

10.9. I nuovi termini processuali.

10.9.a) I nuovi termini processuali fino al 15 settembre 2010.

Nel presente paragrafo si esaminano i termini in vigore fino al 15 settembre 2010.

Il termine per il ricorso introduttivo è fissato in trenta; dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 5, c.p.a.).

Tale termine decorre dalla comunicazione dell'atto fatta ai sensi dell'art. 79, codice.

Per i bandi, tale termine decorre dalla pubblicazione nella G.U. italiana, fatta ai sensi dell'art. 66, co. 8, codice.

Il termine è di trenta giorni anche per gli altri atti che introducono domande nuove, e, segnatamente, per il ricorso incidentale, e per i motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati.

Si pensi al caso, eclatante, del ricorso avverso l'aggiudicazione, dopo il ricorso avverso il bando.

Quanto al ricorso incidentale, il termine di trenta giorni decorre dalla notifica del ricorso principale.

Per i motivi aggiunti avverso i medesimi atti, il termine è di quindici giorni.

Il termine è di quindici giorni anche per i motivi aggiunti contro un atto formalmente diverso da quello principale, nel caso in cui si impugni il diniego di autotutela o il non luogo a provvedere a seguito di informativa preventiva.

Per i depositi di taluni atti di parte soggetti a notificazione, è previsto il termine di dieci giorni: in particolare, quanto al deposito del ricorso principale, di quello incidentale, dei motivi aggiunti, dell'appello avverso l'ordinanza cautelare.

E' fissato in quindici giorni il termine per l'appello avverso l'ordinanza cautelare.

Quanto agli atti del giudice, è previsto il termine di sessanta giorni per la celebrazione dell'udienza di merito, e il termine di sette giorni per la pubblicazione del dispositivo.

Poiché l'art. 245-co. 2-terdecies, estende le nuove disposizioni anche ai processi di impugnazione, se ne desume che anche il termine per appellare le sentenze o il dispositivo, è di trenta giorni come per il ricorso introduttivo, e il termine di deposito è di dieci giorni. E in appello, sarà di trenta giorni il termine per motivi aggiunti e ricorso incidentale, e di dieci giorni per i relativi depositi.

Resta fermo il termine lungo, in difetto di notificazione, che nel c.p.c. è pari a sei mesi e che con il dimezzamento diviene di novanta giorni.

10.9.b) I nuovi termini processuali dal 16 settembre 2010.

La riscrittura del rito appalti nel nuovo c.p.a., in vigore dal 16 settembre 2010, ha comportato una riduzione dei termini speciali e una sostanziale assimilazione del regime dei termini a quelli del rito abbreviato comune di cui all'art. 119, c.p.a.

Restano speciali solo il termine per il ricorso introduttivo e per i motivi aggiunti, quale che sia l'atto cui si riferiscono, che sono di trenta giorni (art. 120, co. 5, c.p.a.).

Pertanto:

- a) il termine per il ricorso introduttivo è di trenta giorni;
- b) il termine per i motivi aggiunti avverso atti diversi è di trenta giorni;
- c) il termine per i motivi aggiunti avverso atti già impugnati è di trenta giorni e non più di quindici;
- d) il termine per impugnare il diniego espresso o tacito di autotutela a seguito di informativa ex art. 243-bis, codice appalti, è di trenta giorni e non più di quindici;

e) il termine per il ricorso incidentale, in base ad un'interpretazione letterale degli artt. 120 e 119 c.p.a. dovrebbe essere di sessanta giorni e non più di trenta giorni; infatti l'art. 120, co. 5, c.p.a. formalmente menziona solo il ricorso principale e i motivi aggiunti, non anche il ricorso incidentale; sicché, in virtù del rinvio operato dall'art. 120 all'art. 119, dovrebbe applicarsi il co. 2 dell'art. 119, a tenore del quale il termine per il ricorso incidentale è sottratto al dimezzamento. Sicché si applica l'art. 42, co. 1, c.p.a., a tenore del quale il termine per il ricorso incidentale è di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale; sembra però chiaro che questo differenziato regime sia frutto non di consapevole volontà ma di refuso materiale in sede di riscrittura del rito appalti, e che non si giustifica affatto sul piano della parità delle parti; un'interpretazione storica e sistematica dovrebbe far intendere la parola "ricorso" contenuta nell'art. 120, co. 5, c.p.a., come "genus" comprensivo sia del ricorso principale che di quello incidentale;

f) il termine per il deposito del ricorso principale e incidentale e dei motivi aggiunti è di quindici giorni e non più di dieci;

g) il termine per la notifica dell'appello cautelare è di trenta giorni dalla notifica o sessanta dalla pubblicazione, e non più di quindici giorni, in quanto nulla dice l'art. 120, c.p.a., mentre l'art. 119, co. 2, c.p.a., applicabile per colmare le lacune, sottrae al dimezzamento i termini di notifica dell'appello cautelare, che sono fissati dall'art. 62, co. 1, c.p.a.;

h) il termine per il deposito dell'appello cautelare è di quindici giorni e non più dieci: infatti nulla dice l'art. 120 c.p.a., per cui si applica l'art. 119, co. 2, che prevede il dimezzamento di tutti i termini processuali salvo quelli ivi espressamente eccettuati; in tema di appello cautelare, l'art. 119, co. 2, sottrae al dimezzamento i termini di notifica, di cui all'art. 62, co. 1, c.p.a., ma non anche i termini di deposito, che restano dimezzati; pertanto, siccome l'art. 62, co. 2, c.p.a., prevede trenta giorni per il deposito dell'appello cautelare (mediante rinvio a catena all'art. 45, c.p.a.), ne deriva che nel rito speciale il termine di deposito dell'appello cautelare è di quindici giorni;

i) quanto agli atti del giudice, scompare il termine di sessanta giorni per la celebrazione dell'udienza di merito, che va solo fissata con assoluta priorità;

l) rimane, in primo grado, il termine di sette giorni per la pubblicazione del dispositivo, mentre in appello il dispositivo è pubblicato entro sette giorni solo se c'è istanza di parte;

m) per i termini delle impugnazioni, nulla dispone l'art. 120 c.p.a.; si applica perciò l'art. 119, commi 2 e 6; il co. 2 sottrae al dimezzamento solo i ricorsi e motivi aggiunti in primo grado, mentre il co. 6 dispone sui termini dell'appello avverso il dispositivo e avverso la motivazione dopo un appello avverso il dispositivo; se ne desume che c'è un termine breve di trenta giorni, decorrente dalla notificazione, per impugnare la sentenza, o per impugnare la motivazione dopo l'impugnazione del dispositivo, e un termine breve di trenta giorni per impugnare il dispositivo, decorrente dalla sua pubblicazione, e un termine lungo di tre mesi, decorrente dalla pubblicazione, per impugnare la sentenza, o la sua motivazione dopo l'impugnazione del dispositivo; quanto al termine di deposito, si applica il termine dimezzato di quindici giorni rispetto a quello ordinario di trenta giorni per il deposito delle impugnazioni ex art. 94; quanto all'appello incidentale, in virtù dell'art. 119, co. 2, che sottrae al dimezzamento solo atti introduttivi in primo grado, è da ritenere che il termine dell'appello incidentale sia dimezzato e pari a trenta giorni rispetto a quello ordinario di sessanta giorni indicato nell'art. 96 c.p.a., con le decorrenze ivi previste a seconda che si tratti di impugnazione incidentale proposta ai sensi dell'art. 333 o 334 c.p.c.

10.10. La notifica e il deposito del ricorso.

In tema di notifica del ricorso introduttivo, c'è una speciale regola quando il ricorso è rivolto contro una stazione appaltante che fruisce del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato. In tal caso al solo fine della produzione dell'effetto sospensivo automatico, il ricorso avverso

l'aggiudicazione, oltre che all'Avvocatura erariale, va notificato alla stazione appaltante nella sua sede reale.

Questa speciale regola si applica solo quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva e non anche quando sono impugnati precedenti atti di gara o susseguenti provvedimenti della stazione appaltante o dell'Autorità di vigilanza, atteso che solo all'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva si riconnette l'effetto sospensivo *ex lege*.

Quanto al deposito del ricorso, si consente di depositare, in luogo della prova della notificazione, la sola prova che il ricorso è stato consegnato per la notifica o spedito. Se la parte si avvale di tale facoltà, fino al 15 settembre 2010 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.

Dal 16 settembre 2010, diventa regola generale, valevole in tutti i riti, che è fatta salva la facoltà della parte di effettuare il deposito dell'atto, anche se non ancora pervenuto al destinatario, sin dal momento in cui la notificazione del ricorso si perfeziona per il notificante. La parte che si avvale di tale facoltà è tenuta a depositare la documentazione comprovante la data in cui la notificazione si è perfezionata anche per il destinatario. In assenza di tale prova le domande introdotte con l'atto non possono essere esaminate (art. 45, co. 2 e 3, c.p.a.).

Mentre fino al 15 settembre 2010 si poteva ritenere che la prova delle notifiche fosse indispensabile per la decisione del merito (sia che avvenga in apposita pubblica udienza, sia che avvenga nella camera di consiglio fissata per l'incidente cautelare) e non anche per la sola decisione dell'incidente cautelare o dell'incidente sulla competenza, dal 16 settembre 2010 in virtù dell'art. 45, co. 3, c.p.a., nessuna domanda, anche cautelare, può essere esaminata se non c'è la prova del perfezionamento della notificazione anche per il destinatario. Tale soluzione trova conferma nell'art. 55, co. 6, c.p.a., a tenore del quale, nel giudizio cautelare, se la notificazione è effettuata a mezzo del servizio postale, il ricorrente, se non è ancora in possesso dell'avviso di ricevimento, può provare la data di perfezionamento della notificazione producendo copia dell'attestazione di consegna del servizio di monitoraggio della corrispondenza nel sito internet delle poste. È fatta salva la prova contraria. Inoltre ai sensi dell'art. 55, co. 5, c.p.a., sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Dunque anche per l'esame della domanda cautelare occorre la prova del perfezionamento della notificazione anche per il destinatario.

Solo per le misure cautelari monocratiche, in corso di causa o *ante causam*, si consente eccezionalmente una deroga al principio secondo cui la domanda non può essere esaminata se non si è perfezionata la notificazione anche per il destinatario.

Infatti l'art. 56, co. 2, per le misure cautelari monocratiche in corso di causa, dispone che il presidente o un magistrato da lui delegato verifica che la notificazione del ricorso si sia perfezionata nei confronti dei destinatari o almeno della parte pubblica e di uno dei controinteressati e provvede con decreto motivato non impugnabile. La notificazione può avvenire da parte del difensore anche a mezzo fax. Si applica l'articolo 55, comma 6. Qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca.

E l'art. 61, co. 2, in tema di misure cautelari *ante causam*, dispone che l'istanza, notificata con le forme prescritte per la notificazione del ricorso, si propone al presidente del tribunale amministrativo regionale competente per il giudizio. Il presidente o un magistrato da lui delegato, accertato il perfezionamento della notificazione per i destinatari, provvede sull'istanza, sentite, ove necessario, le parti e omessa ogni altra formalità. La notificazione può essere effettuata dal difensore a mezzo fax. Qualora l'esigenza cautelare non consenta

l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere, fatto salvo il potere di revoca (...).

10.11. I motivi aggiunti di ricorso.

Le novità in tema di motivi aggiunti sono due, la loro obbligatorietà e, solo fino al 15 settembre 2010, il differenziato regime quanto ai termini di proposizione.

In ossequio al principio di concentrazione è previsto che i nuovi atti attinenti la medesima procedura devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti (art. 245, co. 2-*septies*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 7, c.p.a.).

Sul piano oggettivo, è chiaro che il riferimento è ai nuovi atti "attinenti" la medesima procedura di gara, ma non necessariamente che ne fanno parte. Pertanto anche atti dell'Autorità di vigilanza, connessi alla procedura di gara, ancorché non interni ad essa, devono essere impugnati con motivi aggiunti e non possono essere impugnati con separato ricorso.

Non è invece chiaro se l'obbligo di motivi aggiunti sussiste solo, sul piano soggettivo, per chi ha già impugnati alcuni atti, o anche nei confronti dei soggetti destinatari di precedente impugnazione.

Sembrerebbe che l'obbligo grava solo sull'autore della precedente impugnazione, e non sul destinatario di essa. Infatti quando si vuole imporre la concentrazione a carico del destinatario di un ricorso, gli si impone il ricorso incidentale. Invece, i motivi aggiunti, tecnicamente, sono atti successivi ad un precedente ricorso della medesima parte, non di parte diversa.

Tale soluzione tuttavia non realizza in pieno l'obiettivo di concentrazione, che invece la legge delega perseguiva anche con altri strumenti. Infatti la legge delega prescriveva 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.

La versione originaria dello schema di decreto delegato conteneva siffatta previsione, ma nella versione definitiva è stata omessa, su parere del Consiglio di Stato, che la ha considerata superflua, in quanto già nella prassi ove possibile si procede alla riunione dei giudizi.

Tuttavia la codificazione della prassi, rendendola così obbligatoria, almeno in via tendenziale, non avrebbe guastato.

La prevista obbligatorietà dello strumento dei motivi aggiunti fa porre l'interrogativo in ordine al se vi siano e quali siano le conseguenze giuridiche della proposizione di separata impugnazione in luogo dell'impugnazione con motivi aggiunti.

In particolare si pone la questione se l'impugnazione con separato ricorso anziché con motivi aggiunti dia luogo ad inammissibilità.

L'utilizzo di uno strumento processuale diverso da quello prescritto ne comporta, di regola, l'inammissibilità, ma con il temperamento dell'applicazione del principio di conservazione, che implica che il ricorso autonomo può essere anche d'ufficio convertito in motivi aggiunti se ne ricorrono i presupposti di forma e di sostanza e se questo non sia di ostacolo alla celere definizione del ricorso originariamente proposto. Occorre in particolare, che il ricorso autonomo successivo possa essere chiamato alla stessa udienza di quello precedente, senza che ciò comporti rinvio di quest'ultimo.

Quanto ai termini per i motivi aggiunti, nel sistema vigente prima del d.lgs. n. 53/2010 e del nuovo c.p.a. era controverso se i motivi aggiunti dovessero o meno avere lo stesso regime del ricorso originario, e le più svariate tesi erano state sostenute:

stesso termine del ricorso originario per qualsivoglia tipo di motivi aggiunti;

dimezzamento del termine di proposizione per qualsivoglia tipo di motivi aggiunti;

stesso termine del ricorso originario per i motivi aggiunti avverso atti nuovi e termine dimezzato per i motivi aggiunti avverso i medesimi atti già oggetto del ricorso originario.

Da ultimo la plenaria aveva seguito la tesi dello stesso termine del ricorso originario per qualsivoglia tipo di motivi aggiunti, sia proposti avverso atti nuovi, sia proposti avverso i medesimi atti^{106[106]}.

Tanto, sia in base alla *ratio legis* sia in base al dato letterale:

a) quanto alla *ratio*, la sottrazione al dimezzamento del termine di ricorso risponde alla *ratio* di meglio assicurare il diritto di difesa, *ratio* riconosciuta sussistente anche in relazione al ricorso incidentale e che va riconosciuta anche per i motivi aggiunti; né si può distinguere tra medesimi atti e atti diversi, sul piano del rapporto con il difensore, perché la tutela del diritto di difesa attiene alla persona del ricorrente a prescindere dall'essere il medesimo già in contatto con il difensore o meno;

b) sul piano letterale, l'art. 23-bis, nel sottrarre al dimezzamento dei termini il ricorso, usa il plurale, parlando non già di termine di proposizione del ricorso, ma di "termini" così lasciando intendere, secondo la plenaria, che si sottraggono al dimezzamento anche altri atti assimilabili al ricorso introduttivo.

Afferma infatti la plenaria: *"Al riguardo, occorre muovere dal rilievo che detta abbreviazione dei termini costituisce essa stessa eccezione all'ordinaria durata dei termini processuali (così come tutto il "rito speciale" ex art. 23 bis si pone come derogatorio rispetto alle regole ordinarie), di tal che quella che appare come una "eccezione" al dimezzamento, prevista per il termine di proposizione del ricorso introduttivo, costituisce in realtà una delimitazione che il legislatore ha inteso tracciare del campo di operatività della deroga medesima, e quindi una riaffermazione delle regole generali.*

Orbene, come correttamente ritenuto da tutti gli orientamenti innanzi richiamati, la ratio alla base della scelta normativa di non estendere il dimezzamento al termine di notifica dell'atto introduttivo del giudizio riposa nell'esigenza di garantire il pieno esercizio del diritto costituzionalmente garantito di difesa, che sarebbe risultato eccessivamente compresso per effetto dell'abbreviazione anche del termine de quo.

Tale esigenza, pacificamente riconosciuta valida anche per il ricorso incidentale, invero risulta sussistere anche nell'ipotesi in cui il ricorrente debba articolare nuove censure in corso di causa attraverso lo strumento dei motivi aggiunti, non potendo attribuirsi rilevanza decisiva – come avviene, invece, in alcune pronunce favorevoli al dimezzamento – alla diversità di situazioni consistente nel fatto che in questa ipotesi, a differenza di quella in cui si debba proporre il ricorso introduttivo, il ricorrente ha certamente già conferito il mandato a un difensore, e pertanto i tempi necessari per l'esercizio del diritto di difesa dovrebbero essere considerati "al netto" del tempo necessario alla ricerca di un difensore ed all'instaurazione del rapporto professionale con lo stesso.

Infatti, nella fissazione dei termini per l'esercizio delle attività processuali il legislatore ha sempre ritenuto di prescindere del tutto dalla vicenda interna relativa al rapporto tra parte e difensore, preoccupandosi unicamente di prevedere tempi idonei a consentire all'interessato – indipendentemente dall'esistenza o meno di un mandato difensivo, ovvero dalle competenze tecnico-giuridiche che lo stesso interessato eventualmente possieda – la piena esplicazione delle facoltà riconducibili al diritto di difesa ex art. 24 Cost.

Inoltre, anche l'argomento testuale valorizzato dalla tesi favorevole alla dimidiazione appare superabile: infatti, se è vero che il comma 2 dell'art. 23 bis richiama esplicitamente il solo ricorso introduttivo, è altresì significativo che la disposizione, per escludere il dimezzamento, faccia riferimento ai termini al plurale ("quelli per la proposizione del ricorso"), piuttosto che al solo termine di notifica del ricorso introduttivo, quasi a voler evidenziare che l'inapplicabilità del regime derogatorio si estende a tutti i termini che siano a questo assimilabili.

Per converso, la terza delle opinioni sopra riportate, se indubbiamente coglie un'effettiva diversità ontologica all'interno della categoria apparentemente unitaria dei motivi aggiunti, per effetto della possibilità riconosciuta dalla legge n. 205/2000 di impugnare con essi anche i nuovi atti sopravvenuti in pendenza del giudizio, finisce tuttavia per introdurre una frammentazione della disciplina processuale dei motivi aggiunti che, almeno allo stato, non sembra trovare fondamento a livello positivo.”.

In sede di recepimento si è invece seguita una soluzione differenziata fino al 15 settembre 2010, e dal 16 settembre 2010 si è tornati ad un regime unitario.

Fino al 15 settembre 2010, vengono impugnati atti diversi da quelli già impugnati, il termine è identico a quello previsto per il ricorso originario (trenta giorni), mentre se vengono impugnati gli stessi atti già oggetto del ricorso originario, il termine è dimezzato (quindici giorni); infine, se vengono impugnati con motivi aggiunti il diniego di autotutela o il non luogo a provvedere in relazione ad una informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, ancorché si tratti di atti diversi da quello già impugnato, il termine di impugnazione è quindici giorni e non trenta.

A partire dal 16 settembre 2010, il termine per tutti i motivi aggiunti è unico ed è sempre di trenta giorni.

10.12. La fase cautelare.

10.12.a) La tutela cautelare *ante causam* e la tutela cautelare con decreto presidenziale.

Alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione, accompagnata da domanda cautelare, si riconnette l'effetto sospensivo automatico in ordine alla possibilità di stipulare il contratto. Questo effetto sospensivo automatico rende sostanzialmente inutile, per il ricorrente, la tutela cautelare *ante causam* e quella con decreto presidenziale; infatti il ricorrente di regola non ha più interesse ad una celere pronuncia cautelare.

I due istituti tuttavia restano in vigore, ai sensi dell'art. 245, codice appalti; di essi si tace nell'art. 120, c.p.a., ma solo perché sono istituti di carattere generale (artt. 56 e 61, c.p.a.), ovviamente applicabili anche nel rito appalti.

Essi conservano la propria utilità, per il ricorrente, tutte le volte in cui non sia impugnata l'aggiudicazione definitiva, ma altri atti, e dunque non si produca l'effetto sospensivo automatico: ad es. se vengono impugnati bandi, esclusioni, sanzioni, iscrizioni nel casellario informatico, etc.

Vi sono poi casi limite in cui il ricorrente anche in caso di impugnazione dell'aggiudicazione ha ancora interesse a utilizzare tali mezzi cautelari.

Sono i casi in cui:

- a) la stazione appaltante, pur non stipulando il contratto, ne avvii l'esecuzione d'urgenza;
- b) la stazione appaltante si avvalga di una delle consentite deroghe allo *standstill*;
- c) la stazione appaltante violi l'effetto sospensivo automatico.

E' inoltre da immaginare che alla tutela cautelare monocratica ricorreranno, piuttosto che il ricorrente, la stazione appaltante resistente o i controinteressati, per ottenere il prima possibile una pronuncia cautelare ad essi favorevole, che renda possibile la stipulazione del contratto.

10.12.b) Incidente cautelare e incidente sulla competenza.

La verifica della competenza precede l'esame della domanda cautelare come si desume dall'art. 245, co. 2-*quater*, codice appalti. Si richiede, infatti, che la pronuncia sulla competenza sia resa con ordinanza in sede di "primo esame" della domanda cautelare.

Pertanto il giudice che ritiene di non avere competenza non può neppure esaminare la domanda cautelare, e l'effetto dello *standstill* derivante dalla proposizione del ricorso cessa con l'ordinanza che declina la competenza.

Tale regime è confermato e generalizzato nel c.p.a., il cui art. 55, co. 13, dispone che il giudice adito può disporre misure cautelari solo se ritiene sussistente la propria competenza, altrimenti provvede ai sensi dell'art. 15, co. 5 e 6; a sua volta l'art. 15, co. 5, c.p.a., dispone che quando è proposta domanda cautelare il tribunale adito, ove non ravvisi la propria competenza, non decide su tale domanda e, se non ritiene di dichiararsi incompetente con ordinanza, richiede d'ufficio, con ordinanza, il regolamento di competenza, indicando il tribunale che reputa competente.

10.12.c) I termini della fase cautelare.

Proprio perché alla proposizione del ricorso si riconnette l'effetto sospensivo automatico, che dura fino al provvedimento cautelare, la disciplina in vigore fino al 15 settembre 2010 aveva ritenuto necessario arrivare ad una pronuncia cautelare espressa il prima possibile.

Si era pertanto previsto che la domanda cautelare è comunque trattata alla prima udienza utile in camera di consiglio, decorso il termine di cinque giorni dal perfezionamento della notificazione per i destinatari, entro il quale termine le altre parti possono presentare istanze e memorie in relazione alla domanda cautelare.

Il giudice deve decidere interinalmente sulla domanda cautelare anche se ordina adempimenti istruttori, o concede termini a difesa, o solleva o vengono proposti incidenti processuali. Tanto, ad evitare che, procrastinandosi la decisione cautelare, si procrastini *sine die* l'effetto sospensivo automatico.

Vi era un difetto di coordinamento tra termine per l'udienza cautelare e termine di deposito del ricorso principale.

Infatti il ricorso principale andava depositato entro dieci giorni dall'ultima notificazione.

L'udienza cautelare è la prima udienza utile decorsi cinque giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione.

Se la prima udienza utile si colloca in una data non superiore a cinque giorni, può verificarsi che alla data dell'udienza cautelare non sia ancora depositato il ricorso introduttivo.

Si doveva perciò, in via esecutiva:

a) o ipotizzare che la prima udienza utile comunque deve essere successiva al deposito del ricorso;

b) o che il ricorrente ha comunque l'onere di costituirsi per la data della prima udienza utile, anche se non sono in ipotesi scaduti i dieci giorni.

Con la riscrittura del rito appalti nel nuovo c.p.a., scompare il regime speciale della fase cautelare.

Si applica perciò la disciplina ordinaria di cui all'art. 55, c.p.a., ma con termini dimezzati, ai sensi dell'art. 119, co. 2, c.p.a.

In base alla disciplina ordinaria, sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio. A termini dimezzati, il collegio pronuncia alla prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e altresì al quinto giorno dal deposito del ricorso. Il termine dimezzato di deposito del ricorso è quindici giorni, per cui in concreto la prima udienza utile non può celebrarsi, se il ricorrente deposita al quindicesimo giorno, prima di venti giorni dal perfezionamento dell'ultima notificazione. Rimane la questione che le parti diverse dal ricorrente non sanno quando il ricorso viene depositato, e quindi quale è la prima udienza utile decorsi cinque giorni dal deposito. Sarebbe stato meglio per ragioni di certezza fissare la trattazione dell'incidente cautelare alla prima udienza utile dopo cinque giorni dalla scadenza del termine di deposito del ricorso.

Da segnalare che i tempi della fase cautelare ordinaria si allungano, in quanto nell'art. 245, co. 2-*duodecies*, codice appalti, l'incidente cautelare va trattato alla prima udienza utile decorsi cinque giorni dalla notificazione del ricorso. Invece, ai sensi dell'art. 55, c.p.a., la domanda cautelare va trattata alla prima udienza utile successiva "*al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso*". Tali termini sono dimezzati nel rito appalti (in virtù del rinvio operato dall'art. 120 all'art. 119 c.p.a.) e saranno dunque rispettivamente di dieci e cinque giorni, ma comunque superiori al termine previsto dall'art. 245, codice appalti.

10.12.d) Fissazione del merito ed effetti sullo *standstill*.

Se l'esame dell'istanza cautelare viene rinunciato, o abbinato al merito in altra udienza, cessa l'effetto sospensivo automatico.

Pertanto, in astratto, la stazione appaltante potrebbe stipulare il contratto nelle more della definizione del merito.

E' tuttavia prevedibile che normalmente la rinuncia alla domanda cautelare o il rinvio al merito avvengono sull'accordo delle parti, con l'impegno della stazione appaltante a non stipulare *medio tempore*.

Costituisce inoltre regola prudenziale, per la stazione appaltante, differire la stipula del contratto se il merito è fissato a breve.

10.12.e) L'appello cautelare.

Per l'appello cautelare fino al 15 settembre 2010 è stato previsto un termine unico breve di notificazione, pari a quindici giorni, decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione dell'ordinanza, e un termine di deposito di dieci giorni.

Pertanto non esiste, fino al 15 settembre 2010, un termine lungo in assenza di notifica dell'ordinanza, atteso che il termine di quindici giorni decorre pure dalla comunicazione d'ufficio.

Rimaneva, fino al 15 settembre 2010, la questione, che si pone anche per le comuni ordinanze cautelari nel processo amministrativo, se vi sia un termine lungo nel caso, patologico, in cui non vi siano state né la notificazione, né la comunicazione d'ufficio.

Infatti, l'art. 28, 1. Tar, fissa per l'appello cautelare ordinario il termine di sessanta giorni dalla notificazione, o di centoventi giorni dalla comunicazione, ignorando il caso di omessa comunicazione.

Per l'ipotesi in cui manchino sia la notificazione che la comunicazione d'ufficio, deve ritenersi applicabile la regola generale sul termine lungo di impugnazione decorrente dalla pubblicazione del provvedimento. Il termine lungo, un tempo annuale, è stato ridotto a sei mesi da una recente novella al c.p.c.. Il termine lungo semestrale si applica anche nel processo amministrativo ordinario, ed è ridotto a tre mesi nel rito dell'art. 23-*bis*, 1. Tar, in virtù del dimezzamento dei termini processuali ivi previsto.

Pertanto, in virtù del rinvio operato dall'art. 245, codice appalti, all'art. 23-*bis*, 1. Tar, l'appello cautelare, in assenza di notificazione o comunicazione dell'ordinanza, si proponeva entro novanta giorni dalla pubblicazione dell'ordinanza.

Dal 16 settembre 2010, nulla disponendo l'art. 120 c.p.a., si applica l'art. 119, co. 2, c.p.a., che sottrae al dimezzamento i termini di notificazione dell'appello cautelare, che sono quelli di cui all'art. 62, co. 1, vale a dire trenta giorni dalla notificazione o sessanta giorni dalla pubblicazione (in difetto di notificazione).

Non è chiaro se il termine di sessanta giorni dalla pubblicazione resti insuperabile, ad es. nel caso in cui la notificazione dell'ordinanza avvenga in una data successiva al 30° giorno dalla pubblicazione, ma sembrerebbe corretta la soluzione affermativa. Dunque una notifica dell'ordinanza dopo il 30° giorno dalla sua pubblicazione, non sposta in avanti, oltre i sessanta giorni dalla pubblicazione, i termini di impugnazione.

Dal 16 settembre 2010, il termine di deposito dell'appello cautelare è 15 giorni (termine dimezzato rispetto a quello ordinario di 30 giorni, divisato dall'art. 62, co. 2, c.p.a., mediante rinvio all'art. 45, c.p.a.): infatti l'art. 119, co. 2, c.p.a., sottrae al dimezzamento solo il termine di notifica dell'appello cautelare, e non anche il termine di deposito, dato che rinvia solo al co. 1, e non anche al co. 2, dell'art. 62, c.p.a.

10.13. Il giudizio immediato e il giudizio abbreviato.

Nell'udienza cautelare, se possibile, anziché la sola domanda cautelare, deve essere deciso il merito: questo, quando l'istruttoria sia completa, sia completo il contraddittorio, e siano stati rispettati i termini a difesa. Non vi sono invece altri presupposti per il giudizio immediato, ancorati alle situazioni manifeste. Infatti la legge delega pone espressamente il principio di immediatezza (art. 44, co. 3, lett. f), n. 3, l. n. 88/2009), e lo stesso decreto delegato non ancora il giudizio immediato a presupposti sostanziali inerenti la non complessità della lite (art. 245, co. 2-*octies*, codice appalti).

Anche nel nuovo c.p.a. il giudizio immediato in sede cautelare è sempre possibile, se il contraddittorio è integro e l'istruttoria completa purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso (art. 60, c.p.a.).

Quanto al rispetto dei termini a difesa, deve ritenersi sufficiente, per la celebrazione del giudizio immediato che siano rispettati quelli propri della fase cautelare e non anche quelli propri della fase di merito.

Se invece il giudizio immediato non è possibile, è previsto un giudizio abbreviato, in cui il merito deve essere deciso ad una udienza da tenersi, fino al 15 settembre 2010, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

Il termine era tuttavia da ritenere ordinatorio e non perentorio, e la sua inosservanza non comportava decadenze sul piano processuale.

Tale termine è scomparso nel nuovo c.p.a., in quanto l'art. 120, co. 6, stabilisce che se non si celebra il giudizio immediato e se l'udienza non è fissata con l'ordinanza cautelare, ai sensi dell'art. 119, co. 3, essa è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità.

La norma che prevedeva sessanta giorni per la definizione del merito aveva da subito suscitato preoccupazioni negli operatori del processo amministrativo, le cui esigue risorse umane e strumentali non sono ritenute idonee a definire tutte le liti sui pubblici appalti entro sessanta giorni, senza sacrificio per gli altri riti processuali e per gli altri contenziosi.

Si stabilisce, nel c.p.a. che se non si celebra il giudizio immediato e se l'udienza non è fissata con l'ordinanza adottata nell'udienza cautelare, l'udienza è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità (art. 120, co. 6, c.p.a.).

L'immediatezza viene dunque riferita all'adempimento del Presidente del tribunale, che deve fissare l'udienza "immediatamente".

L'immediatezza non è riferita alla data di celebrazione dell'udienza, ben potendo dunque essere fissata subito, subitissimo, la data dell'udienza, ma stabilendosi che sarà tra nove mesi. Soccorre l'assoluta priorità, ma si tratta di un superlativo assoluto che non esprime né una data precisa o un termine massimo, né un confronto con altre materie rispetto a cui fissare la priorità.

L'assolutezza della priorità dovrebbe far pensare che i processi sugli appalti devono essere fissati prima degli altri. Ma ciò che è prioritaria è la fissazione dell'udienza, non la sua celebrazione.

Si potranno perciò calendarizzare immediatamente tutti i processi pendenti in materia di pubblici appalti in un dato Tar, ma spalmarli nel tempo su una pluralità di udienze non necessariamente immediate, o entro i successivi sessanta giorni.

L'udienza viene fissata d'ufficio, e dunque non occorre istanza di fissazione d'udienza (art. 245, co. 2-*octies*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 6, c.p.a.).

Fino al 15 settembre 2010, della data di udienza è dato avviso alle parti a cura della segreteria del giudice, anche a mezzo fax o posta elettronica, almeno venti giorni liberi prima dell'udienza.

Nulla dispone l'art. 120, c.p.a., sull'avviso di udienza, per cui valgono le regole generali, contenute nell'art. 71, co. 5, c.p.a., a tenore del quale il decreto di fissazione è comunicato a cura dell'ufficio di segreteria, almeno sessanta giorni prima dell'udienza fissata, sia al ricorrente che alle parti costituite in giudizio. Tale termine è ridotto a quarantacinque giorni, su accordo delle parti, se l'udienza di merito è fissata a seguito di rinuncia alla definizione autonoma della domanda cautelare. In virtù del dimezzamento, tali termini saranno rispettivamente di trenta e ventitre giorni.

Quanto ai termini di deposito di memorie e documenti, fino al 15 settembre 2010, in virtù del rinvio operato dall'art. 245, codice appalti, all'art. 23-bis, l. Tar, che a sua volta rinvia al processo ordinario, con dimezzamento dei termini, il termine per il deposito di memorie e documenti è, rispettivamente, di dieci e cinque giorni liberi prima dell'udienza.

A partire dal 16 settembre 2010, ai sensi dell'art. 73, c.p.a., nel rito ordinario le parti possono produrre documenti fino a quaranta giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a trenta giorni liberi e presentare repliche fino a venti giorni liberi. In virtù del generale dimezzamento disposto dall'art. 119, co. 2, c.p.a., nel rito appalti le parti possono produrre documenti fino a venti giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a quindici giorni liberi e repliche fino a dieci giorni liberi.

10.14. Il rinvio dell'udienza di merito.

Può essere necessario rinviare l'udienza fissata per il merito, a causa di esigenze istruttorie, o perché è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa.

In tal caso, fino al 15 settembre 2010 l'integrazione del contraddittorio, la concessione di termini a difesa, gli adempimenti istruttori, vanno disposti con ordinanza, e questa stessa ordinanza deve fissare la data della nuova udienza, da tenersi non oltre sessanta giorni. Il termine è comunque ordinario.

A partire dal 16 settembre 2010 non c'è, nel rito appalti, alcuna previsione specifica, per cui la celere tempistica della lite, in caso di esigenze istruttorie, integrazione del contraddittorio, concessione di termini a difesa, è rimessa alla prudenza del giudice. Il co. 8 dell'art. 120 si limita a stabilire che il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

10.15. La pubblicazione del dispositivo.

Fino al 15 settembre 2010, con l'art. 245, codice appalti, è stata riprodotta la regola, già dettata dall'art. 23-bis, l. Tar, secondo cui il dispositivo della sentenza che definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza.

La clonazione della regola si era resa necessaria in una prospettiva *de jure condendo*, atteso che l'emanando codice del processo amministrativo modifica il rito dell'art. 23-bis stabilendo che in esso la pubblicazione del dispositivo entro sette giorni non è indefettibile ma avviene solo su richiesta di parte. Se non si fosse fatta l'autonoma previsione nell'art. 245, codice, in virtù del rinvio all'art. 23-bis, l. Tar, si sarebbe estesa, dopo l'entrata in vigore del c.p.a., la regola della pubblicazione del dispositivo solo eventuale. Invece, nel rito dell'art. 245, codice, si è inteso mantenere la regola della pubblicazione indefettibile del dispositivo, atteso che la pubblicazione del dispositivo è il termine ultimo di durata dell'effetto sospensivo automatico, quando non c'è provvedimento cautelare.

A partire dal 16 settembre 2010, con il nuovo c.p.a., c'è un regime differenziato quanto alla pubblicazione del dispositivo in primo grado e in appello.

Ai sensi dell'art. 119 c.p.a., la pubblicazione del dispositivo è eventuale, sia in primo grado che in appello, e avviene solo su istanza di parte.

Nel rito appalti, nel giudizio di primo grado il dispositivo è sempre pubblicato, a prescindere dall'istanza di parte (art. 120, co. 9, c.p.a.).

Nei giudizi di impugnazione, l'art. 120, co. 9, non è richiamato (art. 120, co. 11, c.p.a.), per cui si applica l'art. 119, co. 5, a tenore del quale il dispositivo è pubblicato solo se c'è istanza di parte in tal senso. In particolare, quando almeno una delle parti, nell'udienza discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo è pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa. La dichiarazione della parte è attestata nel verbale d'udienza.

Pertanto nei giudizi di impugnazione occorrerà istanza di una delle parti, da farsi non in qualsivoglia atto di causa, ma nell'udienza di discussione, e da attestarsi nel verbale di udienza.

Tanto, da un lato per evitare che l'istanza di pubblicazione del dispositivo sia dispersa in un qualsiasi atto processuale e corra così il rischio di non essere vista dal giudice, e, dall'altro lato per fare sì che l'interesse alla pubblicazione del dispositivo sia attuale, dovendo essere manifestato nel momento in cui la causa va in decisione.

La *ratio* dell'indefettibilità della pubblicazione del dispositivo in primo grado e non anche nei giudizi di impugnazione risiede nel rilievo che solo in primo grado vi sono ragioni di urgenza, potendo riconnettersi alla pubblicazione del dispositivo, in difetto di provvedimento cautelare, la cessazione dell'effetto sospensivo automatico.

Questa stessa urgenza non si ripropone nei giudizi di impugnazione, dove si lascia alle parti il compito di segnalare l'eventuale urgenza. In difetto, il giudice, non avendo la pressione della tempestiva pubblicazione del dispositivo, avrà più tempo per meglio ponderare la decisione.

Chi scrive non nasconde la propria preferenza per la soluzione unitaria della indefettibile pubblicazione del dispositivo sia in primo grado che nei giudizi di impugnazione, come è del resto nel vigente art. 23-bis, l. Tar. Quasi sempre l'urgenza perdura nei giudizi di impugnazione, e non di rado tra pubblicazione del dispositivo e pubblicazione della sentenza intercorrono svariati mesi. E' prevedibile che nei giudizi di impugnazione sui pubblici appalti la richiesta di parte di pubblicazione del dispositivo diverrà una clausola di stile, che non mancherà mai o quasi mai.

Giova sottolineare che in presenza di istanza di parte, la pubblicazione del dispositivo è doverosa, dovendosi solo verificare che l'istanza di parte sia fatta nell'udienza di decisione.

E' sufficiente l'istanza di una parte qualsiasi, anche senza l'istanza o il consenso delle altre parti.

Inoltre, anche se la norma prevede una "*dichiarazione di interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo*", non sembra che il giudice possa sindacare la sussistenza effettiva dell'interesse, e negare la pubblicazione del dispositivo se ritiene che difetta un interesse effettivo.

Fino al 15 settembre 2010, in virtù del rinvio operato dall'art. 245, codice appalti, all'art. 23-bis, l. Tar, è dimezzato il termine ordinario di quarantacinque giorni per la redazione della sentenza (previsto dall'art. 55, l. n. 186/1982), ridotto così a ventitre giorni.

Tale regola vale anche dopo il 15 settembre 2010, stante il generale dimezzamento dei termini previsto dall'art. 119, co. 2, c.p.a., cui l'art. 120, c.p.a., rinvia. Ai sensi dell'art. 89, c.p.a., la sentenza deve essere redatta non oltre il quarantacinquesimo giorno da quello della decisione della causa. La sentenza, che non può più essere modificata dopo la sua sottoscrizione, è immediatamente resa pubblica mediante deposito nella segreteria del giudice che l'ha pronunciata. Il segretario dà atto del deposito in calce alla sentenza, vi appone la data e la firma ed entro cinque giorni ne dà comunicazione alle parti costituite.

10.16. Il principio di sinteticità degli atti di parte.

L'art. 245, co. 2-*undecies*, codice appalti, impone la sinteticità di “tutti gli atti di parte”, in termini di doverosità. La regola è ribadita dall'art. 120, co. 10, c.p.a. Inoltre il c.p.a. pone la sinteticità come principio generale (art. 3, c.p.a.).

Si tratta di una importante novità, atteso che tale principio non è stato sinora imposto, per gli atti di parte, né dalla disciplina del processo amministrativo né dalla disciplina del processo civile.

Nel processo civile vige, per gli atti di parte, il principio di libertà di forme (art. 121 c.p.c.), e nella disciplina specifica dei singoli atti di parte (citazione, ricorso, comparsa di risposta, comparsa conclusionale, memorie), nulla si dice sulla sinteticità.

La regola della sinteticità è invece nota nelle Corti internazionali, dove viene concretizzata mediante la previsione di un numero massimo di pagine per gli scritti di parte e di un lasso temporale massimo per la discussione orale: ad es. davanti alla C. giust. CE il numero massimo di pagine di ricorsi e memorie oscilla fra le cinque e le quindici pagine^{107[107]}.

L'introduzione di tale regola va salutata con favore, quale tentativo di scongiurare la deprecabile prassi, indotta anche dall'uso degli strumenti informatici, di scritti di parte bulimici, che costringe il giudice a leggere centinaia di pagine per cogliere l'essenza dei motivi di ricorso e delle domande di parte, con grave nocumento per la celerità del singolo processo e per la produttività complessiva.

Giova osservare che la sinteticità riguarda gli “atti” e dunque non solo gli “scritti” anche se ordinariamente, nel processo amministrativo che è fortemente connotato dal principio della scrittura, i primi si identificano con i secondi.

La sinteticità riguarda dunque anche gli atti di parte “orali” quali le istanze formulate in udienza e le discussioni nelle udienze cautelari e di merito.

La sinteticità degli atti di parte va considerata non una mera regola, ma un vero e proprio principio, che è l'immediato corollario dei canoni di celerità, ragionevole durata, *clare loqui*, e che può considerarsi una specificazione del principio di economia processuale.

Che si tratti di un principio è confermato, *de jure condendo*, dall'emanando codice del processo amministrativo, che espressamente colloca la sinteticità tra i principi generali del processo amministrativo, statuendo che il giudice e le parti redigono gli atti in maniera chiara e sintetica (art. 3).

Rispetto all'art. 245, codice appalti, l'emanando codice del processo conferisce alla sinteticità un ambito più esteso soggettivamente e oggettivamente, in quanto impone la sinteticità non solo agli atti di parte ma anche a quelli del giudice, e aggiunge alla sinteticità l'esigenza di chiarezza. Trattasi di specificazione opportuna, in quanto la sintesi non sempre è sinonimo di chiarezza, e un testo troppo sintetico potrebbe essere oscuro.

Pertanto, occorre coniugare sinteticità e chiarezza, individuando la giusta dimensione dello scritto o dell'atto orale.

Inoltre il codice del processo amministrativo nell'art. 3 sembra riferirsi solo agli atti scritti, dato l'uso del verbo “redigere”, tuttavia in successive disposizioni afferma il principio di sinteticità anche con riferimento alla discussione orale, sia nell'udienza cautelare (art. 55, co. 7, c.p.a.), sia nell'udienza di merito (art. 73, co. 2, c.p.a.).

Quanto alla sinteticità riferita agli atti del giudice, essa non è un'innovazione, in quanto sia nel vigente processo civile che nel vigente processo amministrativo è già vigente la regola della “succinta motivazione” degli atti del giudice, e della sentenza in forma semplificata, redatta mediante “sintetico” riferimento a punto di fatto o di diritto risolutivo o a precedente conforme (art. 26, l. Tar, riprodotto nell'art. 74, c.p.a.).

Il principio di sinteticità, né nell'art. 245, codice appalti, né nel codice del processo amministrativo, va oltre la sua mera enunciazione, nel senso che da un lato non si specifica

quali siano i requisiti, quantitativi e qualitativi, che un atto deve avere per essere sintetico, e che dall'altro lato non sono esplicitate le conseguenze dell'inosservanza della sinteticità.

Sarebbe stata preferibile la soluzione pragmatica, anche se non scientificamente rigorosa, di fissare un numero massimo di pagine agli scritti di parte e un tempo massimo alla discussione orale, soluzione seguita dalle Corti internazionali, se del caso demandando ad una fonte secondaria (ad es. un decreto del Presidente del Consiglio di Stato), la specificazione dei parametri qualitativi e quantitativi necessari ad adempiere al dovere di sinteticità. L'assenza di rigore scientifico di tale soluzione pragmatica avrebbe potuto trovare una congrua e equa compensazione con la previsione del potere del giudice di autorizzare una deroga, ossia un maggior numero di pagine o un maggior tempo di discussione, nei casi in cui si rendesse necessario.

In questo senso si era orientato anche il Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa, nel parere approvato nella seduta straordinaria del 5 gennaio 2010 reso sullo schema di codice del processo amministrativo elaborato dalla speciale commissione insediata presso il Consiglio di Stato in attuazione dell'art. 44, co. 4, l. n. 69/2009; il Consiglio di presidenza aveva rilevato la necessità di introdurre una norma che renda effettivo il principio fondamentale della sinteticità e, sulla falsariga di quanto avviene davanti al Tribunale ed alla Corte di Giustizia dell'U.E., e aveva suggerito: a) di individuare un numero massimo di pagine per ricorsi memorie, che potesse essere valicato solo previa autorizzazione del capo dell'ufficio giudiziario cui l'atto di parte fosse destinato; b) di prevedere il pagamento di una somma di denaro proporzionale al numero delle pagine, superiore a quello massimo, da versarsi al Fondo per il miglior funzionamento del processo amministrativo; c) di rinviare ad un decreto del Presidente del Consiglio di Stato (o del Segretario generale della Giustizia amministrativa), emanato previo parere del Consiglio nazionale forense, per le specifiche tecniche.

In assenza di una siffatta regola pragmatica, sarà rimessa all'interpretazione giurisprudenziale l'elaborazione di canoni di sinteticità.

Si potrà, ad esempio, considerare non sintetico un atto che:

- a) ripete lo stesso concetto più di una volta, ancorché con espressioni diverse;
- b) si dilunga a riportare interi brani di giurisprudenza o dottrina, non necessari;
- c) si dilunga nella ricostruzione teorica di istituti, non necessaria per la soluzione della questione controversa;
- d) propone un numero elevato di motivi di ricorso palesemente infondati o inammissibili.

Ancora, nel processo amministrativo, ancorato ai motivi iniziali di ricorso, e in cui, salvi i motivi aggiunti, non possono essere proposte nuove questioni con le memorie, potrà essere considerata prolissa, in contrasto con la regola di sinteticità, una memoria che si limita a riprodurre tal quale il contenuto del ricorso introduttivo.

Quanto alle conseguenze della violazione del principio di sinteticità, esse non sono indicate nell'art. 245, codice appalti, né dagli artt. 3 e 120, c.p.a.

Pertanto, non vi sono sanzioni dirette quali potrebbero essere l'inammissibilità dell'atto, ma dal sistema possono enuclearsi conseguenze indirette.

L'atto non sintetico è dunque valido, ricevibile ed efficace, tuttavia sul piano processuale può essere stigmatizzata la condotta della parte che ha posto in essere l'atto prolisso.

Infatti, nel processo le parti hanno il dovere di comportarsi con lealtà (art. 88, c.p.c.), e la lealtà implica una condotta collaborativa e costruttiva in funzione del migliore e più celere svolgimento del processo.

L'atto prolisso contrasta con tali canoni, perché rende più difficili i compiti del giudice e delle controparti, e sotto tale profilo può anche presentare aspetti di emulatività del diritto di difesa (esercizio del diritto di difesa con modi non consoni e non necessari allo scopo).

Anche ove non si vogliano cogliere, nell'atto prolisso, profili di slealtà, esso è comunque oggettivamente in contrasto con un altro principio, quello di economia processuale, che

impone di raggiungere l'obiettivo finale, della definizione della lite, evitando atti e costi non necessari.

La violazione del dovere di lealtà può essere sanzionata indirettamente in due modi.

Da un lato, il giudice, se il dovere di lealtà è violato dai difensori, ne deve riferire alle autorità che su di essi esercitano il potere disciplinare, vale a dire il consiglio dell'ordine degli Avvocati, per gli avvocati del libero foro, e le altre autorità competenti disciplinarmente, per l'Avvocatura erariale e per le avvocature interne ad enti pubblici e privati (art. 88, co. 2, c.p.c.).

Dall'altro lato, la violazione del dovere di lealtà e più in generale la prolissità e dunque la violazione dell'economia processuale incontrano una sanzione nel regime dell'imputazione delle spese di lite.

Il giudice può infatti escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice, se le ritiene eccessive o superflue (art. 92, co. 1, c.p.c.): se un ricorso è inutilmente prolisso, la relativa spesa può correttamente essere imputata in parte al ricorrente.

Ancora, indipendentemente dalla soccombenza, il giudice può condannare una parte al rimborso delle spese causate all'altra parte violando il dovere di lealtà processuale (art. 92, co. 1, c.p.c.).

Se uno scritto di parte prolisso costringe la controparte a sostenere elevate spese per la difesa (per decifrare il contenuto dell'altrui scritto), tali spese possono essere addossate all'autore dello scritto prolisso.

Più in generale, tra i motivi che giustificano la compensazione totale o parziale delle spese di lite, può essere inclusa la violazione della regola di sinteticità degli atti.

Tali sanzioni indirette possono applicarsi sia in caso di prolissità di un atto scritto, sia in caso di prolissità di una discussione o istanza orale.

Nel caso di atto orale, poi, il presidente del collegio ha il potere di interrompere la discussione o di invitare chi discute a concludere assegnandogli un tempo massimo, in virtù dei poteri di direzione di udienza e di moderatore della discussione che la legge gli conferisce.

10.17. La sentenza in forma semplificata.

L'art. 245, codice appalti, dispone che la sentenza che decide il ricorso è redatta, ordinariamente, in forma semplificata, regola ribadita dall'art. 120, co. 10, c.p.a.

Nel processo amministrativo ordinario, la sentenza deve per regola generale essere sintetica. Viene poi prevista specificamente la forma semplificata solo per i soli casi più semplici, in cui vi sia una situazione manifesta (di inammissibilità, irricevibilità, fondatezza o infondatezza) (art. 26, l. Tar, e, dal 16 settembre 2010, art. 74 c.p.a.).

L'art. 120, co. 10, c.p.a., prevede che la sentenza è ordinariamente redatta "nelle forme di cui all'art. 74" c.p.a. E' da ritenere perciò che il rinvio sia disposto solo ai requisiti formali della sentenza, non anche ai presupposti per la sentenza in forma semplificata.

Sicché, mentre nel rito ordinario la sentenza in forma semplificata presuppone una situazione manifesta, nel rito appalti la sentenza in forma semplificata è possibile anche in caso di liti complesse.

Per forma semplificata si intende la possibilità di omettere la ricostruzione dei fatti e dei motivi di ricorso (rinviano per essi agli scritti di parte), concentrando la decisione nella sola motivazione. Inoltre la motivazione può essere sintetica, e essere costruita mediante rinvio a precedenti conformi o mediante esame delle sole questioni ritenute decisive e assorbenti.

Nel nuovo rito, la sentenza in forma semplificata viene imposta come regola, a prescindere dall'esservi o meno una situazione manifesta.

Pertanto, l'obiettivo perseguito dal legislatore è che il giudice faccia un più ampio uso della sentenza in forma semplificata, così risparmiando energie processuali.

Tuttavia, la forma semplificata non è imposta come regola esclusiva, ma solo come regola ordinaria.

Questo significa che il giudice conserva integra la possibilità di redigere la sentenza in forma ordinaria, ma solo come facoltà residuale, cui, normalmente, ricorrere nei casi di questioni di particolare complessità.

Giova osservare che la generalizzazione della forma semplificata era già stata introdotta dall'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008, peraltro in termini assoluti, che avevano dato luogo a perplessità da parte degli interpreti.

10.18. I termini di ricorso in caso di mancata pubblicazione del bando di gara.

Il termine di ricorso, fissato in trenta giorni decorrenti dall'aggiudicazione ovvero dalla pubblicazione del bando, ha una diversa durata e una diversa decorrenza se è stata omessa la pubblicità del bando di gara.

Nell'ordinamento italiano vigente prima del recepimento della direttiva, in caso di omessa pubblicazione del bando di gara, non essendovi una data certa di decorrenza del termine di ricorso, si riteneva che il termine di impugnazione decorresse dalla data di piena conoscenza dell'atto impugnato, senza che vi fosse un termine ultimo di impugnazione. Sicché, in teoria, un'aggiudicazione poteva essere impugnata anche a distanza di molti anni.

La direttiva comunitaria (art. 2-*sexies*, direttiva 89/665/CEE e art. 2-*sexies*, direttiva 92/13/CEE) consente invece anche in caso di omessa pubblicità del bando di individuare termini certi di impugnazione; da un lato, si prevede un termine che decorre dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, e dall'altro lato un termine ultimo decorrente dalla stipulazione.

La legge delega ha previsto il recepimento di tali previsioni.

Conseguentemente, nel decreto delegato si prevede un ordinario termine di trenta giorni che decorre dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva. Tale avviso è previsto dagli artt. 65 e 225, codice appalti.

Occorre, tuttavia, al fine della decorrenza del termine di trenta giorni, che l'avviso di aggiudicazione contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando (art. 245, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 120, co. 2, c.p.a.).

Se anche l'avviso di aggiudicazione è omissivo, o se esso non contiene la motivazione suddetta, il termine di trenta giorni non decorre, e opera un diverso termine, che è quello di sei mesi, decorrente dalla stipulazione del contratto.

Tale termine ultimo di sei mesi è fatto decorrere dalla stipula del contratto (dal giorno successivo alla stipula del contratto, secondo l'art. 120, c.p.a.), a prescindere dalla conoscenza che ne abbia il ricorrente.

Sicché, il termine decorre, e si verifica la decadenza, anche se il ricorrente non abbia avuto conoscenza della stipulazione.

Si tratta di una previsione innovativa in quanto nel processo amministrativo i termini di impugnazione sono sempre ancorati alla conoscenza dell'atto da parte del ricorrente.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere sullo schema di decreto delegato, ha rilevato siffatta peculiarità, osservando che presenta “*aspetti di criticità la previsione di un termine massimo di sei mesi (dalla stipula del contratto) decorso il quale il ricorso è definitivamente precluso*”, anche se si tratta di previsione che trae il suo fondamento dalla direttiva comunitaria. Ritiene il Consiglio di Stato che “*la norma in esame suscita più di una perplessità, in quanto introduce nel nostro ordinamento un termine massimo preclusivo per la proposizione del ricorso che opera a prescindere da qualsiasi conoscenza che il soggetto leso possa avere avuto degli atti illegittimi e da qualsiasi forma di pubblicità. La norma, in tal modo, introducendo una vistosa deroga a principi giuridici consolidati in materia di impugnazione degli atti amministrativi, risulta del tutto estranea al nostro sistema*”.

processuale. L'effetto di tale preclusione è ancora più rilevante se si considera che essa è destinata ad operare in presenza di situazioni caratterizzate da una particolare violazione delle regole, riconducibili alle fattispecie di affidamento diretto senza gara e senza pubblicità. E' serio, quindi, il rischio che questa disposizione consenta il consolidamento a situazioni di macroscopica illegittimità, rendendo inattaccabili contratti stipulati senza alcuna gara".

Non sembra tuttavia che tali critiche siano da condividere, in quanto la regola generale secondo cui il termine di impugnazione decorre dalla conoscenza dell'atto non può essere ritenuta esclusiva e dunque preclusiva di una norma di chiusura che preveda comunque un termine ultimo, a prescindere dalla conoscenza dell'atto. Tale termine ultimo risponde ad esigenze di certezza dell'azione amministrativa, e se preclude l'azione impugnatoria, non preclude, invece, altre azioni dell'interessato quale quella risarcitoria.

10.19. Il regime fiscale del nuovo rito.

Fino al 15 settembre 2010, l'art. 245, codice appalti, richiama, per quanto non espressamente previsto, l'art. 23-bis, l. Tar.

Tale richiamo deve intendersi operante anche quanto al regime fiscale.

L'art. 13, d.P.R. n. 115/2002 prevede un contributo unificato di mille euro per i ricorsi che seguono il rito speciale di cui all'art. 23-bis, l. Tar, e di duemila euro per i ricorsi che seguono detto rito in materia di procedure di affidamento di lavori servizi e forniture e di provvedimenti delle Autorità indipendenti.

Non è mai stato chiarito, tuttavia, se il contributo unificato sia dovuto solo per il ricorso introduttivo, o anche per qualsivoglia domanda nuova, introdotta con motivi aggiunti o ricorso incidentale, essendo in astratto sostenibili entrambe le tesi.

Con l'art. 245, codice, i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi, diventano obbligatori.

Sicché, mentre in passato potevano esserci ricorsi diversi contro bando, esclusione, aggiudicazione, con altrettanti contributi unificati, con il nuovo rito tali atti vanno tutti impugnati nello stesso processo.

Con la conseguenza che se si seguisse la tesi secondo cui il contributo unificato è dovuto solo per il ricorso introduttivo, rispetto al passato si avrebbe una perdita secca di gettito fiscale.

Il rischio è stato scongiurato dal legislatore delegato che, novellando l'art. 13, d.P.R. n. 115/2002, ha espressamente previsto che il contributo unificato, per i ricorsi in materia di pubblici affidamenti di lavori, servizi e forniture, è dovuto anche per i motivi aggiunti e per i ricorsi incidentali, se contengono domande nuove.

Per domande nuove si devono intendere:

- a) l'impugnazione di atti nuovi con i motivi aggiunti;
- b) l'impugnazione con ricorso incidentale di atti diversi da quelli oggetto del ricorso principale;
- c) la proposizione, con ricorso incidentale, di domande riconvenzionali.

In tal senso dispone anche l'art. 3, co. 11, dell'allegato 4 al c.p.a.

10.20. La disciplina transitoria.

In relazione al rito appalti introdotto dal d.lgs. n. 53/2010 non è dettato uno specifico regime transitorio in ordine al nuovo rito speciale, sicché si applica il principio *tempus regit actum*.

Questo comporta che:

- 1) i processi già pendenti proseguono con le nuove regole processuali, in relazione agli atti non ancora compiuti;
- 2) gli atti di gara non ancora impugnati e ancora impugnabili alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, vanno impugnati secondo le nuove regole; se il decorso dei termini di impugnazione non è ancora iniziato alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, si

applicano i nuovi termini; se il decorso dei termini è già iniziato alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, ai termini in corso si applica la disciplina previgente.

Esemplificando ed esplicando quanto esposto *sub 1*):

- a) il processo si può considerare pendente a partire da quando il ricorso è depositato;
- b) se il ricorso è già depositato alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, tutti gli atti che seguono sono sottoposti a quest'ultima, che si applica agli atti ancora da compiere;
- c) le parti diverse dal ricorrente, cui sia stato notificato il ricorso secondo la vecchia disciplina, ma dopo l'entrata in vigore della nuova, dovranno compiere i propri atti nel rispetto della nuova disciplina;
- d) l'udienza di merito andrà fissata nel rispetto delle nuove regole, e dunque, tra l'altro, prescindendo dall'istanza di fissazione di udienza;
- e) la causa andrà decisa con sentenza in forma semplificata^{108[108]}.

Esemplificando ed esplicando quanto esposto *sub 2*):

- a) se la gara è ancora in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, e gli atti impugnabili sono comunicati dopo la sua entrata in vigore, la nuova disciplina processuale si applica integralmente;
- b) se gli atti impugnabili sono comunicati prima della data di entrata in vigore della nuova disciplina, e dunque i termini di impugnazione sono in corso, per i termini in corso si applica la disciplina previgente: dunque il termine di ricorso sarà di sessanta giorni, ma per i termini successivi, vale a dire deposito, motivi aggiunti, ricorso incidentale, si applica la nuova disciplina.

Ovviamente, nella fase di prima applicazione della nuova disciplina, per gli errori sui termini in cui le parti incorrano, potrà trovare applicazione l'istituto della rimessione in termini per errore scusabile.

Quanto al rito appalti come introdotto dal d.lgs. n. 104/2010 (c.p.a.), l'art. 2 dell'allegato 3 al c.p.a. dispone che "per i termini che sono in corso alla data di entrata in vigore del codice continuano a trovare applicazione le norme previgenti".

Pertanto in relazione al rito appalti, i termini in corso alla data del 16 settembre 2010 seguono il regime dettato dall'art. 245, codice appalti, e quelli non ancora iniziati a decorrere seguono il c.p.a.

Esemplificando, se il termine per i motivi aggiunti è in corso, esso sarà di 15 o 30 giorni a seconda dell'atto cui è rivolto, e lo stesso è a dirsi per i termini di deposito, anche se più brevi rispetto ai nuovi termini.

10.21. Quadro di sintesi su come cambia il nuovo rito speciale dopo il trasloco nel codice del processo amministrativo.

Nei paragrafi che precedono è stata condotta una analisi comparata del rito appalti, secondo l'art. 245, codice appalti, fino al 15 settembre 2010, e secondo il c.p.a., a partire dal 16 settembre 2010.

Nel presente paragrafo si vuole fornire una sintesi di quanto esposto analiticamente nei paragrafi che precedono.

Come preannunciato nel parere del Consiglio di Stato sullo schema di d.lgs. n. 53/2010, le disposizioni processuali contenute nella parte V del codice appalti vengono trasferite nel nuovo c.p.a., mentre restano nel codice appalti le disposizioni relative agli strumenti precontenziosi, vale a dire il precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza (che peraltro non è nemmeno collocato nella parte V del codice appalti, ma nel suo art. 6), la nuova informativa preventiva alla stazione appaltante, l'accordo bonario e l'arbitrato.

Traslocano da un codice all'altro, dunque, gli artt. 244 (giurisdizione), 245 (strumenti di tutela), 245-*bis* (inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni), 245-*ter* (Inefficacia del

contratto negli altri casi), 245-*quater* (sanzioni alternative), 245-*quinqüies* (tutela in forma specifica e per equivalente), 246 (norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi).

Essi trovano ora collocazione, nell'emanando c.p.a., rispettivamente negli artt. 133, co. 1, lett. e), 120, 121, 122, 123, 124, 125.

Tali articoli del codice appalti vengono, pertanto, contestualmente modificati (art. 3, co. 19, dell'allegato 4 al c.p.a.), e contengono ora norme di mero rinvio al c.p.a.

In particolare:

l'art. 244, sulla giurisdizione, è così sostituito: "1. Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici.";

l'art. 245 sul rito, è così sostituito: "1. La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal codice del processo amministrativo.";

l'art. 245-*bis*, sull'inefficacia del contratto, è così sostituito: "1. L'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni è disciplinata dal codice del processo amministrativo.";

l'art. 245-*ter*, sull'inefficacia del contratto negli altri casi, è così sostituito: "1. L'inefficacia del contratto nei casi diversi da quelli previsti dall'articolo 245 bis è disciplinata dal codice del processo amministrativo.";

l'art. 245-*quater*, sulle sanzioni alternative, è così sostituito: "1. Le sanzioni alternative applicate dal giudice amministrativo alternativamente o cumulativamente sono disciplinate dal codice del processo amministrativo.";

l'art. 245-*quinqüies*, sulla tutela risarcitoria, è così sostituito: "1. La tutela in forma specifica e per equivalente è disciplinata dal codice del processo amministrativo.";

l'art. 246, sulle disposizioni processuali relative alle infrastrutture strategiche, è così sostituito: "1. La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo nelle controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi è disciplinata dal codice del processo amministrativo.".

Come ogni trasloco che si rispetti, anche quello del contenzioso sui pubblici appalti è avvenuto con un'opera di adattamento del mobilio al nuovo appartamento.

Il contenuto degli artt. 244, 245-*bis*, 245-*ter*, 245-*quater*, 245-*quinqüies*, 246, codice appalti, restano nella sostanza immutati, salvi gli adeguamenti lessicali del caso.

Cambia, invece, e in modo significativo l'art. 245, che diventa l'art. 120, c.p.a.

Alcune modifiche sono state rese necessarie perché esso si inserisce in un nuovo sistema: sicché, le norme sul rilievo dell'incompetenza, e sulla tutela *ante causam*, sono già contenute in termini generali nel nuovo codice, e non era necessario ripeterle per il rito speciale. Di qui la loro espunzione.

Scompare anche la previsione sulla inderogabilità della competenza, perché la competenza nel processo amministrativo è diventata inderogabile sempre (artt. 13 e 14 c.p.a.).

Altri cambiamenti sono stati finalizzati ad assimilare maggiormente il rito appalti al suo dante causa, il rito dell'art. 23-*bis*, l. Tar, che ora diviene il "rito *abbreviato comune a determinate materie*" di cui all'art. 119, c.p.a.

Infatti la materia "appalti" viene già inclusa nell'art. 119 (al co. 1, lett. a) (ex art. 23-*bis*, l. Tar), sicché al rito appalti si applicano anzitutto tutte le regole dettate nell'art. 119, ed, inoltre, quelle speciali di cui agli artt. 120 e ss.

Scompare anzitutto il regime differenziato quanto ai termini di proposizione dei motivi aggiunti: ora vanno tutti proposti entro trenta giorni, come il ricorso originario, sia che si tratti di motivi aggiunti contro atti nuovi, sia che si tratti di motivi contro gli atti già impugnati (art. 120, co. 5, c.p.a.).

Scompaiono i termini speciali per il deposito del ricorso. Si applicano perciò i termini ordinari dimezzati, ai sensi dell'art. 119 c.p.a.

Scompaiono i termini speciali per l'appello cautelare, e ora quelli di proposizione non sono dimezzati, e sono dimezzati quelli di deposito (art. 119, co. 2, c.p.a.).

Scompare il dimezzamento per il ricorso incidentale, si è già visto che non è chiaro se il ricorso incidentale si propone entro sessanta o trenta giorni.

Scompare la previsione della definizione del merito al massimo entro sessanta giorni e con essa l'intero co. 2-*octies* dell'art. 245, codice appalti.

Si stabilisce, invece, che se non si celebra il giudizio immediato e se l'udienza non è fissata con l'ordinanza adottata nell'udienza cautelare, l'udienza è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità (art. 120, co. 6, c.p.a.).

Conseguentemente viene radicalmente modificato il co. 2-*nonies* dell'art. 245, codice appalti, che si preoccupa di stabilire che in caso di esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio, il merito deve essere definito nei successivi sessanta giorni.

Si stabilisce, invece, che il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali (art. 120, co. 8, c.p.a.).

Cambia anche la previsione sulla pubblicazione del dispositivo entro sette giorni.

Mentre infatti dall'art. 245, codice appalti, si desume che il dispositivo della decisione che definisce il giudizio va pubblicato entro sette giorni sia nel giudizio di primo grado, sia nei giudizi di impugnazione (combinato disposto dei commi 2-*decies* e 2-*terdecies* dell'art. 245), nel c.p.a. è stabilito che solo nel giudizio di primo grado davanti al TAR il dispositivo deve essere indefettibilmente pubblicato entro sette giorni (art. 120, co. 9, c.p.a.). La previsione non è richiamata né per il giudizio di appello davanti al Consiglio di Stato né per le altre impugnazioni (revocazione e opposizione di terzo) (art. 120, co. 11, c.p.a.). Il mancato richiamo espresso, combinato con il generale rinvio operato dall'art. 120 c.p.a. al precedente art. 119 c.p.a., hanno come conseguenza che nei giudizi di impugnazione nel nuovo rito appalti, si applica l'art. 119, co. 6, c.p.a., a tenore del quale la pubblicazione del dispositivo non è indefettibile, ma avviene solo su istanza di parte. In particolare, *“quando almeno una delle parti, nell'udienza discussione, dichiara di avere interesse alla pubblicazione anticipata del dispositivo rispetto alla sentenza, il dispositivo è pubblicato mediante deposito in segreteria, non oltre sette giorni dalla decisione della causa. La dichiarazione della parte è attestata nel verbale d'udienza”*.

Scompare il co. 2-*duodecies* dell'art. 245, codice appalti, relativo alla domanda cautelare, e scompaiono i commi da 3 a 8 dell'art. 245, non novellati dal d.lgs. n. 53/2010, e che disciplinano la tutela cautelare *ante causam*.

Supplisce la disciplina generale contenuta nell'emanando c.p.a. sia quanto alla ordinaria tutela cautelare, sia quanto a quella monocratica *post causam*, sia quanto a quella monocratica *ante causam*.

Quanto al rilievo della incompetenza, nulla è disposto, applicandosi la disciplina generale degli artt. da 13 a 16 c.p.a. quanto alla competenza inderogabile e il relativo rilievo.

Gli artt. 15 e 16 c.p.a. contengono una disciplina nella sostanza coincidente con quella contenuta nell'art. 245, codice appalti, stabilendo quanto segue:

- a) la competenza del Tar è sempre inderogabile anche in ordine alle misure cautelari (art. 16, co. 1).
- b) il difetto di competenza inderogabile è rilevato in primo grado, anche d'ufficio, con ordinanza che indica il giudice competente (art. 16, co. 2);
- c) nei giudizi di impugnazione il difetto di competenza è rilevato se dedotto con specifico motivo avverso il capo della pronuncia impugnata che, in modo implicito o esplicito, ha statuito sulla competenza (art. 15, co. 1);
- d) l'ordinanza del giudice adito che dichiara la propria incompetenza è impugnabile nel termine di trenta giorni dalla comunicazione o notificazione con il regolamento di competenza di cui all'art. 15. Il regolamento può essere altresì richiesto d'ufficio alla prima

udienza, con ordinanza, dal giudice indicato come competente dal tribunale adito; in tal caso si procede ai sensi dell'art. 15, co. 6. La questione di competenza inderogabile può comunque essere fatta valere anche con il regolamento di competenza (art 16, co. 3);
e) il giudizio va riassunto entro il termine perentorio di trenta giorni dalla data in cui è comunicata l'ordinanza che ha pronunciato sulla questione (art. 16, co. 3).

11. Le pronunce del giudice amministrativo sulla sorte del contratto e il risarcimento del danno.

11.1. Il quadro italiano prima del recepimento, tra caducazione automatica e riparto di giurisdizione.

Se il contratto di appalto è stato stipulato, si pone il problema del suo destino dopo l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione.

Trattasi di problematica complessa, oggetto, in Italia, di annose discussioni, sia sotto il profilo sostanziale sia sotto quello processuale.

Sul piano sostanziale, il dibattito ha riguardato la natura del vizio che affligge il contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, e conseguente la legittimazione ad agire per far cadere il contratto: nullità assoluta, nullità relativa, annullabilità, inefficacia automatica, sono solo alcune delle tesi più sostenute.

Sul piano processuale, l'accoglimento dell'una o dell'altra delle suddette tesi ha avuto implicazioni in ordine alla scelta del giudice da adire: giudice ordinario o giudice amministrativo.

La giurisprudenza amministrativa, a partire da un'autorevole decisione del 2003^{109[109]}, aveva optato per la tesi della caducazione automatica del contratto, dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, che veniva dichiarata dal giudice amministrativo.

La tesi era stata in prosieguo seguita dal giudice amministrativo, sia pure con svariate puntualizzazioni e delimitazioni, in ordine alla tutela del terzo contraente, e alla possibilità o meno di privare di effetti il contratto quando esso fosse stato in tutto o in buona parte già eseguito.

Il giudice amministrativo era stato tuttavia sconfessato dalle sezioni unite della Cassazione nel 2007, secondo cui spetta al giudice ordinario pronunciarsi sulla patologia del contratto, quando la procedura di evidenza pubblica che lo precede o manca *ab origine*, o viene annullata^{110[110]}.

L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel 2008^{111[111]} si era formalmente adeguata alla decisione del giudice regolatore della giurisdizione, affermando tuttavia che se è vero che il giudice amministrativo, quando annulla l'aggiudicazione, in sede di giudizio di cognizione, non si può pronunciare anche sulla sorte del contratto, tuttavia è preciso dovere dell'amministrazione, in sede di esecuzione del giudicato di annullamento, trarne le debite conseguenze in ordine alla sorte del contratto, e, ove non lo faccia, il giudice amministrativo può essere nuovamente adito in sede di giudizio di ottemperanza. Qui il giudice ha una cognizione estesa al merito amministrativo, e può pertanto privare di effetti il contratto.

La tesi delle sezioni unite, sia pure con il correttivo proposto dalla plenaria del Consiglio di Stato, produceva, se non un vuoto di tutela, un allungamento dei tempi della tutela, in spregio ai principi di effettività e concentrazione, costringendo il ricorrente a rivolgersi a due giudici diversi, o comunque a proporre due azioni in giudizio.

In tale quadro nazionale si inserisce la direttiva ricorsi, che pone i principi di concentrazione e celerità del processo, e in questo quadro generale disciplina la sorte del contratto.

In ossequio a tali principi, la legge delega ha anzitutto previsto, sul piano processuale, la concentrazione delle questioni sulla sorte del contratto davanti al giudice amministrativo che conosce dell'aggiudicazione.

Tale scelta è stata, già prima del recepimento ufficiale, anticipata da una pronuncia delle sezioni unite del febbraio 2010^{112[112]}, che costituisce un *revirement* rispetto al precedente del 2007, basato proprio sulla sopravvenienza della direttiva ricorsi.

Secondo le sezioni unite la direttiva è applicabile, si noti bene, a tutte le procedure di gara bandite dopo la sua entrata in vigore (dicembre 2007) ancorché anteriori alla data di scadenza della direttiva (dicembre 2009) e alla data del suo recepimento da parte del legislatore nazionale.

Le sezioni unite riconoscono che l'orientamento tradizionale che nega rilevanza alla connessione tra annullamento dell'aggiudicazione e privazione di effetti del contratto e scinde la giurisdizione tra le due domande, rischia di rendere inutile il processo amministrativo e si pone in contrasto con l'effettività della tutela e l'esigenza di concentrazione processuale. Anche la soluzione seguita dalla plenaria, che recupera la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto in sede di giudizio di ottemperanza, è, secondo le sezioni unite, non congrua, perché comunque differisce la tutela ad un momento successivo rispetto al giudizio di cognizione.

Le sezioni unite affermano che il sistema vigente è da ritenere modificato per effetto dell'entrata in vigore della direttiva 2007/66/CE che pone i principi di concentrazione processuale, effettività della tutela e ragionevole durata del processo, esigendo una trattazione unitaria della domanda di annullamento dell'aggiudicazione e della domanda di privazione di effetti del contratto stipulato.

11.2. La sorte del contratto secondo la direttiva ricorsi.

La direttiva ricorsi disciplina la sorte del contratto in funzione della gravità delle violazioni commesse dalla stazione appaltante, violazioni che vengono distinte in violazioni gravi, meno gravi, non gravi^{113[113]}.

La direttiva impone che il contratto sia considerato privo di effetti nel caso delle più gravi violazioni, vale a dire quando:

- a) l'aggiudicazione di un appalto è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, laddove la pubblicazione del bando sia imposta dal diritto comunitario;
- b) la stazione appaltante ha violato lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, se tale violazione si aggiunge a violazioni sostanziali delle procedure di gara, e abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto;
- c) il contratto è stato aggiudicato a seguito di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione, violando le relative procedure.

In tali casi la privazione di effetti del contratto è in linea di principio doverosa, e secondo la direttiva può essere prevista direttamente dalle legislazioni nazionali, o demandata dalle legislazioni nazionali ad una pronuncia di un giudice.

Tuttavia, anche nel caso di violazioni gravi:

- a) gli Stati membri possono demandare all'organo che decide il ricorso di non privare di effetti il contratto, se ciò appaia necessario per esigenze imperative connesse ad un interesse generale; in tal caso si applicano sanzioni alternative;
- b) inoltre gli Stati membri possono scegliere se la privazione di effetti è retroattiva o limitata agli effetti che si devono ancora produrre (*ex nunc*), in questo secondo caso applicando sanzioni alternative.

Se la violazione riguarda lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, ma non ha impedito la tutela giurisdizionale, e non si somma violazioni sostanziali del procedimento di aggiudicazione (nel senso che l'aggiudicazione è legittima), la violazione è considerata meno grave, per cui gli Stati membri possono scegliere tra la privazione di effetti del contratto e le sanzioni alternative, o lasciare tale scelta al giudice.

Se, infine, non vi sono violazioni inerenti la pubblicità dei bandi, lo *standstill* o l'effetto sospensivo, ma solo violazioni inerenti il procedimento di aggiudicazione, esse sono considerate violazioni non gravi, per cui la scelta in ordine alla sorte del contratto è lasciata al legislatore nazionale, e non si applicano le sanzioni alternative.

Le sanzioni alternative non si identificano con il risarcimento del danno, e possono essere o pene pecuniarie o riduzioni della durata del contratto, purché siano effettive, proporzionate, e dissuasive.

11.3. La sorte del contratto secondo la legge delega e il decreto delegato: in breve.

Con il recepimento della direttiva comunitaria il legislatore italiano ha colto l'occasione per disciplinare, per la prima volta, la sorte dell'appalto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, ponendo fine ad un annoso dibattito.

La nuova disciplina può essere riassunta in alcuni punti essenziali che di seguito si sintetizzano e poi verranno esaminati analiticamente nelle loro criticità.

1) Se l'aggiudicazione viene annullata, il vizio che affligge il contratto è un vizio radicale di invalidità derivata dall'illegittimità dell'aggiudicazione, e dunque tale invalidità, qualificata come "inefficacia", consegue in linea di principio automaticamente all'annullamento dell'aggiudicazione, a prescindere dalla domanda di parte (art. 245-*bis*, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121, c.p.a.).

2) Siffatto automatismo, combinato con i principi di effettività della tutela, accelerazione e concentrazione, ha indotto il legislatore ad attribuire al giudice amministrativo, che conosce dell'aggiudicazione, la giurisdizione anche sulla sorte del contratto (art. 244, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 133, co. 1, lett. e), c.p.a.).

3) L'inefficacia del contratto è conseguenza immediata e diretta dell'annullamento dell'aggiudicazione, a prescindere dalla domanda di parte, ma gli spazi che la direttiva lascia per salvare il contratto sono affidati dal legislatore italiano al giudice amministrativo, chiamato a compiere delicate valutazioni sugli interessi pubblici e privati in gioco.

4) In conformità alla direttiva, il contratto deve, di regola, essere dichiarato inefficace nel caso delle più gravi violazioni vale a dire quando:

a) l'aggiudicazione di un appalto è avvenuta senza previa pubblicazione del bando, laddove la pubblicazione del bando sia imposta dal diritto comunitario o nazionale;

b) la stazione appaltante ha violato lo *standstill* o l'effetto sospensivo automatico, se tale violazione si aggiunge a violazioni sostanziali delle procedure di gara, e abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto o della possibilità di conseguire l'affidamento;

c) il contratto è stato aggiudicato a seguito di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione, violando le relative procedure.

5) Tuttavia, anche nel caso di violazioni gravi, spetta al giudice:

a) scegliere di mantenere il contratto, valutate tutte le circostanze, alla luce delle esigenze imperative connesse ad un interesse generale (art. 245-*bis*, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.); in tal caso si applicano sanzioni alternative;

b) in mancanza di tali esigenze imperative, dichiarare inefficace il contratto, in tal caso fissando la relativa decorrenza, retroattiva o *ex nunc*, (art. 245-*bis*, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.), e applicando sanzioni alternative se la privazione di effetti avviene *ex nunc*.

6) Le esigenze imperative che giustificano il mantenimento del contratto devono essere connesse non ad un semplice interesse “pubblico” quale può essere quello della stazione appaltante, ma ad un più qualificato “interesse generale”, e tra le esigenze imperative non rientrano i soli interessi economici legati direttamente al contratto.

7) Nel caso di violazioni dello *standstill* o dell’effetto sospensivo, che non abbiano impedito la tutela giurisdizionale e la possibilità di ottenere l’affidamento, e che non si sommano a vizi sostanziali dell’aggiudicazione, la violazione è considerata meno grave, e la legge direttamente stabilisce che il contratto resta in vita e si applicano solo le sanzioni alternative (art. 245-*quater*, co. 3, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 123 c.p.a.).

8) Fuori dai casi sopra visti, quando ci sono solo violazioni del procedimento di aggiudicazione, il giudice valuta caso per caso se dichiarare inefficace il contratto, ovvero mantenerlo accordando il risarcimento del danno solo per equivalente, e in tal caso, se il contratto resta in vita, non si applicano sanzioni alternative (art. 245-*ter*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 122 c.p.a.).

9) Nel caso di violazioni dello *standstill* o dell’effetto sospensivo, che non abbiano impedito la tutela giurisdizionale e la possibilità di ottenere l’affidamento, e che si sommano a vizi sostanziali dell’aggiudicazione, nulla dice espressamente la disciplina statale, anche se la versione originaria per tale ipotesi lasciava al giudice la scelta tra declaratoria di inefficacia del contratto, o suo mantenimento con applicazione di sanzioni alternative. Da una interpretazione sistematica si desume che a tale caso si applicano sia l’art. 245-*ter* che l’art. 245-*quater*, co. 3, codice appalti (dal 16 settembre 2010 rispettivamente artt. 122 e 123, c.p.a.), rientrando esso in entrambe le previsioni; per cui il giudice valuta se dichiarare inefficace il contratto, ovvero mantenerlo applicando sanzioni alternative.

10) Nel caso di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, solo nel caso di violazioni più gravi si impone l’alternativa tra privazione di effetti del contratto, o suo mantenimento con applicazione di sanzioni alternative; nel caso di violazioni meno gravi è la legge che stabilisce che il contratto è mantenuto; nel caso di violazioni non gravi la scelta tra privazione di effetti del contratto o risarcimento per equivalente non è demandata al giudice, ma direttamente operata dalla legge in favore della seconda alternativa: il contratto già stipulato non può essere privato di effetti, e il risarcimento dell’eventuale danno avviene solo per equivalente (art. 246, co. 4, codice appalti, come novellato e, dal 16 settembre 2010, art. 125 c.p.a.).

11) Le sanzioni alternative previste sono la pena pecuniaria proporzionata al valore del contratto e la riduzione della durata residua del contratto (art. 245-*quater*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 123 c.p.a.); spetta al giudice applicarle, alternativamente o cumulativamente, e graduarle tra i minimi e i massimi di legge.

12) Se il giudice ritiene che il contratto non debba essere privato di effetti, accorda al ricorrente il risarcimento del danno solo per equivalente pecuniario (art. 245-*quinquies*, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 124 c.p.a.); il danno deve essere comprovato dal ricorrente, e spetta solo al ricorrente avente titolo all’aggiudicazione; se invece il giudice ritiene che il contratto debba essere privato di effetti, non ne consegue senz’altro il subentro nel contratto in favore del ricorrente avverso l’aggiudicazione, perché a tal fine occorre la domanda, non solo di annullamento dell’aggiudicazione, ma anche di ottenere l’aggiudicazione e il contratto; ma se il ricorrente, senza giustificato motivo, non chiede l’aggiudicazione e il contratto, oppure, pur avendoli inizialmente chiesti, li rifiuta in prosieguo senza giustificato motivo, tale condotta viene valutata dal giudice ai sensi dell’art. 1227 c.c., vale a dire che il giudice potrà negare il risarcimento del danno per equivalente (art. 245-*bis*, ultimo periodo, e art. 245-*quinquies*, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, rispettivamente artt. 121 e 124 c.p.a.).

11.4. Quando c’è un problema di sorte del contratto dopo la direttiva ricorsi?

Occorre anzitutto chiedersi se ancora c'è, e quando c'è, un problema di sorte del contratto, atteso che la direttiva, prevedendo il meccanismo di *standstill* e l'effetto sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione, dovrebbe scongiurare, a monte e in radice, nella maggior parte dei casi, che il contratto possa essere stipulato prima di una pronuncia del giudice, quanto meno cautelare.

Sicché, con tali meccanismi preventivi, il più delle volte non ci dovrebbe essere un problema di "sorte del contratto", perché il contratto non dovrebbe essere stipulato prima che ci sia una pronuncia sull'aggiudicazione.

Tuttavia, il problema, per quanto ridimensionato, permane, e non è neppure residuale, a causa delle modalità del recepimento della direttiva, quanto alle deroghe allo *standstill* e alla durata dell'effetto sospensivo automatico.

Infatti, in sede di recepimento, sono state previste tutte le possibili deroghe allo *standstill* consentite dal diritto comunitario, e inoltre è stata prevista la possibilità di esecuzione d'urgenza, che costituisce un aggiramento dello *standstill*.

Sicché, il contratto potrebbe essere stipulato senza attendere lo *standstill*, non solo nel caso di assenza attuale o potenziale di contenzioso (quando c'è un unico concorrente, o quando c'è un unico concorrente ammesso, e non ci sono impugnazioni pendenti), ma anche in caso di contratti basati su accordi quadro o sistemi dinamici di acquisizione.

E l'esecuzione d'urgenza è possibile in caso di procedure senza bando, o in casi di assoluta urgenza e nocimento che il ritardo comporterebbe per l'interesse pubblico.

Ma in tali ipotesi, l'aggiudicazione potrebbe essere annullata in sede giurisdizionale, a contratto già stipulato ovvero, ancorché non stipulato, già eseguito in via di urgenza.

Si pensi ai casi in cui:

- a) le procedure senza bando sono giudicate illegittime, perché utilizzate in difetto dei presupposti;
- b) ci sono vizi della procedura di affidamento del singolo contratto a seguito di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione;
- c) vi è stata l'esecuzione d'urgenza, ma l'aggiudicazione è illegittima.

L'effetto sospensivo che deriva dalla proposizione del ricorso giurisdizionale perdura fino alla pronuncia cautelare di primo grado, o fino al dispositivo della sentenza di primo grado. Può verificarsi che tali provvedimenti giudichino il ricorso infondato e legittima l'aggiudicazione, sicché l'effetto sospensivo cessa e la stazione appaltante stipula il contratto. Ma in prosieguo, la sentenza definitiva di merito, ribalta l'esito e ritiene illegittima l'aggiudicazione.

Infine, può verificarsi il caso, da ritenere patologico, in cui la stazione appaltante stipula il contratto in spregio allo *standstill* e all'effetto sospensivo, pur non ricorrendo i presupposti delle deroghe legali.

In tutti questi casi, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, si pone un problema di sorte del contratto.

11.5. La caducazione automatica, la domanda di parte e il giudice "amministratore".

Dai primi sei punti della disciplina come sopra sintetizzati emerge che il principio della domanda di parte subisce un temperamento, in funzione del più generale interesse al ripristino di una corretta concorrenza, violata dalla condotta della stazione appaltante, e il cui soddisfacimento postula, come soluzione privilegiata, la privazione di effetti del contratto e il suo affidamento all'avente diritto.

E' la stessa direttiva ad avallare tale soluzione, laddove nei suoi *considerando* 13 e 14 afferma che la soluzione prioritaria è la privazione di effetti del contratto ("*Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o*

dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo". "La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere"), e laddove configura come eccezionale il mantenimento del contratto in caso di violazioni gravi.

Il giudice amministrativo viene chiamato in tutte le ipotesi contemplate, in cui il contratto deve o può essere caducato, a svolgere un delicato ruolo di valutazione comparativa di tutti gli interessi in gioco.

Egli tuttavia rimane, di regola, un giudice, e non un "amministratore" non compiendo valutazioni di opportunità politica, ma pur sempre valutazioni giuridiche.

Tuttavia, la decisione sulla sorte del contratto può implicare, in casi peculiari, una sostituzione del giudice all'amministrazione, sostituzione che non è una novità del sistema, essendovi da sempre nel giudizio di ottemperanza.

Non a caso la legge delega aveva previsto una giurisdizione, oltre che esclusiva, di merito, anche se il decreto delegato non menziona la giurisdizione di merito.

11.6. Le gravi violazioni.

11.6.a) Omessa pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara.

Le violazioni gravi sono dalla direttiva ricollegate o a ipotesi in cui la violazione delle regole di trasparenza ha in radice minato la correttezza della gara, o a ipotesi in cui il mancato rispetto di termini dilatori si traduce in un pregiudizio per le possibilità di difesa del ricorrente e si somma con violazioni dell'aggiudicazione.

Una prima violazione radicale è costituita dalla mancata pubblicità del bando di gara o avviso con cui si indice una gara, se essa sia prescritta dal diritto comunitario o nazionale. A tale *genus* va ricondotto anche il caso in cui l'affidamento viene fatto con procedura negoziata senza bando, o con procedura in economia, al di fuori dei casi consentiti, e ciò abbia perciò determinato l'omissione della pubblicità di un bando o avviso di indizione di gara, invece prescritti dal diritto comunitario o nazionale (art. 245-*bis*, co. 1, lett. a) e b), codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

L'omessa pubblicità del bando o avviso di indizione di gara costituisce il vizio più radicale del procedimento di affidamento, perché mina in radice la conoscibilità della procedura e dunque la possibilità di concorrenza.

Giova precisare che l'espressione "avviso con cui si indice una gara" si riferisce alle procedure di affidamento nei settori speciali.

Mentre la direttiva si riferisce solo all'omissione di bandi e avvisi nei casi in cui sono prescritti dal diritto comunitario, il recepimento, avendo equiparato la disciplina degli appalti nazionali e di quelli di rilevanza comunitaria, si riferisce anche all'omissione di bandi e avvisi prescritti dal diritto nazionale.

Pertanto si fa riferimento anche agli illegittimi affidamenti in economia e alle illegittime procedure senza bando, al di fuori dei casi previsti. Occorre tuttavia non solo che l'affidamento in economia o senza bando sia avvenuto al di fuori dei casi previsti, ma anche che l'illegittimità abbia comportato l'omissione di una pubblicità del bando che avrebbe dovuto esservi se si fossero seguite le procedure ordinarie.

Nell'ipotesi di omessa pubblicità di bandi o avvisi di indizione di gara, e nell'ipotesi di illegittimo utilizzo di procedure negoziate senza bando e procedure in economia, la dichiarazione di inefficacia non trova applicazione se, a monte, la stazione appaltante abbia seguito una procedura di trasparenza, incentrata sul c.d. avviso volontario di trasparenza preventiva (art. 245-*bis*, co. 5, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

In particolare, occorre che la stazione appaltante abbia, preventivamente, cioè prima della stipulazione del contratto, seguito la seguente procedura:

- a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice la gara sia consentita dal codice degli appalti;
- b) abbia pubblicato un avviso volontario per la trasparenza preventiva, con cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; la pubblicazione deve avvenire nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I. rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia;
- 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 volontario per la trasparenza preventiva.

Il contenuto di detto avviso è disciplinato in dettaglio (art. 79-bis, codice appalti).

L'avviso volontario per la trasparenza preventiva il cui formato è stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'art. 3-ter, par. 2, direttiva 89/665/CEE e di cui all'art. 3-ter, par. 2, direttiva 92/13/CEE, contiene 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.

11.6.b) Violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto.

Un secondo gruppo di violazioni comprende la violazione del termine di *standstill* e/o del termine sospensivo in pendenza del processo.

Occorre, perché tale violazione sia considerata grave, il concorso di tre condizioni:

- a) la violazione del termine dilatorio per la stipula del contratto;
- b) il pregiudizio per le possibilità di difesa effettiva del ricorrente;
- c) la violazione di altre regole contenute nella direttiva 2004/18/CE e 2004/17/CE e relativo recepimento, che si traducano in vizi dell'aggiudicazione.

In relazione alla prima condizione, come detto, viene in rilievo la violazione dello *standstill* o del termine sospensivo derivante dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale.

In relazione alla seconda condizione, occorre che la violazione del termine dilatorio abbia privato il ricorrente della effettiva possibilità di difesa. Il che si verifica quando la violazione dello *standstill* abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi del ricorso giurisdizionale prima della stipulazione del contratto, ovvero quando la violazione del termine sospensivo in pendenza del ricorso abbia influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In relazione alla terza condizione, occorre che concorrano anche vizi propri dell'aggiudicazione, che si sommino alla violazione dello *standstill* e/o del termine sospensivo.

11.6.c) Violazione delle regole procedurali in materia di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione.

Secondo la direttiva, la violazione di alcune regole procedurali in materia di accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione comporta la privazione di effetti del contratto, nei casi in cui gli Stati membri si avvalgano della deroga allo *standstill* per i contratti stipulati sulla base di un accordo quadro o di un sistema dinamico di acquisizione (art. 2-*quinquies*, co. 1, lett. c) direttiva 89/665/CEE e art. 2-*quinquies*, co. 1, lett. c), direttiva 92/13/CEE).

La legge delega per il recepimento non prevede che lo Stato italiano possa avvalersi di tale deroga, ma il decreto delegato ha espressamente introdotto tale deroga.

Lo ha tuttavia fatto senza disciplinare anche le conseguenze in tema di privazione di effetti del contratto.

Pertanto, l'introdotta deroga contrasta con la legge delega, e potrebbe essere dichiarata incostituzionale per eccesso di delega.

Finché, tuttavia, tale declaratoria non interviene, la deroga deve essere applicata, ma completata con applicazione diretta della direttiva, e dunque ritenendo che il contratto deve essere privato di effetti, nell'ambito del *genus* "violazioni gravi", quando sono stati violati l'art. 59, co. 8, e l'art. 60, co. 10, 11, 12, codice, rispettivamente per l'accordo quadro e per il sistema dinamico di acquisizione.

11.7. Le esigenze imperative per il mantenimento del contratto.

In relazione al sesto punto sopra sintetizzato, va ribadito che l'interesse generale che impone il mantenimento del contratto per esigenze imperative è da intendersi come quello dell'intera collettività al mantenimento del contratto in funzione della celere realizzazione dell'opera pubblica, e non come il solo interesse pubblico della stazione appaltante.

Esemplificativamente sono comprese tra le esigenze imperative quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale (art. 245-bis, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

Non sono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia (art. 245-bis, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara (art. 245-bis, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 121 c.p.a.).

Normalmente, andranno mantenuti i contratti relativi a infrastrutture strategiche o insediamenti produttivi, per le quali è interesse generale la celere realizzazione delle opere.

Ancora, un interesse generale può essere ravvisato in caso di opere pubbliche fruibili da parte di intere collettività, p.es. una strada, una scuola, un ospedale, mentre più difficile sarà ravvisare un interesse generale in caso di opere pubbliche di interesse di una singola amministrazione, p.e. la ristrutturazione di un edificio adibito a pubblici uffici, se il ritardo non intralci l'assolvimento di pubbliche funzioni rivolte alla collettività.

11.8. Gravi violazioni e irrilevanza della buona fede del terzo contraente.

In presenza di gravi violazioni, il contratto deve essere privato di effetti e solo la sussistenza di esigenze imperative giustifica il mantenimento del contratto.

Tra gli elementi da valutare per ritenere sussistenti le esigenze imperative non rientra la buona fede del terzo contraente.

Tale elemento era considerato rilevante, dalla giurisprudenza formatasi prima del recepimento della direttiva, per escludere la privazione di effetti del contratto e lasciare il contratto in vita.

Tuttavia si riteneva che se il contratto fosse stato stipulato dopo la proposizione del ricorso, o durante il periodo di *standstill* già previsto dall'art. 11 del codice appalti, la buona fede andava esclusa.

Nella nuova disciplina la sussistenza di gravi violazioni comporta per presunzione assoluta l'esclusione della buona fede del terzo o, piuttosto, si tratta, per la direttiva comunitaria, e per il recepimento nazionale, di un elemento giuridicamente irrilevante.

Si tratta, a ben vedere, di una moralizzazione che richiama l'aggiudicatario alle proprie responsabilità e che gli impone, implicitamente, l'onere di verificare che:

venga rispettato lo *standstill*;

venga rispettato il termine processuale sospensivo;

vengano rispettate le regole sulla pubblicità dei bandi di gara;

vengano rispettate le regole in tema di accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione.

Pertanto, l'aggiudicatario che stipula il contratto in spregio a *standstill* o effetto sospensivo automatico, così come l'aggiudicatario che sia tale in esito a una procedura negoziata adottata al di fuori dei presupposti legali, è da presumere consapevole dell'illegittimità commessa, sicché la sua buona fede è in radice esclusa.

11.9. Le sanzioni in caso di illegittimità innocua.

In relazione al settimo punto è evidente che la disciplina ha una chiara finalità deterrente, perché la stazione appaltante viene sanzionata per il solo fatto che è stato violato lo *standstill* o l'effetto sospensivo processuale, anche se la violazione è innocua, perché il ricorrente non ha perso le possibilità di tutela, e perché l'aggiudicazione è comunque legittima e dunque il ricorso è infondato. Sicché, il concorrente che formula ricorso giurisdizionale, anche se ha torto nella sostanza, diventa una sorta di pubblica accusa, il veicolo per far sanzionare la stazione appaltante anche nel caso di illegittimità innocua.

Su tale punto per la verità la formulazione della direttiva non era chiarissima nel senso di imporre una sanzione per il solo fatto della commissione di una violazione formale, a prescindere da violazioni sostanziali (art. 2-*sexies*, direttiva 89/665/CEE e art. 2-*sexies*, direttiva 92/13/CEE), e infatti il testo originario dello schema di decreto delegato non contemplava tale fattispecie. Essa è stata inserita su indicazione del Consiglio di Stato, che ha evidentemente interpretato in senso severo le previsioni della direttiva, alla luce del *considerando* n. 19 secondo cui "*In caso di altre violazioni di requisiti formali, gli Stati membri potrebbero considerare inadeguato il principio della privazione di effetti. In questi casi gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di prevedere sanzioni alternative*".

11.10. La scelta tra mantenimento e caducazione del contratto in caso di violazioni non gravi.

In relazione all'ottavo punto il giudice, in caso di violazioni non gravi, per stabilire se mantenere il contratto o privarlo di effetti, deve tenere conto degli interessi delle parti in gioco, onde valutare, sulla base di elementi giuridici, e non di mera opportunità amministrativa, se vi sia la possibilità che il ricorrente possa agevolmente ed effettivamente subentrare nel contratto.

Occorre pertanto valutare, a tal fine:

a) il tipo di vizio riscontrato, che sia tale da consentire, oltre che l'annullamento dell'aggiudicazione, anche l'aggiudicazione in favore del ricorrente, senza necessità di rinnovare la gara;

b) lo stato di esecuzione del contratto e l'interesse reciproco delle parti;

c) la avvenuta presentazione, da parte del ricorrente, di una domanda di subentro nel contratto;

d) la buona fede del terzo contraente.

In relazione al primo di tali elementi, va osservato che non necessariamente all'annullamento dell'aggiudicazione consegue l'automatica spettanza di essa al ricorrente. Questa situazione si verifica solo quando il ricorrente segue in graduatoria immediatamente colui la cui aggiudicazione è stata annullata, o costui più ulteriori concorrenti che vanno comunque

esclusi, e la sua offerta sia già stata positivamente vagliata dalla stazione appaltante, ivi compresa la verifica di anomalia. Questa situazione non si verifica, invece, se l'aggiudicazione non viene annullata per vizi propri, ma per vizi di invalidità derivata da altri atti di gara, quali bando o esclusioni, o atto di nomina della commissione di gara, sicché la procedura di gara deve ricominciare dall'atto annullato, e non è detto che l'esito sarà favorevole al ricorrente. Non si verifica nemmeno quando l'aggiudicazione viene annullata per vizi propri, ma l'offerta del ricorrente, ancorché collocata utilmente in graduatoria dopo quella dell'aggiudicatario, deve ancora passare il vaglio della verifica di anomalia.

Dunque la privazione di effetti del contratto postula che il ricorrente abbia l'effettiva possibilità di subentrare nel contratto, perché ha titolo comprovato all'aggiudicazione.

In secondo luogo, anche ove ricorra tale situazione, occorre tener conto dello stato di esecuzione del contratto: se l'esecuzione è ultimata o sta per essere ultimata, o comunque è ad uno stadio avanzato, può essere contrario sia all'interesse del ricorrente, che a quello della stazione appaltante, invalidare il contratto e far subentrare il ricorrente.

Occorre poi valutare i primi due elementi indicati in modo combinato, schematizzando i seguenti casi:

- a) non è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione e il contratto è ultimato o a uno stadio avanzato;
- b) è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione ma il contratto è ultimato o è a uno stadio avanzato;
- c) non è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione, e l'esecuzione del contratto non è iniziata ancora o è appena iniziata;
- d) è certo che il ricorrente può conseguire l'aggiudicazione, e l'esecuzione del contratto non è iniziata ancora o è appena iniziata.

Nei casi a) e b) il giudice ragionevolmente deciderà di mantenere il contratto. Nel caso d) il giudice ragionevolmente si determinerà per la privazione di effetti del contratto.

Si menziona una prima applicazione giurisprudenziale del caso b) in cui, pur avendo il ricorrente titolo all'aggiudicazione, essendo l'esecuzione del contratto quasi ultimata, il risarcimento è stato concesso solo per equivalente. Si è affermato che: *“Nel caso di specie, essendo la ricorrente seconda classificata, e non essendo insorte questioni sulla sua ammissione e sulla congruità della sua offerta, essa avrebbe titolo a conseguire l'aggiudicazione e il contratto in luogo del Consorzio.*

Tuttavia si tratta di contratto ad avanzato stato di esecuzione, iniziata ad aprile 2009 e destinata a concludersi a dicembre 2010.

Il subentro nel contratto per residui sette mesi alla data della camera di consiglio odierna (che probabilmente si riducono a cinque se si considerano i tempi tecnici di pubblicazione, notificazione ed esecuzione della presente decisione) non appare conforme all'interesse della stazione appaltante, né all'interesse generale a garantire la continuità del servizio in corso.

Pertanto appare corretto mantenere il contratto e accordare il risarcimento solo per equivalente”¹¹⁴[114].

Si menzionano alcune prime applicazioni giurisprudenziali del caso d):

- a) in un caso, trattandosi di appalto di durata quinquennale, ed essendosi al nono mese di esecuzione, ed essendo certa la possibilità di aggiudicazione per la seconda classificata, il giudice ha privato di effetti il contratto *ex nunc*, con effetto dalla data di pubblicazione della sentenza, e accordato il risarcimento per equivalente per il periodo pregresso.

Si afferma nella decisione che: *“si dispone, altresì, ai sensi dell'art. 245 ter del d.lgs. n. 163/2006, come introdotto dall'art. 10, comma 1, del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, l'inefficacia del contratto stipulato, decorrente dalla pubblicazione della presente decisione, in considerazione:*

- della sussistenza di tutti i presupposti per la configurazione della responsabilità in capo alla stazione appaltante, ed in particolare dell'elemento soggettivo della colpa, avendo l'amministrazione ritenuto sufficiente per la verifica della sussistenza di un requisito di partecipazione alla procedura una documentazione diversa da quella originariamente richiesta, non munita della stessa valenza probatoria e contrastante con le risultanze della documentazione fiscale versata in atti, nonché dell'antigiuridicità del comportamento, che si identifica nell'aver emesso un provvedimento illegittimo, nel danno provocato alla ricorrente principale, estromessa illegittimamente dall'aggiudicazione della presente procedura, nonché, infine, del nesso di causalità tra l'emissione dell'atto illegittimo e le conseguenze dannose provocate alla FNM;

- dell'interesse dell'amministrazione a che il servizio sia eseguito sin da subito da un soggetto provvisto di tutti i requisiti richiesti dalla *lex specialis* di gara;

- dell'effettiva possibilità per la società ricorrente, che seguiva l'aggiudicataria in graduatoria, di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, che afferivano esclusivamente la mancata prova di un requisito di partecipazione in capo all'aggiudicataria, non essendo, a tale scopo, necessaria alcuna valutazione discrezionale dell'amministrazione;

- dello stato di esecuzione del contratto, che si protrae da poco più di nove mesi a fronte di una durata contrattuale quinquennale, con possibilità di rinnovo per ulteriori quattro anni, come previsto alla pagina 10 della lettera d'invito;

- della possibilità di subentrare nel contratto della ricorrente, atteso che il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara e che l'interessata ha proposto la relativa domanda. (...) Si ritiene, infine, sussistendone tutti i presupposti succitati, di disporre la condanna al risarcimento del danno per equivalente dell'amministrazione intimata in relazione al periodo di pregressa esecuzione del contratto, che si reputa di liquidare in via equitativa nella somma pari ad euro 30.000, oltre ad interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo. ”¹¹⁵[115] ;

b) in un altro caso è stato accordato il subentro con effetto dalla notificazione della sentenza trattandosi di un appalto di servizi frazionabile, ed essendovi l'effettiva possibilità di subentro per il ricorrente; per la parte di appalto già eseguita, il risarcimento del danno è stato accordato per equivalente; si legge nella sentenza:

“Quanto, in particolare, al subentro nel contratto (ipotesi sostanziale di risarcimento in forma specifica) esso è reso possibile dalla sussistenza dei presupposti partitamente enunciati dalla difesa della società ricorrente (...), cui vanno aggiunti, sulla base delle proposizioni normative di cui si compone il più volte menzionato art. 245-ter, gli ulteriori e necessari presupposti dell'effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati nel giudizio, dello stato di esecuzione del contratto (in relazione ad eventi fieristici autonomi tra di loro e da svolgersi nell'arco del biennio 2010-2011), nonché della circostanza che l'aggiudicazione illegittima, nei termini accertati, non comporta l'obbligo di rinnovare la gara.

In relazione al momento operativo del subentro, esso va correlato agli eventi fieristici da svolgersi nel periodo di riferimento, a decorrere dalla notificazione della presente decisione a cura della parte ricorrente. La società aggiudicataria porterà a conclusione l'evento che eventualmente sia in corso di svolgimento al momento della detta notificazione. ”¹¹⁶[116].

Il caso c) è quello che può lasciare maggior margine alle valutazioni caso per caso. Per tale ipotesi si può immaginare, come proposto nella originaria versione dello schema di recepimento della direttiva, una sentenza parziale che si limita ad annullare l'aggiudicazione e dà alla stazione appaltante un termine per l'ottemperanza, ossia per rinnovare gli atti di gara

annullati, fissando il termine per la nuova udienza, nella quale, a seconda dell'esito del rinnovo degli atti di gara, e cioè a seconda che l'esito sia o meno favorevole al ricorrente, si decide se privare o meno di effetti il contratto. Nell'art. 10 dello schema originario di recepimento della direttiva, si stabiliva, infatti, testualmente *“E' consentita la sentenza parziale, con cui il giudice annulla l'aggiudicazione definitiva, contestualmente assegna un congruo termine alla stazione appaltante per rideterminarsi sull'aggiudicazione e sugli effetti del contratto, e rinvia la decisione giurisdizionale sulla sorte del contratto e sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente ad una udienza successiva a tale termine. In tale successiva udienza il giudice decide tenendo conto dei provvedimenti eventualmente adottati dalla stazione appaltante.”*.

Occorre, come terzo elemento da valutare, che vi sia una domanda di subentro. Se essa manca, non potendo il ricorrente essere coartato a subentrare, una caducazione del contratto non gioverebbe a nessuno, ma resterebbe fine a sé stessa.

Diversa questione è se la mancata domanda di subentro sia giustificata o meno.

Non sarebbe infatti giustificata quando vi sarebbe la possibilità concreta di subentrare nel contratto, lo sarebbe se invece il contratto è a uno stadio di esecuzione avanzata per cui alcun vantaggio deriva dal subentro.

Tali elementi formano oggetto di valutazione al fine della concessione o meno del risarcimento per equivalente in alternativa al subentro.

Un elemento che finora la giurisprudenza ha valutato nella scelta se privare o meno di effetti il contratto è la buona fede del terzo contraente, ancorandola di solito all'essere la stipulazione del contratto avvenuta prima o dopo la notifica del ricorso, ed escludendo la buona fede in caso di stipula dopo la proposizione del ricorso.

Ora, un problema di buona fede del terzo non vi può essere nel caso di violazioni gravi e meno gravi, perché se il contratto viene stipulato male prima della scadenza del termine di *standstill* o in pendenza del termine processuale sospensivo va esclusa la buona fede del terzo.

Ma al di fuori di tali casi la buona fede potrebbe essere utilmente apprezzata quando ad es. il contratto è stipulato dopo una ordinanza cautelare o una sentenza di primo grado che reputano l'aggiudicazione legittima, e poi l'esito è ribaltato in appello.

11.11. Inefficacia del contratto, mantenimento del contratto e risarcimento per equivalente per le infrastrutture strategiche, gli insediamenti produttivi, le opere di cui all'art. 20, d.l. n. 185/2008.

Nel caso di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi, l'art. 246, codice appalti, nella versione anteriore al recepimento della direttiva, prevedeva che il contratto stipulato non potesse essere sospeso o privato di effetti e che il risarcimento eventualmente spettante fosse accordato solo per equivalente.

Il legislatore aveva dettato tale regola già con il d.lgs. n. 190/2002, sfruttando una puntuale previsione in tal senso della originaria versione della direttiva 889/665/CEE, secondo cui gli Stati membri possono prevedere che il risarcimento sia accordato solo per equivalente.

Con la direttiva 2007/66/CE, la possibilità di mantenere il contratto non è più generale, essendovi i casi di violazioni gravi in cui il contratto deve essere privato di effetti.

Il legislatore del recepimento, come visto, ha stabilito, in generale, che, al di fuori dei casi di violazioni gravi:

a) per le violazioni meno gravi, dove difettano vizi sostanziali che giustificano l'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto resta in vita e si applicano solo sanzioni alternative; ,

b) per le violazioni non gravi, il giudice valuta caso per caso se privare di effetti il contratto o disporre il risarcimento solo per equivalente.

In deroga alle regole generali, per le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi, il legislatore ha stabilito:

- a) per le violazioni gravi e per quelle meno gravi, si applicano le regole fissate in generale;
- b) per le violazioni non gravi, è sottratta al giudice la valutazione caso per caso, e la legge direttamente stabilisce l'assetto degli interessi, disponendo che il contratto resta sempre in vita e il danno è risarcito solo per equivalente.

L'art. 125, c.p.a., specifica che si applica l'art. 34, co. 3, c.p.a., a tenore del quale quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori.

Quanto invece alle opere di cui all'art. 20, d.l. n. 185/2008, in via transitoria si lascia in vita la regola assoluta che il contratto non può essere mai privato di effetti e il risarcimento è solo per equivalente.

Tale regola assoluta opera anche per il caso di violazioni gravi, e sotto tale profilo è di dubbia compatibilità comunitaria, perché se non ci sono esigenze imperative il contratto, secondo il diritto comunitario, deve essere privato di effetti.

La regola assoluta rimane in vita in quanto l'art. 15, d.lgs. n. 53/2010 lascia in vita in via transitoria l'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008 per gli interventi per i quali i commissari straordinari siano già stati nominati o vengano nominati entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della nuova disciplina, ossia entro il 26 luglio 2010.

11.12. Le sanzioni alternative.

In relazione all'undicesimo punto, va osservato che al giudice amministrativo viene attribuita una competenza del tutto nuova nel panorama dei suoi compiti, quella di irrogazione di vere e proprie sanzioni, che hanno i connotati di sanzioni amministrative (art. 245-*quater*, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 123 c.p.a.).

Non a caso si era da taluno proposto di demandare l'irrogazione delle sanzioni a un soggetto diverso dal giudice, ad es. l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, se del caso lasciando al giudice solo la fissazione dei principi.

Ma sul punto la legge delega non lasciava spazio a tale alternativa.

Le perplessità sono che il giudice amministrativo eserciti un potere di "merito", o di tipo "penalistico" e che se le sanzioni sono irrogate dal giudice di appello, rimangono non giustiziabili.

Non sembra che tali critiche colgano nel segno.

Le sanzioni sono la diretta conseguenza di un accertamento giurisdizionale e pertanto è corretto che ad irrogarle sia il medesimo giudice che conduce l'accertamento giurisdizionale.

Quanto alla non giustiziabilità se le sanzioni vengono irrogate per la prima volta nel giudizio di appello, non si profilano vizi di incostituzionalità, perché il doppio grado di giudizio è costituzionalizzato, nel processo amministrativo, solo nel senso che se si pronuncia il giudice di primo grado non può essere precluso l'appello, ma non è impedito un giudizio in unico grado davanti al giudice superiore, ossia davanti al Consiglio di Stato.

Le sanzioni alternative si applicano, in sintesi, nei seguenti casi:

- 1) se c'è una violazione grave e il giudice ritiene di mantenere il contratto, per esigenze imperative;
- 2) se c'è una violazione grave il giudice dichiara il contratto inefficace solo *ex nunc*;
- 3) se c'è una violazione delle regole sui termini dilatori di stipula del contratto, che non abbia privato della tutela giurisdizionale e non si accompagni a vizi dell'aggiudicazione, e il contratto resta *ex lege* in vita;
- 4) se la violazione delle regole sui termini dilatori di stipula del contratto, pur non privando di tutela il ricorrente, si accompagni a vizi dell'aggiudicazione, e il giudice decida di mantenere il contratto.

Sono inoltre fissati adeguati parametri sia in ordine ai presupposti che alla graduazione della sanzione, sicché non vi è uno spazio per sconfinamenti da parte del giudice nel merito amministrativo.

La sanzione pecuniaria, in particolare, è ancorata al valore del contratto inteso come prezzo di aggiudicazione, e va graduata tra un minimo dello 0,5% e un massimo del 5% di tale importo.

La sanzione pecuniaria va versata all'apposito capitolo di bilancio del Ministero dell'economia e delle finanze, entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che la irroga; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari a un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. L'esecuzione di tale sanzione è demandata al Ministero dell'economia e delle finanze, al quale è comunicata la sentenza che applica la sanzione, a cura della segreteria del giudice, entro cinque giorni dalla sua pubblicazione.

La riduzione della durata del contratto va graduata da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua del contratto alla data di pubblicazione del dispositivo.

Tale sanzione ben si attaglia ai contratti ad esecuzione continuata o periodica come le forniture, i servizi, i lavori di manutenzione.

Esemplificando, se in un contratto relativo a servizi la durata residua è di due anni, la sanzione può oscillare da un accorciamento di 73 giorni fino ad un accorciamento di 365 giorni, con una anticipazione della data di scadenza del contratto.

Alla scadenza anticipata, la stazione appaltante dovrà indire una nuova gara, se ha ancora bisogno delle prestazioni oggetto del contratto.

La riduzione della durata del contratto è una sanzione *self executing*.

In caso di mancata attuazione da parte della stazione appaltante, è da ritenere che gli interessati possano adire il giudice in sede di giudizio di ottemperanza.

La sanzione pecuniaria incide solo sulla stazione appaltante, essendo da essa dovuta.

La sanzione della riduzione della durata del contratto incide anche sul terzo contraente.

Quanto ai criteri di applicazione delle sanzioni, sono richiamati il principio del contraddittorio, e i principi di effettività, proporzione e dissuasività della sanzione, alla luce della gravità della condotta della stazione appaltante, dell'opera da essa svolta per eliminare o attenuare le conseguenze della violazione.

L'art. 123, c.p.a., specifica che al fine della quantificazione della sanzione, si applica l'art. 73, co. 3, c.p.a., a tenore del quale il giudice, se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, la indica in udienza dandone atto a verbale. Se la questione emerge dopo il passaggio in decisione, il giudice riserva quest'ultima e con ordinanza assegna alle parti un termine non superiore a trenta giorni per il deposito di memorie.

Il principio del contraddittorio va in particolare rispettato, in caso di riduzione della durata del contratto, anche nei confronti del terzo contraente e non solo della stazione appaltante.

Resta fermo che l'eventuale condanna al risarcimento del danno non costituisce sanzione alternativa e si cumula con questa.

La sanzione della riduzione della durata residua del contratto, incidendo anche sul terzo aggiudicatario, diventa di fatto uno strumento per colpire anche l'aggiudicatario, quando costui ha concorso all'illecito della stazione appaltante.

Pertanto, nella scelta tra le due sanzioni alternative, il giudice dovrà anche essere guidato dalla individuazione dei soggetti responsabili dell'illecito e dell'illegittimità, se solo la stazione appaltante o anche, in concorso, l'aggiudicatario.

La riduzione della durata del contratto è formalmente una sanzione, e per la sua applicazione sono indicati criteri tipici delle sanzioni.

Tuttavia, è da ritenere che nella sua applicazione il giudice, almeno di fatto, sarà mosso da considerazioni analoghe a quelle che svolge quando priva di effetti il contratto.

Formalmente, la riduzione della durata del contratto differisce ontologicamente dalla declaratoria di inefficacia del contratto stesso, ma in concreto gli effetti potrebbero essere molto simili.

Infatti nella declaratoria di inefficacia il contratto viene vanificato, o retroattivamente, o *ex nunc*, quindi non può proseguire.

Nella riduzione della durata residua del contratto, il contratto resta in vita ma ne viene anticipata la scadenza; dunque per un certo lasso temporale il contratto prosegue con l'originario aggiudicatario.

In concreto, può succedere che le conseguenze della riduzione della durata residua del contratto sono molto simili alla privazione di effetti *ex nunc*: se infatti la durata residua del contratto è molto breve, si supponga due mesi, e si applica la sanzione della riduzione del 50%, il contratto resta in vita per altri trenta giorni, effetto che ai fini pratici è simile alla privazione di effetti *ex nunc*.

Data la similitudine tra privazione di effetti del contratto *ex nunc* e sanzione della riduzione della durata del contratto, occorrerà valutare le conseguenze pratiche di tale sanzione in ordine all'interesse delle parti e allo stato di esecuzione delle prestazioni.

In certe situazioni concrete, la riduzione della durata del contratto potrebbe non essere praticabile, o utilmente praticabile, sulla base delle stesse considerazioni che si compiono quando si valuta se privare o meno di effetti il contratto.

Se si tratta di appalto di lavori, e c'è l'interesse a che siano ultimati, ridurre la durata del contratto potrebbe essere controproducente per l'interesse pubblico all'ultimazione dei lavori, senza avvantaggiare il ricorrente che comunque non subentra nel contratto.

Se si tratta di appalto di lavori di manutenzione, o di servizi, o di forniture, e restano pochi mesi fino alla scadenza contrattuale, e non si tratta di prestazioni che la stazione appaltante ha in programma di reiterare in futuro, parimenti ridurre la durata del contratto è misura di scarso interesse.

Tale misura sanzionatoria ha una sua utilità pratica nei contratti di durata (ad esecuzione continuata o periodica) per prestazioni che la stazione appaltante acquisisce per un numero elevato di anni, con appalti triennali o sessennali. In tale ipotesi, ridurre la durata del contratto sortisce l'effetto pratico di anticipare la data del nuovo bando, a vantaggio della concorrenza violata.

Va anche considerato che a fronte di un contratto di durata in imminente scadenza, il ricorrente potrebbe non avere alcun interesse a subentrare per il residuo periodo, e di qui la scelta giudiziale di mantenere il contratto, applicandovi la riduzione della durata. In tal modo, da un lato il ricorrente consegue il risarcimento per equivalente, dall'altro lato l'anticipo della scadenza del contratto contribuisce al ripristino della concorrenza, comportando come conseguenza l'anticipo della pubblicazione del nuovo bando.

11.13. I profili risarcitori.

11.13.a) Incompletezza della nuova disciplina.

In relazione al dodicesimo punto, va evidenziato che la direttiva nomina, ma non disciplina, il risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima aggiudicazione. Se ne occupa, infatti, sotto due profili:

- a) laddove afferma che il risarcimento del danno è cosa diversa dalle sanzioni alternative;
- b) laddove, al di fuori dei casi in cui il contratto debba essere privato di effetti, lascia ai legislatori nazionali la scelta tra privazione di effetti del contratto e risarcimento del danno solo per equivalente.

Anche la legge delega non se ne occupa nel dettaglio ma solo negli aspetti indicati dalla direttiva.

Si tratta di tematica complessa nel diritto interno, e aperta a svariate soluzioni esegetiche sia a livello nazionale che comunitario.

Il legislatore delegato, in difetto di puntuali criteri di delega, non ha potuto disciplinare il risarcimento del danno in tutti i suoi profili (natura della responsabilità, elemento soggettivo, nesso di causalità, concorso dell'aggiudicatario e della stazione appaltante, misura del risarcimento), ma si è occupato solo dei profili strettamente connessi alla scelta tra privazione di effetti del contratto e mantenimento del medesimo, anche in relazione alle possibili domande di parte.

E, invero, da un lato la privazione di effetti del contratto è configurata come una conseguenza diretta dell'annullamento dell'aggiudicazione, anche se non c'è domanda di parte, ma dall'altro lato il subentro nel contratto postula la domanda di parte.

Inoltre, la privazione di effetti del contratto e il subentro in esso del ricorrente vittorioso, soddisfa in via specifica il danno subito, non lasciando, di regola, spazio per il risarcimento per equivalente.

Se, invece, il contratto, per le svariate ragioni che si sono viste, resta in vita, si apre la strada al risarcimento per equivalente.

E' di tale unica tematica che il decreto legislativo si occupa, in quanto corollario della mancata privazione di effetti del contratto.

11.13.b) Il risarcimento per equivalente: domanda di parte e onere della prova. Scompare la liquidazione forfetaria del mancato utile.

Se il giudice non ritiene di dover dichiarare inefficace il contratto, dispone il risarcimento per equivalente.

A tal fine, occorre la domanda di parte, e occorre che la parte provi il danno subito (art. 245-*quinquies*, co. 1, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 124 c.p.a.).

Vengono sul punto recepiti consolidati indirizzi giurisprudenziali, secondo cui il risarcimento postula la domanda di parte e la prova del danno con onere a carico del danneggiato.

L'aver ribadito il principio dell'onere della prova sembra fare definitiva giustizia di quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui il mancato utile potrebbe essere quantificato in misura forfetaria, utilizzando il criterio dettato dal legislatore a tutt'altri fini, del dieci per cento del prezzo offerto in gara.

Invero, il principio secondo cui può essere risarcito solo il danno provato, implica che del danno inteso come mancato utile vada data la prova rigorosa, individuando l'utile effettivo secondo l'offerta fatta in gara.

11.13.c) Scompare la risarcibilità del danno da perdita di *chance*?

Elemento di novità nella disciplina, fino al 15 settembre 2010 è la previsione secondo cui il risarcimento viene disposto "a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione".

Sembra, dunque, che per ottenere il risarcimento del danno, occorra anche la prova che si ha titolo all'aggiudicazione, e che dunque resta esclusa la possibilità di ristoro per il danno da perdita di *chance*, ossia della mera probabilità di vittoria, occorrendo la prova della certezza della vittoria.

Sicché, se vi sono più ricorsi contro la stessa aggiudicazione, e i vizi riguardino il bando o le esclusioni, ma non in via immediata e diretta l'aggiudicazione, se nessuno comprovi che avrebbe conseguito l'aggiudicazione, il danno non va risarcito.

Tale previsione scompare, tuttavia, con il codice del processo amministrativo, in cui si dispone solo che se il giudice non ordina il subentro nel contratto, accorda il risarcimento per equivalente.

Sebbene nulla si dica sulla domanda di parte, è da ritenere che occorra la domanda di parte affinché sia accordato il risarcimento per equivalente, anche perché si richiede che il danno sia provato, e la prova è a carico della parte.

11.13.d) La mancata domanda di subentro nel contratto e la quantificazione del risarcimento per equivalente ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Altra questione affrontata è se vada o meno risarcito il danno per equivalente quando la parte ricorrente, pur potendo conseguire l'aggiudicazione e il contratto, non ne faccia richiesta, ovvero, dopo averne fatto richiesta, non si renda disponibile a subentrare nel contratto.

Se tale condotta ostativa è priva di giustificato motivo, il giudice ne tiene conto al fine del se e del quanto del risarcimento per equivalente, ai sensi dell'art. 1227 c.c. (art. 245-*quinquies*, co. 2, codice appalti e, dal 16 settembre 2010, art. 124 c.p.a.).

Ancora più drastico era stato il Consiglio di Stato, che aveva formulato la norma nel senso più severo che il risarcimento per equivalente è senz'altro escluso, a fronte di tale ingiustificata condotta ostativa.

Tale soluzione trovava il suo fondamento nella considerazione che chi impugna l'aggiudicazione mette in moto un meccanismo che blocca l'azione amministrativa, ed è dunque doveroso da parte sua un reale interesse a conseguire l'aggiudicazione e il contratto. Non risponde invece a buona fede la condotta di chi impugna l'aggiudicazione non perché ha interesse a ottenere il contratto, ma solo perché mira *ab initio* ad un risarcimento per equivalente.

In sintesi, si può dire che:

- 1) in caso di mantenimento del contratto deciso dal giudice nonostante la domanda di subentro, il risarcimento per equivalente spetta solo al ricorrente che ha titolo all'aggiudicazione;
- 2) in caso di mantenimento del contratto deciso dal giudice perché manca la domanda di subentro, il risarcimento per equivalente non spetta se il rifiuto di subentro è ingiustificato.

11.14. La disciplina transitoria.

Il decreto di recepimento non ha dettato una disciplina transitoria né per gli istituti sostanziali né per gli istituti processuali.

Trattandosi di procedimenti amministrativi e di processi, in difetto di specifica regola transitoria si applica il consueto canone *tempus regit actum*, per cui ciascun atto è retto dalla legge vigente al momento della sua adozione.

In tema di sorte del contratto si hanno le seguenti implicazioni:

- a) se l'omissione della pubblicazione del bando o avviso di gara si è consumata prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, il regime della sorte del contratto va risolto con la vecchia disciplina, e in caso di mantenimento del contratto non possono applicarsi sanzioni alternative;
- b) se la violazione dello *standstill* si è consumata prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, il regime della sorte del contratto va risolto con la vecchia disciplina, e in caso di mantenimento del contratto non possono applicarsi sanzioni alternative;
- c) se il termine dilatorio per la stipula del contratto, già previsto dall'art. 11, codice appalti, previgente, è ancora in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina, esso prosegue secondo la vecchia disciplina, le deroghe sono quelle previste dalla vecchia disciplina e la sua violazione non comporta le conseguenze previste dalla nuova disciplina;
- d) se il termine dilatorio inizia a decorrere dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, si applicano integralmente le nuove regole;
- e) se il ricorso giurisdizionale è proposto prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, esso non sortisce l'effetto sospensivo automatico, e dunque la stipula del contratto in pendenza di ricorso non dà luogo alle conseguenze previste dalla nuova disciplina;
- f) se il ricorso giurisdizionale è proposto dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, anche se per appalti banditi e aggiudicati prima, esso sortisce l'effetto sospensivo automatico, se il contratto non sia stato nel frattempo già legittimamente stipulato;

g) quando il giudice annulla l'aggiudicazione e deve valutare la sorte del contratto in funzione del grado di gravità delle violazioni, deve in definitiva vagliare se le violazioni sono state commesse prima o dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina; ; tuttavia è applicabile anche alle controversie anteriori la nuova disciplina secondo cui il giudice valuta, in funzione degli interessi in gioco, se caducare o meno il contratto^{117[117]}, salvo che per le controversie anteriori non sono applicabili le sanzioni alternative in caso di mantenimento del contratto;

se commesse prima, la sorte del contratto va decisa secondo le regole giurisprudenziali previgenti, e comunque in caso di mantenimento del contratto non possono applicarsi sanzioni alternative;

h) quanto alla giurisdizione sulla sorte del contratto, invece, la nuova disciplina che la attribuisce al giudice amministrativo, si applica anche per gli appalti banditi prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina e per i contenziosi già pendenti, in ossequio al consolidato canone giurisprudenziale secondo cui la domanda, proposta davanti a giudice privo di giurisdizione al momento della sua proposizione, resta radicata davanti a tale giudice in caso di giurisdizione sopravvenuta^{118[118]}.

La giurisprudenza afferma che la norma attributiva della giurisdizione è di immediata applicazione, e si pronuncia sulla sorte del contratto anche per appalti aggiudicati prima, e controversie instaurate prima, dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010^{119[119]}.

Si è affermato:

“In proposito si ritiene che la norma succitata, in virtù della propria natura processuale, possa ricevere applicazione anche in giudizi, come quello di specie, instaurati in data antecedente all'entrata in vigore della stessa, in difetto di diversa disposizione transitoria.

In ogni caso, la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione illegittima annullata, dopo contrastanti orientamenti giurisprudenziali, è stata risolutivamente affermata anche dalla Suprema Corte di Cassazione con la decisione n. 2906, resa a sezioni unite il 10 febbraio 2010, nella quale risulta statuito che l'esigenza della cognizione del 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, possa conoscere pure della domanda del contraente pretermesso illecitamente dal contratto di essere reintegrato nella sua posizione, con la privazione di effetti del contratto eventualmente stipulato dalla stazione appaltante con il concorrente alla gara scelto in modo illegittimo.

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, è, infatti, ad opinione della Suprema Corte, da trattare 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 è ormai ineludibile per tutte le controversie in cui la procedura di affidamento sia intervenuta dopo il dicembre 2007, data dell'entrata in vigore della richiamata normativa comunitaria e, comunque, quando la tutela delle due posizioni soggettive sia consentita dall'attribuzione della cognizione al giudice amministrativo delle stesse nelle materie di giurisdizione esclusiva e possa essere effettiva solo attraverso la

perdita di efficacia dei contratti conclusi dalla stazione appaltante con l'aggiudicatario prima o dopo l'annullamento degli atti di gara.

Né può costituire ostacolo all'applicazione di tale decisione nel caso di specie la circostanza per la quale la procedura consiste in una concessione di servizi stipulata ai sensi degli artt. 20 e 30 del d.lgs. n. 163/2006, atteso che a tale tipo di procedura sono applicabili i principi generali di libera concorrenza, libera circolazione dei servizi, trasparenza e parità di trattamento imposti dal Trattato, trattandosi di attività suscettibili di apprezzamento in termini economici.

In ogni caso, vertendosi in tema di profili afferenti l'oggetto e la sfera di incidenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che si estende a tutte le procedure di affidamento di contratti pubblici, ne risultano senza dubbio ricomprese le concessioni di servizi^{120[120]}.

11.15. Raffronto con la precedente elaborazione giurisprudenziale.

Nel sistema anteriore alla direttiva, per taluni settori di lavori pubblici, le infrastrutture strategiche e le opere di cui all'art. 20, d.l. n. 185/2008, vigeva l'espresso divieto di caducare il contratto, e della tutela risarcitoria solo per equivalente.

Fuori di tali casi, il giudice amministrativo riteneva che all'annullamento dell'aggiudicazione seguisse la inefficacia del contratto quale automatica conseguenza. Si riteneva tuttavia che:

- a) il contratto non potesse essere privato di effetti in difetto di domanda di parte;
- b) che anche in presenza di domanda di parte il contratto non potesse essere privato di effetti ove vi fosse la buona fede del terzo contraente;
- c) che anche in presenza di domanda di parte il contratto non potesse essere privato di effetti se l'esecuzione fosse ultimata o a uno stadio avanzato;
- d) che anche in presenza di domanda di parte il contratto non potesse essere privato di effetti quando questo nuocesse all'interesse generale, in applicazione allargata dell'art. 2933 c.c.

La giurisprudenza inoltre affrontava, anche se non di rado implicitamente, il tema della privazione di effetti *ex tunc* o *ex nunc*, normalmente accordandola solo *ex nunc*, in ossequio all'art. 2933 c.c.; infatti si utilizzava l'istituto del subentro nel contratto in corso, o sostituzione, il che implicava che restavano ferme le prestazioni già eseguite, che non andavano restituite o distrutte, e che il ricorrente vittorioso eseguiva solo le prestazioni residue.

La soluzione seguita dal recepimento della direttiva non si discosta in modo significativo da tale impostazione, aggiungendo però il potere espresso del giudice di mantenere il contratto quando vi sono esigenze imperative. Tale potere non era esplicitato, ed era controverso se potesse trovare fondamento nell'art. 2933 c.c.

Il recepimento aggiunge, inoltre, l'istituto delle sanzioni alternative, in precedenza non previsto.

12. Gli altri riti speciali, vigenti *ratione temporis* o *ratione materiae*.

12.1. Premessa.

Il d.lgs. n. 53/2010 e il codice del processo amministrativo hanno riscritto, come visto nei due paragrafi che precedono, il rito processuale in materia di pubblici appalti.

La disciplina previgente, recata dall'art. 23-bis, l. Tar, e le norme speciali per le infrastrutture strategiche, si applicano ancora, *ratione temporis*, per i processi già introdotti, ed è per tale ragione che se ne dà sintetico conto.

Rimane inoltre ancora in vigore, *ratione materiae*, il rito speciale introdotto dal d.l. n. 185/2010, del quale si dà perciò separato conto.

12.2. Il rito speciale di cui all'art. 23-bis, l. Tar.

L'art. 245, codice, ai co. 1 e 2, in tema di strumenti processuali di tutela, nella originaria versione era ricognitivo degli istituti processuali vigenti.

L'art. 81, direttiva 2004/18 e l'art. 72, direttiva 2004/17, stabiliscono che gli Stati membri garantiscono l'applicazione delle direttive tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, conformemente alla direttiva 89/665 e alla direttiva 92/13 (c.d. direttive ricorsi).

Le c.d. direttive ricorsi non hanno mai formato oggetto, in Italia, di un recepimento unitario e sistematico.

Sono state nel corso degli anni introdotte misure processuali relative ai pubblici appalti, volte a garantire una tutela processuale efficace e rapida, anche cautelare.

Si ricordano l'art. 31-bis, l. Merloni, l'art. 19, d.l. n. 67/1997, conv. in l. n. 135/1997 (c.d. rito speciale opere pubbliche), e le innovazioni introdotte con la l. n. 205/2000, in parte solo per il processo relativo agli appalti, in parte in generale.

In particolare, la l. n. 205/2000, ha:

- disciplinato la giurisdizione esclusiva sui pubblici appalti (art. 6, l. n. 205/2000);
- ampliato gli strumenti cautelari (art. 21, l. n. 1034/1971);
- previsto un rito speciale abbreviato che riguarda anche gli appalti (art. 23-bis, l. n. 1034/1971);
- ampliato la possibilità di conseguire l'esecuzione delle sentenze (art. 33, l. n. 1034/1971).

A sua volta il d.lgs. n. 190/2002 ha dettato disposizioni processuali integrative dell'art. 23-bis, l. n. 1034/1971, per il processo relativo a infrastrutture strategiche.

L'articolo del codice in commento opera una ricognizione degli strumenti di tutela messi a disposizione dell'ordinamento, nel rispetto degli artt. 1 e 2, direttiva 89/665.

Gli artt. 1 e 2, direttiva 89/665 prevedono che:

- i provvedimenti presi dalle amministrazioni aggiudicatrici devono essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile (art. 1, co. 1);
- in sede di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici deve essere possibile: prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari; annullare i provvedimenti illegittimi; accordare il risarcimento del danno (art. 2, co. 1);
- gli organi davanti a cui sono portati i ricorsi avverso provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici possono essere sia giudiziari sia non giudiziari (art. 2, co. 8);
- tutte le decisioni sui ricorsi, sia di organi giudiziari che di organi non giudiziari, devono essere attuate in maniera efficace (art. 2, co. 7).

L'art. 245, co. 1, codice, dispone che gli atti delle procedure di affidamento, nonché degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dal codice, nonché i provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili, alternativamente, mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente o mediante ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Davanti al giudice amministrativo si applica il rito di cui all'art. 23-bis, l. Tar.

Si applicano i rimedi cautelari di cui all'art. 21 e all'art. 23-bis, l. n. 1034/1971, e di cui all'art. 3, co. 4, l. n. 205/2000, e gli strumenti di esecuzione di cui agli artt. 33 e 37, l. n. 1034/1971.

In relazione allo speciale rito dell'art. 23-bis, l. Tar, la legge finanziaria per il 2007 ha elevato a 2000 euro la misura del contributo unificato.

Il richiamato rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si colloca nella tematica delle *a.d.r.* (*alternative dispute resolutions*).

12.3. Le norme processuali ulteriori per i contratti relativi alle infrastrutture strategiche e per le procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore.

Nell'art. 246, codice vengono riprodotte le speciali disposizioni processuali per le grandi infrastrutture dettate dall'art. 14, d.lgs. n. 190/2002.

Viene disposto che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente (art. 246, co. 4, codice).

Viene estesa la regola del risarcimento solo per equivalente anche all'ipotesi di procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore (art. 246, co. 5, codice).

In tale articolo del codice non è stata riprodotta la norma, contenuta nell'art. 14, d.lgs. n. 190/2002, secondo cui <<il soggetto aggiudicatore comunica il provvedimento di affidamento ai controinteressati almeno trenta giorni prima della stipulazione del contratto>>.

Infatti, tale regola è stata generalizzata (v. combinato disposto dell'art. 11, co. 10 e dell'art. 79, co. 5, lett. a) , codice).

Inoltre non si tratta di un disposizione processuale in senso proprio, e per questo è stata messa in altra sede ritenuta più idonea (il termine per la stipulazione (art. 11, codice), le comunicazioni ai partecipanti alle procedure di affidamento (art. 79, codice).

L'ultimo co. dell'art. 246, codice estende le disposizioni del co. 4, vale a dire la regola secondo cui la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente anche alle controversie relative alle procedure di cui all'art. 140, codice, di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore. Si tratta di disposizione processuale già esistente, mutuata dall'art. 5, co. 12-*quater*, d.l. n. 35/2005, conv. in l. n. 80/2005.

12.4. Il giudizio immediato per i provvedimenti relativi a investimenti pubblici anticrisi.

12.4.a) L'accelerazione delle procedure amministrative, mediante commissari straordinari.

L'art. 20, d.l. n. 185/2008, convertito in l. n. 2/2009, detta <<Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo>>.

Vengono dettate norme di accelerazione delle procedure amministrative di realizzazione dell'opera pubblica, e norme di accelerazione processuale.

Sotto il profilo sostanziale, è prescritto che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro competente per materia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sono individuati gli investimenti pubblici di competenza statale, ivi inclusi quelli di pubblica utilità, con particolare riferimento agli interventi programmati nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale - programmazione nazionale, ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali (ivi compresi i settori dell'energia e delle telecomunicazioni), nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale.

Tali investimenti vanno individuati secondo tre criteri:

- da un lato, in considerazione delle particolari ragioni di urgenza connesse con la contingente situazione economico-finanziaria del Paese ed al fine di sostenere e assistere la spesa per investimenti, compresi quelli necessari per la messa in sicurezza delle scuole;

- dall'altro lato, con particolare riferimento agli interventi programmati nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale - programmazione nazionale, ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali (ivi compresi i settori dell'energia e delle telecomunicazioni);
- infine, e in ogni caso, nel rispetto degli impegni assunti a livello internazionale.

Il primo criterio è alquanto ibrido, in quanto da un postula una verifica una situazione di urgenza connessa con la contingente situazione economico finanziaria del Paese: sicché giustifica la nomina di commissari, con poteri *extra ordinem*, con una generale esigenza di rilancio dell'economia reale.

Tuttavia, nell'ambito di tale criterio, si fa anche riferimento ad un'altra urgenza, quella della messa in sicurezza delle scuole, che in sé non è tanto connessa alla situazione economico-finanziaria, ma a recenti fatti di cronaca che hanno drammaticamente evidenziato lo stato fatiscente di molti edifici adibiti a scuole pubbliche.

Il secondo criterio è di carattere oggettivo, nel senso che indica i possibili oggetti degli investimenti; si fa infatti riferimento a interventi ritenuti prioritari per lo sviluppo economico del territorio nonché per le implicazioni occupazionali ed i connessi riflessi sociali, con particolare riferimento a quelli programmati nell'ambito del Quadro strategico nazionale.

Laddove, poi, si prevede il concerto del Ministro dello sviluppo economico, si individua una particolare tipologia di investimenti, quelli per i settori dell'energia e delle telecomunicazioni.

Il criterio oggettivo è peraltro solo preferenziale, ma non tassativo, perché si demanda al d.P.C.M. di individuare gli investimenti da ritenere prioritari per lo sviluppo economico e per le implicazioni occupazionali e sociali. Peraltro nel fissare le priorità occorre tenere in particolare conto gli interventi programmati nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale - programmazione nazionale.

Essendo i d.P.C.M. adottati su proposta del Ministro competente per materia, vi potranno essere una pluralità di d.P.C.M.

Non sono stabiliti termini per l'adozione dei d.P.C.M., e neppure un termine di operatività della nuova disciplina.

Tali decreti individuano i tempi di tutte le fasi di realizzazione dell'investimento e il quadro finanziario dello stesso. Sul rispetto dei suddetti tempi vigilano commissari straordinari delegati, nominati con i medesimi provvedimenti.

Ai commissari straordinari sono attribuiti pregnanti poteri di monitoraggio, impulso, vigilanza, e altresì poteri sostitutivi.

Infatti, il commissario monitora l'adozione degli atti e dei provvedimenti necessari per l'esecuzione dell'investimento; vigila sull'espletamento delle procedure realizzative e su quelle autorizzative, sulla stipula dei contratti e sulla cura delle attività occorrenti al finanziamento, utilizzando le risorse disponibili assegnate a tale fine. Esercita ogni potere di impulso, attraverso il più ampio coinvolgimento degli enti e dei soggetti coinvolti, per assicurare il coordinamento degli stessi ed il rispetto dei tempi. Può chiedere agli enti coinvolti ogni documento utile per l'esercizio dei propri compiti. Quando non sia rispettato o non sia possibile rispettare i tempi stabiliti dal cronoprogramma, il commissario comunica senza indugio le circostanze del ritardo al Ministro competente, ovvero al Presidente della Giunta regionale o della Provincia autonoma. Qualora sopravvengano circostanze che impediscano la realizzazione totale o parziale dell'investimento, il commissario straordinario delegato propone al Ministro competente ovvero al Presidente della Giunta regionale o della Provincia autonoma la revoca dell'assegnazione delle risorse.

Per l'espletamento di tali compiti il commissario ha, sin dal momento della nomina, con riferimento ad ogni fase dell'investimento e ad ogni atto necessario per la sua esecuzione, i poteri, anche sostitutivi, previsti dall'art. 13, d.l. n. 67/1997. comunque applicabile per gli interventi ivi contemplati. Resta fermo il rispetto delle disposizioni comunitarie e di quanto

disposto dall'art. 8, co. 1, d.l. n. 112/2008 (in tema di divieto di prospezione, ricerca e coltivazione di idrocarburi nelle acque del golfo di Venezia).

12.4.b) Le misure processuali acceleratorie.

Sul versante processuale, si introducono misure processuali acceleratorie, ulteriori rispetto a quelle già previste dall'art. 23-bis, l. Tar, e dall'art. 246, codice n. 163/2006, ma ad ambito oggettivo circoscritto, in quanto tali ulteriori misure processuali riguardano solo i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 20, d.l. n. 185/2008.

Quanto agli <<investimenti>>, essi non sono solo quelli pubblici, ma anche quelli di <<pubblica utilità>>. Normalmente, si tratterà di investimenti relativi ad opere pubbliche, o di pubblica utilità, ma l'espressione <<investimento>> è sufficientemente ampia da poter abbracciare anche investimenti per servizi pubblici o di pubblica utilità, o per forniture pubbliche o di pubblica utilità.

L'ambito applicativo delle disposizioni è allo stato in bianco, essendo demandata ad un futuro d.P.C.M. l'individuazione degli investimenti rilevanti, cui l'art. 20 troverà applicazione.

Mentre le misure processuali di cui all'art. 23-bis, l. Tar e di cui all'art. 246, codice, riguardano solo gli atti inerenti le <<procedure di affidamento>> di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, le misure processuali di cui all'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008, riguardano tutti i provvedimenti contemplati dall'art. 20, d.l., che non sono solo gli atti di gara, ma anche i d.P.C.M. di individuazione degli investimenti pubblici prioritari, di nomina dei commissari straordinari, e i provvedimenti adottati dai commissari straordinari.

E' da escludere che il rito si applichi agli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti in fase di esecuzione del contratto, e privi di portata autoritativa, in quanto l'art. 20, co. 8, è norma relativa al rito, ma non anche norma attributiva di ulteriori fette di giurisdizione al giudice amministrativo.

La fase di esecuzione del contratto rimane dunque attratta al giudice ordinario, se e nella misura in cui essa si svolga con atti paritetici. Se invece nel corso di essa vengono adottati provvedimenti sostitutivi da parte del commissario, su tali provvedimenti vi è giurisdizione del giudice amministrativo e si applica il giudizio immediato.

12.4.c) Le forme e tempi di comunicazione dei provvedimenti e dell'accesso agli atti.

La disciplina peculiare del nuovo giudizio immediato è affiancata da una disciplina per così dire prodromica e preparatoria, volta a stabilire una data certa di decorrenza del termine di ricorso, e una data certa di accesso agli atti del procedimento amministrativo: tanto al fine di evitare che ritardi nell'invio degli atti e nell'accesso, si traducano in uno spostamento in avanti del *dies a quo* per ricorrere e, di fatto, in un allungamento dei termini del ricorso giurisdizionale.

E' infatti stabilito che i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 20, d.l. n. 185/2008, sono comunicati agli interessati a mezzo fax o posta elettronica all'indirizzo da essi indicato.

Non è tuttavia previsto un termine per la comunicazione, ma solo la forma della comunicazione medesima.

Soccorre l'art. 79, co. 5, lett. a), d.lgs. n. 163/2006, secondo cui la stazione appaltante deve comunicare di ufficio l'aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, oltre che all'aggiudicatario, al concorrente che segue in graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per proporre impugnazione.

L'art. 20, co. 8, in commento, prescrive che l'accesso agli atti del procedimento è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione del provvedimento.

Questo implica che è stabilito per legge il termine per l'accesso, a prescindere da un'istanza di parte e della necessità di un provvedimento dell'amministrazione di accoglimento dell'istanza.

Lo scopo è evidentemente acceleratorio: gli interessati potranno visionare gli atti nel termine legale, e pertanto è dalla scadenza di tale termine legale che decorre il termine per motivi aggiunti.

Gli interessati non potranno, pertanto, scegliere un diverso momento per esercitare l'accesso, da cui far decorrere il termine per i motivi aggiunti.

12.4.d) Il ricorso giurisdizionale.

Viene altresì previsto un termine di ricorso abbreviato rispetto a quello ordinario di sessanta giorni, che, lo si ricorda, trova applicazione non solo nel rito ordinario, ma anche nel rito abbreviato ex art. 23-bis, l. Tar (nel quale rito tutti i termini sono dimezzati, salvo quello per ricorrere). Il termine viene fissato in trenta giorni, decorrenti dalla comunicazione o dalla conoscenza, comunque acquisita, del provvedimento.

Viene anche scandita la fase di deposito del ricorso e di presentazione di ricorso incidentale e motivi aggiunti, che nella prassi costituisce fattore di allungamento del processo e di rinvio della definizione del merito.

Viene infatti anzitutto previsto che il ricorso principale va depositato presso il Tar entro cinque giorni dalla scadenza del termine di notificazione del ricorso, laddove il termine ordinario di deposito del ricorso è di trenta giorni, e quello dimezzato nel rito ex art. 23-bis, l. Tar, è di quindici giorni.

Inoltre, il termine di cinque giorni per il deposito viene fatto decorrere non dalla data dell'ultima notificazione, bensì dalla data di scadenza del termine di ricorso, e dunque dalla scadenza dei trenta giorni dalla comunicazione del provvedimento.

Questo diverso meccanismo, rispetto a quello ordinario, può suscitare il problema pratico che al quinto giorno successivo alla consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario per la notifica, può non essere disponibile la prova dell'avvenuta consegna dell'atto al suo destinatario.

A tale problema pratico rimedia la norma in commento, perché, in linea con la più recente giurisprudenza^{121[121]}, si consente di depositare il ricorso, anziché con la prova della eseguita notifica, solo con la prova della consegna del ricorso all'ufficiale giudiziario per la notifica, senza attendere i tempi necessari per ottenere la prova della avvenuta consegna dell'atto al destinatario, che può essere fornita in corso di causa.

Le altre parti si costituiscono entro dieci giorni dalla notificazione del ricorso principale e entro lo stesso termine possono proporre ricorso incidentale.

Il termine di costituzione delle altre parti è non solo dimezzato rispetto a quello ordinario di venti giorni (art. 22, l. Tar), ma ha anche una decorrenza ben più rapida, perché è agganciato alla data di ricezione della notifica del ricorso principale, laddove nel regime ordinario e anche in quello ex art. 23-bis, il termine di costituzione decorre dalla scadenza del termine di deposito del ricorso principale.

Inoltre anche il termine per il ricorso incidentale viene ridotto a dieci giorni, in luogo dei trenta giorni di cui si dispone nel rito ordinario, e anche in quello ex art. 23-bis, l. Tar.

Il ricorso incidentale va depositato con le modalità e termini previsti per il ricorso principale, e dunque entro cinque giorni dalla notifica, con la possibilità di sostituire temporaneamente la prova della notifica con la attestazione dell'ufficiale giudiziario.

I motivi aggiunti possono essere proposti entro dieci giorni dall'accesso agli atti e vanno notificati e depositati con le modalità previste per il ricorso principale.

Anche per i motivi aggiunti vi è una drastica riduzione dei termini, sia rispetto al rito ordinario che rispetto al rito abbreviato ex art. 23-bis.

Dato che l'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008 rinvia all'art. 246, d.lgs. n. 163/2006, è da ritenere, come si vedrà più approfonditamente oltre, che trovi applicazione il co. 2 del citato art. 246, secondo cui non occorre istanza di fissazione di udienza.

12.4.e) Lo svolgimento del giudizio immediato.

Il giudizio è sempre immediato, a prescindere dalla complessità della lite: definito alla prima udienza, e con dispositivo pubblicato in udienza, laddove nel rito ex art. 23-*bis* il giudizio è solo abbreviato, e l'immediatezza è possibile solo in caso di situazioni manifeste (ex art. 26, l. Tar), e il dispositivo va pubblicato entro sette giorni.

La norma in commento disciplina in modo autonomo il giudizio immediato, senza rinviare né all'art. 26, l. Tar, né all'art. 21, co. 9, l. Tar.

Invero, il rinvio viene operato solo all'art. 26, co. 4, l. Tar, e limitatamente ai criteri di redazione della sentenza.

Il nuovo giudizio immediato è obbligatorio per legge, a differenza del giudizio immediato di cui agli artt. 21 e 26, l. Tar, che costituisce una facoltà, rimessa alla valutazione del giudice.

Nonostante il silenzio della nuova norma sui presupposti del giudizio immediato, si deve ritenere che vadano comunque rispettati alcuni presupposti impliciti, costituenti principi generali del processo:

a) il rispetto dei termini a difesa, che sono quelli autonomamente fissati dall'art. 20, co. 8, in commento;

b) il rispetto dell'integrità soggettiva del contraddittorio: sicché, se occorre integrare il contraddittorio (perché il ricorso è stato notificato ad un solo controinteressato), il giudizio non potrà essere celebrato in prima udienza;

c) la completezza dell'istruttoria.

Invece, non occorre, per questo giudizio immediato, il presupposto di situazioni manifeste di pronta soluzione, imposto, invece, dall'art. 26, co. 4, l. Tar.

La sentenza, dunque, sempre redatta in forma semplificata ai sensi dell'art. 26, l. Tar, anche al di fuori dei casi di situazioni manifeste.

In sintesi, il nuovo giudizio immediato, a differenza di quello previsto dagli artt. 21 e 26, l. Tar:

1) si svolge in pubblica udienza;

2) prescinde dall'audizione delle parti sulla possibilità di definizione immediata;

3) è obbligatorio, salvi impedimenti oggettivi;

4) prescinde dalla semplicità o complessità della lite;

5) è ancorato al rispetto dei brevi termini a difesa fissati nell'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008;

6) può essere differito solo in caso di incompletezza soggettiva del contraddittorio, mancato compimento dei termini a difesa, esigenze istruttorie imprescindibili;

7) si conclude con dispositivo pubblicato in udienza;

8) la motivazione è sempre redatta in forma semplificata.

Nel nuovo giudizio immediato, la prima (e unica) udienza deve tenersi entro 15 giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

E' prevista la pubblicazione del dispositivo in udienza.

Nel rito dell'art. 23-*bis*, invece, il dispositivo va pubblicato entro sette giorni.

Si prevede la pubblicazione, ma non la lettura, del dispositivo in udienza.

La sentenza deve essere redatta in forma semplificata, mediante rinvio ai criteri fissati dall'art. 26, co. 4, l. Tar.

Tale tipo di sentenza viene imposto come obbligatorio, non è una mera facoltà del giudice.

La forma semplificata della sentenza può a prima lettura sembrare non proporzionata, per difetto, quando vanno decise questioni complesse.

Tuttavia, non va dimenticato che già secondo le regole generali, la sentenza deve essere sintetica.

Pertanto, la semplificazione formale autorizza, rispetto alla forma sintetica generale, l'omissione della ricostruzione del fatto e della riproduzione pedissequa dei motivi di ricorso. Invece, la parte in diritto andrà adeguata, ancorché sinteticamente, alla complessità delle questioni.

Il giudice è comunque autorizzato, grazie alla previsione, addirittura come obbligatoria e non solo facoltativa, della forma semplificata, ad utilizzare la tecnica del rinvio a precedenti conformi, e quella della decisione del punto risolutivo con assorbimento degli altri.

Ovviamente l'assorbimento dovrà essere sapientemente dosato, e parametrato all'interesse delle

12.4.f) Le altre norme applicabili.

Viene poi operato un rinvio, per quanto non espressamente previsto, all'art. 23-bis, l. Tar (il che implica il dimezzamento di tutti i termini processuali diversi da quelli espressamente fissati nel presente articolo), e all'art. 246, d.lgs. n. 163/2006 (il che implica: la non necessità di istanza di fissazione di udienza; l'eccezionalità della tutela cautelare; inoltre l'art. 246 già prevede, per determinate opere pubbliche, l'applicazione della regola secondo cui la sospensione o annullamento dell'aggiudicazione non comporta la caducazione del contratto, sicché l'eventuale danno va risarcito solo per equivalente, il nuovo legislatore ha evidentemente ritenuto, a scampo di dubbi esegetici, di ribadirla espressamente, anziché mediante semplice rinvio al citato art. 246).

12.4.g) La tutela cautelare.

Nulla si dice sulla tutela cautelare, ma è da ritenere che essa non sia stata soppressa, pena l'incostituzionalità della disposizione.

La tutela cautelare viene solo resa meno impellente, se alla prima udienza viene già celebrato il merito e viene pubblicato il dispositivo della sentenza.

I presupposti della tutela cautelare non sono quelli ordinari di cui all'art. 21, l. Tar, ma quelli più stringenti recati dall'art. 246, d.lgs. n. 163/2006, espressamente richiamato.

E' da ritenere che restino fermi, poi, i rimedi cautelari *ante causam* e, in particolare, il decreto presidenziale ex art. 21, l. Tar, e la tutela *ante causam* di cui all'art. 245, codice appalti, anche se l'art. 245 non è espressamente richiamato. L'art. 245, codice, quanto alla tutela *ante causam*, è norma di derivazione comunitaria, che non può essere omessa, pena l'illegittimità comunitaria del nuovo rito immediato.

12.4.h) La tutela risarcitoria solo per equivalente.

Ricopiando una disposizione finora dettata solo per le infrastrutture strategiche (art. 246 codice), viene stabilito che le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati. Dunque il contratto non può essere caducato.

Tale disposizione, se è in linea con la direttiva 89/665/CEE e con la direttiva 92/13/CEE, non lo è del tutto con la direttiva ricorsi 2007/66/CE, di imminente recepimento, in base alla quale in determinate ipotesi il contratto deve essere annullato (quando è stata omessa la pubblicità del bando o non è stato rispettato il termine di *standstill* per la stipula del contratto), salva la possibilità di mantenerlo fermo per esigenze superiori di pubblico interesse, ma in tal caso con previsione di sanzioni alternative, aggiuntive rispetto al risarcimento per equivalente.

L'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008 detta anche disposizioni sulla misura del risarcimento per equivalente.

Viene stabilito che il risarcimento per equivalente non può eccedere il decimo dell'importo delle opere che sarebbero state eseguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario, in base all'offerta economica presentata in gara.

Il decimo dell'importo delle opere va calcolato non sul prezzo posto a base di gara dal bando, ma sul prezzo offerto dal ricorrente in gara.

Sembrerebbe, dunque, accolta la diversa tesi giurisprudenziale che fa uso di tale, discutibile, criterio forfetario.

Tuttavia, il limite del 10% sembra piuttosto da intendere come un limite massimo, e non come un criterio forfetario di generale applicazione, perché si richiede che il danno sia comprovato.

Sembra pertanto corretto ritenere che la liquidazione del danno non possa prescindere dalla sua prova, sicché non è impedito al giudice, anzi è doveroso da parte sua, liquidare il danno in misura inferiore, sulla base di accertamenti del danno effettivo.

La norma va dunque letta nel senso che anche un danno maggiore non può essere ristorato in misura superiore al limite legale.

Inoltre la norma si applica quando sussista la prova del danno, ma non del suo preciso ammontare, e il *quantum* non sia comprovabile per fatto non imputabile al ricorrente: in tal caso è utilizzabile il criterio forfetario, e il danno va liquidato in una misura che non ecceda il 10%.

Va all'uopo anche ricordata la giurisprudenza che abbatte la misura del risarcimento del 50% sulla base della presunzione *iuris tantum* che la parte ha impiegato o avrebbe potuto impiegare altrimenti mezzi e maestranze, salva la prova contraria dell'impossibilità *di aliunde perceptum o percipiendum*^{122[122]}.

Tale giurisprudenza conserva la sua validità.

12.4.i) L'abolizione dello *standstill*: una norma *border-line* soppressa dal d.lgs. n. 53/2010.

In aperta rotta di collisione con la nuova 2007/66, era la previsione, - inserita dalla Camera con emendamento parlamentare in sede di conversione del decreto legge -, dell'art. 20, co. 8-*bis*, secondo cui ai contratti stipulati ai sensi dell'art. 20, d.l. n. 185/2008, non si applica il termine dilatorio di stipulazione previsto dall'art. 11, co. 10, codice appalti (c.d. *standstill*).

Secondo la direttiva 2007/66, il contratto non può essere stipulato prima di un dato lasso temporale decorrente dall'aggiudicazione (c.d. *standstill*), e, tanto, al fine di consentire agli interessati di avviare le procedure di ricorso, e di conseguire la sospensione dell'aggiudicazione prima della stipula del contratto.

Invece, il meccanismo ipotizzato dall'art. 20, co. 8-*bis*, è che il contratto può essere stipulato immediatamente, e che pertanto in nessun caso la tutela giurisdizionale potrà far conseguire l'aggiudicazione e la stipula del contratto al ricorrente vittorioso, ma solo il risarcimento per equivalente.

Tale previsione è stata abrogata dal d.lgs. n. 53/2010.

12.4.1) Il giudizio di appello.

L'art. 20, co. 8, nulla dice sul giudizio di appello.

Sembra però implicito che il nuovo rito possa trovare applicazione anche nel giudizio di appello.

Tanto sulla scorta dei seguenti argomenti esegetici.

Viene infatti richiamato, per quanto non espressamente previsto, l'art. 23-*bis*, l. Tar, e tale disposizione rende applicabile il rito speciale anche in appello.

E' principio generale che le norme dettate per il processo di primo grado sono estensibili al giudizio di appello, se non espressamente derogate.

12.4.m) La misura del contributo unificato.

Nulla dice l'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008 in ordine alla misura del contributo unificato.

L'art. 13, comma 6-bis, d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, per le controversie in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture, e per le controversie in materia di provvedimenti delle Autorità indipendenti, che seguono il rito dell'art. 23-bis, l. n. 1034 del 1971, prescrive che la misura del contributo unificato è di euro 2000. Per le altre controversie che seguono il rito dell'art. 23-bis, l. Tar, diverse da quelle sopra menzionate, il contributo unificato è dovuto nella misura di euro 1000.

Ora, posto che l'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008, richiama l'art. 23-bis, l. Tar, è da ritenere che alle controversie relative a provvedimenti rientranti nel campo di applicazione dell'art. 20, co. 8, si applichi il contributo unificato nella misura prevista per le liti di cui al citato art. 23-bis.

Occorre però, nell'ambito dell'art. 20, co. 8, distinguere le controversie che riguardano propriamente l'affidamento di lavori, servizi, forniture, dalle altre controversie, in quanto per le prime il contributo unificato è di euro 2000, per le altre è di euro mille.

L'ambito delle controversie in <<materia di affidamento>> si desume dall'art. 23-bis, co. 1, lett. a), b), c): in esse sono comprese anche le controversie su atti prodromici (bandi, esclusioni), e procedimenti connessi (occupazioni di urgenza ed espropriazione, affidamento di incarichi di progettazione).

Per quanto riguarda, invece, provvedimenti di nomina e revoca dei commissari, provvedimenti adottati dai commissari nella fase esecutiva, si esula dall'ambito dell'<<affidamento>> del contratto, e pertanto il contributo unificato, sempre che il processo si svolga davanti al giudice amministrativo, è di euro mille.

13. Misure di incentivazione dell'accordo bonario.

Nonostante la legge delega richiedesse di incentivare l'accordo bonario, poche misure sono state in concreto dettate dal delegato.

In concreto gli incentivi previsti possono riassumersi come segue:

- a) maggiore garanzia di competenza e professionalità del presidente della commissione di accordo bonario;
- b) maggior termine per la proposta della commissione di accordo bonario;
- c) riduzione del compenso alla detta commissione, sicché il ricorso alla procedura è meno costoso che in passato;
- d) necessità che l'esecutore del contratto formalizzi un rifiuto espresso della proposta di accordo bonario, per poter adire gli arbitri o il giudice ordinario.

Quanto al primo profilo, sono stati indicati requisiti più severi per il terzo componente della commissione di accordo bonario; non basta, come finora, che abbia, come gli altri componenti, competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto (art. 240, co. 7, codice).

Occorre, in aggiunta, che sia nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 165/2001, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 241, co. 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale (art. 240, co. 9-bis, codice).

Inoltre viene esplicitato che il terzo componente della commissione è colui che ne assume le funzioni di presidente (art. 240, co. 9-bis, codice).

Quanto al secondo profilo, è stata modificata la decorrenza del termine di novanta giorni che ha la commissione di accordo bonario per formulare la propria proposta; esso non decorre più dall'apposizione dell'ultima delle riserve, ma dalla data di costituzione della commissione (art. 240, co. 5, codice).

Quanto al terzo profilo, mentre finora il compenso della commissione era fissato nella misura massima del 50% dei corrispettivi minimi della tariffa arbitrale di cui al d.m. n. 398/2000, ora è fissato nella misura massima di un terzo di tali corrispettivi minimi.

Quanto al quarto profilo, il testo finora vigente dell'art. 240, co. 16, prevedeva che possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario decorsi i termini di cui ai co. 12 e 13 per la pronuncia sulla proposta di accordo bonario, che sono termini assegnati sia alla stazione appaltante sia all'esecutore dell'appalto.

La nuova formulazione, pur lasciando ferma tale ipotesi, aggiunge il caso del fallimento del tentativo di accordo bonario risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al co. 12, ossia sia l'esecutore del contratto, sia la stazione appaltante.

La modifica appare superflua, in quanto è del tutto irrilevante che sia formalizzato un rifiuto espresso, visto che rimane intoccata la possibilità di adire gli arbitri anche mantenendo il silenzio mero.

La modifica avrebbe sortito un effetto solo se si fossero previsti meccanismi per imporre una pronuncia espressa sull'accordo bonario.

In tale direzione, una precedente versione dello schema di delegato, aveva previsto che: "possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al comma 12, nonché in caso di inutile decorso dei termini di cui al comma 12 e al comma 13 per la pronuncia sulla proposta di accordo bonario da parte della stazione appaltante. In questa seconda ipotesi gli arbitri o il giudice ordinario possono essere aditi previa notifica alla stazione appaltante di diffida a pronunciarsi sulla proposta, con assegnazione di un termine non inferiore a trenta giorni".

14. Razionalizzazione (e moralizzazione) dell'arbitrato.

14.1. In breve.

Sull'arbitrato in materia di pubblici contratti di lavori, servizi e forniture era incombente, ormai da dicembre 2007, il divieto assoluto, ancorché mai entrato in vigore, essendo stata l'operatività del divieto differita da una serie reiterata di decreti legge.

Ma per scongiurare una annunciata imminente entrata in vigore del divieto di arbitrato, si è reso necessario procedere ad una sua razionalizzazione (*recte* moralizzazione), correggendo le sue maggiori storture, così sintetizzabili:

- a) insufficiente attuazione del principio di facoltatività dell'arbitrato;
- b) insufficienti garanzie di indipendenza dell'arbitro presidente e degli altri arbitri;
- c) costo eccessivo della procedura;
- d) sostanziale insindacabilità nel merito del lodo arbitrale;
- e) eccessiva durata dei giudizi di impugnazione davanti alla Corte di appello (nei casi tassativi di impugnabilità del lodo).

Il legislatore delegato ha corretto tali distorsioni, procedendo così anche a cancellare dall'ordinamento il divieto di arbitrato. Sono stati infatti abrogati espressamente i co. 19, 20, 21, dell'art. 3, l. n. 244/2007, contenenti il divieto di arbitrato (art. 15, co. 5, d.lgs. n. 53/2010).

Prima di esaminare nel dettaglio tutte le numerose modifiche, va precisato che le novità più significative sono le cinque sopra viste, e che si illustrano di seguito nel dettaglio.

14.2. Facoltatività dell'arbitrato, clausola compromissoria, divieto di compromesso.

La legge delega ha indicato come criterio espresso che sin dal bando o avviso di indizione della gara va indicato se la stazione appaltante intende prevedere nel contratto la clausola compromissoria, e che sia vietato invece il compromesso (art. 44, co. 3, lett. m), n. 3), l. n. 88/2009).

Il decreto delegato ha pertanto previsto che la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria.

L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tal caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

E' da ritenere che l'aggiudicazione da cui decorre il termine per ricusare la clausola compromissoria sia quella definitiva e non quella provvisoria.

E' vietato in ogni caso il compromesso (art. 241, co. 1-*bis*, codice).

Viene così data una migliore attuazione al principio di facoltatività dell'arbitrato per entrambe le parti.

La stazione appaltante, se vuole utilizzarlo, deve indicarlo sin dal primo atto di gara (bando, avviso con cui si indice la gara, invito).

L'aggiudicatario, a sua volta, può rifiutare l'utilizzo dell'arbitrato opponendosi all'inserimento della clausola compromissoria nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

E' in ogni caso vietato il compromesso, per cui se le parti non hanno inserito la clausola compromissoria nel contratto, non possono ricorrere all'arbitrato a controversia insorta.

14.3. Le garanzie di indipendenza degli arbitri.

Quanto alle garanzie di indipendenza dell'arbitro presidente, esse finora derivavano solo dall'applicazione delle cause di astensione previste dal c.p.c., in quanto la disciplina finora vigente si limitava a occuparsi dei requisiti di professionalità dell'arbitro presidente, che andava scelto tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce (art. 241, co. 5, testo finora vigente, codice).

Si aggiunge ora che l'arbitro presidente va scelto:

- a) tra soggetti muniti di precisi requisiti di indipendenza;
- b) e comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali su contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico.

La nomina del presidente del collegio effettuata in violazione delle regole sui suoi requisiti di professionalità e indipendenza determina la nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, co. 1, n. 3, c.p.c.

L'innovazione comporta una chiara incompatibilità per gli avvocati del libero foro, se nell'ultimo triennio sono stati arbitri di parte o difensori in giudizi arbitrali; mentre per essi l'incompatibilità non opera se sono stati presidenti di collegi arbitrali, o difensori in giudizi ordinari o amministrativi sui pubblici appalti.

L'incompatibilità non si applica agli avvocati che sono dipendenti pubblici se la difesa nei giudizi arbitrali costituiva dovere d'ufficio (come accade per gli Avvocati dello Stato e per le altre Avvocature istituzionali).

A maggiore garanzia dell'indipendenza dell'intero collegio è stata prevista un'ulteriore causa di incompatibilità per tutti i componenti del collegio arbitrale, in aggiunta a quelle già previste dall'art. 241, co. 6, codice, ed è per coloro che sulla medesima controversia si siano già espressi in sede di accordo bonario, vuoi come r.u.p., vuoi come componente della commissione di accordo bonario, vuoi come difensore della stazione appaltante o del privato nel procedimento di accordo bonario.

14.4. Le spese del giudizio arbitrale.

Quanto al compenso per gli arbitri, giova premettere che esso viene determinato secondo il d.m. n. 398/2000, che contiene una specifica tariffa, diversa dalla tariffa arbitrale contenuta nella tariffa forense e che comporta un maggior contenimento dei compensi agli arbitri (art. 241, co. 12, codice).

Tale d.m. è suscettibile di aggiornamento, come dispone espressamente l'art. 252, co. 7, codice.

Nel corso degli anni tale previsione ha subito alcune precisazioni e aggiustamenti.

Intanto, con norma di interpretazione autentica, era stato chiarito che agli arbitrati sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture non si applica l'art. 24, d.l. n. 223/2006, norma che aveva ingenerato il dubbio che a tali arbitrati fosse stata estesa la tariffa forense, il che avrebbe fatto aumentare il compenso degli arbitri.

Nel 2009 con una ulteriore novella adottata in occasione di uno dei tanti differimenti dell'entrata in vigore del divieto di arbitrato, era stato previsto il dimezzamento del compenso agli arbitri e il divieto di aumento, previsto dal d.m. n. 398/2000, per le cause complesse.

Con il decreto delegato, si fissa per legge un importo massimo del compenso per l'intero collegio arbitrale. L'importo massimo da corrispondere al collegio, e comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può superare i centomila euro, da intendersi come cifra lorda. Tale importo è soggetto a rivalutazione triennale con d.m. del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro delle infrastrutture e trasporti, secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati e operai (art. 241, co. 12, codice, come novellato).

Un ulteriore gruppo di disposizioni riguarda il compenso per gli arbitri e c.t.u. e il riparto delle spese di lite tra le parti.

Viene novellato il co. 12, primo periodo, dell'art. 241, codice, nel senso che il valore della controversia e il compenso degli arbitri possono essere determinati o nel lodo definitivo o con separata ordinanza: la norma è da intendere nel senso che consente più possibilità alternative:

- a) fissazione del valore della lite e del compenso degli arbitri entrambi nel lodo;
- b) fissazione del valore della lite e del compenso degli arbitri entrambi in separata ordinanza;
- c) fissazione del valore della lite nel lodo e del compenso degli arbitri in separata ordinanza.

Inoltre, mentre finora si stabiliva che l'ordinanza di liquidazione delle spese e del compenso per arbitri e c.t.u. costituiva, genericamente, titolo esecutivo, ora si dice che costituisce titolo per ottenere il decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 633 c.p.c.

Quanto alla distribuzione delle spese tra le parti, si stabilisce che il collegio arbitrale, se accoglie parzialmente la domanda, compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento (art. 241, co. 12-bis, c.p.c.).

Il che dovrebbe significare che se la domanda è accolta nella misura del 40%, le spese vanno compensate per sei decimi e poste a carico del soccombente per i restanti quattro decimi.

Tuttavia non è chiaro lo scopo e l'utilità della previsione, che fa salvo espressamente l'art. 92, co. 2, c.p.c. In tale ultima previsione si prescrive che se c'è soccombenza reciproca il giudice può compensare le spese parzialmente o per intero. Dunque il collegio arbitrale, a fronte di un accoglimento parziale, che è soccombenza reciproca, potrebbe pur sempre continuare a compensare per intero.

Pertanto, si tratta di una delle tante norme che tentano di dettare al giudice criteri sulla compensazione delle spese, ma che non può essere intesa come un imperativo assoluto per il giudice medesimo, ma solo come criterio tendenziale.

Viene poi sostituita la previsione sulla liquidazione degli onorari e spese di c.t.u., secondo la quale, finora, tale liquidazione avveniva con i criteri dettati dal d.P.R. n. 115/2002 per gli ausiliari del magistrato.

Si dice ora che non solo il compenso per il c.t.u., ma anche quello per qualsivoglia ausiliario del collegio arbitrale, è liquidato ai sensi degli artt. da 49 a 58, d.P.R. n. 115/2002, nella misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.

Vi è un più puntuale rinvio a specifiche disposizioni del d.P.R. n. 115/2002, ma erano esattamente quelle anche in precedenza, implicitamente, richiamate.

L'unico elemento di novità è che si estende l'applicazione del d.P.R. n. 115/2002 agli altri ausiliari del collegio arbitrale, diversi dal c.t.u.

Secondo il c.p.c., tra gli ausiliari del giudice rientrano il c.t.u., il custode, o altri esperti.

Sono queste allora le categorie di altri ausiliari del collegio arbitrale.

E' dubbio se si possa configurare come ausiliario del collegio arbitrale il segretario, e che dunque anche il compenso per il segretario del collegio arbitrale vada liquidato applicando il d.P.R. n. 115/2002, in quanto il segretario del collegio arbitrale va assimilato al cancelliere del giudice, e il cancelliere del giudice non rientra tra i suoi ausiliari in senso tecnico.

Ulteriori modifiche sono state apportate alle norme che disciplinano l'arbitrato in cui l'arbitro presidente è nominato dalla camera arbitrale, in particolare vengono espressamente richiamate le norme sul compenso per gli arbitri e per i c.t.u. (l'art. 243, co. 5, codice richiama l'art. 241, co. 12, secondo, terzo, quarto e quinto periodo; l'art. 243, co. 9, codice richiama l'art. 241, co. 13).

Si tratta di norme inutili, perché le norme richiamate sono già applicabili in virtù del generale rinvio contenuto nell'art. 243, co. 1, codice, a tenore del quale nei giudizi arbitrali in cui il presidente è nominato dalla camera arbitrale, "in aggiunta alle norme di cui all'articolo 241, si applicano le seguenti regole".

Unica innovazione effettiva, introdotta in funzione di risparmio di spese, è che il segretario del collegio arbitrale, la cui nomina finora era indefettibile, ora viene nominato solo se necessario (art. 243, co. 7, come novellato).

14.5. Le impugnazioni del lodo arbitrale.

Quanto all'impugnazione dei lodi arbitrali, in aggiunta ai motivi di nullità, si consente anche l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia (art. 241, co. 15-bis, codice).

Si tratta di possibilità già in astratto prevista dall'art. 829, co. 3, c.p.c., a tenore del quale, però, l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa solo se espressamente disposta dalle parti o dalla legge.

In base al c.p.c. occorre dunque o una clausola contenuta nel compromesso o nella clausola compromissoria, o una disposizione espressa di legge.

Non ritenendosi di poter confidare nell'accordo delle parti, con la novella al codice appalti si è introdotta una previsione di legge che consente tale tipo di impugnazione, al fine di rendere maggiormente controllabile il lodo da parte della competente Corte di appello.

Giova aggiungere che oltre all'impugnazione per nullità e per violazione delle regole di diritto, si applica anche la causa di impugnazione di cui all'art. 829, co. 3, ultimo periodo, c.p.c., secondo cui "è ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico".

Il termine di impugnazione è stato fissato in novanta giorni dalla notificazione, per parallelismo con l'impugnazione per nullità, che ai sensi dell'art. 828 c.p.c. del pari si propone entro novanta giorni.

E' stato fissato anche un termine ultimo, pari a centoventi giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Quanto all'accelerazione del giudizio di impugnazione davanti alla Corte di appello, sia che si tratti di impugnazione di nullità, o per violazione delle regole di diritto, essa è stata prevista per il solo caso in cui la Corte di appello abbia sospeso l'efficacia del lodo (art. 241, co. 15-ter, primo periodo, codice).

La sospensione del lodo può essere disposta dal collegio, ovvero da parte del Presidente della Corte di appello, con la procedura d'urgenza di cui all'art. 351 c.p.c., espressamente richiamato (art. 241, co. 15-ter, primo periodo, codice).

Il collegio che sospende il lodo o conferma la sospensione disposta dal Presidente, verifica se il giudizio è in condizione di essere definito.

In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in un'udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione; all'udienza pronunzia sentenza a norma dell'art. 281-sexies, c.p.c. Se ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in un'udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede ai sensi delle regole precedenti (art. 241, co. 15-ter, codice).

14.6. Perfezionamento, efficacia, esecutività del lodo.

Un ulteriore gruppo di disposizioni mira ad un migliore coordinamento della disciplina della formazione e acquisto di efficacia del lodo, con quella contenuta nel c.p.c.

Secondo il c.p.c., il lodo dalla data della sua ultima sottoscrizione ha gli effetti di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria ordinaria (art. 824-bis, c.p.c.), ma per ottenerne l'esecuzione occorre il decreto di esecutorietà da parte del competente tribunale, nella cui cancelleria il lodo va all'uopo depositato (art. 825 c.p.c.).

Secondo la disciplina finora vigente per il lodo in materia di pubblici contratti di lavori, servizi e forniture, la sottoscrizione del lodo era giuridicamente irrilevante, in quanto il perfezionamento della pronuncia si aveva solo con il deposito del lodo presso la camera arbitrale, da effettuarsi entro dieci giorni dall'ultima sottoscrizione; ai fini dell'esecutività del lodo, si richiamava il c.p.c. (art. 241, co. 9 e 10, codice, testo anteriore alla novella); inoltre, all'atto del deposito del lodo andava corrisposta, a cura degli arbitri, una somma pari all'uno per mille del valore della controversia, da versarsi direttamente all'Autorità di vigilanza (art. 241, co. 11, codice nel testo anteriore alla novella).

Con la novella, il lodo si intende pronunciato con l'ultima sottoscrizione, ma diventa efficace solo con il suo deposito presso la camera arbitrale (art. 241, co. 9, codice, novellato).

Il deposito presso la camera arbitrale non è più a cura del segretario, ma a cura del collegio arbitrale, il che è comprensibile perché la nomina del segretario è solo eventuale.

Inspiegabilmente, scompare il termine di dieci giorni per il deposito del lodo (art. 241, co. 10, codice, novellato).

Come in passato, il deposito del lodo presso la camera arbitrale va fatto in tanti originali quante sono le parti, oltre ad uno per il fascicolo di ufficio (art. 241, co. 10, codice, novellato).

Viene meglio coordinato il rapporto tra il deposito del lodo presso la camera arbitrale e presso la cancelleria del Tribunale civile competente, agli effetti dell'art. 825 c.p.c.

Infatti si stabilisce che il deposito presso la camera arbitrale precede quello ai sensi dell'art. 825 c.p.c. e che su richiesta di parte, il rispettivo originale depositato presso la camera arbitrale è restituito, con l'attestazione di avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all'art. 825 c.p.c. (art. 241, co. 10, codice, novellato).

Mentre finora all'atto del deposito del lodo andava corrisposta, a cura degli arbitri, una somma pari all'uno per mille del valore della controversia, da versarsi direttamente all'Autorità di vigilanza, è ora previsto che detta somma va corrisposta entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo (ossia entro quindici giorni dalla sua ultima sottoscrizione), e che la somma va versata a cura degli arbitri, ma è a carico delle parti (art. 241, co. 9, novellato).

14.7. Disciplina transitoria in due puntate.

Quanto al regime transitorio, il testo originario del d.lgs. n. 53/2010 aveva previsto che la nuova disciplina dell'arbitrato si applica solo alle controversie relative a contratti i cui bandi, avvisi di gara e inviti siano stati pubblicati dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo (art. 15, co. 6), ma tale previsione è stata subito dopo abrogata dall'art. 4, co. 7, ult. periodo, d.l. n. 40/2010 nel testo introdotto dalla l. di conversione 22 maggio 2010 n. 73 (in G.U. 25 maggio 2010), a tenore del quale *“la disciplina introdotta dagli articoli 4 e 5 del decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 52, non si applica per i collegi arbitrali già costituiti alla data di entrata in vigore del predetto decreto legislativo e il comma 6 dell'articolo 15 del citato decreto legislativo è abrogato”*.

Secondo l'originaria formulazione dell'art. 15, co. 6, d.lgs. n. 53/2010, si applicava la disciplina precedente, anche quanto a compenso per il collegio arbitrale, se l'arbitrato, anche se si celebra interamente dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo, riguardi appalti banditi o stipulati prima.

La rilevante conseguenza è che era stato eliminato con effetto immediato dall'ordinamento il divieto di arbitrato, in cambio di una moralizzazione che non era applicabile non solo agli arbitrati già in corso, ma anche agli arbitrati successivi all'entrata in vigore del decreto, se riferiti ad appalti anteriori.

La previsione era di dubbia razionalità, ed era probabilmente frutto di un refuso.

Infatti, la norma transitoria era stata introdotta nell'originaria versione della riforma dell'arbitrato che era ben più corposa di quella finale, prevedendo anche la possibilità di ribassi dell'offerta in gara se l'offerente optasse da subito per la clausola compromissoria.

In questa logica, dato che la nuova disciplina incideva anche sulla fase di presentazione delle offerte, si giustificava un regime transitorio che la rendesse applicabile ai bandi nuovi.

Nel testo finale, in cui la riforma incide solo sul contenzioso in sede di esecuzione e non sulle nuove gare, la norma transitoria era di poca utilità, e si prestava anche a critiche di inefficienza e inefficacia, perché se si volevano ridurre i costi degli arbitrati con effetti immediati per l'economia, occorreva farlo con norma di immediata applicazione e non con norma ad effetto differito.

Si è pertanto proceduto a tempestiva correzione della norma, con un diverso regime transitorio che rende la nuova disciplina dell'arbitrato e dell'accordo bonario di immediata applicazione, con la sola eccezione degli arbitrati per i quali sia già costituito il collegio arbitrale alla data del 27 aprile 2010, che è la data di entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010.

In tal modo si desume, *a contrario*, che la nuova disciplina si applica anche agli appalti già banditi, ai contratti già stipulati, e ai contenziosi arbitrali già avviati, con l'unico limite dell'inapplicabilità se i collegi arbitrali sono già costituiti.

Per costituzione del collegio deve intendersi non già che i singoli arbitri sono stati nominati e hanno accettato la nomina, perché tali atti non determinano ancora la formazione di un collegio, ma invece che gli arbitri hanno tenuto la prima riunione, finalizzata appunto alla costituzione del collegio.

Quindi la sola nomina e accettazione dell'incarico arbitrale, senza prima riunione, non dando luogo a costituzione del collegio, non è ostativa dell'applicazione della nuova disciplina. Per farsi salva l'applicazione della vecchia disciplina la costituzione del collegio arbitrale deve essere avvenuta entro il 26 aprile 2010.

Infatti la previsione, ancorché contenuta in atto normativo successivo al d.lgs. n. 53/2010, è sostanzialmente retroattiva facendo riferimento non alla data della entrata in vigore dell'atto normativo che la contiene, bensì del d.lgs. n. 53/2010.