
Diritto e processo amministrativo

Tracce Italiane s.p.a. - Spedizione in A.P. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Napoli.

Edizioni Scientifiche Italiane

Diritto e processo amministrativo

Rivista trimestrale

Anno V – n. 4/2011

Direttori

Luigi BENVENUTI, Giuseppe CAIA, Marcello CLARICH, Alfredo CORPACI, Vittorio DOMENICHELLI, Rosario FERRARA, Erminio FERRARI, Enrico FOLLIERI, Carlo Emanuele GALLO, Lucio IANNOTTA, Nino LONGOBARDI, ENZO Maria MARENGHI, Ignazio Maria MARINO, Alfonso MASUCCI, Francesco MERLONI, Eugenio PICOZZA, Andrea PUBUSA, Antonio ROMANO TASSONE e Paolo URBANI

Direttore responsabile

Enrico FOLLIERI

Comitato scientifico

Sergio AGRIFOGLIO, Nicola AICARDI, Massimo ANDREIS, Francesco ASTONE, Stefano COGNETTI, Alfredo CONTIERI, Daniele CORLETTI, Alessandro CROSETTI, Giorgio CUGURRA, Claudio FRANCHINI, Giovanni LEONE, Sebastiano LICCIARDELLO, Alessandro LOLLI, Francesco MANGANO, Agostino MEALE, Giorgio ORSONI, Vera PARISIO, Sergio PERONGINI, Aristide POLICE, Fabio SAITTA, Giovanni Antonio SALA, Maria Alessandra SANDULLI, Ernesto STICCHI DAMIANI, Luisa TORCHIA, Diego VAIANO e Alberto ZITO

Redattori

Antonio BARONE, Giuseppe CAMMAROTA, Enza CARACCILO, Leonardina CASOLI, Lucia CIMELARO, Stefano COLOMBARI, Gabriella CREPALDI, Andrea DI LIETO, Alessandra FABRI, Vera FANTI, Fabrizio LOFOCO, Roberta LOMBARDI, Luigi MANCANIELLO, Alberto MORBIDELLI, Remo MORZENTI PELLEGRINI, Lucia MURGOLO, Michela MUTI, Chiara ORREI, Francesca PUBUSA, Stefania PUDDU, Anna ROMEO, Nicola SCOTTO DI VETTIMO, Stefano TATTI, Marco TIBERII, Fabrizio TIGANO, Giuseppe TROPEA, Graziana URBANO, Cristina VEDETTA

Hanno collaborato a questo numero:

Angelo FANIZZA, dott. di ricerca in Diritto pubblico dell'Economia, Università di Bari (avvocato INPS ora); Enrico FOLLIERI, prof. Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Foggia; Stefano GATTAMELATA, prof. di Giustizia amministrativa, Università degli Studi di Teramo; Alessandro GIGLI, avvocato in Roma; Maria IMMORDINO, prof. Ordinario di Diritto amministrativo, Università di Palermo; Sergio MORO, dott. di ricerca in Diritto amministrativo, Università di Verona; Lucia MURGOLO, avvocato e dott. di ricerca in Dottrine generali del diritto, Università di Foggia; Serena OGGIANU, ricercatrice confermata di Diritto amministrativo, Università di Roma Tor Vergata; Andrea PALLESCA, cultore della materia di Diritto amministrativo, Università di Torino; Biancamaria RAGANELLI, ricercatore in Diritto amministrativo, Dipartimento di diritto pubblico, Università di Roma, Tor Vergata.

Indirizzo redazione: Enrico Follieri Via Indipendenza, 35 - 71036 Lucera (FG)

e-mail: prof.enrico@studiolegalefollieri.it; tel.: 0881/520848; 520980.

Segretaria di redazione: Carmela Giambattista

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, n. 100 del 20 novembre 2006.

Periodico esonerato da B.A.M., art. 4, 1° comma, n. 6, d.P.R. 627 del 6-10-78.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione
delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 Milano
Tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

INDICE

MARIA IMMORDINO, <i>Riforma della contabilità pubblica e adeguamenti organizzativi e amministrativi. Il caso della Regione Sicilia</i>	989
ENRICO FOLLIERI, <i>Le parti e i loro difensori nel codice del processo amministrativo</i>	1015
SERENA OGGIANU, <i>Profili della funzione nomofilattica del Consiglio di Stato nel nuovo codice del processo amministrativo (art. 99, co. 3) e nella più recente giurisprudenza amministrativa (ad. pl., 25 febbraio 2011, nn. 912-917)</i>	1043
LUCIA MURGOLO, <i>L'imparzialità impossibile della pubblica amministrazione</i>	1061
BIANCAMARIA RAGANELLI, <i>Effettività della tutela ed efficacia delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici</i>	1155
STEFANO GATTAMELATA e ALESSANDRO GIGLI, <i>Intervento sul crocifisso</i>	1209
SERGIO MORO, <i>La perdurante attualità del procedimento amministrativo come «forma della funzione»: il caso del conflitto fra la tutela del paesaggio e lo sviluppo delle fonti di energia rinnovabile alla luce delle linee guida di cui al d.m. 10 settembre 2010</i>	1247
ANGELO FANIZZA, <i>Ultime notizie sulla responsabilità aquiliana delle autorità amministrative indipendenti per omessa vigilanza</i>	1299
ANDREA PALLESCA, <i>Il diritto amministrativo tra le sue origini antiche e le nuove sfide poste all'interprete: brevi note e riflessioni</i>	1313

BIANCAMARIA RAGANELLI

EFFETTIVITÀ DELLA TUTELA ED EFFICACIA
DELLE PROCEDURE DI RICORSO
IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: Premessa. - 1. La direttiva comunitaria per l'efficacia dei ricorsi in materia di appalti pubblici: gli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario. - 2. Il recepimento della direttiva ricorsi nell'ordinamento nazionale: la novella al Codice dei contratti pubblici e l'intervento successivo del Codice del processo amministrativo. - 2.1. L'ambito di applicazione della disciplina in vigore. - 2.2. Il rapporto con gli altri riti abbreviati. - 3. I principali profili processuali: i termini di sospensione tra aggiudicazione e stipula del contratto. - 3.1. Il preavviso di ricorso e l'abbreviazione dei termini. - 4. Gli effetti dell'eventuale annullamento dell'aggiudicazione sul contratto stipulato. - 5. Le sanzioni alternative. - 6. Il risarcimento del danno in forma specifica e per equivalente.

Il settore dei contratti pubblici è uno di quelli in cui sono più evidenti le implicazioni economiche derivanti dalle scelte legislative. Gli interessi coinvolti sono molteplici, in parte imputabili agli operatori economici coinvolti negli affidamenti, in parte riconducibili alle pubbliche amministrazioni coinvolte come stazioni appaltanti e alla generalità degli utenti. Gli stessi obiettivi della disciplina, delineati dal legislatore a livello comunitario e a livello nazionale, possono in alcuni casi risultare in tensione e si discute delle scelte legislative adottate e degli strumenti giuridici proposti per il perseguimento degli stessi.

Come noto le fonti della disciplina dei contratti pubblici¹ sono

¹ Per un rinvio alla letteratura europea tra gli altri BOVIS, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham/Northampton, 2008; HEBLY, *European Public Procurement: Legislative History of the Utilities Directive 2004/17 EC*, Kluwer Law International, 2008; DE KONINCK e RONSE, *European public procurement law: the European*

rinvenibili a livello di diritto comunitario primario – principi generali contenuti nel Trattato, desumibili dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e i principi generali del diritto uniformemente riconosciuti e di portata globale –, nelle principali direttive comunitarie in materia – 2004/17/CEE, 2004/18/CE e da ultimo 2007/66/CE – e nella disciplina nazionale. In Italia la relativa disciplina è oggi contenuta del Codice dei contratti pubblici, il d.lg. 12 aprile 2006, n. 163², se-

public procurement directives and 25 years of jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities: texts and analysis, Kluwer Law International, 2008; BOVIS, *EC public procurement law: case law and regulation*, Oxford University Press, 2006; HJELMBORG, JAKOBSEN e POULSEN, *Public procurement law: the EU directive on public contracts*, Djøf Pub., 2006; S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, London, 2005; G. GRUBER, T. GRUBER, MILE e SACHS, *Public Procurement in the European Union*, Intersentia, 2006; NIELSEN e TREUMER, *The new EU public procurement directives*, Djøf Pub., 2005.

² Esiste una vasta letteratura sul tema. Tra le principali opere monografiche e commentari, V. CUFFARO e C. FRANCHINI, *I contratti di appalto privato e pubblico*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli, Torino, 2010; M. CLARICH (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010; C. FRANCHINI e F. TEDESCHINI (a cura di), *Una nuova pubblica amministrazione: prospettive di riforma dell'attività contrattuale*, Torino, 2009; R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2009; M. BALDI e R. TOMEI (a cura di), *La disciplina dei contratti pubblici. Commentario al codice dei contratti*, Milano, 2009; R. DE NICCOLIS, *I riti speciali degli appalti pubblici: alla luce dell'art. 20, commi 8 e 8-bis, d.l. 29 novembre 2008 n. 185, conv. in l. 28 gennaio 2009 n. 2*, Roma, 2009; A. CARULLO e G. IUDICA, *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Padova, 2009; G.F. CARTEI, *Responsabilità e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2008; A. CANCRINI e V. CAPUZZA, *Lezioni di legislazione delle opere pubbliche*, Roma, 2009; A.M. SANDULLI, R. DE NICCOLIS e R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008; M. SANINO (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti di lavori, servizi e forniture. Commentario sistematico*, Padova, 2008; M. SANINO (a cura di), *Commento al codice dei contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture*, Torino, 2008; F. SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008; S. BUSCEMA e A. BUSCEMA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Padova, 2008; P. URBANI e L. PASSERI, *Guida al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2008; C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2007; C. GIURDANELLA, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2007; A. MASSARI e M. GRECO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, 2007; M. GENTILE e A. VARLARO SINISI, *Il codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, 2007.

guito dal regolamento di attuazione approvato dal Consiglio dei Ministri il 18 giugno 2010, il d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207³ e nel Codice del processo amministrativo (cpa), d.lg. 2 luglio 2010, n. 104.

In questo contesto, la tutela giurisdizionale si pone come necessario completamento e garanzia dell'intero processo di selezione del contraente della pubblica amministrazione e di formalizzazione negoziale del rapporto⁴. Le procedure di scelta del contraente, quali procedimenti ad evidenza pubblica⁵, rappresentano uno dei modelli di procedimenti di valutazione comparativa finalizzati all'individuazione dell'offerta migliore sul mercato, nel rispetto del meccanismo concorrenziale e dei principi generali di parità di trattamento e tra-

³ G.U. n. 288 del 10 dicembre 2010, Suppl. Ord. N. 270, in vigore dal 9 giugno 2011.

⁴ Sui diversi interessi che emergono nelle gare pubbliche M. CAPAGNO, *Lo Stato banditore*, Milano, 2001. Sulle asimmetrie informative, gli interessi potenzialmente in contrasto tra pubblica amministrazione e partner privati sia nella fase precedente di selezione del contraente che precede la stipulazione del contratto sia nella fase successiva e i conseguenti effetti discorsivi che ne derivano B. RAGANELLI, *Finanza di progetto e opere pubbliche quali incentivi?*, Torino, 2006; B. RAGANELLI e G. FIDONE, *Public Private partnership and Public Works: reducing moral hazard in a competitive market*, in *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze*, n. 1/2008, 23 ss.

⁵ L'evidenza pubblica è intesa nella dottrina tradizionale come un insieme di accorgimenti (procedimenti, controlli) volti ad assicurare la conoscibilità e la controllabilità delle ragioni di interesse pubblico perseguite dalle amministrazioni (M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 459 ss). Più di recente la dottrina si è occupata di evidenza pubblica in relazione all'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni: S.G. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto privato e pubblico*, a cura di V. CUTEARO e C. FRANCHINI, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno e Enrico Gabrielli, Torino, 2010, 289 ss.; S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, 257 ss.; G. DELLA CANANEA, *Le alternative all'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI, (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., 381 ss.; MASSERA, *I contratti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 1571 ss.; C. FRANCHINI, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss.; SEPE, *Contratto della pubblica amministrazione*, in *Enc.dir.*, IX, Milano, 1958; ROEHRSSEN DI CAMMERATA, *I contratti della pubblica amministrazione*, Bologna 1961. Per un'analisi accurata della disciplina comunitaria si rinvia a S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement*, op. cit.

sparenza. Una garanzia giurisdizionale effettiva ne costituisce il corollario.

La disciplina di derivazione comunitaria è, tra le altre cose, finalizzata a contenere la discrezionalità della pubblica amministrazione appaltante e a canalizzarla entro procedure tipizzate, dirette ad acquisire il maggior numero di offerte e a rendere manifeste le ragioni dell'individuazione di quella migliore⁶. Se manca la possibilità di fatto di ricorrere a mezzi di tutela effettivi, si priva del necessario completamento il processo di selezione e si finisce per disincentivare la stessa partecipazione diligente dei potenziali contraenti alla procedura di selezione, incidendo in questo modo sull'*efficacia* delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici.

Il rito speciale introdotto dall'art. 8 del d.lg. n. 53/2010 per tutte le controversie in materia di appalti pubblici intesi in senso lato, sostituisce quello precedentemente previsto dall'art. 23-*bis* della legge n. 1034/1971, recependo la direttiva ricorsi 2007/66/CE e cercando di dare risposta ad alcune questioni poste in giurisprudenza e in dottrina nel perseguimento dell'obiettivo prioritario ad una tutela giurisdizionale *celere ed effettiva*.

Il nuovo rito in materia di contratti pubblici è definito *speciale* per tenerlo distinto da quello ordinario applicabile a tutte le altre controversie soggette al sindacato del giudice amministrativo; *abbreviato* perché contiene significative accelerazioni rispetto a quello ordinario e allo stesso rito sugli appalti precedentemente in vigore⁷; ed *esclusivo*, in quanto il ricorso al giudice amministrativo è divenuto l'unico rimedio esperibile per ottenere l'annullamento ad opera di un soggetto terzo degli atti di una gara pubblica, essendo stato eliminato il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

Si tratta di analizzare la disciplina in vigore per valutarne la coerenza rispetto agli obiettivi prefissati dal legislatore comunitario e a quelli formalizzati nell'Analisi di impatto della regolazione di cui al

⁶ S. VINTI, *L'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI, *op. cit.*, 259.

⁷ Per un'analisi dei profili problematici indotti dall'applicazione delle diverse discipline sui termini in sede amministrativa e giurisdizionale M. LIPARI, *Rito speciale accelerato: profili generali*, in *Codice della giustizia amministrativa*, a cura di Morbidelli, Milano, 2008, 823 ss.

decreto di recepimento, nonché rispetto ai diversi interessi pubblici e privati coinvolti, per verificare se la strada percorsa e gli strumenti giuridici adottati siano quelli più giusti per garantire l'auspicata *efficacia* delle procedure di ricorso in materia o se, al contrario, i potenziali effetti distorsivi prodotti dalla disciplina inducano a riflettere e suggeriscano percorsi alternativi.

1. – La direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. direttiva ricorsi), emanata l'11 dicembre 2007⁸, ha apportato modifiche alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, rispettivamente per i c.d. settori ordinari e speciali, finalizzate al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Sono state introdotte importanti novità suscettibili di incidere profondamente sugli ordinamenti degli Stati membri quanto alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici⁹, ma anche sul rapporto tra stazioni appaltanti ed operatori economici coinvolti e sull'intero mercato del *public procurement* inteso in senso lato.

Obiettivo prioritario del legislatore comunitario è di approntare mezzi processuali efficaci e rapidi che garantiscano l'effettività della tutela e il rispetto della disciplina comunitaria sostanziale.

Come evidenziato nei considerando della direttiva, la disciplina precedente mirava a garantire l'effettiva applicazione delle direttive

⁸ Gazzetta Ufficiale UE 20 dicembre 2007, n. 335. Tra i primi commenti alla direttiva, A. BARTOLINI e S. FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e appalti*, 2008, 10, 1093 ss.; G. GRECO, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in www.giustamm.it; P. SANTORO, *La nuova direttiva ricorsi 2007/66/CE e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, 3, 676; M. LOPARI, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti del contratto: la parola al diritto comunitario*, in *Federalismi.it*, n. 9/2008.; S. RUSCICA, *La «rivoluzione» attuata dalla Direttiva n. 66/2007*, in *Rivista Strumentario Enti Locali*, n. 11/2009; P.M. ZERMAN, *Annullamento dell'aggiudicazione illegittima ed effettività della tutela giurisdizionale: la sorte del contratto medio tempore stipulato (commento alla decisione del Consiglio di Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3070)*, in *GiustAmm.it*, n. 7/2009.

⁹ La letteratura sulla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici prima della direttiva ricorsi è molto vasta. Si rinvia alla bibliografia posta al fondo del presente capitolo.

2004/18/CE e 2004/17/CE, riferendosi unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti ivi disciplinate, come interpretate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee a prescindere dalla procedura di evidenza pubblica utilizzata e dai mezzi con cui si indicavano le gare, compresi i concorsi di progettazione, i sistemi di qualificazione e i sistemi dinamici di acquisizione.

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha precisato che gli Stati membri dovrebbero garantire l'accesso a «mezzi di ricorso efficaci e rapidi» avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori relativamente alla questione se un determinato appalto rientri o meno nel campo di applicazione *ratione personae* e *ratione materiae* delle direttive nn. 17 e 18 citate¹⁰. Tuttavia, le consultazioni delle parti interessate e la giurisprudenza comunitaria hanno evidenziato una serie di lacune nei meccanismi di ricorso esistenti nei diversi Stati membri, che impediscono in alcuni casi di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie¹¹.

La direttiva ricorsi tenta di porre riparo alle criticità e lacune evidenziate intervenendo sulla disciplina in materia di procedure di ricorso avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori in materia di appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e di appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, e degli enti che forniscono servizio di trasporto e servizi postali. Le modifiche alla disciplina proposte sono quelle ritenute necessarie a rafforzare le garanzie di *trasparenza* e di *non discriminazione* che costituiscono l'obiettivo delle direttive sui contratti pubblici, al fine di garantire che la Comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici¹².

Tra le principali carenze della normativa oggetto di contestazione,

¹⁰ Considerando n. 2.

¹¹ I profili critici dell'applicazione delle direttive sui mezzi di ricorso sono stati evidenziati quale esito di un processo di consultazione avviato nel 2003 dalla Direzione Generale *Internal Market and services*, riportati nell'*Impact assesment report – Remedies in the field of public procurement*, 4 maggio 2006, allegato alla proposta di modifica delle direttive 89/665/CE e 92/13/CE.

¹² Considerando n. 3.

il legislatore comunitario evidenzia l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione di aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Quale effetto distorsivo prodotto dalla lacuna normativa, le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori, desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione d'aggiudicazione contestata, sono indotti a procedere molto rapidamente alla firma del contratto. Ciò costituirebbe un serio ostacolo ad un'effettiva tutela giurisdizionale degli offerenti interessati, che non sono stati ancora definitivamente esclusi. Inoltre, come evidenziato nel *Impact assesment report* allegato alla proposta di modifica delle direttive¹³, una volta stipulato il contratto, la valutazione dei contrapposti interessi induce spesso i giudici nazionali al rigetto del ricorso in tutti i casi in cui venga invocato un superiore interesse della stazione appaltante.

Il legislatore comunitario evidenzia pertanto l'assenza di meccanismi che consentano agli operatori di contestare efficacemente, anche in sede giurisdizionale, l'operato della stazione appaltante ottenendo una pronuncia sui profili oggetto di censura in tempo utile ad evitare che la stazione appaltante proceda alla stipula del contratto, rendendo in tal modo irreversibile l'esito della procedura¹⁴, ma si concentra principalmente sulla previsione di un termine dilatorio tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, tralasciando di intervenire in modo sostanziale sul tema della tutela risarcitoria.

La direttiva tenta di far fronte a questa criticità prevedendo un termine sospensivo minimo, durante il quale la stipula del contratto in questione è sospesa, indipendentemente dal fatto che quest'ultima avvenga o meno al momento della firma del contratto. Si distingue un termine sospensivo minimo «sostanziale» – di 10 o 15 giorni in base alle modalità di comunicazione dell'aggiudicazione –, e un termine minimo «processuale» – finché l'organo giurisdizionale adito non si sia pronunciato sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. Pertanto, la conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto non può avvenire prima dello scadere di un termine compreso tra dieci e quindici

¹³ Vedi sopra nota n. 5.

¹⁴ Sul punto si veda considerando n. 4.

giorni civili decorrenti dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell'appalto è stata comunicata agli interessati¹⁵. Inoltre, la direttiva prevede che, qualora un organo di prima istanza, indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurino che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso¹⁶.

La fissazione di un termine sospensivo minimo dovrebbe concedere agli offerenti un lasso di tempo sufficiente per esaminare la decisione di aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso¹⁷. Le norme relative sono da considerarsi a recepimento obbligatorio, pertanto *self executing*, in quanto sufficientemente dettagliate e incondizionate. Sono previste, tuttavia, deroghe ed eccezioni al termine sospensivo sostanziale citato, il cui recepimento è rimesso alla facoltà dei singoli Stati membri, come pure la possibilità di condizionare il ricorso giurisdizionale ad una espressa informativa da parte del potenziale ricorrente alla stazione appaltante o ad un previo ricorso amministrativo.

Un secondo punto su cui il legislatore comunitario è intervenuto riguarda la disciplina sugli affidamenti diretti, su cui esiste una vasta giurisprudenza comunitaria. L'obiettivo è quello di contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi attraverso la previsione di «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive»¹⁸. È stato previsto che un contratto risultante da un'aggiudicazione con affidamenti diretti illegittimi possa essere considerato privo di effetto, in conseguenza dell'accertamento operato da un organo di ricorso indipendente o quale risultato di una sua decisione. È rimesso agli Stati membri assicurare che un contratto sia considerato privo di effetti da

¹⁵ Art. 2-*bis*, par. 2, della direttiva 89/655/CEE e art. 2-*bis*, par. 2, della direttiva 92/13/CEE.

¹⁶ Art. 2, par. 3, della direttiva 89/655/CEE e art. 2, par. 2, della direttiva 92/13/CEE.

¹⁷ Direttiva 2007/66/CE, considerando n. 6.

¹⁸ Direttiva 2007/66/CE, considerando n. 13.

un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo in caso di violazione del termine sospensivo autonomo o della sospensione automatica che abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto e tale violazione si aggiunge ad una violazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE¹⁹. In alternativa alla sanzione della privazione di effetti, gli Stati membri hanno anche la possibilità di prevedere sanzioni pecuniarie²⁰.

Il legislatore muove dalla convinzione che la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici illegittimamente privati delle possibilità di competere. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbero includere tutti gli affidamenti di appalti avvenuti senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione*. Sono fatte salve le ipotesi di affidamento diretto espressamente previste dalle direttive 2004/18/CE²¹ e 2004/17/CE²².

La previsione che gli Stati membri fissino le norme per garantire che un appalto sia considerato privo di effetti mira ad ottenere che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti. Le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto sono rimesse alla determinazione del diritto nazionale, che può stabilire la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali con effetti *ex tunc* o, vice-

¹⁹ Direttiva 89/655/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 1 e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 1.

²⁰ Direttiva 89/655/CEE, art. 2-*sexies* e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*sexies*.

²¹ Il riferimento è alle deroghe di cui agli artt. da 10 a 18, l'applicazione dell'art. 31, dell'art. 61 o dell'art. 68, l'aggiudicazione di appalti di servizi a norma dell'art. 21 della direttiva 2004/18/CE o la legittima aggiudicazione di un appalto interno, c.d. *in house providing*, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia.

²² Ci si riferisce alle condizioni per una esclusione o un regime speciale a norma dell'art. 5, par. 2, degli artt. da 18 a 26, degli artt. 29 e 30 o dell'art. 62 della direttiva 2004/17/CE, per i casi che comportano l'applicazione dell'art. 40, par. 3, della direttiva 2004/17/CE o per l'aggiudicazione di appalti di servizi a norma dell'art. 32 della direttiva 2004/17/CE.

versa, limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere con effetti *ex nunc*²³.

Nel caso in cui la sanzione della privazione di effetti del contratto sia ritenuta una sanzione non proporzionata, gli Stati membri possono consentire all'organo responsabile delle procedure di ricorso di non rimettere in discussione il contratto o di riconoscerne in tutto o in parte gli effetti nel tempo quando l'organo di ricorso, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. Tra le esigenze imperative connesse ad un interesse generale non rientrano gli interessi economici legati direttamente all'appalto. Nel caso in cui il contratto non venga privato di effetti per le ragioni esposte, gli Stati membri debbono prevedere l'applicazione di sanzioni alternative²⁴. Al fine di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori la direttiva ricorsi fissa un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi allo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti. Viene abolito, inoltre, il sistema volontario di attestazione precedentemente previsto dalla direttiva 92/13/CEE, che permetteva agli enti aggiudicatori di far constatare la conformità delle loro procedure d'aggiudicazione degli appalti in occasione di esami periodici, in quanto praticamente inutilizzato, e il meccanismo di conciliazione di cui alla direttiva 92/13/CEE²⁵.

²³ Direttiva 89/655/CEE, art. 2 *quinquies*, par. 2 e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 2.

²⁴ Direttiva 89/655/CEE art. 2-*quinquies*, par. 3 e direttiva 92/13/CEE, art. 2-*quinquies*, par. 2. È inoltre previsto che in casi eccezionali l'utilizzazione della procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara (art. 31 direttiva 2004/18/CE e art. 40, para. 3 direttiva 2004/17/CE) è permessa immediatamente dopo l'annullamento dell'appalto.

²⁵ Tra le ragioni del fallimento del meccanismo di conciliazione si evidenziano a) il fatto che non permetteva di ottenere provvedimenti provvisori vincolanti tali da impedire tempestivamente la conclusione illegittima di un contratto; b) la sua natura difficilmente compatibile con il rispetto dei termini particolarmente brevi dei ricorsi diretti ad ottenere i provvedimenti provvisori e di annullamento delle decisioni illegittime; c) le difficoltà incontrate nella compilazione di un elenco completo e sufficientemente esteso di conciliatori indipendenti di ogni Stato membro, dispo-

Sulla base del presupposto che l'obiettivo della direttiva di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso concernenti l'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE non può essere realizzato in misura sufficiente dagli Stati membri e può invece essere realizzato meglio a livello comunitario, la Comunità può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 del Trattato. La presente direttiva si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, rispettando in particolare il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo 5 del Trattato.

I paragrafi che seguono si soffermano su alcune delle novità recepite nell'ordinamento nazionale riguardanti, in particolare, il c.d. *stand still period*²⁶ e il rapporto tra aggiudicazione e stipula del contratto; la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione²⁷; il termine di decadenza per il ricorso avverso l'aggiudicazione e gli altri provvedimenti inerenti una procedura di affidamento²⁸; la tutela risarcitoria per equivalente e in forma specifica²⁹.

2. - L'art. 44 della legge delega n. 88/2009³⁰ reca i principi ed i criteri direttivi per il recepimento della direttiva 2007/66/CE. In particolare si sottolinea l'opportunità di circoscrivere il recepimento a quanto necessario per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alla direttiva, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo e di assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal Codice ap-

nibili in qualsiasi momento e in grado di trattare le domande di conciliazione a brevissima scadenza (Considerando n. 30).

²⁶ Direttiva 89/665/CEE artt. 1, 2, 2-bis, 2-ter; direttiva 92/13/CEE, artt. 1, 2, 2-bis, 2-ter.

²⁷ 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.

²⁸ Artt. 2-quater e 2-septies, direttiva 89/665/CEE; artt. 2-quater e 2-septies, direttiva 92/13/CEE.

²⁹ Direttiva 89/665/CEE, art. 2; direttiva 92/13/CEE, art. 2.

³⁰ Legge comunitaria 2008.

palti, coordinato con il sistema processuale vigente. In tale prospettiva, infatti, è disposto che il rito processuale davanti al giudice amministrativo si svolga con la massima celerità e immediatezza nel rispetto del contraddittorio e della prova, con razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali; che tutti i ricorsi, scritti di parte e provvedimenti del giudice abbiano forma sintetica; che tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento siano concentrati nel medesimo giudizio ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione.

Quanto agli aspetti di maggiore rilievo, la legge delega pone alcuni criteri generali per il recepimento della disciplina del c.d. *stand still period* – sospensione della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare e rivolto al giudice competente³¹; la riduzione dei termini previsti per l'impugnativa giurisdizionale dei «provvedimenti delle procedure di affidamento»; la privazione degli effetti del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione per violazioni più gravi; disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato³².

L'iter di approvazione del decreto è stato piuttosto articolato ed il testo definitivo risulta profondamente modificato in seguito alle os-

³¹ I criteri dettati dalla legge delega sono: 1) la competenza, sia territoriale che per materia, inderogabile e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione; 2) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare; 3) il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore.

³² Le disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato avrebbero dovuto conformarsi ai seguenti criteri: 1) incentivare l'accordo bonario; 2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile; 3) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto; 4) contenere i costi del giudizio arbitrale; 5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

servazioni rese dal Consiglio di Stato e dalle Commissioni parlamentari³³. Il testo definitivo del d.lg. 20 marzo 2010, n. 53 ha novellato il Codice dei contratti pubblici, il d.lg. 163/2006, innovando profondamente la disciplina sui rimedi giurisdizionali, in base alle istanze comunitarie, ma anche attraverso elementi di novità che non trovano specifico riferimento nella direttiva 2007/66/CE e, in alcuni casi, neppure nella legge delega.

In particolare il decreto di recepimento contiene una serie di previsioni in tema di risoluzione delle controversie relative all'esecuzione del contratto che riguardano l'istituto dell'arbitrato e dell'accordo bonario, non previste nella direttiva ricorsi, ma ritenute necessarie per definire il dibattito generato sull'argomento dalla previsione contenuta nella legge finanziaria 2008³⁴.

Non trova puntuale riferimento nella legge delega neppure la speciale disciplina di accesso agli atti, unitamente all'eliminazione della possibilità di ricorrere al Capo dello Stato e la presunta limitazione della risarcibilità del danno³⁵. Su quest'ultimo punto si ricorda che l'originaria formulazione dell'art. 245-*quinquies* del Codice dei contratti, modificato dal decreto di recepimento aveva fatto ritenere li-

³³ Sul recepimento della direttiva ricorsi nell'ordinamento italiano, F. SARTTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, pubblicato su *GiustAmm.it*, 5, 2010; M. LIPARTI, *Il recepimento della «direttiva ricorsi»: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia «flessibile» del contratto*, in *Federalismi.it*, 7, 2010.

³⁴ Vale la pena ricordare che l'art. 3, commi da 19 a 22 della legge n. 244/2007, aveva vietato alle pubbliche amministrazioni di inscrivere clausole compromissorie in tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi. L'entrata in vigore della norma era stata più volte rinviata (rinvio da ultimo operato al 30 giugno 2010 dall'art. 5, comma 4, del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 194), fino alla definitiva abrogazione ad opera del decreto legislativo n. 53/2010. Il decreto di recepimento prevede l'applicazione della disciplina in tema di incontestazione dell'accordo bonario e di razionalizzazione dell'arbitrato ai soli contratti afferenti i bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente all'entrata in vigore del decreto (27 aprile 2010), ma l'art. 4, co. 7 del d.l. 25 marzo 2010, n. 40 convertito in legge 22 maggio 2010, n. 73, ha anticipato l'applicazione della disciplina in questione anche ai contratti in corso, salvo i collegi arbitrali già istituiti alla data di entrata in vigore della legge.

³⁵ Cons. St., parere 1 febbraio 2010, n. 358.

mitata la risarcibilità del danno dalla quale sarebbe stata esclusa la c.d. perdita di *chance*³⁶, questione poi chiarita dall'art. 124 del Codice del processo amministrativo³⁷.

D'altro canto mancano nel testo di recepimento alcune importanti indicazioni contenute nella legge delega, che non risultano aver ricevuto piena ed effettiva attuazione³⁸. È il caso del riferimento alla disciplina dei tempi di impugnazione dei bandi di gara, in linea con gli orientamenti giurisprudenziali.

Con l'obiettivo di garantire *tempestività ed effettività della tutela giurisdizionale*, il decreto di recepimento introduce importanti modifiche al rito processuale amministrativo in tema di contratti pubblici prima inserito nel Codice dei contratti e, successivamente, trasfuso nel Codice del processo amministrativo. Il testo definitivo, adeguandosi al suggerimento contenuto nel parere del Consiglio di Stato³⁹, segue un'articolazione caratterizzata da una chiara separazione tra norme a contenuto procedimentale⁴⁰ e norme a carattere essenzialmente processuale⁴¹, che ha facilitato lo stralcio⁴² delle seconde al momento del successivo inserimento nel libro IV, titolo V del Codice del processo amministrativo, dedicato ai riti abbreviati e relativi a speciali controversie, tra cui si sono fatte rientrare le disposizioni relative ai giudizi riguardanti i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture (art. 119, co. 1, lett. a)⁴³. Permane, tuttavia, la forte interazione tra la disciplina so-

³⁶ DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit.

³⁷ Vedi oltre.

³⁸ Sul punto tra gli altri D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2010, 896.

³⁹ Cons. St., parere, n. 368/2010.

⁴⁰ Ci si riferisce alle comunicazioni ai soggetti interessati; i termini sospensivi durante i quali è preclusa la stipula del contratto o l'esecuzione d'urgenza; le norme sul diritto di accesso; la disciplina del preavviso di ricorso e gli obblighi di comunicazione alla Commissione europea,

⁴¹ È il caso delle norme che disciplinano l'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo ed i termini per la proposizione del ricorso.

⁴² M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo superaccelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile dei contratti*, in www.federalsmi.it.

⁴³ La disciplina oggi contenuta nel titolo V del libro IV del Codice del processo

stanziale e processuale, che accentua gli effetti distorsivi di alcune asimmetrie riguardanti, ad esempio, il distinto ambito di applicazione oggettivo.

La stratificazione successiva di interventi legislativi diversi – direttiva 2007/66/CE contenente norme *self executing*, d.lg. n. 53/2010, modifiche alla disciplina contenuta nel Codice dei contratti, d.lg. n. 104/2010 e nuova disciplina inserita nel Codice del processo amministrativo –, ha dato luogo ad un regime transitorio complesso cui la giurisprudenza è destinata a mettere ordine, in mancanza di indicazioni legislative espresse⁴⁴.

2.1. – Quanto all'ambito soggettivo di applicazione della disciplina di recepimento della direttiva ricorsi, si ricorda che il decreto di recepimento non ha accolto le indicazioni contenute nella legge delega⁴⁵ relative all'ambito soggettivo di applicazione della nuova disciplina, che suggerivano una nozione di stazione appaltante più ampia rispetto a quella risultante dall'art. 3 del Codice dei contratti, comprensiva dei soggetti di cui all'art. 32 e 207 del Codice dei contratti e di ogni altro soggetto tenuto – secondo il diritto comunitario e nazionale – al rispetto di procedure e principi di evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti. La relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo trasmesso al Senato per il parere delle competenti Commissioni parlamentari, invece, recepisce la nozione ampia sugge-

amministrativo è la trasposizione, in alcuni casi con significative modifiche, delle norme a carattere processuale originariamente contenute nel decreto di recepimento e successivamente collocate agli artt. 245, 245 bis, 245 ter, 245 quater, 245 quinquies, 246 del Codice dei contratti pubblici.

⁴⁴ In tal senso anche M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo dal 16 giugno 2010 si cambia ancora?*, in www.federalismi.it, che distingue ben quattro diversi regimi processuali, in funzione di tre distinte date: 31 dicembre 2009: termine di recepimento della direttiva; 27 aprile 2010: entrata in vigore del decreto n. 53/2010; 16 settembre 2010: entrata in vigore del codice. In generale, comunque, si applica la regola del «tempus regit actum», in base alla quale la disciplina sopravvenuta, salvo espressa previsione contraria di carattere retroattivo (art. 11 disp. prel.). Sul punto R. GAROFOLI e G. FERRARI, *op. cit.*, 494; R. DE NICOTIIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice degli appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁵ Art. 44, co. 3.

rita dalla legge delega, ma il Consiglio di Stato nel parere n. 368/2010 esprimeva perplessità per il rischio di generare confusione con la previsione di nozioni diverse di stazione appaltante.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina, si evidenzia uno sfasamento tra la direttiva, il decreto di recepimento e la disciplina oggi contenuta nel Codice del processo amministrativo. La direttiva ricorsi fa riferimento agli appalti pubblici, di cui adotta una nozione ampia entro cui sono ricompresi gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici, i sistemi dinamici di acquisizione a rilevanza comunitaria. Sono lasciate fuori tutte le fattispecie escluse dall'ambito di applicazione delle direttive sostanziali, tra cui la concessione di servizi pubblici⁴⁶. L'esclusione si spiega con l'esigenza del legislatore comunitario di assicurare una corrispondenza sul piano formale tra l'ambito di applicazione delle direttive sostanziali e quelle sui mezzi di tutela, ma finisce per generare asimmetrie sul piano delle garanzie per gli operatori. Anche ai contratti esclusi, infatti, si applicano i principi generali del Trattato e quelli desumibili dalla giurisprudenza comunitaria, tra i quali quelli in tema di trasparenza e non discriminazione. Sotto questo profilo, la legge delega auspicava invece un quadro processuale omogeneo per tutte le fattispecie negoziali prese in considerazione dal Codice, anche se non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive sostanziali, con l'obiettivo di assicurare uniformità negli strumenti di tutela rispetto a tutte le fattispecie contrattuali.

La disciplina di recepimento prima inserita nell'art. 244, co. 1 del Codice dei contratti ed ora trasfusa nell'art. 133 del Codice del processo pare recepire le istanze della legge delega, facendo un positivo passo avanti rispetto alla direttiva, nel senso di estendere la nuova disciplina sui mezzi di tutela anche agli affidamenti esclusi dall'ambito di applicazione del decreto di recepimento, ma di competenza di soggetti comunque chiamati all'applicazione della disciplina pubblicistica

⁴⁶ Allo stesso modo sarebbero esclusi anche i servizi di cui all'allegato B, c.d. servizi secondari, per il cui affidamento troverebbero diretta applicazione solo le disposizioni in tema di specifiche tecniche e post-informazione. Sulla questione A. BARTOLINI, S. FANTINI e F. FIGORILLI, *Il decreto di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 639.

in tema di scelta del contraente. L'art. 133 del Codice del processo, infatti, devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, tutte le controversie, incluse quelle risarcitorie, relative alle procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture di competenza di soggetti comunque tenuti all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

Quanto, invece, alla disciplina di recepimento della direttiva ricorsi riguardante i profili sostanziali, in quanto contenuta nella parte II Codice dei contratti, si applica soltanto ai contratti non esclusi in tutto o in parte dallo stesso. Ciò crea un'evidente asimmetria nell'applicazione della disciplina sui contratti pubblici in tutto o in parte esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive⁴⁷ i cui profili sostanziali e processuali, sia pure regolati da disposizioni distinte in Codici diversi, restano strettamente connessi. L'effetto è quello di generare confusione sulla disciplina applicabile e dubbi circa la coerenza della stessa.

Si auspica intervenga presto la giurisprudenza a fare chiarezza, valutando se interpretare le norme di diritto sostanziale come principi generali estensibili a tutte le procedure in essere, o piuttosto rinviare la questione alla Corte Costituzionale per mancato rispetto dei criteri dettati dalla legge delega⁴⁸.

2.2. – Il codice del processo amministrativo recepisce l'istanza contenuta nella legge delega n. 69/2009 che invitava ad operare una revisione e razionalizzazione dei riti speciali, caratterizzati da una contrazione dei termini processuali (art. 44, co. 2 lett. c), inserendo nel titolo V del libro quarto una disciplina dei riti abbreviati relativi a speciali controversie, nel quale confluiscono le norme sul rito in materia di appalti, in ossequio a quanto previsto dalla legge n. 88/2009, che richiedeva un coerente inserimento della disciplina citata nel sistema processuale vigente. In questo modo, il contenzioso in mate-

⁴⁷ Ai contratti in oggetto, ad esempio, si applicherà la disciplina sulla riduzione dei termini processuali, ma non la normativa in tema di sospensione dei termini della stipula.

⁴⁸ A. BARTOLINI, S. FANTINI e F. FIGORILLI, *op. cit.*, 640.

ria di contratti pubblici entra ufficialmente nel Codice del processo amministrativo, in opposizione alla spinta *centrifuga e polisistemica* del decreto di recepimento, perdendo i connotati di assoluta autonomia e di eccezionalità tipiche di una sorta di *micro-sistema separato* e divenendo semplice articolazione di un unico modello di tutela dinanzi al giudice amministrativo armonico e compatto⁴⁹. La disciplina contenuta nel Codice recepisce alcune perplessità evidenziate dalla dottrina nei confronti del decreto di recepimento.

Si è così delineato un rito abbreviato comune, caratterizzato dalla contrazione dei termini processuali rispetto a quelli ordinari, che si applica alle materie elencate all'art. 119 del Codice. Si tratta delle materie prima disciplinate dall'art. 23-*bis* della legge T.A.R. n. 1034/1971, modificata dalla legge n. 205/2000⁵⁰. Si tratta in generale di materie connotate dall'urgenza a causa dei rilevanti interessi in gioco coinvolti, di carattere economico e politico. I giudizi presi in considerazione sono quelli aventi ad oggetto le controversie relative ai provvedimenti adottati dalle Autorità amministrative indipendenti, con esclusione di quelli relativi al rapporto di servizio con i propri dipendenti; provvedimenti relativi alle procedure di privatizzazione o

⁴⁹ In tal senso M. LIPARI, *op. cit.*, 2010.

⁵⁰ Nel rito sugli appalti introdotto nella legge T.A.R. dalla l. n. 205/2000, viene sostanzialmente mutuato in parte il rito speciale di cui al previgente art. 19 del d.l. n. 67/1997, estendendo l'ambito applicativo a tutti gli appalti pubblici e ad altre materie e viene innovato il rito processuale. L'abbreviazione del rito prevedeva: il dimezzamento dei termini processuali, salvo quello per la proposizione del ricorso; una rapida definizione del merito; la pubblicazione del dispositivo; il dimezzamento dei termini anche per il deposito della sentenza e per la proposizione dell'appello. Per un commento tra gli altri R. DE NICCOLIS, *I riti speciali degli appalti pubblici*, Roma, 2009; M. LIPARI, *Il nuovo rito degli appalti dopo l'art. 23-bis della l. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della l. 205/2000*, in *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, a cura di F. Caringella e G. De Manzo, Milano, 2003, 1750 ss.; M. LIPARI, *I riti abbreviati: l'ambito della disciplina e il concreto funzionamento del giudizio accelerato*, in *Il nuovo processo dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. Caringella e G. De Manzo, Milano, 2002, 804 ss.; G. GIOVANNINI, *Commento all'art. 4, l. n. 205/2000*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Torino, 2000, 293 ss.; G. TANZARELLA, *Commento all'art. 23-bis, co. 1 legge Tar*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa*, Milano, 2000, secondo cui le materie si connotano per la presenza di questioni la cui soluzione è di interesse superindividuale.

di dismissione di imprese o beni pubblici, nonché quelli relativi alla costituzione, modificazione o soppressione di società, aziende e istituzioni da parte degli enti locali; provvedimenti di nomina, adottati previa delibera del Consiglio dei Ministri; provvedimenti di scioglimento di enti locali e quelli connessi concernenti la formazione e il funzionamento degli organi; provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate all'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità e i provvedimenti di espropriazione delle invenzioni adottati ai sensi del codice della proprietà industriale; i provvedimenti del Comitato olimpico nazionale italiano o delle federazioni sportive; le ordinanze adottate in tutte le situazioni di emergenza dichiarate⁵¹ e i consequenziali provvedimenti commissariali; il rapporto di lavoro del personale dei servizi di informazione per la sicurezza⁵²; le controversie comunque attinenti alle procedure e ai provvedimenti della pubblica amministrazione in materia di impianti di generazione di energia elettrica⁵³; provvedimenti della commissione centrale per la definizione e applicazione delle speciali misure di protezione nei confronti dei collaboratori e testimoni di giustizia.

La disciplina generale per i riti abbreviati, contenuta all'art. 119, co. 2 e seguenti, si applica a tutte le materie elencate al comma 1, ivi inclusi i giudizi aventi ad oggetto provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (lettera a), nei limiti di quanto previsto dalla disciplina speciale contenute agli artt. 120 e ss. Sono dimezzati tutti i termini processuali, ordinari, ad eccezione di quelli per la notifica del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti. Quanto alla pubblicazione anticipata del dispositivo, mentre l'art. 23-*bis* prevedeva che questo dovesse essere pubblicato obbligatoriamente entro sette giorni dalla data dell'udienza, la nuova disciplina sul rito abbreviato prevede che la pubblicazione abbia luogo solo nel caso in cui almeno una

⁵¹ Le situazioni di emergenza devono essere dichiarate ai sensi dell'art. 5, co. 1 della legge 24 febbraio 1992, n. 225.

⁵² Ai sensi dell'art. 22 della legge 3 agosto 2007, n. 124

⁵³ D.l. 7 febbraio 2002, n. 7, convertito con modificazioni in legge 9 aprile 2003, n. 55.

delle parti ne faccia richiesta nell'udienza di discussione dichiarando di averne interesse.

Accanto al rito abbreviato comune si pone un rito ancora più abbreviato, caratterizzato da ulteriori peculiarità, applicabile solo alla materia degli appalti pubblici. La disciplina contenuta agli artt. 120-125 del Codice del processo è il risultato della rielaborazione, in alcuni casi meramente formale, in altri sostanziale, di quella precedentemente inserita nel Codice dei contratti agli artt. 245 ss. dal decreto di recepimento della direttiva ricorsi. Le principali novità riguardano sostanzialmente la riduzione dei termini; la non proponibilità del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; l'inderogabilità della competenza territoriale del Tar rilevabile anche d'ufficio; i casi di inefficacia; le sanzioni alternative; il subentro e risarcimento del danno; l'eliminazione di una regolamentazione speciale del processo cautelare, che si spiega con la scelta del Codice di ridisegnare, nel suo complesso, questa particolare fase del giudizio, disattendendo il parere della Commissione Giustizia del Senato, che invece richiedeva un procedimento *ad hoc* per il rito cautelare e l'aggiustamento dei termini interni alla fase cautelare, che in precedenza imponevano alla parte resistente di costituirsi prima della scadenza del termine per il deposito della domanda. Le modifiche apportate sono dettate in gran parte dall'esigenza di rendere la normativa in oggetto coerente con l'impianto complessivo del sistema di giustizia amministrativa delineato dal nuovo codice del processo, riducendo per alcuni versi le peculiarità del rito degli appalti.

Non rientra tra i riti abbreviati la c.d. procedura per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni o *class action* amministrativa, introdotta dal legislatore all'art. 140-*bis* del codice del consumo⁵⁴.

3. – La relazione di analisi di impatto della regolamentazione (AIR) allegata allo schema di decreto legislativo recante attuazione alla direttiva ricorsi ricorda l'obiettivo dell'intervento comunitario di garantire, in materia di procedure di affidamento di lavori pubblici, servizi, forniture, una tutela processuale effettiva, celere e che giunga prima dell'avvenuta conclusione del contratto del contratto, anche

⁵⁴ In tal senso Senato della Repubblica, *Il Codice del processo amministrativo. Cenni introduttivi*.

mediante la previsione di termini sospensivi per la stipulazione del contratto. La disciplina di recepimento cerca di dare risposta alle evidenziate esigenze approntando una tutela processuale caratterizzata da particolare celerità e dalla responsabilizzazione dei protagonisti del contenzioso - ricorrente, stazione appaltante, giudice -, che consenta di pervenire in tempi rapidi ad una pronuncia giurisdizionale cautelare e ad una decisione di merito.

L'obiettivo è il contemperamento di una duplice esigenza, che può essere garantita solo se l'aggiudicazione dell'appalto all'avente diritto assicuri una *tutela giurisdizionale piena ed effettiva*, senza inficiare la *celere esecuzione dell'appalto* stesso. Assicurando una celere ed effettiva tutela dei concorrenti, infatti, la nuova disciplina può comportare affetti positivi sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività complessiva del sistema economico, con conseguente allargamento del mercato stesso⁵⁵.

Tra le principali criticità della previgente normativa l'AIR evidenziava a) un disallineamento del termine di preclusione alla stipula del contratto dopo l'aggiudicazione (c.d. clausola di *stand-still*), pari a trenta giorni, rispetto al termine di ricorso di sessanta giorni, con la conseguenza che spesso al momento della proposizione del ricorso, il contratto risultava già stipulato, con l'effetto di vanificare l'effettività della tutela giurisdizionale, con sanzioni limitate al solo risarcimento del danno; b) una non completa trasparenza degli atti di gara, che comportava difficoltà per i concorrenti nell'ottenere conoscenza completa degli stessi, indispensabile al fine della proposizione del ricorso giurisdizionale; c) una non sufficiente celerità del rito processuale⁵⁶; d) un orientamento giurisprudenziale che, in assenza di norme

⁵⁵ Relazione analisi dell'impatto della regolamentazione (AIR). Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti.

⁵⁶ Vale la pena ricordare che grazie al rito abbreviato ex art. 23-bis della legge T.A.R. i processi in materia di appalti pubblici risultavano già più brevi degli altri processi, esaurendosi tra primo e secondo grado in 18-24 mesi. Si tratta, comunque, di circa 2 anni durante i quali, in attesa della definizione della controversia, le esigenze delle p.A. non possono essere soddisfatte, con evidente pregiudizio dell'interesse pubblico generale.

puntuali, ripartiva tra giudice amministrativo e giudice ordinario la cognizione sull'aggiudicazione e sulla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, così aggravando gli oneri del ricorrente vittorioso, che era costretto a rivolgersi a due diversi ordini giurisdizionali per ottenere piena tutela.

Come sopra evidenziato, la prassi delle stazioni appaltanti di procedere alla sottoscrizione del contratto (c.d. *race to signatute*) subito dopo l'aggiudicazione o tra la presentazione del ricorso e la definizione del giudizio costituiva un forte deterrente all'utilizzo dei mezzi di tutela previsti, in considerazione dell'obiettivo difficoltà ad ottenere un esito favorevole agli stessi e, in ogni caso, ad ottenere l'aggiudicazione del contratto. Ciò costituiva un evidente distorsione del mercato, nella misura in cui gli eventuali concorrenti esclusi rinunciavano facilmente a far valere le proprie ragioni, rendendo l'aggiudicazione *di fatto* incontrovertibile. Quest'ultima constatazione, unita alla mancanza di una tutela giurisdizionale effettiva, era in grado di indurre distorsioni molteplici nel sistema finendo per impattare astrattamente anche sullo svolgimento della gara a monte e, in generale, sull'intero processo di selezione del contraente della pubblica amministrazione che trova completamente proprio nella garanzia di tutela giurisdizionale. La stazione appaltante, potendo facilmente rendere nei fatti incontrovertibile l'esito della gara, non aveva incentivi a tenere il massimo rigore nello svolgimento della gara stessa, mancando un effettivo meccanismo di garanzia giurisdizionale e, quindi, di controllo effettivo del suo operato. D'altro canto, i partecipanti alla gara, in considerazione della oggettiva difficoltà di mettere in discussione l'aggiudicazione, erano frenati dal far valere eventuali irregolarità nello svolgimento della procedura di scelta del contraente, con l'effetto di contribuire a privare di effettivo significato il meccanismo di tutela giurisdizionale.

Il primo dei quattro profili di criticità evidenziati nell'analisi di impatto della regolazione viene affrontato attraverso la previsione di due termini sospensivi: un termine dilatorio per la stipula del contratto decorrente dall'aggiudicazione, c.d. *stand still*, e un effetto sospensivo automatico della possibilità di stipulare il contratto, decorrente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale fino alla pronuncia giurisdizionale, cautelare o di merito, secondo quanto previsto dai

rispettivi Stati membri. A garanzia è stata prevista, *ex post*, la privazione degli effetti del contratto stipulato senza l'osservanza dei termini predetti. Tuttavia, la validità del contratto non viene compromessa nel caso di gravi ragioni di interesse pubblico, con applicazione di sanzioni alternative, pecuniarie e non, che si sommano al risarcimento del danno e alle altre responsabilità di tipo penale, contabile, disciplinare in capo ai pubblici funzionari che violano le relative regole.

La disciplina oggi in vigore prevede una inibizione «necessaria» alla stipula del contratto della durata di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79 (art. 11, co. 10 Codice dei contratti), c.d. *stand still period sostanziale*⁵⁷, e una di tipo «eventuale» nel caso di proposizione del ricorso giurisdizionale, fino alla definizione dello stesso quantomeno in sede cautelare, c.d. *stand still period processuale*. In realtà la disciplina precedente già prevedeva una preclusione alla stipula del contratto per un periodo di 30 giorni successivi alla comunicazione dell'aggiudicazione, ma non erano disciplinati gli effetti sul contratto del mancato rispetto del termine di sospensione, che costituisce una novità introdotta per effetto del recepimento della direttiva ricorsi. Ne consegue che la disciplina in vigore va letta necessariamente nella sua interezza, in quanto la previsione di un termine di sospensione (regola) ha senso solo se collegata alla disciplina degli effetti sul contratto del mancato rispetto del termine di sospensione e dell'eventuale annullamento dell'aggiudicazione (sanzione). La mancata previsione di conseguenze nel caso di mancato rispetto del periodo di sospensione rendeva di fatto priva di significato l'inibizione prevista dalla normativa, anzi si traduceva in un fattore di ulteriore rallentamento dell'azione della pubblica amministrazione senza che ciò servisse ad assicurare una tutela giurisdizionale effettiva: una disciplina, pertanto, di fatto inefficace e distorsiva del sistema (dannosa).

La nuova disciplina deve essere coordinata con la previsione di un termine di 30 giorni per la presentazione del ricorso e i motivi ag-

⁵⁷ La direttiva 2007/66/CE prevede un periodo minimo di 10 o 15 giorni a seconda delle modalità di comunicazione utilizzate.

giunti, decorrente dalla ricezione della comunicazione di aggiudicazione⁵⁸ o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione del decreto nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, ovvero in ogni caso dalla conoscenza dell'atto (art. 120, co. 5 Codice del processo). Di regola, pertanto, decorso inutilmente il termine (30 giorni) per presentare il ricorso e il più lungo termine di *stand still sostanziale* (35 giorni), la decisione della stazione appaltante sull'aggiudicazione diverrà incontrovertibile, essendo stato eliminato il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica⁵⁹ (art. 120, co. 1 Codice del processo) e si potrà procedere validamente alla sottoscrizione del contratto.

Una questione dibattuta riguarda il *dies a quo* per la decorrenza del termine di sospensione alla stipula del contratto. L'art. 11, co. 10 del Codice dei contratti fa ora riferimento espresso all'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79⁶⁰. Quest'ultimo, rubricato informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni, disciplina sostanzialmente l'*iter* seguito dalle stazioni appaltanti per l'aggiudicazione di contratti, accordi quadro o sistemi dinamici di acquisizione, gli obblighi di comunicazione e le modalità. È ora precisato che le comunicazioni d'ufficio cui è tenuta l'amministrazione, in particolare l'aggiudicazione definitiva e l'esclusione ai candidati e offerenti esclusi, devono indicare la data di scadenza del termine dilatorio per la stipula del contratto (art. 79, co. 5 ter). Le comunicazioni citate indicano, altresì, se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito e l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, nonché i relativi orari, garantendo che sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio (art. 79, co. 5 ter). Entrambe le disposizioni possono essere considerate dei corollari della clausola di *stand still*: la prima finalizzata a ricordare a chi ne avesse interesse⁶¹ il termine per esercitare i propri di-

⁵⁸ Per i dettagli si rinvia a quanto ora previsto dall'art. 79 Codice dei contratti.

⁵⁹ In merito al dibattito circa l'eliminazione del ricorso straordinario al Capo dello Stato vedi oltre.

⁶⁰ La disciplina precedente faceva riferimento genericamente alla data di comunicazione dell'aggiudicazione, senza precisare quale tipo di aggiudicazione.

⁶¹ Si tratta dei soggetti richiamati alle lettere a e b dell'art. 79, co. 5.

ritti in giudizio; la seconda ad agevolare l'esercizio del diritto di accesso agli atti, quale mezzo preliminare e complementare all'esperimento di mezzi di tutela⁶².

Nonostante lo sforzo del legislatore del decreto di recepimento della nuova disciplina, permangono dubbi circa l'individuazione del momento preciso per la definizione del *dies a quo*, in considerazione della procedura dettata dall'art. 11 che individua tre fasi: 1) l'aggiudicazione provvisoria al miglior offerente disposta dalla commissione di gara (art. 11, co. 4); 2) l'aggiudicazione definitiva disposta dalla stazione appaltante previa verifica di quella provvisoria (art. 11 co. 5), che tuttavia non equivale ad accettazione dell'offerta (art. 11, co. 7); 3) l'integrazione dell'efficacia, che sopraggiunge all'esito della verifica del possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti prescritti, effettuata dalla stazione appaltante (art. 11, co. 8). Solo alla fine della terza fase l'aggiudicazione acquisisce efficacia ed è, pertanto, questo ragionevolmente il momento da cui far decorrere il termine di sospensione⁶³, nonostante il legislatore non lo preveda espressamente. Infatti, l'aggiudicazione diventa fatto lesivo per il soggetto non aggiudicatario solo quando è definitiva e, quindi, vincolante per la stazione appaltante: da quel momento l'atto diviene lesivo e, quindi, impugnabile per il partecipante non aggiudicatario. Come evidenziato dalla giurisprudenza, infatti, finché l'aggiudicazione non diviene definitiva la stazione appaltante può modificare la propria posizione senza dar luogo ad un autonomo procedimento di autotutela⁶⁴. Data la stretta connessione tra il termine di sospensione per la stipula del contratto e il termine di decadenza per azionare la tutela giurisdizionale, in considerazione del perseguimento dell'obiettivo di una celere ed effettiva tutela dei concorrenti, il *dies a quo* viene ragione-

⁶² L'art. 79 co. 5 *quater* introdotto dal d.lg. n. 53/2010 stabilisce che fermi i divieti ed i differimenti dell'accesso di cui all'art. 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione è consentito entro 10 giorni dall'invio della comunicazione mediante visione o estrazione di copia. Non occorre di regola istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione.

⁶³ Nello stesso senso D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, cit., 900.

⁶⁴ T.A.R. Lazio, sez. III ter, 18 luglio 2008, n. 6899.

volmente a coincidere in entrambi i casi con il momento in cui l'*aggiudicazione* diviene *definitiva* ed *efficace*. Un'interpretazione diversa non sarebbe in linea con l'obiettivo esplicitato nell'AIR di evitare che al momento della proposizione del ricorso il contratto risulti già stipulato, vanificando l'effettività della tutela giurisdizionale.

Al comma 10-*bis* dell'art. 11 del Codice dei contratti il decreto di decreto di recepimento ha introdotto alcune deroghe al termine dilatorio di *stand still period* sostanziale, che non si applica se a) a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro⁶⁵ e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione⁶⁶.

La disciplina in vigore non recepisce perfettamente quella contenuta dalla direttiva ricorsi. Il legislatore comunitario, infatti, prevede tre ipotesi di deroga allo *stand still* sostanziale rimettendo comunque agli Stati membri ogni scelta in merito all'adozione o meno. Le ipotesi contemplate sono: a) i casi in cui non è prevista la previa pubblicazione di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea e secondo la direttiva può essere ritenuto sufficiente prevedere procedure efficaci di ricorso dopo la conclusione del contratto⁶⁷; b) i casi in cui l'unico offerente interessato è colui al quale l'appalto è stato aggiudicato e non vi sono altri concorrenti interessati (controinteressati), che priva di utilità attendere il decorso di un termine per stipula del contratto; c) i casi di appalto basato su un accordo quadro e sistema dinamico di acquisizione⁶⁸, in quanto la previsione di un termine sospensivo obbligatorio potrebbe far venir meno i vantaggi per la stazione appaltante legati all'adozione di queste proce-

⁶⁵ Art. 59 d.lg. n. 163/2006.

⁶⁶ Art. 60 d.lg. n. 163/2006.

⁶⁷ Direttiva 2007/66/CE, considerando n. 8.

⁶⁸ Si tratta di casi in cui in seguito ad una procedura generale nella quale sono individuati i contraenti, la stazione appaltante sulla base di specifiche esigenze richiede di volta in volta le prestazioni.

ture. In quest'ultimo caso, secondo il legislatore comunitario, gli Stati membri potrebbero prevedere, in alternativa allo *stand still* obbligatorio, la privazione degli effetti dei contratti se stipulati in violazione delle procedure per essi stabilite.

Le fattispecie contemplate evidenziano ancora una volta l'attenzione riposta dal legislatore comunitario al perseguimento del duplice obiettivo di assicurare mezzi di ricorso efficaci e rapidi, che assicurino effettività di tutela giurisdizionale senza compromettere eccessivamente l'esigenza di celere definizione del contratto. In tutti i casi in cui non è utile o è eccessivamente pregiudizievole per gli interessi della stazione appaltante rallentare la conclusione del contratto non si applica il termine di sospensione obbligatorio.

Questa fattispecie non è prevista espressamente come deroga allo *stand still* obbligatorio nella disciplina nazionale in vigore, che pertanto non consente al ricorrere di questa ipotesi di stipulare validamente il contratto prima del decorso del termine prescritto; tuttavia, è prevista come ipotesi che giustifica l'esecuzione d'urgenza di cui all'art. 11, co. 9 del Codice dei contratti. Si tratta della possibilità prevista quale eccezione di consentire l'avvio anticipato dell'esecuzione del contratto nel periodo di formazione del rapporto contrattuale, e quindi prima della stipula in senso stretto, ove giustificato da ragioni di urgenza.

Il Codice dei contratti in vigore prevede espressamente che l'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento. Di regola l'esecuzione di urgenza non è consentita durante il termine dilatorio obbligatorio per la stipula del contratto e durante termine di sospensione processuale, salvo che a) nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero b) nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari. Non convince il generico riferimento al «grave danno all'interesse pubblico»⁶⁹

⁶⁹ Il Consiglio di Stato nel parere sul recepimento aveva proposto lo stralcio della disposizione.

e discutibile appare l'intera disciplina sull'urgenza, che sottende anche ipotesi riconducibili a responsabilità della stazione appaltante. La perdita di finanziamenti comunitari, infatti, è in linea di principio riconducibile alla mancata o inidonea attività programmatica della stazione appaltante e non dovrebbe poter giustificare una deroga alla regola generale. L'eventuale abuso nell'interpretazione di grave danno all'interesse pubblico potrebbe essere utilizzata arbitrariamente dalla pubblica amministrazione per procedere rapidamente all'esecuzione del contratto, forzandone la conclusione, senza che all'errore sia riconducibile una forte responsabilità in termini di risarcimento danni da parte della stazione appaltante sia nei confronti dell'appaltatore, sia in generale nei confronti dei concorrenti controinteressati. La previsione legislativa prevede, infatti, che l'appaltatore esegua le prestazioni a proprio rischio e pericolo, avendo diritto in caso di mancata successiva stipula al solo rimborso delle spese sostenute⁷⁰. La disciplina sull'esecuzione di urgenza non trova alcun riscontro nel diritto comunitario e risulta poco compatibile con lo stesso⁷¹, in quanto consente tra le altre cose di aggirare il periodo di sospensione imposto⁷².

La disciplina sulle deroghe ha sollevato dubbi di legittimità per eccesso di delega⁷³, in considerazione del fatto che quest'ultima prevedeva solo una ipotesi di deroga. Si discute, inoltre, della formulazione della prima delle deroghe previste all'art. 11, co. 10-*bis* concernente l'assenza di controinteressati, che prevede una descrizione piuttosto dettagliata rispetto a quella comunitaria, facendo riferimento sia al caso in cui sia stata presentata una sola offerta, sia al caso in

⁷⁰ È infatti precisato che nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale; nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

⁷¹ M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit.; A. BARTOLINI, F. FANTINI, F. FIGORILLI e D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit.

⁷² Cons. St., parere n. 368/2010.

⁷³ R. DE NICIOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit.

cui una sola offerta «sia stata ammessa», lasciando ad intendere che si possa procedere alla stipula del contratto prima del decorso del termine di sospensione anche in presenza di controinteressati. Al di là dei tentativi di interpretazione della norma finalizzati a renderla in qualche modo compatibile con la disciplina comunitaria⁷⁴, la formulazione scelta dal legislatore risulta foriera di complicazioni e se ne auspica una revisione.

L'art. 11, co. 10-ter del Codice dei contratti disciplina il termine di sospensione processuale, prevedendo che il contratto non possa essere stipulato se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare⁷⁵. La durata della sospensione è di 20 giorni decorrenti dalla notifica dell'istanza cautelare alla stazione appaltante, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare, ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. Se le condizioni indicate non ricorrono si ritiene che il termine venga assorbito da quello necessario per la Camera di Consiglio.

Si realizza in questo modo un'ipotesi di sospensione automatica degli effetti del provvedimento⁷⁶, che costituisce di fatto una deroga alla regola generale dell'ininfluenza del ricorso presentato sul provvedimento di aggiudicazione impugnato. Lo specifico riferimento al provvedimento cautelare di primo grado sembra far escludere che

⁷⁴ Si propone di ricondurre la distinzione tra offerta presentata e offerta ammessa alle distinte modalità di indizione delle procedure: con bando nel primo caso e mediante spedizione di inviti nel secondo, dove potrebbe giustificarsi in riferimento all'offerta ammessa (D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit., 903).

⁷⁵ La direttiva ricorsi attribuiva agli Stati membri la facoltà di subordinare la stipula del contratto alla sola pronuncia cautelare o sul merito senza precisare se di primo o secondo grado.

⁷⁶ In tal senso R. DE NICOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit., che parla di terza ipotesi di sospensione automatica di un provvedimento prevista dall'ordinamento nazionale accanto alla sospensione automatica dei provvedimenti di modifica e revoca delle speciali misure di protezione nei confronti dei collaboratori e testimoni di giustizia (art. 10 co. 2 septies d.l. 15 gennaio 1991 n. 8 convertito in legge 15 marzo 1991, n. 82) e la sospensione dei provvedimenti di allontanamento dei cittadini comunitari.

l'effetto sospensivo possa essere attribuito anche ad un eventuale appello al Consiglio di Stato.

L'obiettivo perseguito dal legislatore con la definizione della disciplina citata è ancora una volta il contemperamento dell'esigenza di una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, con quella di una celere esecuzione del contratto, il cui equilibrio sembra essere stato trovato nella limitazione del periodo di sospensione alla pronuncia della domanda cautelare, senza attendere una eventuale pronuncia sul merito, che rischierebbe di compromettere gli interessi sia della stazione appaltante che del controinteressato.

I presupposti perché operi l'effetto sospensivo processuale sono: che il contratto non sia stato stipulato e che il ricorso contenga anche la domanda di misure cautelari. Data l'operatività di regola della sospensione necessaria della stipula del contratto per il periodo di 35 dall'aggiudicazione definitiva ed efficace, l'ipotesi che il contratto sia già stato firmato dalla stazione appaltante al momento della proposizione del ricorso, termine di 30 giorni più breve, può ricorrere solo ove ricorrano le deroghe di cui al comma 10-*bis*. La contestualità del ricorso e dell'istanza cautelare può essere sostenuta in considerazione dell'esigenza di evitare meccanismi diretti ad estendere il termine dilatorio e della previsione contenuta nella legge delega che fa riferimento al ricorso giurisdizionale accompagnato da contestuale domanda cautelare (art. 44, co. 3 lett. g). Di contro, parte della dottrina sostiene l'operatività del termine di sospensione alla stipula del contratto anche nei casi in cui l'istanza di sospensiva sia presentata entro il termine decadenziale di 30 giorni per la proposizione del ricorso, ancorché non contestualmente allo stesso⁷⁷ e nel caso di ricorso all'istituto della tutela *ante causam* di cui all'art. 61 del Codice del processo amministrativo⁷⁸. Tale interpretazione estensiva, sia pure giustificata dall'esigenza di estendere le garanzie di effettività della tutela giurisdizionale, non trova puntuale riscontro nella previsione legislativa, anzi sembra contraria alle indicazioni desumibili dalla legge

⁷⁷ In tal senso M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit.

⁷⁸ In tal senso A. BARTOLINI, S. FANTINI e F. FIGORILLI, *Il decreto di recepimento della direttiva ricorsi*, in *Urb. e app.*, 2010, 639; D. GALLI, *Il recepimento della direttiva ricorsi tra nuovi e vecchi problemi*, cit., 902.

delega e rischia di favorire l'adozione di espedienti dilatori da parte dei ricorrenti in grado di pregiudicare gli interessi della stazione appaltante ad una rapida acquisizione della prestazione.

In ogni caso, l'effetto sospensivo viene meno quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari, o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale esplicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

3.1. - Le nuove regole processuali avverso le presunte violazioni della disciplina in materia di contratti pubblici riguardano non solo la fase processuale vera e propria, ma anche la fase a monte, in cui è disciplinato il c.d. preavviso di ricorso (243-*bis* del Codice dei contratti), e quella a valle (artt. 119-125 del Codice del processo amministrativo), relativamente alle conseguenze della decisione adottata dal giudice, in termini di effetti sull'efficacia del contratto stipulato e di sanzioni connesse (risarcimento del danno in forma specifica, per equivalente, sanzioni alternative).

A monte del rito vero e proprio in materia di appalti la nuova normativa introdotta dal decreto di recepimento della direttiva ricorsi colloca il c.d. preavviso di ricorso, quale istituto in grado di mettere la stazione appaltante nella condizione di conoscere le pretese del ricorrente, le relative ragioni ed eventualmente intervenire in sede di autotutela. L'istituto si colloca tra gli strumenti stragiudiziali di deflazione del contenzioso incentivati dalla direttiva ricorsi, la quale dispone che gli Stati membri possano condizionare la proposizione del ricorso giurisdizionale ad una previa informativa della relativa intenzione alla stazione appaltante e ancor prima alla proposizione di un ricorso amministrativo.

L'articolo 243-*bis* del Codice dei contratti disciplina l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale⁷⁹, prevedendo che nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del

⁷⁹ L'articolo recepisce la disciplina precedentemente contenuta all'articolo 44, co. 3, lettere b) e d), della l. n. 88/2009 e gli artt. 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE e 1, paragrafo 4, della direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE.

giudice amministrativo⁸⁰, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informino le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale. La dottrina propende nel ritenere che la prescrizione non configuri un *obbligo* a carico del potenziale ricorrente, preclusivo della presentazione del ricorso, ma piuttosto un *onere* cui ne corrisponde un altro (di risposta) in capo alla stazione appaltante. È infatti prescritto che la comunicazione *può* essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale e che la mancata presentazione del preavviso di ricorso costituisca solo comportamento valutabile ai fini della condanna alle spese e della condanna al risarcimento del danno. A prescindere dalla qualificazione in termini di obbligo o di onere risulta, comunque, pacifico che l'eventuale omissione del preavviso non determini sanzioni dirette, né decadenza in ordine alla successiva presentazione del ricorso giurisdizionale, né costituisce condizione di promuovibilità o procedibilità del ricorso⁸¹.

Quanto alle forme è prescritto che l'informazione sia fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, diretta al responsabile del procedimento e rechi una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. È prescritto che l'interessato possa avvalersi dell'assistenza di un difensore. È anche previsto, tuttavia, che la comunicazione possa essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara, inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

È oltremodo precisato che l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale non impedisce l'ulteriore corso del

⁸⁰ Il riferimento prima all'art. 244, co. 1 del Codice dei contratti pubblici (d.lg. n. 163/2006) e ora all'art. 133 del Codice del processo amministrativo (d.lg. n. 104/2010).

⁸¹ In tal senso anche R. DE NICTOLIS, *Il recepimento*, cit., che sostiene la sussistenza di un obbligo di preavviso di ricorso.

procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto (c.d. *stand still* sostanziale), né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale (c.d. *stand still* processuale). La disposizione si spiega evidentemente nell'ottica di non pregiudicare la celere definizione del procedimento, come pure la previsione di un termine di quindici giorni concesso alla stazione appaltante per comunicare le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia della stazione appaltante equivale a diniego di autotutela e costituisce comportamento valutabile, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'art. 1227 del codice civile, come la mancata presentazione del preavviso di ricorso da parte del potenziale ricorrente. In caso, invece, di diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, questo è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.

Non è chiaro se l'introduzione dello strumento citato sia effettivamente in grado di avere effetti deflattivi del contenzioso, o piuttosto finisca per tradursi in un ulteriore onere procedurale. Si lamenta in particolare la difficoltà di ricorrere efficacemente all'istituto citato a causa del ridotto termine per presentare ricorso, con il rischio di determinare solo un ulteriore appesantimento della procedura.

Con riferimento alla fase processuale vera e propria la direttiva ricorsi si limita a richiamare i principi di *effettività*, *concentrazione* e *celerità* del processo. Il nuovo rito in materia di appalti in vigore, invece, in alcuni passaggi va oltre le indicazioni fornite dalla direttiva e, nel tentativo di affrontare altre questioni dibattute nell'ordinamento nazionale, finisce a volte per perdere di vista gli obiettivi prefissati. La disciplina che ne scaturisce è data dalla combinazione di due discipline derogatorie⁸², la prima contenuta nell'art. 119 riguardante il rito abbreviato comune a determinate materie, che deroga la disciplina generale; la seconda contenuta agli artt. 120 ss., riservata ai provvedimenti in tema di procedure di affidamento di pubblici lavori, ser-

⁸² In tal senso M. LIPARI, *La direttiva ricorsi nel codice del processo amministrativo: dal 16 settembre si cambia ancora?*, in www.giustamm.it.

vizi e forniture, che risulta a sua volta derogatoria rispetto alla prima. Pertanto, quello delineato all'art. 119 del Codice del processo si configurerebbe come un «rito a specialità limitata», che trova applicazione solo nel caso in cui non risulti a sua volta derogato dalla specifica disciplina sull'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture. Si è sostenuto che il trasferimento all'interno del Codice del processo ha ridotto di fatto il livello di specialità del rito più evidente nel decreto di recepimento. Infatti, il legislatore del Codice ha sfruttato l'occasione per conferire portata generale ad una serie di elementi caratterizzanti il rito sugli appalti, come ad esempio l'indicazione sulla sinteticità degli atti, richiamata all'art. 120, assunto a principio generale che il giudice e le parti sono tenuti a rispettare nella redazione degli atti (art. 3), o il principio di inderogabilità della competenza territoriale dei TAR, divenuto principio generale ai sensi dell'art. 13 del Codice.

Una delle questioni maggiormente dibattute su cui il legislatore è voluto intervenire riguarda il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo in merito al rapporto tra aggiudicazione e contratto. L'art. 133, co. 1 lett. e) n. 1 del Codice del processo prevede che siano devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, 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, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative. La formulazione utilizzata dal legislatore sembra configurare una pregiudiziale di annullamento del provvedimento di aggiudicazione rispetto alla successiva dichiarazione di inefficacia del contratto⁸³.

Tra le altre novità introdotte dal Codice del processo si evidenziano il principio di esclusività del ricorso al giudice amministrativo,

⁸³ Sul punto tra gli altri F. FRACCHIA, *Il rito speciale sugli appalti e la sorte del contratto: un giudizio a geometria variabile e ad oggetto necessario nel contesto della concorrenza*, in www.giustamm.it.

essendo precluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e la nuova disciplina sui termini per ricorrere.

Come affermato dall'art. 120 del Codice del processo «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, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente»⁸⁴. L'eliminazione del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica si spiega in ragione dei tempi particolarmente lunghi richiesti in contrasto con l'obiettivo di fornire la massima celerità al nuovo rito in materia di appalti pubblici imposto dalla normativa comunitaria⁸⁵. La Commissione speciale incaricata di esprimere il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto aveva evidenziato come la specialità del nuovo rito in materia di appalti non fosse incompatibile con il ricorso straordinario, ma si era comunque detta favorevole alla sua abolizione per l'impugnazione di atti di gara pubblica, in considerazione dell'abbreviazione generalizzata dei termini, ma soprattutto dell'attribuzione al giudice amministrativo di importanti poteri in ordine alla sorte del contratto e all'eventuale applica-

⁸⁴ Vale la pena evidenziare che il Codice del processo estende il principio della inderogabilità della competenza territoriale dei T.A.R. a tutte le controversie soggette alla giurisdizione del giudice amministrativo, a prescindere dalla materia del contendere: «la competenza territoriale del Tribunale amministrativo regionale non è derogabile» (art. 13, co. 4) e il difetto di competenza territoriale «è rilevabile d'ufficio» (art. 15, co. 1). Per una descrizione dell'evoluzione della disciplina in materia di competenza territoriale dei T.A.R. si rinvia a G. Ferrari, sub art. 120, in R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, 1663 ss.

⁸⁵ La stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato in precedenza aveva escluso l'ammissibilità del ricorso straordinario in tutti i casi nei quali il giudice amministrativo fosse destinatario, in determinate materie, di norme processuali speciali volte ad una rapida definizione del contenzioso, tali da dar vita a competenze non suscettibili di alternative in contrasto con l'obiettivo dell'accelerazione, come ad esempio il processo speciale previsto dall'art. 25 della legge n. 241/1990. È stato ritenuto inammissibile anche il ricorso straordinario che svolge una funzione impugnatoria-annullatoria dell'atto amministrativo illegittimo, al fine di imporre un *facere alla p.a.* (sul punto R. DE NICCOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in www.giustamm.it, 2010).

zione di sanzioni alternative che vanno oltre la pronuncia meramente annullatoria che caratterizza il ricorso straordinario. Resta peraltro affidata all'interprete la questione dell'ammissibilità in sede di ricorso straordinario di una domanda risarcitoria in materia di appalti.

D'altro canto, la riduzione dei termini è chiaramente ispirata all'obiettivo di rendere più celere la definizione del giudizio, senza privare i soggetti coinvolti di strumenti di tutela adeguati. A tal fine il legislatore del Codice del processo ha confermato la riduzione dei termini per proporre ricorso e dei motivi aggiunti relativi ad atti non ancora impugnati, già prevista dall'art. 245 del d.lg. n. 163/2006, ora fissata in 30 giorni decorrenti dalla ricezione dell'atto⁸⁶ ovvero, per bandi e lettere di invito contenenti clausole immediatamente lesive, dalla relativa pubblicazione o spedizione⁸⁷, ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto (art. 120, co. 5). Nel caso in cui l'affidamento si avvenuto senza preventive forme di pubblicità il termine decorre dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva⁸⁸, a condizione che contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto in tal modo. Se invece tale forma di pubblicità successiva non sia stata effettuata ovvero lo sia stata con modalità diverse da quelle prescritte, l'impugnazione deve avvenire nel termine di 6 mesi decorrenti dalla stipula del contratto (art. 120, co. 2). Tutti gli altri termini processuali «ordinari» sono dimezzati ai sensi dell'art. 119, co. 2.

È chiarito che «i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti» (art. 120, co. 7). Il termine è stabilito in 30 giorni sia per il caso in cui vengano impugnati provvedimenti diversi rispetto a quello oggetto di

⁸⁶ Il riferimento è alla comunicazione di cui all'art. 79 del d.lg. n. 163/2006.

⁸⁷ Art. 66, co. d.lg. n. 163/2006.

⁸⁸ Art. 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. Ai sensi del successivo comma 4 dell'art. 120 «Quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto».

ricorso principale, sia nel caso di proposizione di nuovi motivi avverso gli atti già impugnati.

Inoltre, nel caso in cui il giudizio non sia immediatamente definito⁸⁹, l'udienza di merito, ove non indicata dal collegio, è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità e 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. 6 e 8)⁹⁰. Nella stessa disposizione è, inoltre, prescritto che il dispositivo del provvedimento con cui il T.A.R. definisce il giudizio sia pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione; che tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice debbano essere sintetici e che la sentenza sia redatta, ordinariamente, in forma semplificata.

La forte contrazione dei termini per proporre ricorso introdotta dal decreto di recepimento della direttiva ricorsi e confermata dal nuovo Codice del processo amministrativo risulta in linea con il diritto comunitario, dove la direttiva 07/66/CE fissa un *termine minimo* per proporre ricorso di 10 giorni dall'invio della decisione della commissione aggiudicatrice al concorrente via fax o via mail e 15 giorni nel caso in cui l'invio sia avvenuto con altri mezzi, fatti salvi gli affidamenti senza preventive forme di pubblicità. Peraltro la direttiva si limita a prevedere termini minimi e non massimi, anche se individua nella celere definizione della controversia uno degli obiettivi perseguiti, unitamente, però, al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti. Si tratta di capire se l'abbreviazione dei termini per proporre ricorso è in grado di garantire il perseguimento dell'obiettivo, oppure se invece la strada da percorrere possa essere un'altra.

4. - Il Codice del processo interviene nel delicato dibattito riguardante il rapporto tra fase procedimentale che si conclude con il

⁸⁹ Il riferimento è all'art. 60 del Codice del processo.

⁹⁰ Tali commi (6 e 8), unitamente al comma 10 sulla sinteticità degli atti di parte e del giudice e la sentenza semplificata, si applicano anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato, proposto avverso la sentenza o avverso l'ordinanza cautelare, e nei giudizi di revocazione o opposizione di terzo (art. 120, co. 11 Codice del processo).

provvedimento di aggiudicazione e fase contrattuale successiva, riguardante l'incidenza sul contratto stipulato dell'eventuale annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione. Si tratta della questione riguardante gli effetti dell'annullamento, in autotutela o in sede giurisdizionale, del provvedimento di aggiudicazione sul contratto *medio tempore* stipulato dalla stazione appaltante con l'impresa aggiudicataria⁹¹.

Come ricordato, la nuova disciplina attribuisce alla giurisdizione del giudice amministrativo sia la fase di affidamento e connesse procedure risarcitorie, sia la dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e le sanzioni alternative, ponendo la pregiudiziale di annullamento dell'aggiudicazione rispetto alla successiva dichiarazione di inefficacia del contratto.

Il Codice del processo introduce una specifica disciplina degli effetti sul contratto stipulato dell'annullamento dell'aggiudicazione, che intende evidentemente costituire una garanzia *ex post* del rispetto della disciplina dettata a monte. Il contratto è considerato «privo di effetti», secondo l'espressione utilizzata dalla direttiva, o «inefficace»⁹² in una serie di casi più gravi e il legislatore comunitario rimette a

⁹¹ Il dibattito ha riguardato sia la giurisprudenza che la dottrina. La Cassazione SSUU 28 dicembre 2007, n. 27169, la quale ha affermato che l'aggiudicazione segna lo spartiacque tra il momento pubblicistico dell'evidenza pubblica e il momento contrattuale con connesse patologie, la cui cognizione spetta al g.o. A questa posizione si è sostanzialmente allineato il Consiglio di Stato, Ad plen. 30 luglio 2008, n. 9 oggi superata dalla disciplina contenuta nel Codice del processo amministrativo. Per una ricostruzione delle diverse posizioni tra gli altri G. DE ROSA, *Quale giudice può decidere la sorte del contratto a seguito di aggiudicazione annullata? L'impatto della direttiva ricorsi*, in *Rivista ital. dir. pubbl. com.*, 1035 ss.; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dei contratti*, 1273 ss.; V. LOPILATO, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e nuovi rimedi previsti dal d.lg. n. 53/2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in www.giustamm.it; A. MASSERA, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto, le molte facce di un dialogo asincrono tra i giudici*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2009, 285 ss.; A. BOTTO, *L'annullamento dell'aggiudicazione e gli effetti sul contratto*, relazione IGI.

⁹² L'espressione «inefficacia» utilizzata dal legislatore nazionale è stata criticata in letteratura in quanto incapace, rispetto a quella comunitaria, di spiegare la ragione per cui il contratto resterebbe privo di effetti (M. CLARICH e G. FONDERICO, *I poteri del giudice*, in *Atti del Convegno su «il recepimento della direttiva ricorsi»*).

quello nazionale la disciplina delle specifiche conseguenze della dichiarazione di inefficacia, quali la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o la limitazione agli obblighi che restano da adempiere.

In una serie di altri casi la direttiva ricorsi prevede che gli ordinamenti nazionali possano prevedere la privazione degli effetti del contratto in alternativa all'applicazione di sanzioni alternative, perché proporzionate e dissuasive, comunque ulteriori rispetto al risarcimento del danno.

La direttiva individua, infine, una terza categoria di casi, ritenuti meno gravi, per i quali affida al legislatore nazionale il compito di definire gli effetti sul contratto dell'intervenuta illegittima aggiudicazione, con la possibilità di disporre la salvezza, ma contestualmente, la condanna al risarcimento del danno.

La direttiva lascia alle valutazioni discrezionali dei singoli Stati membri profili importanti con una «scelta meditata» finalizzata a riservare un ragionevole spazio agli ordinamenti nazionali, anche sul presupposto che la privazione degli effetti del contratto non debba essere automatica, ma accertata di volta in volta da un «organo di ricorso indipendente». Tra i profili demandati al diritto nazionale vi sono le conseguenze che derivano dalla privazione degli effetti di un contratto – in grado di travolgere tutti gli obblighi contrattuali contratti con effetto retroattivo (*ex tunc*) o limitato alle prestazioni ancora da eseguire (*ex nunc*) –, e le stesse conseguenze giuridiche derivanti dall'obbligatoria privazione degli effetti del contratto (nullità, decadenza, annullabilità, inefficacia sopravvenuta).

L'art. 121 del Codice del processo disciplina l'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni, prevedendo che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva. La declaratoria di inefficacia presuppone necessariamente l'intervenuto annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione, ma non segue automaticamente allo stesso, bensì richiede un'apposita pronuncia del giudice, senza la quale il contratto

continua a produrre effetti tra le parti⁹³. Tuttavia il tenore della disposizione citata, che prevede che il giudice che annulla l'aggiudicazione «dichiara» l'inefficacia del contratto, ha fatto sostenere il *valore meramente ricognitivo* della relativa pronuncia avente a fronte di una situazione che discenderebbe automaticamente dall'annullamento giurisdizionale dell'atto autoritativo di assegnazione dell'appalto. Sembra invece conforme ai principi generali del diritto riconoscere alla pronuncia di inefficacia *valore costitutivo*, in quanto è solo in seguito alla pronuncia del giudice che possono ritenersi rimossi con efficacia *ex tunc* o *ex nunc* a seconda dei casi, gli effetti del contratto stipulato. Tale dichiarazione viene adottata d'ufficio dal giudice che aveva annullato l'aggiudicazione, indipendentemente da una specifica richiesta del ricorrente. Ciò sarebbe diretta conseguenza dell'istituzione di un giudice unico chiamato, in sede di giurisdizione esclusiva, a definire il contenzioso in materia di selezione del partner privato della pubblica amministrazione, sia nei profili autoritativi che in quelli contrattuali⁹⁴.

Quanto ai casi presi in considerazione, l'art. 121 del Codice distingue tre categorie: a) i casi di privazione degli effetti obbligatoria in conseguenza della gravità delle violazioni intervenute nel corso del procedimento di aggiudicazione; b) i casi in cui pur ricorrendo gravi violazioni il contratto resta efficace perché prevale l'interesse generale a mantenerne in vita gli effetti; c) i casi in cui non trova applicazione la disciplina sull'inefficacia del contratto.

Le ipotesi di inefficacia obbligatoria del contratto sono riconducibili a due categorie: la prima riguarda le violazioni della disciplina sulla pubblicazione obbligatoria e preventiva del bando di gara⁹⁵; la

⁹³ G. FERRARI, sub *art. 121*, in R. GAROPOLI e G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, cit., 1710.

⁹⁴ Nello stesso senso G. FERRARI, *op. cit.*

⁹⁵ Più precisamente la prima categoria prende in considerazione: i casi di aggiudicazione definitiva avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella G.U. della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice dei contratti e i casi di aggiudicazione definitiva avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara

seconda la violazione delle norme in tema di *stand still*. Non viene presa in considerazione espressamente la violazione della disciplina in tema di appalti stipulati a valle di accordi quadro o sistemi dinamici di acquisizione prevista dalla direttiva comunitaria, che deve comunque essere ritenuta applicabile.

La seconda categoria di violazioni gravi si riferisce ai casi in cui il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio di *stand still* sostanziale e/o processuale. In entrambi i casi la dichiarazione di inefficacia rimessa alla pronuncia del giudice è condizionata dal fatto che il mancato rispetto del termine abbia privato il privato ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. L'inefficacia del contratto non opera in modo automatico in questo caso, ma interirebbe una mera irregolarità, che unitamente al ricorrere delle specifiche condizioni previste può consentire al giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto, fungendo così da corollario alla disciplina sullo *stand still*. Pertanto, l'eventuale inosservanza del termine dilatorio non è in grado di per se stessa di incidere sul procedimento di gara, ma può avere eventualmente effetti solo sul contratto e rilevare ai fini della valutazione della responsabilità conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione illegittima, anche al fine del risarcimento del danno.

Non è subordinata a condizioni, invece, la prima categoria di violazioni al diritto comunitario, che privano di fatto alla base la possibilità di un confronto concorrenziale effettivo. Si tratta del caso il cui l'aggiudicazione sia avvenuta senza previa pubblicazione del bando o dell'avviso con cui si indice una gara pubblica nella G.U. dell'Unione europea e G.U. della Repubblica italiana, quando la pubblicazione è prescritta dal Codice dei contratti pubblici; e nel caso di affidamento con procedura negoziata⁹⁶ o con affidamento in economia⁹⁷ avvenuto

nella G.U. dell'Unione europea o in quella della Repubblica italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal Codice dei contratti.

⁹⁶ Art. 56 Codice dei contratti.

⁹⁷ Art. 125 Codice dei contratti.

fuori dai casi consentiti, ove abbia determinato la mancata pubblicazione del bando o dell'avviso sulle Gazzette ufficiali citate e la pubblicazione è prevista dal Codice dei contratti.

Sarà il giudice poi a dichiarare l'effetto *ex tunc* o *ex nunc* della dichiarazione di inefficacia del contratto, sulla base della valutazione della *situazione di fatto*.

Anche nei casi di violazione grave è previsto che il contratto resti efficace qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti⁹⁸. La norma prevede che tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, 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. Ciò presuppone che il contratto sia in avanzato stato di esecuzione e che il completamento dell'opera non possa essere affidato, per ragioni tecniche appunto, ad altri se non a chi l'aveva avuta affidata fino all'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione.

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. Non costituiscono 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.

Cosa debba intendersi concretamente per esigenze imperative e quando sia o meno ravvisabile il ricorrere di un interesse generale è oggetto di dibattito nel quale si auspica intervenga presto a fare chiarezza la giurisprudenza. Infatti, se dovesse prevalere l'impostazione più elastica che suggerisce di ravvisare un interesse generale in tutti i casi di interventi relativi ad infrastrutture strategiche o insediamenti produttivi stante l'interesse generale ad una loro celere realizzazione,

⁹⁸ Art. 121, comma 2.

ovvero tutte le opere pubbliche fruibili da parte dell'intera collettività, o ancora interventi destinati alla fruizione da parte di una singola amministrazione nel caso in cui il ritardo pregiudichi l'assolvimento di pubbliche funzioni rivolte alla collettività⁹⁹, si finirebbe per privare quasi completamente di significato la previsione della privazione degli effetti del contratto. Tutta la materia dei contratti pubblici è infatti riconducibile ad esigenze della collettività che debbono essere soddisfatte auspicabilmente in modo celere, pena il pregiudizio delle pubbliche funzioni svolte dalla pubblica amministrazione in genere.

Infine, la regola dell'inefficacia del contratto non trova applicazione in una serie di casi. È prescritto che la disciplina sulle violazioni della disciplina sulla pubblicazione obbligatoria e preventiva del bando di gara incontra dei limiti nel caso in cui la stazione appaltante: a) abbia dichiarato, con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento, di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice la gara, sia consentita dal Codice dei contratti; b) abbia pubblicato nella G.U. dell'Unione europea o della Repubblica italiana a seconda che si tratti di contratti di sopra o sotto soglia di rilevanza comunitaria, un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del Codice dei contratti in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b). Il ricorrere di questi casi configurerebbe una sorta di «condotta virtuosa» cui è collegato un meccanismo premiante riconosciuto dal legislatore alla stazione appaltante che mette gli operatori interessati nella possibilità di contestare tempestivamente l'aggiudicazione¹⁰⁰.

In tutti i casi in cui il contratto venga considerato efficace nonostante le violazioni o l'inefficacia dello stesso sia temporaneamente limitata, si applicano le sanzioni alternative di cui all'art. 123. L'obiettivo è quello di evitare che la mancata dichiarazione di inefficacia del

⁹⁹ R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit.

¹⁰⁰ In tal senso D. GALLI, *op. cit.*, 910.

contratto si traduca in un disincentivo per la stazione appaltante a tenere un comportamento diligente nello svolgimento della gara.

L'art. 122 del Codice del processo, disciplina l'inefficacia del contratto stipulato a valle dell'aggiudicazione fuori dai casi di violazioni ritenute gravi dall'art. 121 e quelli in cui possa essere prevista l'irrogazione di sanzioni alternative. Si tratta di un'ipotesi residuale dettata da una norma in bianco che individua una serie di casi per i quali ritiene di rimettere alla libera valutazione del giudice che ha annullato il provvedimento di aggiudicazione se dichiarare o meno l'inefficacia del contratto e nel caso fissarne la decorrenza.

Il giudice agisce in modo pienamente discrezionale nel decidere se mantenere in vita il contratto, incontrando solo i limiti dalla doverosa applicazione dei criteri di adeguatezza e ragionevolezza¹⁰¹. È previsto solo che il giudice nell'assumere la decisione tenga conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta.

Il meccanismo sanzionatorio delineato dagli artt. 121 e 122 è evidentemente finalizzato a garantire il rispetto della disciplina dettata per la selezione del contraente della pubblica amministrazione e per garantire la tutela giurisdizionale degli operatori economici coinvolti. Il sistema scelto è composito perché a fronte di una rigida e tassativa elencazione dei presupposti e degli effetti sul contratto nei casi previsti dall'art. 121, corrisponde il riconoscimento di un'ampia discrezionalità al giudice nel decidere l'inefficacia del contratto in tutti gli altri casi, rafforzando il ruolo centrale a questi riconosciuto all'interno del sistema.

Se da un lato il Codice del processo amministrativo ha suggellato la riunione nelle mani dello stesso giudice della giurisdizione sulla fase a monte e a valle dell'affidamento, il ruolo di questo nei due procedimenti resta molto diverso. Il primo procedimento, infatti, è rigidamente preordinato alla verifica della sussistenza di vizi di illegittimità denunciati e tipizzati da cui dipende l'annullamento

¹⁰¹ In tal senso G. FERRARI, *op. cit.*

dell'atto autoritativo di aggiudicazione, mentre il secondo, fuori dai casi tipizzati dall'art. 121, intende essere flessibile e riconosce al giudice un ruolo fondamentale nel decidere la sorte del contratto con gli effetti che ne derivano per l'aggiudicatario, la stazione appaltante, la collettività di riferimento come utenti potenziali dell'opera o del servizio e dell'intero mercato. Questa maggiore flessibilità nella fase contrattuale con connessa maggiore discrezionalità del giudice non è necessariamente dannosa a condizione che sia amministrata bene, tenendo conto dei diversi interessi coinvolti e del diritto di ciascuno ad un equo risarcimento in caso di pregiudizio. Il rischio di creare uno stato di incertezza sulla sorte del contratto, con conseguente venir meno della certezza del diritto per tutti i soggetti coinvolti non può essere eliminato attraverso una minuziosa e tassativa elencazione dei presupposti di inefficacia del contratto, ma piuttosto adeguatamente gestito attraverso un sistema efficiente e responsabile, che ad ogni danno faccia corrispondere una sanzione adeguata a carico di chi lo ha prodotto e un indennizzo altrettanto adeguato a chi lo ha subito.

Si tratta di chiarire se la disciplina approntata dal legislatore comunitario e da quello nazionale di recepimento vada nella direzione giusta, o se per la natura stessa degli interessi da soddisfare non sia comunque preferibile un sistema più celere, che non rallenti in alcun modo la conclusione e l'esecuzione del contratto, ma si concentri piuttosto sui meccanismi per far valere le eventuali irregolarità in sede giurisdizionale e vi ricolleggi un meccanismo efficace di risarcimento dei danni, in grado di soddisfare adeguatamente il ricorrente e disincentivare la stazione appaltante a tenere un comportamento che possa alimentare ricorsi fondati.

5. - L'art. 123 del Codice del processo riproduce la disciplina prima inserita all'art. 245-*quater* del Codice dei contratti dal decreto di recepimento della direttiva ricorsi sulle sanzioni alternative che possono essere irrogate dal giudice amministrativo nei casi in cui: a) il contratto sia considerato efficace nonostante le violazioni gravi di cui all'art. 121 b) o nei casi di inefficacia temporalmente limitata; c) il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine *stand still* sostanziale o processuale, quando la violazione non abbia privato il ri-

corrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento¹⁰².

L'ultima fattispecie ha sollevato dubbi in quanto di fatto sanziona il comportamento della stazione appaltante a prescindere dall'effettivo pregiudizio che possa essere derivato al ricorrente, ma rientra di fatto nella discrezionalità del giudice la valutazione della stessa nei limiti del rispetto del contraddittorio come prescritto di seguito. In particolare, si discute dei presupposti dell'applicabilità delle sanzioni alternative, se siano di per sé sufficienti a giustificare l'irrogazione o se sia piuttosto necessario che l'aggiudicazione risulti viziata in un qualche modo. La formulazione della norma, infatti, induce a sostenere che l'irrogazione di sanzioni non possa prescindere dall'accertamento dei vizi dell'aggiudicazione¹⁰³. D'altro canto la norma sul rispetto del termine resterebbe sostanzialmente inattuata se si privasse della possibilità di ricondurre al mancato rispetto della stessa un meccanismo sanzionatorio. Si tratta sostanzialmente di interrogarsi (a livello comunitario oltre che nazionale) sulla *ratio* della clausola di *stand still* e sull'effettiva efficacia nel perseguimento degli obiettivi dichiarati dal legislatore comunitario, per evitare di introdurre una disciplina che, se priva delle necessaria copertura sanzionatoria, rischia solo di appesantire la procedura e rallentare il soddisfacimento dei bisogni delle amministrazioni, senza assicurare maggiori garanzie di tutela giurisdizionale.

Le sanzioni da applicare *alternativamente* o *cumulativamente* sono: a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo compreso tra lo 0,5% e il 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione¹⁰⁴; b) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del 10% ad un massimo

¹⁰² La relativa disciplina è contenuta nell'art. 121, co. 4 e nell'art. 123 citati.

¹⁰³ T.A.R. Campania 14 luglio 2010.

¹⁰⁴ La sanzione deve essere versata all'entrata del bilancio dello Stato entro 60 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione. Decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo.

del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

In linea con le indicazioni della direttiva, è prescritto che il giudice amministrativo applichi le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determini la misura in modo che siano «effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione». Rilevanza è attribuita alla gravità della condotta tenuta dalla stazione appaltante, ma anche all'eventuale attività da questa svolta per rimuovere le conseguenze dannose della violazione. La disposizione contiene il richiamo all'art. 73 co. 3 secondo cui se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d'ufficio, il giudice 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.

È precisato che, in ogni caso, l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative¹⁰⁵.

Destinataria del procedimento sanzionatorio, nel caso di gravi violazioni che non possono essere sanzionate con la declaratoria di inefficacia o con la limitata efficacia temporale del contratto, è solo la stazione appaltante. Il mancato rispetto della clausola di *stand still*, infatti, rientra nell'art. 121. Si avanzano dubbi sotto il profilo della ragionevolezza in merito all'applicazione di sanzioni economiche a carico di stazioni appaltanti che sono di regola enti pubblici direttamente o indirettamente finanziati dalla collettività, con la conseguenza che di fatto sarebbe quest'ultima che finirebbe per pagare per gli errori commessi. A tale riguardo la disciplina prevede che i proventi siano versati all'entrata del bilancio dello Stato entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione e de-

¹⁰⁵ Si sostiene che la sanzione pecuniaria possa comunque configurare una responsabilità erariale dei funzionari pubblici per spese o mancati introiti che pur restando nell'ambito del bilancio pubblico depauperino l'amministrazione di appartenenza (R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, cit.)

corso il termine per il versamento, si applichi una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo¹⁰⁶. La questione non può evidentemente essere ovviata attraverso l'eliminazione della previsione di qualunque sistema sanzionatorio a carico delle stazioni appaltanti, ma piuttosto auspica un miglioramento dei meccanismi di imputazione della responsabilità all'interno delle stazioni appaltanti e di *accountability* del sistema politico di riferimento.

Si discute dell'opportunità dell'attribuzione al giudice amministrativo della competenza ad irrogare sanzioni, che sembrano riconducibili alla categoria delle sanzioni amministrative e richiedono l'esercizio di un potere di merito, che non apparterebbe al giudice in questa materia. Anche se prevista nella legge delega, il decreto di recepimento nella materia degli appalti attribuiva al giudice una giurisdizione esclusiva e non anche di merito. Inoltre, ove irrogate in sede di appello si porrebbe la questione dell'eventuale non giustiziabilità delle stesse. Sarebbe stato probabilmente più opportuno demandare il potere di irrogare le sanzioni alternative all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, quale autorità amministrativa indipendente preposta alla vigilanza nel mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

6. – L'art. 124 del Codice del processo disciplina la tutela in forma specifica e per equivalente, prevedendo che l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto sia comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto sia nel caso di gravi violazioni sia negli altri casi. Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il «risarcimento del danno per equivalente, subito e provato». È inoltre stabilito che se la parte, senza giustificato motivo, non propone la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, o non si rende disponibile a subentrare nel contratto, la relativa condotta è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

La disciplina in vigore subordina il risarcimento in forma speci-

¹⁰⁶ A tal fine, la sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione.

fica alla pronuncia di inefficacia del contratto a prescindere dalla causa, prevedendo in tutti gli altri casi il risarcimento per equivalente. Per questo è richiesto la dimostrazione da parte del ricorrente del danno subito e provato, in linea con quanto previsto dalla giurisprudenza¹⁰⁷.

Si tratta di un passo avanti rispetto alla disciplina nazionale precedente introdotta dall'art. 4 della l. 205/2000 nella legge TAR, la quale prevedeva solo la tutela risarcitoria per equivalente. Veniva, infatti, stabilito che le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non potessero 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 potesse esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati. Questa disciplina è stata superata dall'emanazione della direttiva ricorsi¹⁰⁸.

Sulla tutela risarcitoria la direttiva rimette agli Stati membri la valutazione se ritenere forma prioritaria di risarcimento l'annullamento dell'aggiudicazione, o stabilire che il risarcimento sia accordato solo per equivalente, se il contratto è già stato stipulato e tranne i casi in cui l'aggiudicazione vada annullata in via prioritaria rispetto alla concessione del risarcimento del danno. Vista l'adozione del termine di sospensione per la stipula del contratto, il risarcimento in forma specifica, cioè l'aggiudicazione del contratto in favore del vincitore del giudizio, diviene forma risarcitoria privilegiata¹⁰⁹ ed è in linea con gli obiettivi di celerità oltre che di efficacia del giudizio. In caso con-

¹⁰⁷ Si è ritenuto di dover respingere la domanda di risarcimento per equivalente nel caso in cui il ricorrente non abbia allegato alcun elemento probatorio che consenta di quantificare il danno. Nel caso di impossibilità da parte del ricorrente di provare il danno è stata esclusa anche la possibilità di una quantificazione equitativa, ex art. 1226 c.c. (Cons. St., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1635; T.A.R. Sardegna, 30 dicembre 2009, n. 2682).

¹⁰⁸ Anche in attesa del recepimento la direttiva ha trovato diretta applicazione e, seppure non può in generale contestarsi agli Stati membri l'omessa attuazione di una direttiva prima del decorso del termine di trasposizione, gli Stati membri sono tuttavia tenuti ad astenersi dall'adozione di disposizioni che potessero compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa (Corte giust. CE, 22 novembre 2005, C-144/04, punto 67, in *Foro it.*, 2006, IV, 341 ss.; id., 18 dicembre 1997, C-129/96, punto 45, in *Riv. Dir. Internaz.*, 1998, 517 ss.).

¹⁰⁹ R. DE NICTOLIS, *I riti speciali degli appalti*, cit., 115.

trario, far seguire all'annullamento dell'aggiudicazione il solo risarcimento per equivalente ha conseguenze contrarie agli obiettivi dichiarati, in quanto da un lato la pubblica amministrazione all'esito della procedura continua a trovarsi sprovvista di una contraente e di un contratto che soddisfi le proprie esigenze e dovrà avviare una nuova procedura di affidamento, dall'altro il ricorrente vittorioso dopo aver sostenuto i costi per la partecipazione al primo affidamento e quelli del giudizio, non avrà comunque ancora ottenuto l'aggiudicazione del contratto e per ottenere l'affidamento dovrà affrontare una nuova gara.

Resta da chiarire la portata del riconoscimento di una pregiudiziale amministrativa ai fini della tutela risarcitoria, suscettibile di costituire un ulteriore ostacolo alla tutela degli operatori danneggiati.

Quanto ai soggetti cui è riconosciuto il diritto al risarcimento del danno, la prima formulazione introdotta dal decreto di recepimento sembrava limitare il diritto al risarcimento del danno al «ricorrente avente titolo all'aggiudicazione»¹¹⁰, escludendo il c.d. risarcimento da perdita di *chance* di tutti gli altri operatori coinvolti¹¹¹. Fino all'emanazione del Codice del processo si è discusso dell'opportunità o meno di limitare il risarcimento al solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione e se il risarcimento da perdita di *chance* andasse riconosciuto a tutti gli operatori coinvolti o la somma complessiva ripartita tra gli operatori che avessero dimostrato ritualmente e tempestivamente il danno subito. Si è anche sostenuto che l'eventuale riconoscimento del danno da perdita di *chance* a più di un concorrente non avrebbe alcuna utilità economica perché non in grado di determinare una moltiplicazione del presumibile utile di impresa tra più soggetti¹¹².

L'utilità del riconoscimento del risarcimento del danno da perdita di *chance* in esame non è data solo dal beneficio economico che ne può derivare per il singolo operatore coinvolto nella procedura di af-

¹¹⁰ Art. 245-*quinquies* del Codice dei contratti.

¹¹¹ R. DE NICCOLIS, *Aggiudicazione annullata, il destino del contratto dipende dalla gravità della violazione*, in *Appalti, le nuove regole sui ricorsi, Edilizia e territorio*, n. 15/2010, 21.

¹¹² M. LIPARI, *Il recepimento*, cit.; A. BARTOLINI, S. FANTINI e F. FIGORILLI, *Il decreto di recepimento*, cit., 660.

fidamento, da intendersi esclusivamente come ristoro del danno subito, ma anche nell'effetto deterrente indotto sull'operato della stazione appaltante e sul riconoscimento di una meccanismo di tutela effettiva di tutti gli operatori coinvolti nell'affidamento a prescindere dall'avere o meno titolo all'aggiudicazione, che deve essere comunque subordinato alla prova del danno stesso.

Per questo l'eliminazione dell'inciso nella disciplina in vigore deve essere letto positivamente, in quanto rimuove un limite all'operatività della tutela risarcitoria in generale, quale strumento primario in grado di garantire una tutela effettiva *ex post* agli operatori coinvolti nelle procedure di affidamento. In questa prospettiva risulta limitativa la formulazione normativa che fa del risarcimento per equivalente uno strumento di tutela residuale, così come l'effettiva portata della reintegrazione in forma specifica può essere limitata dalla previsione di un'inefficacia del contratto condizionata da specifiche cause.

Ad ogni modo, l'effettività dei meccanismi di tutela approntati dipenderà dalla capacità e volontà dei giudici di dosare al meglio anche i meccanismi sanzionatori previsti a partire dall'interpretazione della causa di inefficacia del contratto, la stessa pronuncia di inefficacia, l'irrogazione delle sanzioni alternative, l'eventuale condanna al risarcimento dei danni e soprattutto l'entità degli stessi (sanzioni alternative e risarcimento danni).

Solo la prassi e la verifica dell'impatto della regolazione sarà in grado di rivelare se la nuova disciplina è in grado di garantire il raggiungimento degli obiettivi dichiarati o sia piuttosto suscettibile di tradursi in ulteriori ostacoli al processo di selezione del contraente per il soddisfacimento delle esigenze della pubblica amministrazione, con l'effetto di rallentare ulteriormente i processi senza effetti positivi in termini di effettività della tutela degli operatori coinvolti. L'auspicio è che si riesca a porre mano ai limiti riscontrati in una prospettiva di minore frammentarietà e maggiore stabilità.

Abstract

La disciplina delle procedure di ricorso in materia di contratti pubblici in Europa è stata recentemente oggetto di una importante opera di riforma introdotta a livello comunitario dalla direttiva 2007/66/CE,

finalizzata a garantire una tutela processuale effettiva e a migliorare, conseguentemente, l'efficacia complessiva delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione. In Italia la normativa di recepimento è oggi contenuta in parte nel Codice dei contratti pubblici, in parte nel Codice del processo amministrativo. Il contributo ripercorre i passaggi salienti della disciplina in vigore per valutarne la coerenza rispetto agli obiettivi prefissati, nonché ai diversi interessi pubblici e privati coinvolti, per verificare se la strada percorsa e gli strumenti giuridici adottati siano adatti a garantire l'auspicata efficacia delle procedure di ricorso in materia o se, al contrario, i potenziali effetti distortivi prodotti inducano a riflettere e suggeriscano percorsi alternativi. L'idea di fondo è che l'obiettivo di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva debba sempre essere temperato con quello della celere esecuzione del contratto e presuppone un ripensamento dell'azione di responsabilità nei confronti della pubblica amministrazione. Solo assicurando una celere ed effettiva tutela dei concorrenti, infatti, la nuova disciplina può comportare affetti positivi sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività complessiva del sistema economico, con conseguente allargamento del mercato.

The rules of procedures relating to public contracts in Europe has recently been the subject of an important work of reform introduced at Community level by Directive 2007/66/EC, which aims to ensure effective judicial protection and improve, therefore, the effectiveness of the review procedures concerning the award. In Italy the legislation is now partly contained in the Code of public contracts, partly in the Code of the administrative process. This contribution reviews the main steps of the current regulations to assess their consistency with the objectives, and to the different public and private interests involved, to see if the road traveled and the legal instruments adopted are appropriate to ensure the desired efficiency of proceedings or whether, conversely, the potential distortion products would lead to reflect and suggest alternative routes. The idea is that the objective of ensuring full and effective judicial protection must always be balanced with that of the swift execution of the contract and requires a rethinking of the liability action against the pub-

lic administration. Only by ensuring a swift and effective protection of competitors, in fact, the new rules can result in positive affect on the proper functioning of the competitive market and the overall competitiveness of the economy, with consequent widening of the market.