

**LA TUTELA GIURISDIZIONALE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI  
ASPETTI PROCESSUALI**

**Dott. Silvio Di Lalla**

*Praticante Avvocato  
Laureato in Giurisprudenza  
presso l'Università degli Studi di Roma Tor Vergata*

**1. Inquadramento**

Il tema della tutela giurisdizionale in materia di appalti pubblici, nella sua fase maggiormente pregnante, quella attinente i meccanismi processuali, è stata radicalmente revisionata dal legislatore.

*In primis* quello comunitario, che con la direttiva ricorsi, n. 2007/66/CE, ha inteso sollecitare gli Stati membri all'adozione di norme maggiormente efficaci in tema; secondariamente il legislatore nazionale il quale, da un lato, ha recepito le indicazioni comunitarie, dall'altro, ha provveduto a dare finalmente organicità e uniformità alla disciplina del processo amministrativo nazionale, e quindi anche al processo riguardante le procedure di affidamento, emanando il d.lgs. n. 104 del 2010, altrimenti noto come Codice del Processo Amministrativo.

L'anno 2010 è sicuramente passato alla storia come uno dei più travagliati per quanto riguarda il contenzioso appalti. La disciplina in materia ha infatti conosciuto una prima rivoluzione nella primavera, con l'entrata in vigore del decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi, il n. 53 del 2010; è poi stata protagonista di una nuova collocazione all'interno del capo V del nuovo Codice del processo amministrativo, d.lgs. 104, in settembre.

Quest'ultima fonte normativa introduce alcune significative innovazioni anche alla disciplina di diritto interno riguardante il recepimento della direttiva ricorsi, n. 66 del 2007. L'intervento normativo di elaborazione del nuovo Codice ha apportato numerose modifiche alle fresche regole processuali contenute nel Codice dei contratti come delineate nel d.lgs. n. 53 del 2010, in larga misura trasfuse nel Codice del processo.

Si analizzerà il quadro della tutela giurisdizionale cercando di seguire un iter logico, richiamando, ove occorra, le fonti normative modificatrici appena citate.

**2. La fase precedente il contenzioso. L' informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale**

Con il termine di "precontenzioso" si intende in dottrina<sup>1</sup> indicare alcuni strumenti o istituti predisposti dalla legge e finalizzati ad evitare il contenzioso, a dirimere anticipatamente possibili controversie oppure a valutare istanze dei soggetti interessati onde evitare di giungere alla fase litigiosa *tout court*.

Sono annoverati, tra gli strumenti del precontenzioso, diversi e rilevanti istituti, la disciplina dei quali risulta essere inserita nel Codice dei contratti, e non nel Codice del processo. Hanno cioè conservato la collocazione nel Codice dei contratti pubblici, dopo la riforma, ricevendo appoggio dalla dottrina<sup>2</sup>, numerose disposizioni che possono avere riflessi determinati, seppure indiretti, sulle concrete modalità di tutela dinanzi al giudice amministrativo o a quello ordinario.

Non è errato considerare tra questi strumenti anche il c.d. termine di *stand-still* ed il termine sospensivo automatico, disciplinati dall'art. 11 del Codice appalti, d.lgs. 163/2006. Essi sono teleologicamente aderenti alla funzione deflattiva, in quanto permettono la stipulazione del contratto d'appalto tra stazione appaltante e soggetto aggiudicatario solo dopo un lasso temporale utile eventualmente ai controinteressati per eccepire l'illegittimità del procedimento di evidenza pubblica. In ragione della connessione con la fase dell'aggiudicazione è preferibile, tuttavia, ritenere tali mezzi non tipicamente processuali.

Oggetto del presente paragrafo è l'approfondimento circa strumenti che sono rimasti nella parte IV del d.lgs. n. 163/2006, rubricata "Contenzioso", anche se orfana delle disposizioni meramente processuali, migrate nel d.lgs. n. 104/2010.

Detti istituti sono la Transazione, disciplinata dall'art. 239, l'Accordo Bonario, nell'art. 240; strumenti che mirano alla risoluzione di controversie sui diritti soggettivi nascenti dall'esecuzione del contratto a prescindere dalla *vocatio in ius* dinanzi al giudice ordinario. Ancora, all'art. 241 si impone la previsione dell'Arbitrato, con il quale si devolve ad un soggetto terzo, bensì non giurisdizionale, il compito di dirimere le controversie sui diritti soggettivi nell'esecuzione del contratto.

Questi istituti non riguardano evidentemente il tema della tutela giurisdizionale, in quanto, come visto, non attengono alla giurisdizione. Motivo per cui in questa sede non è necessario che vengano affrontati, benché, bisogna dire, la direttiva ricorsi sia intervenuta anche su alcuni di questi.

Di grande rilevanza, ai fini del presente lavoro, è invece l'istituto disciplinato dall'art. 243-*bis* del Codice dei contratti.

L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, altrimenti conosciuto come "preavviso di ricorso", è un istituto nuovo del Codice, introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 53 del 2010 di recepimento della direttiva ricorsi. Trova, pertanto, il suo fondamento nella normativa comunitaria.

La direttiva n. 66 del 2007 non aveva, invero, obbligato gli Stati ad adottare misure di questo tipo<sup>3</sup>. Dalla lettura della disposizione comunitaria rilevante in merito si evince la natura

---

<sup>1</sup> Si veda, ad es., R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, 2012, che dedica un capitolo intero al precontenzioso.

<sup>2</sup> Cfr., ad es., S. RUSCICA, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, in *Riv. Urbanistica e appalti*, n. 11 del 2010, 1266.

<sup>3</sup> V. Italia, *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, Milano, 2010, 99; R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012; M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super- accelerato e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, in *Foro Amm. Tar*, 2010: 17. *L'informativa preventiva dell'intento di proporre ricorso e il collegamento con l'autotutela. Una scelta della delega non imposta dalla direttiva.*

non vincolante della norma, anche se non mancano opinioni contrastanti<sup>4</sup>. Aveva, infatti, lasciato agli stessi discrezione in merito all'adozione di istituti del genere, come si evidenzia dalla lettura dell'art. 1, par. 4, della direttiva 2007/66/CE: "*Gli Stati membri possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'art. 2-bis, par. 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2-quater*" ; a condizione cioè, nel nostro ordinamento, che non incida, tale eventuale introduzione, sul termine dilatorio fissato dall'art. 11 del Codice e sul termine per il ricorso giurisdizionale che, come si vedrà, è stato dimezzato dal decreto di recepimento stesso.

Il legislatore del 2010 ha optato per l'introduzione ed ha aggiunto, al d.lgs. n. 163/2006, l'art. 243-*bis* in questione.

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

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

Se tale è la *ratio* della norma, visibile chiaramente nella formulazione, bisogna sottolineare che essa ha anche altri effetti, ovvi e indiretti, che non si sono voluti esplicitare. La dottrina è infatti unanime nel ritenere che la previsione permetta, alla stazione appaltante, la conoscenza di una imminente impugnativa da parte di soggetti privati, tale da consentire di predisporre tempestivamente le proprie difese, di compiere valutazioni in ordine ad un differimento nella stipula del contratto, e in generale in ordine ad una sospensione del procedimento in corso<sup>5</sup>.

In effetti, la circostanza che, prima della proposizione del ricorso, il soggetto interessato debba indicare le ragioni di illegittimità del provvedimento sfavorevole, provocando una risposta della stazione appaltante, è potenzialmente molto utile. L'amministrazione potrebbe rimediare, in autotutela, agli errori più evidenti; in alternativa, e anche qui si evidenzia la significativa finalità deflattiva del contenzioso, la stazione appaltante potrebbe fornire spiegazioni sufficienti per convincere l'interessato dell'assenza dei vizi denunciati e desistere pertanto da ulteriori iniziative giudiziarie.

Per quanto riguarda oggetto ed ambito applicativo della norma, l'informativa attiene l'indicazione della presunta violazione e la comunicazione dell'intento di proporre un ricorso giurisdizionale.

Inoltre, essa si riferisce non a qualsivoglia contenzioso in materia di pubblici appalti, ma solo al contenzioso sulle procedure di affidamento, sottoposto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo quanto afferma il comma 1 della disposizione.

Dubbi possono nascere, dalla lettura della nuova previsione, circa l'esistenza o meno di un vero e proprio obbligo, per chi intenda esperire un ricorso giurisdizionale, di informare preventivamente la stazione appaltante. Ci si è chiesto cioè se l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale debba precedere doverosamente il ricorso stesso, o viceversa sia facoltà dell'interessato avvalersene o meno.

<sup>4</sup> R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2011, 2182, definiscono opinabile la tesi maggioritaria circa la mancanza di obbligatorietà della disposizione.

<sup>5</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012; S.RUSCICA, *Inefficacia del contratto di appalto pubblico*, Milano, 2011.

Parte della dottrina<sup>6</sup> è incline a considerare l'informativa come "doverosa" da parte del candidato o concorrente che intenda proporre ricorso giurisdizionale, sebbene ammetta subito dopo che l'omissione della stessa non va incontro a sanzioni dirette, quali decadenza dalla possibilità di esperire ricorso giurisdizionale, ad esempio.

La dottrina prevalente<sup>7</sup> comunque indica come non obbligatoria la previsione, per il privato che intenda esperire un ricorso giurisdizionale, in quanto non è collegata alla mancanza dell'esperimento alcuna decadenza processuale, né si concretizza la stessa quale condizione di procedibilità.

Un approccio esegetico alla norma, d'altronde, non chiarisce, perché l'aspetto letterale non è marcato nell'un senso o nell'altro, limitandosi essa ad affermare che "i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale".

In realtà, appare persuasiva la tesi<sup>8</sup> per la quale l'informazione alla stazione appaltante rappresenta un onere o un "dovere" da parte dell'impresa o soggetto privato interessato. L'inosservanza di un dovere infatti, secondo la tesi in questione, non è sanzionata sul piano processuale, come di fatti non è sanzionata, la mancanza dell'informativa, con l'improcedibilità del ricorso; ma è valutabile dal giudice come un comportamento rilevante ai fini dell'eventuale condanna alle spese e dell'eventuale giudizio risarcitorio; esattamente ciò che prevede l'art. 243-*bis* al comma 5, ove si legge che "l'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile".

Cosa avvenga quindi in caso di mancata informativa è presto detto. Se il ricorso giurisdizionale è infondato, né conseguirà una maggiore severità nella imputazione e nella misura delle spese di lite. Se, viceversa, è fondato e il giudice valuta che la tempestiva informativa avrebbe consentito l'autotutela e evitato il giudizio, potrebbe compensare le spese di lite, o condannare il ricorrente vittorioso alle spese legali per singoli atti, o escludere o limitare il risarcimento del danno, ai sensi dell'art. 1227 c.c., per concorso di colpa del danneggiato.

Invece, per quanto riguarda il comportamento della stazione appaltante destinataria dell'informativa, il comma 4 postula che, entro quindici giorni dalla notizia, comunichi le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia della stessa equivale a diniego.

Dalla disposizione emerge un corollario.

Come avviene per il mancato esperimento dell'informativa a carico del privato, l'inerzia della stazione appaltante subisce una sanzione indiretta, individuata nella possibilità di valutazione del giudice ai fini delle spese: se il ricorso è infondato, l'inerzia acquista rilievo ai fini delle spese di giudizio, che potrebbero essere compensate se il giudice valuta che una tempestiva risposta dell'amministrazione avrebbe evitato lo stesso; se è fondato il ricorso, l'inerzia acquista rilievo sia ai fini della condanna della stazione appaltante alle spese, sia ai fini del risarcimento del danno.

Si è rilevato in dottrina<sup>9</sup> che, sul piano della prassi, l'istituto è difficile da mettere in atto, se si pone l'attenzione ai termini stessi: l'informativa, secondo il comma 2, può essere esperita fin quando non scadano i termini per il ricorso giurisdizionale, che attualmente alla luce delle

<sup>6</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, 1684.

<sup>7</sup> S. RUSCICA, *Inefficacia del contratto di appalto pubblico*, Milano 2011, 23; R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice*, cit., Roma, 2012.

<sup>8</sup> V. ITALIA, *Il nuovo ricorso*, cit., Milano 2010, 106.

<sup>9</sup> R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012.

riforme, come si vedrà, è di 30 giorni; entro 15 giorni dalla comunicazione la stazione appaltante deve rispondere, come detto.

Si denoterebbero, quindi, nell'arco temporale di 30 giorni al massimo, situazioni per cui sia il privato destinatario del provvedimento che la stazione appaltante sono tenuti ad adempimenti di non poco momento: il primo deve redigere la comunicazione, comprensiva dei motivi di ricorso; dal canto suo la stazione appaltante dispone di pochi giorni, effettivamente, per rispondere esercitando o meno l'autotutela.

Tale tesi dottrinale non pare condivisibile. I tempi tecnici non sembrano così ristretti, e, comunque, bisogna salutare con favore una disposizione, come quella dell'art. 243-bis, che permetta alle parti di risolvere una questione, sfruttando l'istituto dell'autotutela, in via anticipata, evitando così la chiamata in causa degli organi giurisdizionali, con ciò che comporta tale *vocatio*, in quanto ad oneri<sup>10</sup>, soprattutto per la parte privata.

Non è inesatto affermare<sup>11</sup> che, nella maggior parte dei casi, l'Amministrazione raramente corre il rischio di esercitare il potere di autotutela, perché si vedrebbe esposta alla lamentela dell'originario aggiudicatario; così ben frequente è l'atteggiamento di attesa.

Bisogna considerare poi i casi in cui il preavviso venga comunicato alla stazione appaltante pochi giorni prima della scadenza del termine per proporre ricorso e, quindi, preceda di pochi giorni la probabile notifica del ricorso giurisdizionale: la *ratio* di deflazione del contenzioso che ispira l'istituto sarà vanificata, atteso che, non interrompendosi il termine per il ricorso, l'interessato adirà il giudice amministrativo per maggiore sicurezza. Anzi, è probabile che in situazioni del genere nessuno prenderà in considerazione l'istituto dell'art. 243-bis.

Diversa invece l'ipotesi in cui l'informativa venga 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, come previsto dal comma 2.

Si pensi all'ipotesi di una seduta in cui venga annunciata l'aggiudicazione provvisoria. In tal caso sarebbe aderente alla sua funzione deflattiva del contenzioso, l'istituto, essendoci spazio e tempo per occuparsi della domanda, prima dello scadere dei termini per il ricorso.

La stazione appaltante, in seguito all'informativa, può avviare il procedimento di autotutela oppure disporre il non luogo a procedere. Evidente che, nel primo caso, se in ipotesi intervenga annullando un'aggiudicazione illegittima, l'utilità dell'istituto si evidenzerebbe in tutta la sua pregnanza.

In definitiva, la previsione dell'art. 243-bis può essere considerata una innovazione di non poco conto.

La finalità principale, quella deflattiva del contenzioso, potrebbe, nei limiti appena visti, trovare esito positivo. Non senza considerare che si necessita, a tal fine, una oculata gestione dei termini e tempi tecnici, da parte di chi intenda avvalersene.

La giurisprudenza in materia, per il momento, non sembra fiorente; ciò potrebbe essere dovuto alle criticità della norma che si è cercato di mettere in evidenza; tuttavia il tempo passato dall'entrata in vigore è limitato, per cui, per esprimere un parere sull'utilità dell'istituto e sul raggiungimento degli obiettivi fissati, bisognerà attendere.

### 3. Il rito in materia di appalti pubblici

<sup>10</sup> Si pensi alle spese di giustizia, al c.d. contributo unificato *ex* art. 13 D.P.R. n. 115/2002, come modificato dal d.l. n. 98/2011 e dal d.l. n. 138/2011.

<sup>11</sup> S. RUSCICA, *Inefficacia del contratto di appalto pubblico*, Milano, 2011.

Esaurita l'analisi di quella che può essere considerata la fase logicamente e cronologicamente precedente la presentazione di un ricorso giurisdizionale, occorre volgere lo sguardo al rito processuale vero e proprio, alla sua disciplina, all'analisi delle modifiche che lo hanno interessato e agli istituti ad esso inerenti.

Con la presente disamina, ci si soffermerà sui mezzi tramite cui attivare una tutela giurisdizionale in tema di contrattualistica pubblica, per mezzo di impugnazioni di provvedimenti della stazione appaltante.

### 3.1. Evoluzione storica del panorama normativo

Il regime processuale dei pubblici appalti ha subito continui mutamenti.

Conviene, anzitutto, chiarire le tappe dell'evoluzione normativa, al fine di evitare facili confusioni, dovute al significativo susseguirsi delle disposizioni di legge.

Fino all'anno 2010, che, come visto, rappresenta lo spartiacque nell'ambito della disciplina processuale, il nucleo fondamentale della materia era rappresentato dall'art. 23-*bis* della legge Tar, legge 1034 del 1971, introdotto dalla legge n. 205 del 2000.

Disposizioni processuali, precipue del mondo degli appalti, erano state inserite nel d.lgs. n. 163 del 2006, all'art. 245; esso tuttavia, nella versione originale, faceva riferimento all'art. 23-*bis* della legge Tar: il primo comma della disposizione<sup>12</sup>, infatti, dopo aver chiarito che gli atti della procedura di affidamento erano impugnabili mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale, affermava che davanti al giudice amministrativo si applicava il rito di cui all'articolo 23-*bis*, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

L'art. 23-*bis* in questione disciplinava un rito abbreviato dinanzi ai tribunali amministrativi regionali, diverso rispetto a quello ordinario, e la cui ragion d'essere trovava fondamento nei motivi che saranno citati.

La norma da ultimo citata è stata abrogata, nelle disposizioni che riguardavano gli appalti, dall'art. 15 del decreto legislativo n. 53 del 2010 di recepimento della direttiva ricorsi, n. 66 del 2007. Del tutto eliminata poi dall'allegato 4 del Codice del processo amministrativo.

La normativa comunitaria ha inciso particolarmente, come visto, sulle procedure di ricorso in materia di affidamenti pubblici. Ragion per cui è intervenuta esigendo modifiche alle stesse, negli Stati membri. In Italia queste direttive hanno preso la forma del decreto legislativo di recepimento, n. 53, citato: esso ha modificato drasticamente l'art. 245 del Codice appalti, introducendo, nello stesso, norme processuali esaustive, e limitando il richiamo all'art. 23-*bis* solo per quanto non espressamente previsto.

La modifica ha avuto vita breve, in quanto dopo pochi mesi tutta la disciplina processuale è trasfusa nel d.lgs. n. 104 del 2010, nuovo Codice del processo amministrativo: si può dire che l'art. 23-*bis* sia oggi sostituito dall'art. 119 del Codice del processo<sup>13</sup>, mentre il 245 del Codice appalti è migrato, con modifiche, nell'art. 120 dello stesso. Oggi il rito appalti è regolato dagli articoli 119 e 120 del Codice del processo.

<sup>12</sup> Originario art. 245, d.lgs. n. 163/2006, comma 1: "Gli atti delle procedure di affidamento [...] sono impugnabili [...] mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente [...]. Davanti al giudice amministrativo si applica il rito di cui all'articolo 23-*bis*, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034."

<sup>13</sup> In questo senso, F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, Roma, 2012.



La disciplina processuale, quindi, è inserita essenzialmente nel Codice del processo amministrativo, per quanto attiene alla fase giudiziale della controversia; sono rimaste in vigore le disposizioni del d.lgs. n. 53 del 2010, quindi nel Codice dei contratti pubblici, per tutto quanto vale fino alla notifica del ricorso<sup>14</sup>.

### **3.2. L'articolo 23-bis della legge Tar. Cenni sui principi del rito appalti, prima della riforma**

L'art. 23-bis, come visto, fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 53/2010 disciplinava interamente il rito in materia di appalti pubblici. Dopo il decreto di recepimento della direttiva ricorsi ha assunto un ruolo marginale, essendo richiamato dall'art. 245 del Codice appalti solo per quanto non previsto dallo stesso. E' stato infine abrogato dall'allegato 4 al d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, di approvazione del Codice del processo.

L'art. 23-bis, aggiunto alla legge Tar nel 2000, aveva previsto per determinate materie, specificamente e tassativamente elencate, un giudizio abbreviato, distinto ed autonomo rispetto a quello immediato<sup>15</sup> che, ai sensi del'art. 26 della stessa legge Tar, poteva svolgersi nella camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza cautelare. Giudizio abbreviato che, in quanto tale, differiva da quello ordinario; per tali motivi era considerato un rito speciale.

Obiettivo perseguito dall'art. 23-bis era quello di assicurare celerità nella definizione di giudizi aventi ad oggetto materie di preminente interesse per lo Stato e l'intera collettività: tra queste materie era inclusa quella attinente le procedure pubbliche di affidamento.

Ciò che caratterizzava in modo particolare il rito speciale di cui all'art. 23-bis, era il dimezzamento dei termini processuali rispetto ai termini ordinari, salvo quello relativo alla proposizione del ricorso di primo grado. Il comma 2 prevedeva infatti la riduzione alla metà dei termini processuali, "salvo quelli per la proposizione del ricorso"<sup>16</sup>.

La norma aveva ingenerato dubbi interpretativi<sup>17</sup>: basandosi sull'aspetto letterale della stessa, che faceva riferimento ai "termini" e non al termine per la proposizione del ricorso, e tenendo a mente che nel processo amministrativo il ricorso si propone tramite due atti, notifica ai controinteressati e poi deposito presso il Tar, si era prospettata la possibilità di interpretarla nel senso della inapplicabilità del termine dimezzato ad entrambe le fasi, notificazione e deposito, dell'atto introduttivo del giudizio.

Successivamente, anche per effetto dell'intervento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>18</sup>, si era affermato e poteva ritenersi consolidato il principio per il quale dovevano intendersi dimezzati i termini per il deposito, ma non anche per la notificazione del ricorso di primo grado. Questa scelta normativa, interpretata in tal senso dal Consiglio di Stato e, come si vedrà, sancita definitivamente dal nuovo art. 119 del Codice del processo, era dovuta all'esigenza di garantire il pieno esercizio del diritto costituzionalmente garantito di difesa ex art. 24 della Costituzione.

<sup>14</sup> A. TRAVI, *Lezioni di Giustizia Amministrativa*, IX ed., Torino, 2010.

<sup>15</sup> R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2012.

<sup>16</sup> Art. 23-bis, comma 2, legge Tar: "I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso".

<sup>17</sup> R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Codice del processo*, cit., Roma, 2012.

<sup>18</sup> Cons. St., Ad. Plen., 31 maggio 2002, n. 5.

Nel sistema introdotto dall'art. 23-*bis* quindi, alla luce di quanto appena detto, ed in relazione alle altre norme della legge Tar<sup>19</sup>, il termine per notificare un ricorso avverso un provvedimento aggiudicativo era di sessanta giorni dalla data di conoscenza dello stesso; di quindici giorni, dall'ultima notifica, quello per il deposito del ricorso presso il Tar.

Ovviamente questo sistema comportava una giustizia a due velocità<sup>20</sup>, rispetto ai ritmi del processo ordinario. Sebbene sulla legittimità di un rito speciale si fossero addensati dubbi in dottrina, sia il Consiglio di Stato<sup>21</sup> che la Corte Costituzionale erano intervenuti sul punto. In particolare la Consulta aveva già avuto modo di chiarire<sup>22</sup>, in generale, che l'introduzione di una speciale disciplina, volta a conseguire obiettivi di celerità processuale e riferita a materie limitate e identificate, era da considerarsi legittima e non irragionevole: né l'abbreviazione dei termini, né la possibilità di definire il giudizio in sede cautelare, si sarebbero, per i Giudici delle Leggi, posti in contrasto con il diritto di difesa o altri precetti costituzionali in materia di giurisdizione.

### 3.3. I principi processuali nella direttiva ricorsi

La direttiva ricorsi ha postulato, per il processo in materia di appalti pubblici, i ben noti principi di effettività, concentrazione e celerità.

Come visto, alla luce dei difetti e delle criticità riscontrate nelle normative degli Stati membri, essa ha imposto di adottare efficaci misure di ricorso, e di armonizzare gli istituti in tal senso, creando le condizioni per una tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Sono riferiti precipuamente alle procedure di ricorso alcuni dei considerando della direttiva. Il considerando n. 17 afferma che "una procedura di ricorso dovrebbe essere accessibile almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione"; con ciò esigendo una tutela effettiva, per gli interessati, negli Stati membri.

Il considerando n. 25 impone la necessità di garantire nel tempo la certezza giuridica delle decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, esortando gli Stati a fissare un termine minimo ragionevole di prescrizione o decadenza dei ricorsi aventi lo scopo di far stabilire che il contratto è privo di effetti. Nel ventisettesimo considerando si insiste sul punto prevedendo che, per motivi di certezza giuridica, la possibilità di far valere la privazione di effetti di un contratto sia limitata ad un determinato periodo. Si chiede il rispetto dell'effettività di tali termini.

Naturalmente tutte le disposizioni che attengono il ricorso ed i termini vanno considerate insieme a quelle, analizzate nel secondo capitolo del presente lavoro, che hanno disciplinato i termini sospensivi e dilatori armonizzando, in tal modo, tutta la fase che va dall'aggiudicazione, di un appalto pubblico, alla fine dell'eventuale contenzioso sulla stessa.

Dunque, al fianco delle altre tematiche principali, come quella dell'impedimento alla stipula del contratto per un certo lasso temporale, già vista, o quella attinente la sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione, da esaminare nel prossimo capitolo, si può annoverare con certezza l'enfasi della direttiva sul termine di decadenza per il ricorso avverso l'aggiudicazione e gli altri provvedimenti inerenti una procedura di affidamento.

<sup>19</sup> Art. 21, c.1, che individuava in 60 giorni il termine per la notificazione del ricorso, e art. 21, c.2, per il quale il deposito del ricorso doveva essere effettuato entro 30 giorni dall'ultima notifica.

<sup>20</sup> M. LIPARI, *Il processo speciale in materia di opere pubbliche delineato dall'art. 4 l. n. 205/2000 e il nuovo art. 23-bis l. n. 1034/1971*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>21</sup> Cons. St., sez. V, 13 luglio 2006, n. 4418.

<sup>22</sup> Corte Cost., 10 novembre 1999, n. 427.



Nell'ottica di tali considerazioni, la direttiva ricorsi ha modificato in modo sostanziale le direttive 89/665/CEE e 92/12/CEE, relative alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Sebbene la nuova direttiva operi formalmente come novella delle due precedenti, essa apporta radicali modifiche alle stesse, e deve essere considerata, dunque, un nuovo corpo normativo<sup>23</sup>.

L'atto normativo comunitario ha quindi stabilito che gli Stati membri prevedano, per il ricorso avverso gli atti della procedura, un termine non inferiore a trenta giorni, decorrenti dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione, o dalla informativa della stipula del contratto<sup>24</sup>.

Ha poi regolato diversamente il caso in cui vengano rispettate sia le regole sulla pubblicazione dei bandi di gara, sia il meccanismo di *stand-still*: in tal caso il termine per ricorrere può essere di dieci o quindici giorni, a seconda della forma di comunicazione dell'aggiudicazione<sup>25</sup>. Si tratta ovviamente, anche in tal caso, di termini minimi, potendo gli Stati membri fissare termini più lunghi.

Si può affermare allora, alla luce di quanto evidenziato, che la direttiva ricorsi consente termini di decadenza, per il ricorso, più brevi del termine di sessanta giorni vigente in Italia prima del recepimento.

### 3.4 Il nuovo rito appalti, alla luce del decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi e del nuovo codice del processo amministrativo

#### 3.4.1 Rapporti tra le disposizioni

Il legislatore nazionale ha demandato al d.lgs. n. 53 del 2010 l'attuazione della direttiva comunitaria e quindi delle nuove norme in materia di ricorso avverso gli atti delle procedure di affidamento.

Come rilevato in dottrina, infatti, il rito processuale già presente nell'ordinamento, che garantiva celerità al contenzioso sui pubblici appalti, di cui all'art. 23-*bis* l. Tar sopra citato, non è sembrato adeguato a soddisfare le esigenze poste dal diritto comunitario<sup>26</sup>; si pensi al solo termine per l'impugnazione, per esempio.

L'art. 8 del decreto legislativo di recepimento ha sostituito il primo, il secondo e l'ottavo comma dell'art. 245 del Codice appalti, operando l'importante riforma al processo in materia di affidamento di contratti pubblici.

<sup>23</sup> Così, R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, 2012.

<sup>24</sup> Direttiva 89/665/CEE, art. 2-*septies*: "Termini. Gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso [...] debba avvenire: a) prima dello scadere di un termine di almeno trenta giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui: -l'amministrazione aggiudicatrice ha pubblicato l'avviso di aggiudicazione [...]; -l'amministrazione aggiudicatrice ha informato gli offerenti e i candidati interessati della stipula del contratto [...]."

<sup>25</sup> Direttiva 89/665/CEE, art. 2-*quater*: "Termini per la proposizione del ricorso: Quando uno Stato membro stabilisce che qualsiasi ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice [...] in relazione ad una procedura di aggiudicazione di un appalto [...] debba essere presentato prima dello scadere di un determinato termine, quest'ultimo è di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato [...] oppure [...] di almeno quindici giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione dell'amministrazione aggiudicatrice è stata inviata all'offerente o al candidato o di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di ricezione della decisione dell'amministrazione aggiudicatrice."

<sup>26</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, 1757, a cui si rinvia per le altre motivazioni.

Come detto, l'art. 245 del Codice, è diventato, nell'arco di tempo compreso tra il mese di aprile e quello di settembre dell'anno 2010, la sede, alquanto esaustiva, delle norme processuali. Nel primo comma è sparito così il rinvio all'art. 23-bis. Esso è stato limitato, nel comma 2-bis, a riferimento di natura residuale, applicabile per quanto non previsto dalla disposizione stessa<sup>27</sup>.

Nella versione dell'art. 245, invero, non era chiara la portata del rinvio all'art. 23-bis l. Tar<sup>28</sup>; infatti il nuovo articolo emendato aveva delineato un rito completo e tendenzialmente autosufficiente.

L'art. 245 in questione è poi trasfuso, lo si ripete ancora, con alcune non irrilevanti modifiche, nell'art. 120 del nuovo Codice del processo amministrativo.

Conviene analizzare il rito in materia di appalti, nel prossimo paragrafo, facendo riferimento all'art. 120 del d.lgs. n. 104 del 2010, ricordando che il sistema processuale da esso delineato è dovuto, in gran parte, al d.lgs. n. 53 del 2010 e quindi alle innovazioni apportate in sede di recepimento della normativa comunitaria; non senza considerare la necessità di soffermarsi sugli aspetti che nell'art. 120 differiscono dall'art. 245 come modificato dal decreto delegato n. 53.

La prima precisazione che occorre fare al riguardo attiene proprio al rinvio all'art. 23-bis. Come visto, con l'entrata in vigore del Codice del processo, esso è stato abrogato; ciò in quanto un nuovo rito speciale, comune a determinate materie, è stato inserito all'art. 119.

Attualmente l'art. 120 opera un rinvio<sup>29</sup>, per tutto quanto non espressamente prevede, proprio all'art. 119. Tra le due norme vige un rapporto di *genus a species*: il rito appalti ex art. 120, specificamente attivabile in caso di affidamenti ritenuti illegittimi, rientra tra i riti speciali dell'art. 119; anzi ne rappresenta probabilmente la più importante declinazione<sup>30</sup>, ma annovera alcune peculiarità di non poco momento, rispetto allo stesso.

Come è stato notato in dottrina<sup>31</sup>, il rapporto tra l'ultima versione dell'art. 245 e l'art. 23-bis e quello tra art. art. 120 e art. 119 non è del tutto parallelo: l'art. 245 operava un richiamo, nella sostanza, molto poco significativo all'art. 23-bis, perché appunto era molto esaustivo. Cosa diversa invece per l'art. 120, che rispetto al 119 ha dei tratti peculiari, ma non è esaustivo.

L'art. 119 c.p.a. è stato rubricato "Rito abbreviato comune a determinate materie". La definizione stessa della rubrica ha suscitato perplessità<sup>32</sup> in dottrina: per alcuni autori si dovrebbe parlare piuttosto di "rito accelerato", perché tale è il rito che si articola nelle stesse fasi di un rito diverso chiamato ordinario, ma che si svolge più celermente. Diversamente accade nel "rito abbreviato", di solito così nominato<sup>33</sup> perché, rispetto all'ordinario, vede sopresse o concentrate alcune fasi. Effettivamente tale distinzione è persuasiva, e si può dire che, di fatto, il rito disciplinato dall'art. 119 sia un rito accelerato, grazie alla riduzione dei termini processuali ordinari e all'imposizione al giudice di appositi termini (benché ordinatori) per il compimento di atti per i quali, invece, il rito ordinario non fissa alcun termine; solo occasionalmente è

<sup>27</sup> Art. 245, c.2-bis, prima del codice del processo: "Salvo quanto previsto dal presente articolo e dagli articoli seguenti si applica l'articolo 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034."

<sup>28</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, 1758.

<sup>29</sup> In tal senso, il comma 3, art. 120 c.p.a.: "Salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'articolo 119."

<sup>30</sup> Si pensi al dato letterale, che nell'art. 119, c.1, c.p.a., pone al primo posto la materia, tra quelle cui si applica il rito speciale: "Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano nei giudizi aventi ad oggetto le controversie relative a: a) i provvedimenti concernenti le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, salvo quanto previsto dagli articoli 120 e ss. [...]".

<sup>31</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, 1758.

<sup>32</sup> R. GAROFOLI-G. FERRARI, *Codice del processo*, cit., Roma, 2012, 1804.

<sup>33</sup> Può essere utile il richiamo al diritto processuale penale.

abbreviato, e si fa riferimento ai casi, che saranno analizzati, in cui una decisione può giungere in una fase preliminare.

L'art. 119, al primo comma, elenca le controversie nelle quali viene applicato; tra esse rilevano, alla lettera a), quelle sulle procedure di affidamento. Successivamente afferma, al secondo comma, che "tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all'articolo 62, comma 1, e quelli espressamente disciplinati nel presente articolo." In dottrina<sup>34</sup> si suole dire che l'art. 119 operi un dimezzamento dei termini interni processuali, con l'espressa esclusione dei termini appannaggio di atti di parte.

Come si può notare, le similitudini con l'abrogato art. 23-*bis* della legge Tar, sono significative: l'art. 119 ne riprende la portata e contempla un dimezzamento dei termini processuali rispetto al rito ordinario, facendo salvo il termine per il ricorso introduttivo, che dunque è di sessanta giorni, ma applicandolo, diversamente dall'art. 23-*bis*, anche a quello incidentale e per i motivi aggiunti. In tal senso, la formula della norma è molto più chiara, rispetto al suo "dante causa". Ancora una volta si intende per "proposizione del ricorso" la notificazione, e non anche il deposito, in ossequio a quell'intervento della Plenaria cui si è fatto riferimento.

D'altronde, se le regole dell'articolo 23-*bis* facevano perno su due principi cardine, quali la netta riduzione dei termini processuali ordinari, generalmente dimezzati, e la creazione di un particolare rito speciale, queste regole, ad un'analisi dell'art. 119, sono confermate dallo stesso<sup>35</sup>.

Ovviamente esistono differenze tra le due norme, a cominciare dall'ambito applicativo: l'art. 119 si applica ad un ingente numero di materie. E', poi, espressamente stabilita, ora, la sottrazione dalla dimidiazione, per i termini del ricorso incidentale e per i motivi aggiunti. Inoltre, sono presenti, nella nuova disciplina, cambiamenti diretti a migliorare il concreto funzionamento della norma, nel pieno rispetto della logica riassetto e semplificazione seguita dal codice.

Prima di esaminare il quadro delineato dal combinato disposto dell'art. 119 e dall'art. 120 del Codice del processo, occorre però chiarire anche il rapporto tra quest'ultimo e l'art. 245 del Codice dei contratti, come modificato dal decreto delegato di recepimento della direttiva ricorsi.

Le disposizioni dell'art. 245 del Codice De Lise sono state modificate in modo significativo, inserite nell'art. 120 del c.p.a.

In particolare, le norme che sono scomparse nel trasferimento sono: quelle sul rilievo dell'incompetenza del giudice, cui l'art. 245 dedicava il comma 2-*quater*, e quelle sulla tutela cautelare *ante causam*, commi dal terzo al settimo. Il motivo di tale espunzione è chiaro: nel Codice del processo, le disposizioni su incompetenza e tutela cautelare trovano sede in altre norme generali, applicabili, in quanto tali, anche al rito appalti.

Altre modifiche sono dovute invece all'esigenza di assimilare ed armonizzare maggiormente il rito appalti al c.d. rito abbreviato comune *ex art. 119*, che, come visto, si applica salvo quanto previsto dall'art. 120.

Alcune considerazioni merita la tutela cautelare *ante causam*, in quanto era stata introdotta nell'originario art. 245 del Codice dei contratti pubblici limitatamente alle controversie aventi ad

<sup>34</sup> G. RUGGIERO, in *Il giudizio cautelare*, di R. GIOVAGNOLI, Milano, 2012.

<sup>35</sup> F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo*, cit., Roma, 2012, 1179.

oggetto gli atti delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, a conclusione di un dibattito che per lungo tempo ha coinvolto giurisprudenza e dottrina<sup>36</sup>.

Si trattava, nel precedente sistema, come noto, di uno strumento che assicurava al soggetto, legittimato a proporre ricorso avverso i provvedimenti in materia di affidamenti pubblici, un intervento cautelare prima ancora della proposizione del ricorso e dell'istanza di sospensione di quello che era l'art. 21 della legge Tar; uno strumento che il legislatore nazionale è stato obbligato a codificare a seguito delle pressioni esercitate dagli organismi comunitari, provocando, però, pareri contrastanti in dottrina<sup>37</sup>.

L'adozione di misure interinali e provvisorie *ante causam* aveva il suo dichiarato presupposto in una situazione di gravità ed urgenza che non era sufficiente fosse solo "estrema", ma anche "eccezionale", tale cioè che ogni ritardo nel provvedere avrebbe vanificato la richiesta di tutela.

I provvedimenti cautelari *ante causam* potevano essere concessi solo nel processo di primo grado e non potevano avere una durata superiore a quella necessaria per la proposizione del ricorso, il suo deposito e la presentazione dell'istanza di sospensione.

L'istanza cautelare *ante causam* doveva essere previamente notificata alla stazione appaltante e ad un controinteressato<sup>38</sup>, ai sensi dell'art. 21 l. Tar, e doveva essere indirizzata al Presidente del Tar competente.

Sulla ragionevolezza dell'onere imposto all'interessato di notificare l'istanza alla stazione appaltante e ad almeno un controinteressato, la dottrina non era univoca. Ci si chiedeva<sup>39</sup>, in particolare, se tale onere fosse conciliabile con la situazione di eccezionale gravità ed urgenza postulata, dal comma 3 dell'art. 245, per la praticabilità della domanda cautelare *ante causam*. In senso favorevole deponeva, sicuramente, la necessità di garantire un contraddittorio anche in questo caso.

L'art. 245, c. 3, del Codice appalti, precedente all'entrata in vigore del Codice del processo, individuava le connotazioni che il danno temuto doveva presentare perché l'interessato potesse presentare istanza di tutela *ante causam*, ma nulla diceva in ordine al *fumus boni iuris*; è ragionevole, comunque, ritenere che il giudice adito, prima di adottare l'atto, non potesse prescindere da una valutazione delle censure di legittimità dedotte dall'interessato. L'istanza doveva, infatti, contenere, in estrema sintesi si intende, i motivi dell'impugnazione<sup>40</sup>.

Sull'istanza provvedeva il Presidente del Tar con decreto *inaudita altera parte*, ovvero, preferibilmente e se possibile, in contraddittorio con le altre parti, omessa ogni altra formalità<sup>41</sup>.

Ove accolta l'istanza, il relativo provvedimento perdeva efficacia se non notificato nel termine stabilito dal giudice. Ove notificato, invece, esso conservava efficacia per un periodo non superiore a sessanta giorni<sup>42</sup>.

Il provvedimento non era appellabile, né reclamabile, né impugnabile. La domanda cautelare poteva essere riproposta dopo l'inizio del giudizio di merito<sup>43</sup>.

<sup>36</sup> Della sterminata letteratura in proposito si possono citare: SAITTA, *L'atipicità delle misure cautelari nel processo amministrativo, tra mito e realtà*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); GAROFOLI, *La nuova tutela cautelare. Profili sostanziali e processuali*, in *Trattato di giustizia amministrativa*, a cura di CARINGELLA-GAROFOLI-MONTEODORO.

<sup>37</sup> G. FERRARI, in *Codice del processo amministrativo*, R. GAROFOLI – G. FERRARI, cit., Roma, 2012.

<sup>38</sup> Art. 245, c. 4, precedente al c.p.a.

<sup>39</sup> G. FERRARI, in *Codice del processo*, di R. GAROFOLI – G. FERRARI, cit., Roma, 2012.

<sup>40</sup> In tal senso, sempre G. FERRARI, in *Codice del processo*, di R. GAROFOLI – G. FERRARI, cit., Roma, 2012.

<sup>41</sup> Art. 245, c. 4, d.lgs. 163/2006, prima del c.p.a.

<sup>42</sup> Art. 245, c. 6, d.lgs. 163/2006, prima del c.p.a.

<sup>43</sup> Art. 245, c. 5, d.lgs. 163/2006, prima del c.p.a.

Per l'ipotesi che il provvedimento favorevole all'istante non fosse stato eseguito dalla stazione appaltante, l'interessato era legittimato ad utilizzare il rimedio dell'ottemperanza cautelare previsto dall'ora abrogato art. 21, legge Tar. In tal senso disponeva il comma 7 dell'art. 245 del Codice appalti, previgente.

Occorre evidenziare che, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, i commi dal terzo al settimo dell'art. 245 del Codice dei contratti pubblici, che disciplinavano la tutela cautelare *ante causam* nel sistema previgente, non sono trasfusi nel corrispondente art. 120. Oggi è l'art. 61 del Codice del processo a disciplinare la tutela cautelare *ante causam*, la quale è diventata pertanto una normativa di applicabilità generale. Non si può fare a meno di rilevare che essa, benché tutt'ora applicabile al rito speciale in materia di appalti, ha perso parte della sua rilevanza in tale ambito<sup>44</sup>, soprattutto in caso di ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva; questo a causa della previsione, di matrice comunitaria, del c.d. *stand-still* processuale, o effetto sospensivo automatico, nell'art. 11, c. 10-ter del Codice appalti, introdotto dal d.lgs. n. 53 del 2010.

Nei paragrafi che seguono il discorso verrà approfondito, in quanto di grande rilevanza.

### 3.4.2 Il quadro attuale del processo

Procedendo all'analisi precipua del rito disciplinato dal combinato disposto dell'art. 119 e dell'art. 120, bisogna anzitutto sottolineare l'eliminazione, dall'art. 245, oggi 120 c.p.a., della possibilità di effettuare, avverso gli atti delle procedure di affidamento, il ricorso amministrativo.

Il rimedio processuale è divenuto esclusivo, non essendo più praticabile l'alternativo rimedio del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Mentre l'originaria versione dell'art. 245, comma 1, menzionava sia il ricorso giurisdizionale al Tar, che quello amministrativo straordinario, infatti, il testo introdotto dal d.lgs. n. 53/2010 dispone che tali atti sono impugnabili "unicamente" mediante ricorso al Tar. Tale regola è rimasta nell'art. 120 del c.p.a., al comma 1. Bisogna considerare che, essendo il termine per il ricorso straordinario individuato in centoventi giorni, esso non si sarebbe armonizzato coi principi della direttiva ricorsi<sup>45</sup>.

In secondo luogo è prevista la competenza territoriale inderogabile<sup>46</sup>. Nel nuovo Codice del processo la competenza è, infatti, sempre inderogabile.

Chiariti questi punti preliminari, occorre porre lo sguardo alla disciplina dei termini, aspetto di maggiore rilevanza del sistema.

<sup>44</sup> R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>45</sup> Così, sostanzialmente, R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, 1762.

L'idea del legislatore è stata pienamente condivisa anche dal Consiglio di Stato che nel suo parere sullo schema di decreto delegato reso in data 25 gennaio 2010 ha osservato come "la scelta di escludere il ricorso straordinario sia coerente con l'accentuata specialità che connota il nuovo rito in materia di appalti. Come il Consiglio di Stato ha in più occasioni rilevato, infatti, l'ammissibilità del ricorso straordinario deve escludersi in tutti quei casi in cui il giudice amministrativo sia destinatario di norme processuali volte ad una più rapida definizione del contenzioso, tali da dare la stura a competenze da taluni reputate "funzionali", ossia non suscettibili di alternative che ne frusterebbero la *ratio* di accelerazione (specie se si considera il più lungo termine per la proposizione del ricorso straordinario). In questi casi, la giurisdizione del giudice amministrativo si reputa assoluta e quindi tale da non ammettere alternative." (in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>46</sup> Si applicano, infatti, l'art. 13 e l'art. 14, c.3, c.p.a. Quest'ultimo afferma: "La competenza è funzionalmente inderogabile [...] per i giudizi di cui agli articoli 113 e 119 [...]."



Elemento di distinzione tra il rito individuato dall'art. 120, e quello abbreviato comune, è l'esistenza di alcuni termini differenti, che contribuiscono a delineare un processo, in materia di appalti, ancora più accelerato rispetto a quello applicabile, ex art. 119, alle altre materie interessate.

Occorre precisare che questa differenziazione ha contribuito, da una parte, all'enucleazione, in dottrina<sup>47</sup>, del concetto di "rito specialissimo" per il rito di cui all'art. 120, dall'altra, alla riflessione<sup>48</sup> sulla necessità o meno di una distinzione, così marcata, tra la disciplina processuale per le materie dell'art. 119 e quella per la materia dei pubblici affidamenti.

Si evidenzia, in questa letteratura<sup>49</sup>, che meriterebbe chiarimento la *ratio* sottesa alla distinzione: dovrebbe cioè essere affrontato l'aspetto gerarchico creatosi, sulla base delle disposizioni, tra le materie dell'art. 119 e quella dell'art. 120, onde capire se davvero quest'ultima sia da considerare in cima ad una virtuale graduatoria di "importanza" del contenzioso, tale da farle meritare vari "privilegi" a discapito di tutti gli altri giudizi.

Alla base di questa riflessione, infatti, v'è la considerazione che anche la controversia riguardante un appalto di modesto valore e scarsa rilevanza dovrebbe trattarsi con priorità assoluta rispetto al processo concernente importanti provvedimenti. Risulta evidente la distorsione.

La tesi sottesa al ragionamento è che, probabilmente, non ci sono argomenti irresistibili per giustificare le residue differenze di rito tra i due campi. Ci si chiede, quindi, se non sia possibile, in prospettiva, uniformare definitivamente le regole di cui agli articoli 119 e 120.

A prescindere comunque da queste considerazioni, che è sembrato opportuno citare, il giurista o l'operatore del diritto, di fatto, si trovano oggi davanti a due riti distinti; come detto, la disciplina dell'art. 120 si discosta in parte da quella dell'art. 119, ma significativamente.

Se il "rito abbreviato comune a determinate materie" implica un dimezzamento generale dei termini rispetto al rito ordinario, facendo salvo il termine per il ricorso introduttivo, quello incidentale e quello per i motivi aggiunti, il rito appalti subisce una ulteriore accelerazione.

Il comma 5 è rilevante in tal senso: esso stabilisce che "per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, [...] ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine e' disciplinata dall'articolo 42."

A parte il rilievo determinante circa il *dies a quo* di decorrenza del termine di impugnazione, affrontato nel capitolo secondo del presente lavoro, e individuato dalla norma nel giorno della ricezione della comunicazione di aggiudicazione definitiva fatta ai sensi dell'art. 79 del Codice appalti, ovvero nel giorno di conoscenza dell'atto ove altrimenti acquisita, dalla disposizione si evince la differente disciplina dei termini.

<sup>47</sup> F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo amministrativo*, cit., Roma, 2012.

<sup>48</sup> In più autori presente: R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, dubita della autonoma ragion d'essere del rito appalti rispetto al rito individuato nell'art. 119 c.p.a.; F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo*, cit., Roma, 2012, si interrogano sulla meritevolezza della gerarchia creatasi tra "settori sensibili" (art. 119) e "settori supersensibili" (art. 120).

<sup>49</sup> Soprattutto F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo*, cit., Roma, 2012.



Sono previsti termini più brevi rispetto all'art. 119: trenta giorni, anziché sessanta, per la proposizione del ricorso introduttivo; trenta giorni anziché sessanta, per proporre i motivi aggiunti.

Merita di essere sottolineato un refuso in sede di trasposizione e riscrittura dell'art. 245 del Codice appalti nel Codice del processo. Questa disposizione infatti, all'indomani dell'entrata in vigore del decreto delegato n.53, contemplava un termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale<sup>50</sup>.

Nella prima versione dell'art. 120, c. 5, c.p.a., formalmente mancava la previsione del termine di trenta giorni del ricorso incidentale, con ciò dovendosi ritenere, letteralmente, applicabile l'art. 119 e quindi un termine non dimezzato per lo stesso.

Si trattava, ovviamente, di un mero refuso, non rimediabile<sup>51</sup>, però, per via esegetica: sul comma 5 è così intervenuto il d.l. n. 195 del 2011, c.d. decreto correttivo al Codice del processo, che ha riportato la situazione alla coerenza logica, da questo punto di vista. Non si sarebbe giustificata, l'evidente incongruenza, sul piano della parità delle parti e alla luce dei diritti di azione e difesa costituzionali.

Quanto al ricorso incidentale, il termine di trenta giorni decorre dalla notifica del ricorso principale.

Per i motivi aggiunti, atteso che l'art. 120, c.5, fissa il termine per gli stessi in modo uniforme a prescindere dal tipo di atto impugnato, si deve ritenere che il termine sia sempre di trenta giorni. In tal modo la disciplina si differenzia da quella dell'art. 245 nella versione successiva al decreto n. 53: infatti in quella sede il comma 2-*quinquies*, lettera d), prevedeva un termine di quindici giorni per la proposizione dei motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati.

Si verificava, allora, una distinzione tra il termine per i motivi aggiunti avverso i medesimi atti, e termine per i motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati, che era di trenta giorni *ex* comma 2-*quinquies* lettera a). Distinzione venuta meno stando al dato letterale dell'art. 120.

In merito ai motivi aggiunti occorre fare un'ulteriore precisazione: in forza del nuovo Codice del processo, vige l'obbligatorietà dell'impugnazione dei nuovi atti attinenti alla medesima gara con motivi aggiunti. In tal senso dispone il comma 7 dell'art. 120, ove si afferma che "i nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti". In dottrina<sup>52</sup> la disposizione ha sollevato qualche dubbio, in quanto è parso irragionevole che l'impugnazione con ricorso separato possa essere dichiarata, solo per questa ragione, inammissibile. Si tratta, comunque, di disposizione creata in ossequio al principio di concentrazione comunitario.

Una serie di ulteriori termini nel rito recato dall'art. 245 Codice appalti erano più brevi rispetto a quelli del rito abbreviato comune, ma sono stati uniformati in sede di emanazione del Codice del processo.

In particolare, si applicano nel nuovo rito appalti i termini seguenti, previsti, stante la clausola di rinvio del comma 3 dell'art. 120, nell'art. 119: quindici giorni per tutti i depositi di atti di parte soggetti a notificazione<sup>53</sup>; trenta giorni per l'appello cautelare, in caso di notifica

<sup>50</sup> Art. 245, c. 2-*quinquies*, nella versione successiva al d.lgs. n. 53/2010: "*I Termini processuali sono stabiliti in: [...] c) trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale; [...]*".

<sup>51</sup> In tal senso la dottrina: R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012.

<sup>52</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., IX ed., Torino, 2010, 348.

<sup>53</sup> L'art. 45 c.p.a., infatti, prevede un termine di deposito ordinario pari a trenta giorni.

dell'ordinanza, o sessanta dalla sua pubblicazione<sup>54</sup>. In entrambi i casi, l'art. 245, comma 2-*quinquies*, del Codice appalti, prevedeva termini più brevi (dieci giorni nel primo caso, unico termine di quindici giorni nel secondo caso).

Il termine di ricorso, infine, ha una diversa decorrenza e una diversa durata se è stata omessa la pubblicità del bando di gara: nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando.

Se sono omessi gli avvisi o le informazioni, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi. Tale termine ultimo di sei mesi è fatto decorrere dal giorno successivo alla stipula del contratto, a prescindere dalla conoscenza che ne abbia il ricorrente. Tale termine, sebbene sia previsione innovativa, risponde ad esigenze di certezza dell'azione amministrativa e trova nella direttiva ricorsi il suo fondamento<sup>55</sup>.

Occorre rilevare che, in tema di notifica del ricorso introduttivo, ai sensi del comma 4 dell'art. 120, vige una particolare regola quando il ricorso è rivolto contro una stazione appaltante che fruisce del patrocinio legale dell'Avvocatura dello Stato. In tal caso, il ricorso avverso l'aggiudicazione, oltre che all'Avvocatura erariale, va notificato alla stazione appaltante nella sua sede reale<sup>56</sup>.

Questa speciale regola è dettata al solo fine di far operare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto, *ex art.* 11, comma 10-*ter* del Codice appalti, e si applica solo quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva e non anche quando sono impugnati precedenti atti di gara o susseguenti provvedimenti della stazione appaltante.

Essa, dunque, può essere considerata norma utile a introdurre il discorso sulla fase cautelare.

### 3.4.2.1 La fase cautelare

Giova ricordare che, come visto nel capitolo secondo del presente lavoro, il decreto delegato di recepimento della direttiva ricorsi, n. 53 del 2010, insieme al potenziamento della clausola di *stand-still* sostanziale, ha introdotto, col comma 10-*ter* dell'art. 11 del Codice degli appalti, il c.d. *stand-still* processuale.

Questo è un meccanismo che, nell'ottica comunitaria di rivalutazione dell'efficacia dei mezzi di ricorso avverso gli atti delle procedure di affidamento, assume particolare rilevanza, soprattutto nella dinamica processuale.

Infatti, esso produce un effetto sospensivo automatico che si ricollega al termine dilatorio sostanziale, c.d. *stand-still*, con la finalità di evitare che la stazione appaltante possa stipulare il

<sup>54</sup> Infatti, nulla dispone l'art. 120; si applica perciò l'art. 119 che nel secondo comma sottrae al dimezzamento i termini dell'appello cautelare, rinviando all'art. 62, c. 1, c.p.a., il quale prevede che l'appello cautelare si propone entro trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza o sessanta dalla sua pubblicazione.

<sup>55</sup> L'art. 2-*septies*, direttiva 89/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE, prevede: "Gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 *quinquies*, paragrafo 1, debba avvenire:[...] b) in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto."

<sup>56</sup> Art. 120, c. 4, c.p.a.: "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."

contratto con l'impresa aggiudicataria in caso di ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva effettuato entro i termini ovvero entro trenta giorni dalla comunicazione della stessa o dalla conoscenza, altrimenti acquisita, del provvedimento aggiudicativo.

L'effetto sospensivo dovrebbe saldarsi, quindi, nell'ottica legislativa, con il termine dilatorio (di trentacinque giorni, *ex art. 11, c. 10, d.lgs. 53/2010*) decorrente dalla comunicazione ai concorrenti dell'esito dell'aggiudicazione, così da consentire al ricorrente di ottenere una pronuncia sulla sua istanza cautelare prima che il contratto sia stato stipulato e soprattutto prima che le prestazioni contrattuali abbiano potuto avere esecuzione.

Appunto per le finalità della previsione, l'art. 120 del Codice del processo prevede che il ricorso con istanza cautelare, che sia proposto contro un'Amministrazione statale, è soggetto a duplice notifica: oltre all'Avvocatura del Stato secondo le regole generali, il ricorso va notificato anche direttamente all'organo dell'amministrazione statale che ha proceduto all'aggiudicazione, presso la sua sede propria, altrimenti l'effetto sospensivo non si produce.

Tornando al comma 10-*ter* dell'art. 11, la nuova disciplina prevede, dunque, che, per effetto della proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione e della proposizione della domanda cautelare contestuale, si determini la sospensione automatica della possibilità di procedere alla stipulazione del contratto.

L'effetto sospensivo non è, ovviamente, illimitato. La norma dispone che esso si protrae per i venti giorni successivi al momento della notificazione 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.

Viceversa, l'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare il giudice si dichiara incompetente, ai sensi dell'articolo 14, comma 3 del c.p.a., o fissi con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari, ovvero rinvii al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare<sup>57</sup>.

Delineato l'aspetto normativo, è necessario intendere cosa può, di fatto, accadere, nella dinamica processuale, una volta che il ricorso avverso l'atto aggiudicativo effettuato nei termini stabiliti si accompagni ad una istanza cautelare.

Con la riscrittura del nuovo rito appalti nel Codice del processo, scompare il regime speciale della fase cautelare, che era disciplinato dall'art. 245. Si applica, perciò, la disciplina ordinaria di cui all'art. 55 c.p.a., ma con termini dimezzati, ai sensi dell'art. 119, comma 2, in quanto richiamato, per il rito appalti, dall'art. 120, c. 3.

In base ai termini dimezzati, il collegio pronuncia alla prima camera di consiglio successiva al decimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al quinto giorno dal deposito del ricorso<sup>58</sup>. Le parti possono presentare memorie e documenti fino ad un giorno libero prima dell'udienza.

<sup>57</sup> Cfr. Art. 11, c. 10-*ter*, d.lgs. 163/2006.

<sup>58</sup> Art. 55, c.5, c.p.a.: *"Sulla domanda cautelare il collegio pronuncia nella prima camera di consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione, e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Le parti possono depositare memorie e documenti fino a due giorni liberi prima della camera di consiglio."*

In sede cautelare, il Collegio può definire il giudizio immediatamente con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 del Codice del processo<sup>59</sup>.

La suddetta evenienza si fonda sul combinato disposto dell'art. 11, c. 10-ter del Codice appalti e dell'art. 120, c. 6 del Codice del processo.

Il primo infatti, come visto, implicitamente considera tale possibilità contemplando l'eventualità che l'effetto sospensivo automatico duri fino "alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare". Il secondo permette esplicitamente la soluzione della controversia in sede cautelare, affermando sì che l'udienza di merito è immediatamente fissata d'ufficio con assoluta priorità, ma solo "quando il giudizio non è immediatamente definito ai sensi dell'articolo 60."

Trova dunque applicazione, anche per il rito speciale appalti, la previsione di portata generale dell'art. 60 del Codice del processo, che permette la sollecita definizione del merito della controversia già in sede cautelare sussistendone i relativi presupposti: integrità del contraddittorio, rispetto dei termini di difesa, completezza istruttoria. Si realizza, in tal caso, un giudizio immediato.

Se, invece, il giudizio non è deciso in via immediata, l'art. 120, c. 6 del Codice del processo, stabilisce che l'udienza di merito è fissata con l'ordinanza che decide sull'istanza cautelare, ai sensi dell'art. 119, c. 3, altrimenti essa è immediatamente fissata d'ufficio con "assoluta priorità".

Tale disposizione non replica l'espressa norma dell'art. 119; quest'ultima individua la data di discussione del merito nella prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza; e si discosta anche dall'art. 245 del Codice appalti, il quale prevedeva, al comma 2-*octies*, che l'udienza di merito fosse fissata entro il termine di sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti.

Il portato del comma 6 dell'art. 120 non è chiarissimo. In dottrina ci si è chiesto<sup>60</sup>, in particolare, se la fissazione dell'udienza di merito con priorità debba avvenire sempre e quindi anche ove non siano ravvisati profili di fondatezza del ricorso e di *periculum in mora*.

Parte della dottrina<sup>61</sup> ritiene preferibile una lettura che accolga la tesi positiva, quella per cui l'udienza di merito a breve deve essere sempre fissata. Tale sembra essere la soluzione aderente alla finalità di assicurare la massima celerità nella definizione delle controversie in materia di contrattualistica pubblica, come detto caldeggiata dal diritto comunitario.

Occorre sottolineare però che altra parte della dottrina<sup>62</sup>, autorevole, sostiene che l'immediatezza non è riferita alla data dell'udienza, bensì all'adempimento del Presidente del tribunale, che deve fissare l'udienza "immediatamente"; questa tesi è supportata dall'argomento letterale dell' "assoluta priorità", che non esprimerebbe né una data precisa, né un termine massimo, né un confronto con altre materie rispetto a cui fissare la priorità.

In base al comma 6, comunque, l'udienza di discussione, nel caso in cui non sia fissata con l'ordinanza cautelare, è fissata anche d'ufficio, senza necessità di istanza di parte<sup>63</sup>.

<sup>59</sup> Art. 60, c.1, c.p.a.: "In sede di decisione della domanda cautelare, purché siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata, salvo che una delle parti dichiari che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione. [...]"

<sup>60</sup> G. RUGGIERO, in *Il giudizio cautelare*, di R. GIOVAGNOLI, Milano, 2012.

<sup>61</sup> G. RUGGIERO, in *Il giudizio*, cit., di R. GIOVAGNOLI, Milano, 2012.

<sup>62</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, 1784.

<sup>63</sup> A. TRAVI, *Lezioni*, cit., IX ed., Milano, 2010.

Nel rito speciale in materia di appalti la regola è che il giudice investito dell'esame dell'istanza di sospensiva è sempre tenuto a pronunciarsi su di essa. E' chiaro, in tal senso, il dato letterale dell'art. 120, c. 8, per il quale "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."

Tale esigenza vale in particolare se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva, che è il caso che si sta considerando, perché il contratto non può essere stipulato sino a quando non intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito *ex art. 60 c.p.a.*

Può, tuttavia, avvenire, in sede di udienza camerale per la delibazione dell'istanza di sospensiva, che il tribunale fissi con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari; può inoltre accadere che esso rinvii al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare con il consenso delle parti da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare. In tali evenienze, l'effetto sospensivo automatico cessa, così come avviene nel caso in cui il giudice si dichiari incompetente. Chiara in tal senso la previsione dell'art. 11, c. 10-*ter*.

Giova precisare, anche se pleonastico, che in sede di udienza camerale, ove il giudice non accolga l'istanza cautelare, si produce ugualmente la decadenza dell'effetto sospensivo.

Evidentemente, il significato pratico di queste situazioni è che la stazione appaltante potrebbe procedere alla stipulazione del contratto nelle more della definizione del merito.

Costituisce regola prudenziale, per la stazione appaltante, differire ugualmente la stipula del contratto se il merito è fissato a breve<sup>64</sup>. Bisogna anche considerare, però, che potrebbe procurare nocimento, all'interesse pubblico, la mancata stipulazione del contratto, in alcuni casi. Ragion per cui, non si può ritenere aprioristicamente preferibile un comportamento in senso prudenziale da parte della stazione appaltante.

La dottrina è unanime<sup>65</sup> nel ritenere che l'effetto sospensivo automatico rende sostanzialmente inutile, per il ricorrente, la tutela cautelare *ante causam* e quella con decreto presidenziale; infatti il ricorrente di regola non ha più interesse ad una celere pronuncia cautelare: la mera proposizione del ricorso con istanza sospensiva cautelare ha come effetto automatico quello di sospendere la possibilità per la stazione appaltante di stipulare il contratto.

Nei casi in cui è impugnata l'aggiudicazione definitiva, potrebbe comunque ravvisarsi, a parere della dottrina<sup>66</sup>, la concreta utilità dell'adozione di misure cautelare *ante causam* o misure cautelari presidenziali. Si tratta dei casi in cui la stazione appaltante, pur non stipulando il contratto ne avvii l'esecuzione d'urgenza ovvero si avvalga delle deroghe allo *stand-still* previste nel comma 10-*bis*; si pensi, nel primo caso, all'esecuzione d'urgenza *ex art. 11, c. 9* del Codice De Lise: esso permette l'esecuzione del contratto in deroga al meccanismo di *stand-still* sostanziale quando la mancata esecuzione immediata determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare; le misure cautelari in questione possono poi essere valide nel caso in cui la stazione appaltante violi lo *stand-still*.

<sup>64</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012, 1782.

<sup>65</sup> R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. RUSCICA, *Inefficacia*, cit., Milano, 2011; M. GIULIANTE, *La tutela cautelare negli appalti pubblici dal d.lgs. n. 53 del 2010 al nuovo Codice del processo amministrativo*, in *Riv. Trimestrale Appalti*, n. 1 del 2011; F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo*, cit., Roma, 2012; F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2011, 2645.

<sup>66</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012; F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo*, cit., Roma, 2012.



La tutela cautelare *ante causam* conserva poi pratica utilità nel caso di impugnazione di atti relativi alle procedure di affidamento diversi dall'aggiudicazione, quali l'esclusione: in tal caso il ricorrente avrebbe l'interesse ad ottenere l'immediata sospensione degli atti oggetto di impugnazione, perché altrimenti le proprie ragioni potrebbero risultare vanificate dall'adozione di ulteriori atti da parte della stazione appaltante.

### **3.4.2.2 Il merito e altri corollari del processo in materia di appalti pubblici**

Discende, dall'analisi effettuata, che, ove il ricorso non sia deciso nel giudizio immediato in sede cautelare, disciplinato dall'art. 60 c.p.a., l'udienza di merito venga fissata con l'ordinanza che decide sulla misura cautelare, *ex art.* 119, c.3, ovvero, se non indicata in tal modo, comunque d'ufficio, con assoluta priorità, in base all'art. 120, c. 6, c.p.a.

Riguardo al merito vero e proprio, è noto che un ricorso avverso un provvedimento di aggiudicazione ritenuto illegittimo possa concludersi, allo stato attuale, con il riconoscimento giurisdizionale dell'illegittimità del provvedimento ovvero con la pronuncia di infondatezza del ricorso.

Nel primo caso, di grande interesse è la novella dovuta al d.lgs. n. 53 del 2010 e alla direttiva ricorsi, inserita negli artt. 121 e 122 del Codice del processo, secondo cui il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, dichiara, in caso di gravi violazioni, ma anche in caso di violazioni meno gravi se lo ritiene opportuno, l'inefficacia del contratto, ove esso sia stato stipulato.

Di quest'ultimo argomento, di epocale rilevanza, si tratterà nel prossimo, conclusivo capitolo.

Bisogna considerare infine che nel Codice del processo sono inserite alcune norme che regolano la fase del merito del rito in materia di appalti pubblici. Anch'esse sono dotate di una certa peculiarità.

Il comma 9 dell'art. 120 dispone che "il dispositivo del provvedimento con cui il tribunale amministrativo regionale definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data della sua deliberazione".

Di chiara rilevanza, nell'ottica dell'accelerazione, della concentrazione, e, quindi, dell'efficacia del nuovo rito appalti, sono le disposizioni del comma 10 dell'art. 120.

Nella norma, infatti, si afferma che tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e che la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74.

Per quanto attiene il principio di sinteticità degli atti di parte, esso era imposto dall'art. 245, c. 2-*undecies*, del Codice appalti. La regola è stata poi, non solo, ribadita nell'art. 120 per quanto riguarda il rito appalti, ma, di più, divenuta regola generale del processo amministrativo, *ex art.* 3, c. 2, c.p.a.

La praticabilità della sentenza in forma semplificata, invece, ammessa dall'art. 74, c.p.a., è imposta come regola generale nel rito in materia di pubblici appalti. Pertanto, l'obiettivo perseguito dal legislatore è che il giudice faccia un ampio uso della sentenza in forma semplificata, al fine di risparmiare energie processuali<sup>67</sup>.

<sup>67</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale*, cit., Roma, 2012.



In ultimo, occorre porre in evidenza il regime fiscale del nuovo rito appalti. Il contributo unificato, infatti, ha subito, per mano prima del d.l. n. 98 del 2011, e poi del d.l. n. 138/2011, un sensibile ritocco, tale da farne dubitare la legittimità costituzionale.

E' stato previsto, infatti, un innalzamento dell'importo del contributo unificato, per i ricorsi che seguono il rito in materia di procedure di affidamento, dai 2.000 euro della precedente disciplina, ai 4.000 euro con la prima novella, fino ad un ulteriore ritocco verso l'alto con l'ultima.

Non è errato dubitare della legittimità costituzionale di provvedimenti legislativi che rendano più onerosi per le parti private l'accesso alla giustizia<sup>68</sup>, alla luce degli artt. 3 e 24 della Costituzione, ovvero dei principi fondamentali dell'eguaglianza e del diritto di azione.

---

<sup>68</sup>

In tal senso, anche F. CARINGELLA – M. PROTTO, *Codice del nuovo processo*, cit., Roma, 2012.