

IL DEBUTTO DEL PREAVVISO DI RICORSO GIURISDIZIONALE NEGLI APPALTI PUBBLICI

Sommario: 1)- la finalità della disposizione sul nuovo diritto del preavviso giurisdizionale; 2)- la disciplina del nuovo meccanismo partecipativo: presupposti, contenuti ed effetti; 3.1)- l'adempimento della stazione appaltante e le conseguenze; 3.2)- l'inerzia della stazione appaltante e l'inosservanza del privato; 4)- il risarcimento del danno e la sua riduzione od esclusione.

1)- La finalità della disposizione sul nuovo istituto del preavviso giurisdizionale, previsto dall'art.6 del D.Lgs n. 53/2010 c.d. "terzo correttivo" del codice dei contratti pubblici, è quella di dar attuazione all'art. 1, paragrafo 4 della "direttiva ricorsi" CE 2007/66, secondo cui gli Stati Membri avrebbero potuto esigere che il soggetto, che avesse inteso avvalersi di una procedura di ricorso, informi l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della sua intenzione di proporre ricorso, affinché sia valutato se intervenire o meno in autotutela ma a condizione che ciò non influisca sul termine per ricorrere.

Attuata dallo Stato Italiano questa direttiva con l'introduzione dell'art. 243 bis del D.Lgs. 163/2006 c.d. codice dei contratti, è stata data una possibilità alle imprese che si ritenessero lese nelle proprie situazioni soggettive, di avviare procedure "precontenziose" che tentassero di prevenire, anticipare e limitare il contenzioso giudiziario attraverso una sorte di dialogo tra la stazione appaltante ed i concorrenti ad una gara pubblica.

Questo meccanismo di riduzione delle controversie giudiziarie viene incentrato, però, sull'esercizio del potere amministrativo di autotutela: nei 15 giorni successivi alla comunicazione del preavviso, la PA appaltante stabilisce "*se intervenire o meno in autotutela*".

Del resto già nel passato è stata osservata una correlazione tra procedimento amministrativo e processo, i quali, come ritenuto dalla Corte Cost. n. 436 del 2006, costituiscono entrambi una stanza di compensazione di differenti e contrastanti interessi.

Questa correlazione tra amministrazione ed aule di giustizia richiama invero altri procedimenti finalizzati al medesimo scopo deflattivo.

Senza ricordare l'antico istituto della *litis contestatio* di origine romanistica, con la quale si definiva l'accordo sui termini della questione da sottoporre al giudice, con effetti preclusivi ed estintivi che oggi non vengono, però, previsti per l'istituto dell'informativa preventiva, né come condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale né come causa di sospensione dei termini di 30 giorni per l'impugnativa dell'aggiudicazione (cfr. parere del Consiglio di Stato 368/2010), appare opportuno citare a titolo esemplificativo alcuni meccanismi partecipativi similari al presente: a)- l'art.10 bis della L. n. 241/90, rubricato

“comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza” e cioè il preavviso di diniego con facoltà di partecipazione del privato mediante controdeduzioni che dovranno essere valutate ai sensi dell'art.10 lett. b. della L. n. 241/90; b)- l'art. 6, co. 7, lett. n del D.lgs n.163/06, in forza del quale nel corso di svolgimento delle procedure di gara, su iniziativa o di una delle parti ovvero della stazione appaltante, l'Authority sui LL.PP. può esprimere un parere non vincolante sulle questioni insorte, formulando eventualmente un'ipotesi di soluzione; c) l'art. 79, comma 5 quater del codice dei contratti che prevede il termine breve di dieci giorni dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva per esercitare il diritto di accesso documentale, con effetti o di accelerazione ovvero di limitazione dell'eventuale contenzioso; d)- l'art.5 del D.Lgs n. 28 del 4 marzo 2010 sul procedimento di mediazione o conciliazione su controversie di diritti soggettivi, che prevede l'obbligatorietà dell'istanza di mediazione per il prossimo 20 marzo 2011, a pena di improcedibilità del contenzioso giudiziario per numerose cause civili su diritti reali, di divisioni, di successioni, di risarcimento danni da circolazione di veicoli ed altro; e)- l'art.30 della L. 18 giugno 2009 n.69 relativa alle “disposizioni per lo sviluppo economico” che impone anche per i soggetti operanti nelle materie di cui al codice degli appalti schemi tipo di conciliazione; f)- l'art.239 del codice dei contratti sulla transazione scritta in ordine a controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici.

Trattasi tutti di strumenti di tutela che perseguono indifferentemente l'intento di contenere il contenzioso al pari del preavviso giurisdizionale in discussione.

Soltanto che con questo si ha un'inversione del meccanismo generale partecipativo di cui alla fondamentale L. 241/90 sul procedimento amministrativo, come anche richiamata applicabile agli appalti pubblici dall'art.2 del D.Lgs n. 163 cit.: l'onere della partecipazione o del preavviso è a carico del privato e non più della PA; il versante cioè si ribalta.

La ratio, individuata dal legislatore, è stata quella di ricercare una strada anticipata di soluzione, ponendo, da un lato, la PA nella condizione di agire in autotutela cioè di confermare o mutare con maggior certezza la propria posizione alla luce delle osservazioni del privato e, dall'altro lato, di mettere il privato nella condizione di valutare se proporre il suo ricorso giurisdizionale utilmente proprio nella fase bruciante dei trenta giorni data dalla comunicazione di gara conclusa.

Ma entrambi gli obiettivi, sia esso consistente nel preteso effetto deflattivo sia in quello di render solida e certa la volontà manifestata dalla stazione appaltante in sede di gara, che si vorrebbero conseguire con il preavviso in commento, sono rimasti astratti, poiché non tengono conto della situazione economica di crisi e di pressione fiscale in cui operano le imprese ed allorchè sono stati attuati, non son coerenti, se non rafforzando la posizione dominante della PA.

La prassi insegna che la stazione appaltante è renitente e paurosa ad applicare l'autotutela “decisoria” per l'eventuale responsabilità risarcitoria e disciplinare che ne potrebbero derivare al responsabile del procedimento, qualora ad esempio con motivazione insufficiente avesse riformato l'aggiudicazione definitiva a scapito del controinteressato; come pure essa insegna che il privato, secondo aggiudicatario, una volta “scoperte le sue carte” con il preavviso, non può più riproporre quei motivi di ricorso che sono divenuti inutili per attività sopravvenuta di riforma o sanatoria della stazione appaltante e quindi di conferma dell'originaria aggiudicazione definitiva, ma nel frattempo non ha conseguito alcun risultato favorevole.

Meglio, quindi, adire direttamente il giudice terzo, specializzato nella materia degli appalti pubblici, baipassando la stazione appaltante e quindi rendendo il preavviso addirittura superfluo e non solo facoltativo.

Il secondo comma dell'art.243 bis prevede, infatti, la facoltà anche di proporre in giudizio “*motivi diversi o ulteriori*”, rispetto al preavviso, per cui l'interessato ben potrebbe riservarsi per il giudice i motivi più forti degni di accoglimento e comportanti la probabile riforma dell'aggiudicazione.

Ma il legislatore ha previsto questa impostazione della controversia che rende inutile il preavviso.

Qualora non vengano alcuni motivi “*denunciati*” nell'informazione preventiva dallo stesso ricorrente, che li ha voluti pretermettere, pur essendo le censure già individuabili, il giudice dovrà valutare detto comportamento di riserva mentale e ritenerlo rilevante o ai fini delle spese di giudizio ovvero all'eventuale *diminuzione* (art.1227, primo comma c.c.) od addirittura all' “*esclusione del risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*” (art.1227, secondo comma c.c. riprodotto nell'ultimo periodo, terzo comma dell'art. 30 D.Lgs n.104/2010 sul processo amministrativo).

Se, poi, tra gli strumenti di tutela previsti, rientri o meno anche il presente preavviso, si dirà infra.

Quel che è certo, pesanti sono le conseguenze previste per omessa o parziale informativa e come si vedrà incidono sul diritto di azione, limitandolo.

E' da augurarsi, pertanto, *de jure condendo* che alle due finalità astrattamente sopraindividuate, entrambe di derivazione comunitaria, consegua una modifica applicativa coerente e cioè, qualora l'amministrazione abbia deciso nei 15 giorni dal preavviso di intervenire in autotutela (“*stabilendo di intervenire o meno in autotutela*”, recita il comma 4), venga sospeso entro precisi limiti temporali il breve termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, onde non si abbia nel frattempo una sovrapposizione di tutele pendenti, amministrativa e giudiziaria, con l'obbligo del privato ricorrente di presentare eventuali

motivi aggiunti al ricorso, in caso di conclusione negativa del procedimento di autotutela ovvero di far dichiarare la carenza d'interesse per sopravvenuto provvedimento favorevole in autotutela.

Allo stato sembra doversi affermare che più che strumento deflattivo, l'informativa preventiva non sia altro che **uno strumento di complicazione**, causativo di ulteriori oneri economici per chi intenda aver giustizia.

Ma si veda brevemente l'ambito, la forma ed il contenuto del preavviso richiamato.

2) La disciplina del nuovo meccanismo partecipativo individua un ambito soggettivo ed oggettivo.

Quanto al primo occorre che i concorrenti che intendono proporre ricorso informino, per iscritto ovvero oralmente a verbale in sede di gara, la stazione appaltante e per essa il responsabile del procedimento, entro il termine dei trenta giorni per proporre impugnativa giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, di quanto segue: della presunta violazione e dei vizi di legittimità, esposti in modo chiaro e sintetico nonché dell'intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale e non amministrativo, come potrebbe essere il ricorso straordinario al capo dello stato.

Non occorre avviso di detta intenzione alle altre parti concorrenti, le quali o saranno informate se si darà avvio al procedimento di autotutela nei 15 giorni successivi ovvero avranno titolo per prender visione dell'atto presentato ed intervenire nel procedimento ex artt. 22 ovvero 9-10 L n.241/90.

In ordine all'ambito oggettivo, l'informativa va data non in relazione a qualsivoglia contenzioso ma solo in relazione a tutte le controversie in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, comprese quelle risarcitorie, di cui al primo comma dell'art.244 del codice contratti, ora sostituito dal punto 1, lett. e) del primo comma, dell'art.133 c.p.a.

Restano escluse le controversie relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla clausola di revisione del prezzo e di ogni ulteriore fase esecutiva.

Dal punto di vista degli effetti il comma 3 dell'articolo in esame stabilisce che l'informativa non impedisce il corso del procedimento di gara: l'impugnativa potrebbe riguardare una clausola di bando ovvero un atto di ammissione o di esclusione; nè il decorso del termine dilatorio di 35 giorni per la stipulazione del contratto nè il decorso del termine di 30 giorni per l'impugnativa giurisdizionale.

3)- In questo contesto appare rilevante esaminare l'adempimento-risposta e l'inerzia della stazione appaltante sull'informativa del privato.

3.1) Con riferimento all'ipotesi in cui l'Amministrazione **adempia** e così stabilisca entro 15 giorni di intervenire in autotutela, occorre precisare che entro siffatto termine la

stazione appaltante avvia il procedimento di autotutela e non già lo conclude.

Di norma è verosimile immaginare che il provvedimento di conclusione, dovendosi dare avviso di avvio del procedimento a tutti gli interessati ai sensi dell'art. 7 della L. n.241/90 (cfr. *a contrariis* C.D.S., Sez. VI, 26 ottobre 2006 n.6413), sopraggiunga quando il processo è già instaurato.

Si verificheranno, pertanto, le ordinarie conseguenze che il provvedimento sopravvenuto determina in tal caso.

Se la P.A. riconosce che colui che ha comunicato l'informativa vanta delle ragioni fondate in ordine all'illegittimità od inopportunità dell'atto, procederà al ritiro dell'aggiudicazione e sarà così dichiarata in giudizio o l'improcedibilità per carenza d'interesse sopravvenuto alla decisione della causa (art. 84, 4 co c.p.a.) ovvero cessata la materia del contendere per piena soddisfazione della pretesa (art. 34, 5 co c.p.a.).

Se, invece, la PA conferma, occorre che il diniego totale o parziale, espresso o tacito, sia motivato, riaprendo i termini per la proposizione di motivi aggiunti al ricorso già pendente, proposto nei trenta giorni, avverso l'aggiudicazione definitiva.

Con la novella del nuovo c.p.a., però, non trova più spazio la semplice comunicazione del "*non luogo a procedere*", essendo stata abrogata e quindi non appare più rilevante la distinzione tra conferma mera (tacita e non motivata che si limita a richiamare il precedente provvedimento senza alcuna valenza costitutiva) e conferma motivata, che importa un riesame ed una nuova istruttoria dell'originario provvedimento (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 10 dicembre 2009 n.7732).

3.2)- Va, poi, considerato il caso che l'**Amministrazione resti inerte** dopo il ricevimento dell'informativa.

Il comma 4 della disposizione in commento continua a qualificare il silenzio della stazione appaltante come diniego tacito di autotutela e vale a proporre motivi aggiunti nei termini ordinari di trenta giorni (ex art. 120, 5 co del c.p.a.), essendo stato sul punto dei termini sostituito il comma 6 dell'articolo in commento, dalla lett. b, comma 19 dell'art. 3 dell'allegato 4 sulle norme di coordinamento ed abrogazioni del c.p.a.

La novella è diretta ad impedire che sul "*diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito*" (id est: "*l'inerzia equivale a diniego di tutela*" di cui al quarto comma) si innesti un nuovo contenzioso da ritardare la celere conclusione della gara.

Il nuovo comma 6 ha soppresso l'antidoto provvedimento conclusivo dell'autotutela, contestato dalla dottrina e dallo stesso parere del Consiglio di Stato, **definito come "non luogo a procedere"** e lo ha sostituito più propriamente con un atto di "*diniego totale o parziale*" che sia comunque adottato dalla PA o in forma espressa ovvero tacita.

Così il comportamento silente per inerzia nel decidersi a provvedere entro 15 giorni dall'informativa viene equiparato ad atto negativo, sia pur tacito e per definizione immotivato e subirà la stessa sorte d'impugnativa per motivi aggiunti dell'atto espresso negativo, di totale o parziale diniego sull'informativa e le stesse conseguenze economiche in ordine all'applicazione dell'art. 1227 c.c.

Se il ricorso è infondato, l'inerzia della PA acquista rilievo soltanto ai fini delle spese di giudizio, che potrebbero essere compensate poiché la stazione appaltante avrebbe potuto evitare con una tempestiva risposta il contenzioso con i suoi motivi aggiunti.

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

=Altrettanto dicasi, e medesima sorte economica, si avrà per l'omissione della comunicazione da parte del privato ai sensi del quinto comma della disposizione in commento: se si vince, si avrà la compensazione delle spese ed una diminuzione del *quantum debeatur* nel caso in cui sia stata proposta un'azione risarcitoria attribuibile alla condotta omissiva dell'impresa.

A questo proposito il secondo comma dell'art.124 c.p.a. sulla tutela specifica e per equivalente nelle controversie degli appalti prevede la diminuzione o l'esclusione del danno per equivalente, "subito e provato", ai sensi dell'art.1227 c.c., qualora il vincitore del ricorso non abbia proposto di conseguire l'aggiudicazione dell'appalto e la dichiarazione d'inefficacia del contratto.

Appare, quindi, rilevante, per concludere, affrontare la questione se il preavviso in discussione costituisca uno strumento di tutela, la cui proposizione evita la diminuzione o l'esclusione del danno da atto illegittimo ovvero da aggiudicazione illegittima e se anche la PA sia tenuta a ridurre il danno risarcibile.

4)- Sul risarcimento del danno e l'onere di riduzione od esclusione.

L'art. 30 del nuovo c.p.a. prevede, come detto, la forma di tutela del risarcimento del danno per lesione di interessi legittimi, imponendo al giudice che nel determinare il danno "*comunque esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti*".

E' il richiamo letterale del secondo comma dell'art. 1227 c.c., come rinviato dal 5 comma dell'art.243 bis in commento come conseguenza economica della omissione del privato ed inerzia della PA sulla informativa preventiva.

Non è stato specificato nella previsione dell'autonoma azione risarcitoria, se gli strumenti di tutela debbano essere di carattere impugnatorio o meno; anzi risulta dai lavori parlamentari che, essendo stato eliminato in sede di approvazione del citato art. 30 cpa proprio il riferimento alla mancata impugnazione giurisdizionale degli atti lesivi e cioè alla

c.d. pregiudiziale amministrativa, non possa che ritenersi rientri a pieno titolo anche quello previsto in commento e cioè quello d'invito alla P.A. di esercitare il suo potere di annullamento dell'atto lesivo, prima di andare dal giudice.

Il concorrente danneggiato, pertanto, dovrebbe attivarsi per non aggravare il danno mediante l'informativa preventiva, non essendoci particolare sforzo economico.

Se non lo facesse, si applica il principio solidaristico o di cooperazione di cui all'art. 1227 c.c. con le conseguenze citate.

Altrettanto dicasi per la PA che ha l'onere di esaminare l'istanza e di trarre le dovute conseguenze od accogliendola ovvero pronunciandosi con **“il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito”** ovvero rimanendo inerte, ma tant'è perché equivale a diniego di autotutela (comma 4).

Il giudice valuta il comportamento di entrambe le parti alla luce del parametro di buona fede e diligenza: sarà, quindi, censurabile sotto questo punto di vista il comportamento della PA che, nonostante l'evidenza dei vizi e dei danni lamentati dal concorrente denunciante, abbia rifiutato anche tacitamente di annullare l'atto.

Ciò, però, non rende la decisione dell'amministrazione in ordine all'autotutela come **“obbligo di provvedere”** e, quindi, coercibile attraverso l'azione avverso il silenzio di cui all'art.31 cpa: il decorso del termine di trenta giorni per proporre ricorso avverso l'aggiudicazione e quello di altri trenta giorni per inoltrare i motivi aggiunti avverso il diniego sul preavviso di ricorso, comunque formatosi, sia questo espresso ovvero tacito per inerzia di cui al sesto comma dell'art. 243 bis (come novellato dal c.p.a.), preclude, infatti, ogni forma di reazione giurisdizionale atta a rimettere in discussione gli effetti dell'aggiudicazione e del diniego sopraggiunto (così già per il passato la giurisprudenza aveva ritenuto applicando l'art. 21 bis L. Tar).

Per cui, spirato il termine d'impugnativa, la rimozione dell'aggiudicazione costituisce una scelta discrezionale della PA che dovrà bilanciare i costi e benefici tra l'esercitare l'autotutela, eliminando eventuali conseguenze dannose ovvero negarla.

Quel che, invece, residua in capo al privato concorrente è il considerevole, se non enorme, sforzo economico assunto per adire ed aver giustizia.

Basti pensare che, per proporre motivi aggiunti sull'atto che decide sfavorevolmente la denuncia preventiva, necessita pagare il contributo giudiziario di 2.000,00 che si aggiunge a quello di altrettanto importo per proporre ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva (ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis del D.P.R. n. 115/02, come modificato dall'art.1, comma 1307 della L. n. 296/2006, ritenuto costituzionale per ragionevolezza dall'ordinanza della Corte Cost. 6 maggio 2010, n.164); che, una volta proposto ricorso nei trenta giorni avverso l'aggiudicazione definitiva, senza che la PA si sia determinata, occorre sollevare motivi aggiunti avverso il diniego anche tacito sul preavviso

giurisdizionale a pena di improcedibilità per carenza sopravvenuta d'interesse all'originario ricorso; che anche la domanda di sospensiva sui motivi aggiunti si conclude con la pronuncia sulle spese, conservando efficacia dopo la sentenza che definisce il giudizio (art. 57 c.p.a.); che nell'eventuale appello cautelare è pure prevista la liquidazione delle spese (art. 62 c.p.a.); che nel giudizio di merito l'omissione della comunicazione preventiva non solo incide sulle spese di lite ma anche sulla riduzione od esclusione del risarcimento dei danni provocati dalla stazione appaltante.

Orbene l'art. 243 bis nel prevedere sostanzialmente l'obbligo di preventiva comunicazione, a pena di riduzione od esclusione dei danni provocati dalla PA e la successiva impugnativa per motivi aggiunti del diniego di autotutela, sopravvenuto alla proposizione dell'originario ricorso sull'aggiudicazione, impone sì un comportamento operoso del privato, ma non previsto dall'art. 1227 c.c..

In forza di questa disposizione, infatti, non rientra l'esercizio di attività giudiziaria tale da comportare sacrifici, esborsi od assunzione di rischi, qual è il ricorso per motivi aggiunti, che rappresenta esplicazione di una mera facoltà, dall'esito non certo (Cass. 5 maggio 2010 n. 10895; nn. 10684/2009; 14853/2007; 19139/2005).

In tale prospettiva spetterà al giudice valutare sia l'omissione della comunicazione sia l'inerzia della PA non in modo astratto, tanto da *“comunque escludere il risarcimento dei danni”* ma solo nei limiti del concreto e provato comportamento del creditore che abbia aggravato i danni, eccedendo l'ordinaria diligenza.

Diversamente ritenendo, si avrebbe uno strumento deflattivo delle controversie, non proporzionato allo scopo e quindi irragionevole e non equo in violazione degli artt. 24 e 111 Cost.

Avv. Primo Michielan