

Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti*

Maria Alessandra Sandulli

Le nuove disposizioni sulla “*superaccelerazione*” del processo amministrativo dettate dall’art. 20 co. 8 e 8-bis del dl. n. 185 del 2008, convertito, con modificazioni e integrazioni, nella l. n. 2 del 29 gennaio 2009, per i ricorsi avverso gli atti relativi agli investimenti pubblici e di pubblica utilità “*adottati ai sensi*” dello stesso articolo costituiscono uno dei peggiori esempi di cattiva qualità della regolazione e di ingiustificata violazione dei principi costituzionali e comunitari a tutela di una garanzia piena ed effettiva delle posizioni giuridiche soggettive lese dagli atti e comportamenti illegittimi delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti comunque tenuti a rispettarne le medesime regole di azione.

In un sistema di giustizia amministrativa che già prevede un rito speciale abbreviato per le materie di maggiore interesse economico e in particolare per la realizzazione delle opere e dei servizi pubblici e di pubblica utilità, tale da garantire, in un quadro di giusta collaborazione tra giudici e avvocati, la soluzione in tempi estremamente rapidi delle controversie (spesso in meno di due anni si definiscono i due gradi di giudizio e comunque in pochissimi mesi si può chiudere il giudizio di merito di primo grado), assicurando al tempo stesso un equo contemperamento dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti, attraverso il concorso di strumenti come la tutela cautelare provvisoria, la decisione in forma semplificata, la fissazione immediata dell’udienza di merito e il maggior rigore imposto per la concessione delle misure cautelari soprassessorie (in relazione ad un bilanciamento particolarmente attento dell’interesse del ricorrente con quelli delle altre parti interessate e in particolare con l’interesse pubblico alla sollecita realizzazione dell’opera o del servizio), appare assai difficile comprendere le ragioni per introdurre un nuovo rito superaccelerato, che sembra pertanto ispirato all’unico e neanche troppo celato obiettivo di scoraggiare ogni forma di azione giurisdizionale.

Le regole processuali introdotte dal co. 8 dell’art. 20 del dl. n. 185 cit. hanno suscitato come noto una reazione immediata nel mondo giuridico, che trova conferma nei primi interventi sull’apposito *forum* di discussione aperto (da chi scrive) su questa *Rivista* all’immediato indomani della sua approvazione, nell’utopistico auspicio di offrire un contributo affinché (almeno) in sede di conversione il legislatore potesse operare una più attenta e ponderata riflessione sulla portata e sugli effetti delle nuove disposizioni e/o ne risolvesse alcune evidenti difficoltà applicative (commenti e interventi di N. PAOLANTONIO, G. TULUMELLO, M. P. CHITI, F. VOLPE, A. BARTOLINI, C. CONTALDI LA GROTTIERA e G. F. FERRARI).

Il risultato, come si dirà, è stato diametralmente opposto, ché i rilievi espressi su alcuni difetti del decreto (omesso richiamo allo *standstill period* e previsione di un tetto massimo per la tutela risarcitoria) o sulle possibilità di aggirarne i termini iugulatori (quanto meno per l’azione di puro risarcimento, che la Cassazione riconosce esperibile in via autonoma nei tempi ordinari della prescrizione) hanno avuto come unico esito quello di indurre il Parlamento ad aggravare la forza antigarantista delle nuove misure di velocizzazione processuale.

* Testo rielaborato della Relazione tenuta al Convegno dell’Istituto Grandi Infrastrutture del 26 febbraio 2009.

Prima di passare all'esame delle singole disposizioni del nuovo rito, è essenziale un rapidissimo richiamo alle principali regole espresse dalla Direttiva n. 66 del 2007 del Parlamento e del Consiglio dell'Unione Europea, intervenuta a modificare e integrare le Direttive nn. 89/665 e 92/13, aventi rispettivamente ad oggetto le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori ordinari e speciali, per migliorare l'efficacia di dette procedure.

Prima di valutare la compatibilità comunitaria e costituzionale delle nuove disposizioni "salva contratti pubblici" occorre infatti sinteticamente ricordare quali sono i limiti oltre i quali l'ordinamento comunitario non consente agli Stati membri di "ridurre" le possibilità di tutela contro la violazione delle regole sulla concorrenza.

In particolare, rispondendo ad un'esigenza già rappresentata dalla Corte di Giustizia (sent. *Alcatel*, in C-81/98, pt. 33), la nuova Direttiva (come da chi scrive più volte sottolineato anche in riferimento alla "proposta" n. 2006/0066¹) mira a garantire un migliore funzionamento delle Direttive ("classica" e "speciale") in materia di appalti pubblici (2004/18 e 2004/17), **rafforzando i meccanismi esistenti per assicurarne l'effettiva applicazione, in particolare nella fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate** (cfr. considerando 3).

La Direttiva si basa invero su una valutazione d'impatto approfondita, che espone due problemi principali: la mancanza di ricorsi efficaci contro la prassi degli affidamenti diretti illegittimi di appalti pubblici e la stipula affrettata dei contratti di appalto da parte dei soggetti aggiudicatori, che privano di fatto gli operatori economici della possibilità di proporre ricorsi efficaci prima della conclusione del contratto (cfr. parere del Comitato economico e sociale europeo sulla proposta di Direttiva, COM (2006) 195 def. INT/318, pt. 2.2 e considerando 4 della Direttiva). Ne consegue che essa non ritiene "efficace" una tutela di carattere meramente risarcitorio (che del resto l'art. 2 della Direttiva pone solo al terzo posto tra le diverse forme di tutela e l'art. 2 *sexies* considera *expressis verbis* inidonea a valere come sanzione alternativa alla cessazione di effetti del contratto).

In quest'ottica, gli organi europei individuano alcune condizioni minime che gli Stati membri devono osservare per impedire che gli atti assunti in violazione delle regole primarie sull'affidamento degli appalti pubblici raggiungano comunque il loro effetto.

Le principali innovazioni della nuova Direttiva consistono pertanto:

- a) nell'introduzione di un termine sospensivo (cd. *standstill period*) minimo (di 10 giorni dalla conoscenza del contenuto illegittimo della decisione, legata ad una relazione sintetica dei motivi pertinenti che l'hanno determinata: considerando 4 -7 e art. 2 *bis*) tra la decisione di aggiudicare un appalto e la conclusione del contratto, in modo da offrire a chiunque ritenga di aver subito un pregiudizio di valutare (*cognita causa*) l'opportunità di presentare ricorso; la deroga alla sospensione è ammessa soltanto quando il termine sospensivo sia palesemente inutile (es. del concorrente unico), ovvero nei casi di urgenza estrema non imputabile alle stazioni appaltanti o infine nei casi di contratti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione: ma in quest'ultimo caso, quando l'appalto è pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, gli Stati membri devono assicurare che il contratto resti privo di effetti quando siano state violate le disposizioni più specificamente dirette a garantire un effettivo confronto concorrenziale (considerando 8 e 9 e art. 2 *ter*); si segnala peraltro che un termine siffatto era stato già opportunamente introdotto (per una volta in anticipo rispetto all'ordinamento europeo) dall'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 (il nostro

¹ La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice de Lise), in www.federalismi.it.

Codice dei contratti pubblici), con l'espressa precisazione che la deroga, ammessa peraltro per ragioni di estrema urgenza e dunque in ipotesi ulteriore rispetto a quelle rigorosamente contemplate dalla Direttiva, non opera nei contratti relativi agli insediamenti produttivi e alle infrastrutture strategiche, per i quali l'art. 246 del Codice dispone che l'annullamento dell'aggiudicazione non possa avere effetti sul contratto già stipulato;

- b) nell'introduzione di un ulteriore termine sospensivo per la stipula del contratto, operante tra la proposizione di un ricorso e la decisione (cautelare o sul merito) da parte dell'organo indipendente chiamato a pronunciarsi su di esso (considerando 12 e art. 2 co. 3);
- c) nell'invito a rafforzare la tutela efficace per incoraggiare ad utilizzare la procedura d'urgenza prima della conclusione del contratto (considerando 28);
- d) nella prescrizione che il contratto eventualmente già stipulato prima della decisione di annullamento dell'aggiudicazione si considera privo di effetti se il soggetto aggiudicatore ha aggiudicato un appalto in via diretta fuori dei casi consentiti dalle Direttive 17 e 18, ovvero non ha rispettato il termine sospensivo minimo, qualora tale violazione abbia impedito all'offerente di avvalersi di mezzi di ricorso efficaci prima della stipula del contratto, quando tale violazione si aggiunge ad una violazione delle Direttive 17 e 18 che abbia influito sulle opportunità del medesimo offerente di ottenere l'appalto o ancora quando il termine sospensivo sia stato derogato per appalti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione (considerando 13, 14 e 18 e artt. 2, co. 7 e 2 *quinquies*); **la regola dell'inefficacia del contratto ha valenza assoluta e generale e può essere derogata, in via eccezionale, soltanto dall'organo indipendente di ricorso quando quest'ultimo, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale (che possono essere rappresentate da interessi economici soltanto se, in circostanze eccezionali, la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate e comunque mai per interessi economici legati al contratto in questione) impone che gli effetti del contratto siano mantenuti (considerando 22-24 e art. 2 *quinquies*), fermo peraltro l'obbligo di prevedere l'applicazione di sanzioni alternative (anche pecuniarie) a carico della stazione appaltante, non identificabili col mero risarcimento del danno (considerando 19 e 21 e art. 2 *sexies*);** si segnala quindi che la deroga deve essere giustificata di volta in volta dal giudice per interessi evidentemente primari rispetto a quello alla tutela della concorrenza e non può essere in ogni caso stabilita in via preventiva e generalizzata dagli ordinamenti nazionali sulla base di scelte delle stesse amministrazioni; e che in ogni caso la stazione appaltante che abbia illegittimamente stipulato il contratto in violazione delle surrichiamate disposizioni deve essere assoggettata a sanzioni diverse e ulteriori rispetto al mero risarcimento del danno (che tanto meno può essere quindi circoscritto entro un tetto legislativamente prefissato);
- e) nell'affermazione della necessità di termini di prescrizione e di decadenza per garantire la certezza giuridica (considerando 25 e 27 e art. 2 *septies*), in una con la previsione di termini minimi per proporre di ricorso, diversi per i ricorsi sugli atti che non incidono sul contratto (dieci o quindici dalla conoscenza del contenuto illegittimo dell'atto: art. 2 *quater*) e per i ricorsi diretti a far venir meno gli effetti del contratto (trenta giorni dalla comunicazione motivata dell'aggiudicazione o, in difetto, sei mesi dalla stipula di quest'ultimo: art. 2 *septies*); si segnala peraltro che il Comitato economico e sociale nel richiamato parere sulla proposta di Direttiva ha evidenziato l'esigenza che i legislatori nazionali tengano conto del problema della possibile notevole distonia tra giorni civili e giorni lavorativi, che in taluni casi può tradursi in una riduzione eccessiva dei termini di ricorso;
- f) la previsione della possibilità di subordinare il risarcimento del danno al previo annullamento dell'aggiudicazione (artt. 6 e 7, co. 2): si segnala quindi l'infondatezza delle giustificazioni invocate dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nella nota sentenza n.

30254 del 23 dicembre 2008 a sostegno della asserita incompatibilità comunitaria della pregiudiziale di annullamento.

Il confronto tra le regole sopra richiamate (in particolare le prime cinque) e il testo dell'art. 20, co. 8 e 8 bis del dl. 185, convertito, con modificazioni, dalla l. 2 del 2009 mostra già *prima facie* come il secondo si ponga in netta antitesi con le prime e, più in generale, con i principi costituzionali e comunitari a garanzia di una tutela piena ed effettiva contro la violazione delle disposizioni volte ad assicurare il rispetto delle regole sulla concorrenza.

Le nuove disposizioni presentano moltissime illogicità e le incertezze (per non dire oscurità) interpretative, ulteriormente aggravate dalla legge di conversione, che, già di per sé, costituiscono un insormontabile ostacolo alla soddisfazione delle irrinunciabili esigenze di certezza del quadro normativo di riferimento², che rappresenta il primo presupposto per una tutela effettiva delle posizioni giuridiche, oltre ad incidere in termini estremamente gravi sulla stessa competitività del Paese. Il quadro che si presenta all'operatore è senza enfasi inaccettabile: l'incertezza investe infatti ogni singolo passaggio del testo normativo, toccando lo stesso esatto significato delle sue disposizioni, i rapporti con il rito speciale disegnato dagli artt. 23 *bis* l. n. 1034 del 1971 e 245 d.lgs. n. 163 del 2006 e con l'azione risarcitoria autonoma prospettata dalla più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, le concrete modalità di svolgimento del processo, nonché, ma in realtà *in primis*, lo stesso ambito di applicazione del nuovo rito.

Il generico riferimento ai “*provvedimenti adottati ai sensi del presente articolo*”, invero, per un verso, ha fatto giustamente riflettere, sia pure in via di mera ipotesi teorica, sull'applicabilità del nuovo rito ai provvedimenti di aggiudicazione assunti dalle stazioni appaltanti “solerti”, che non rientrano a stretto rigore tra tali provvedimenti, anche se sono comunque assunti in attuazione del medesimo articolo (C. CONTALDI LA GROTTIERA, cit.) e, per l'altro, ha indotto a segnalare come l'ambito applicativo delle nuove disposizioni sia in realtà molto più ampio delle procedure di affidamento degli appalti relativi agli investimenti considerati dall'art. 20, per estendersi ad ogni atto ivi contemplato, da quelli di individuazione degli stessi investimenti a quelli di localizzazione delle opere e di conseguente espropriazione delle aree interessate (R. DE NICTOLIS, in *Urbanistica e appalti*, n. 3 del 2009).

Una cosa comunque è purtroppo indiscutibilmente certa: le nuove disposizioni riducono drasticamente i termini di impugnazione e l'utilità della decisione; quindi, riducono drasticamente la tutela, in gravissima e inaccettabile controtendenza con la *ratio* ispiratrice delle Direttive comunitarie e con le esigenze di effettività di quest'ultima ripetutamente invocate dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione.

Le nuove disposizioni configurano invero un'area di atti, genericamente relativi ad “*investimenti*” pubblici o di pubblica utilità (anche se, in riferimento al risarcimento, la legge di conversione parla soltanto di “*opere*”, ciò che sembrerebbe – condizionale assolutamente d'obbligo - escluderne l'applicabilità ai servizi e alle forniture³, si tratta quindi, come è agevole constatare, **di un'area ben più ampia delle cd. infrastrutture strategiche** alle quali, dal 1992, il nostro legislatore cerca di garantire una speciale “*resistenza*” ai ricorsi), la concreta individuazione dei quali è peraltro rimessa alla scelta sostanzialmente discrezionale delle stesse amministrazioni interessate (si tratta, in buona

² Si ricorda a tale proposito che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha chiaramente sottolineato come il principio di legalità, inteso in senso sostanziale, e non meramente formale, si traduca in un preciso parametro di qualità della legge, imponendo che questa sia sufficientemente accessibile, precisa e chiara (sent. 30 maggio 2000, in causa 31524/96, *Belvedere Alberghiera s.r.l. c. Italia*, cit., par. 57).

³ Il “rischio” di un'applicazione estesa anche a questi ultimi è paventato da R. DE NICTOLIS, in *Urbanistica e appalti*, Osservatorio n. 1 del 2009.

sostanza, di atti di alta amministrazione), i cui effetti, indipendentemente dalla gravità dei vizi dai quali possono essere afflitti, sono assolutamente “*blindati*”, resistendo anche al sindacato giurisdizionale.

In netto contrasto con i principi ispiratori della Direttiva 2007/66 e con le regole (sopra ricordate), introdotte da quest’ultima per assicurare una tutela effettiva contro la violazione delle Direttive 17 e 18 del 2004 in una fase anteriore alla stipula del contratto, i contratti diretti all’attuazione degli investimenti contemplati dalla nuova manovra 2008 non soltanto non sono minimamente incisi nella loro efficacia dall’eventuale sospensione⁴ e/o annullamento degli atti amministrativi presupposti – e dunque, ciò che aggrava ulteriormente la vicenda, neppure dalla eventuale illegittimità della individuazione (a monte) dell’investimento come “strategico” – ma, per evitare il “rischio” che un operatore particolarmente solerte, assistito da un avvocato particolarmente efficiente, possa adire il giudice ed ottenere una tutela almeno cautelare prima del decorso dello *standstill period*, sono espressamente sottratti all’osservanza di tale periodo minimo di sospensione (sic!!).

La previsione, combinata con quella che elude il termine minimo per agire al fine di far dichiarare l’inefficacia di un contratto stipulato in violazione delle norme sulla concorrenza – termine che, si ricorda, l’art. 2 *septies* della Direttiva fissa in 30 gg. dalla conoscenza della comunicazione dell’avviso del contenuto illegittimo dell’atto, attraverso l’indicazione delle informazioni minime necessarie e una sintetica relazione dei motivi della decisione o, in difetto, in sei mesi dalla stipula del contratto – è in manifesto contrasto con le garanzie imposte in sede comunitaria e costituzionale. Queste ultime, non soltanto per contenuto proprio, in relazione agli artt. 24 e 113 Cost., ma anche attraverso l’espresso richiamo al diritto comunitario operato dal nuovo art. 117, co. 1, Cost.

In un attento commento all’art. 20 (R. DE NICTOLIS, cit.) ho letto che il termine previsto per la notifica del ricorso principale - 30 gg. dalla conoscenza, anche informatica (e dunque, allo stato, senza prova certa di ricezione), dell’atto, salvi ulteriori 10 gg. per i motivi aggiunti – sarebbe coerente con l’ordinamento comunitario e costituzionale. A sostegno di tale assunto, si richiamano la sentenza della Corte costituzionale (10 novembre 1999 n. 427) sul cd. decreto salva cantieri del 1997 (dl. n. 67/1997 conv. in l. n. 135 del 1997) e il termine minimo di 10 gg. indicato dall’art 2 *quater* della stessa Direttiva 66 per i ricorsi diversi da quelli diretti a far cadere il contratto. L’A. (che pure, in conclusione, correttamente riscontra l’incompatibilità comunitaria delle nuove disposizioni sotto i profili concernenti l’abolizione dello *standstill period* e la resistenza incondizionata del contratto all’annullamento degli atti di aggiudicazione) trascura però di considerare, per un verso, il fondamentale passaggio della direttiva che impone la piena conoscenza del contenuto illegittimo dell’atto (che si riversa anche sulla compatibilità costituzionale di un termine che decorra dalla mera conoscenza, con l’omissione addirittura dell’aggettivo “*piena*” dell’atto lesivo) e, per l’altro, la circostanza, non meno fondamentale, che i termini di questo ricorso devono essere posti a confronto con quelli dell’art. 2 *septies* e non dell’art. 2 *quater* della Direttiva, quanto meno nei casi in cui l’atto impugnato è suscettibile di condurre, senza ulteriori passaggi, alla stipula del contratto. A ciò si aggiunga che la Direttiva impone, come si è visto, un ulteriore *standstill period* tra la presentazione del ricorso e la decisione, almeno cautelare, su di esso, che, ancora una volta, il nostro legislatore omette. Mentre il più volte richiamato parere del Comitato economico e sociale sulla proposta di Direttiva aveva manifestato l’esigenza di tener conto del possibile divario tra giorni civili e giorni lavorativi, con la conseguente necessità di valutare la congruità dei termini a difesa anche alla luce di tale circostanza.

⁴ A questo specifico riguardo non si può mancare di notare che il riferimento alla “*sospensione*”, se operato da un legislatore più rigoroso, potrebbe essere letto come norma implicitamente attributiva al giudice amministrativo della giurisdizione sulla sorte del contratto.

In questa luce, è assai difficile affermare la ragionevolezza dei termini concessi agli operatori economici illegittimamente privati della possibilità di aggiudicarsi un appalto o (come si è visto) ai proprietari illegittimamente espropriati o a qualsiasi altro portatore di un interesse leso dai nuovi atti “ricorso-resistenti” dall’art. 20, co. 8.

Le incertezze interpretative e le incompatibilità comunitarie emergono in tutta la loro gravità già dai primi passaggi.

Nella formula risultante a seguito della legge di conversione, il ricorso avverso gli atti adottati ai sensi dello stesso articolo deve essere notificato entro 30 gg. dalla relativa comunicazione ai soggetti interessati a mezzo fax o con posta elettronica all’indirizzo da essi indicato, o dall’avvenuta conoscenza, comunque acquisita. Fermo che, come ripetutamente sottolineato, la Direttiva identifica la conoscenza dell’atto idonea a far decorrere i termini di ricorso con quella del suo contenuto motivazionale (con conseguente inidoneità della mera notizia della decisione lesiva, considerata dalla predetta disposizione nazionale, a costituire un valido *dies a quo* per una tutela “efficace”⁵), gli strumenti di comunicazione individuati dalla norma in commento non appaiono, allo stato, adeguati a fornire una piena garanzia della data effettiva di ricezione (facilmente alterabile tanto nel primo che nel secondo caso), a tacere del fatto che soltanto in sede di partecipazione ad un gara gli interessati indicano il loro indirizzo, a meno di leggere proprio in tale previsione una volontà riduttiva dell’ambito di applicazione del nuovo rito. Non è del resto sempre chiaro chi sono gli interessati destinatari delle comunicazioni degli atti esterni alle procedure di gara, ivi compresi gli affidamenti diretti.

Il primo ostacolo può essere parzialmente ridimensionato dalla previsione sull’accesso che, ai sensi dello stesso co. 8, “è consentito entro dieci giorni dall’invio della comunicazione del provvedimento” (con la conseguenza che il contenuto motivazionale del provvedimento è in questo modo facilmente acquisibile). La disposizione non brilla certamente per chiarezza ed univocità di significato. Il senso più coerente sembra quello che gli interessati hanno diritto a recarsi direttamente e immediatamente presso gli uffici dell’Amministrazione/stazione appaltante senza alcuna previa richiesta e che questi devono essere sempre pronti a mettere a loro disposizione gli atti del procedimento. La natura processuale della norma implica che restano, evidentemente, salvi i limiti all’accesso relativi al tipo di atti di cui viene richiesta l’ostensione (da conciliare anche con le posizioni restrittive assunte dalla Corte di giustizia nella sentenza del 12 febbraio 2008 in C-450/06). Nascono però varie questioni, che ovviamente il legislatore si è ben guardato dal prevedere e dal risolvere: *quid juris* se l’amministrazione rifiuta l’accesso? Si seguono i tempi ordinari del ricorso sull’accesso e il ricorrente ha in sostanza solo dieci giorni per difendersi con i motivi aggiunti (v. subito *infra*)?; che tempi ha l’Amministrazione per rilasciare la copia dei documenti richiesti, riducendo per l’effetto il tempo di conoscenza consapevole alla stregua della quale “valutare”, come indicato dalla Direttiva, l’opportunità di proporre ricorso e di articolare i motivi?; ancora, che natura ha il termine di cui si tratta: il mancato esercizio del diritto di accesso implica decadenza dalla possibilità di richiedere gli atti in corso di causa? In un attento e autorevole commento (R. DE NICTOLIS, cit.), si è affermato che l’interessato che non si sia attivato per accedere tempestivamente agli atti perderebbe addirittura la possibilità di proporre motivi aggiunti. La soluzione mi sembra sinceramente eccessiva, soprattutto in quanto la disposizione non prevede in

⁵ L. FERRARA, *Motivazione ed impugnabilità degli atti amministrativi*, in Atti del Convegno *L’impugnabilità degli atti amministrativi*, Giornate di Studio in onore di E. Cannada-Bartoli, 13-14 giugno 2008, Siena, in www.giustamm.it; S. DE PAOLIS e B. RINALDI, *Piena conoscenza ed effettività della tutela: riflessioni e attualità del pensiero dei maestri*, *ibidem*; sul punto si ricorda Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 522, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2007, 2, 602, la pronuncia afferma la mera facoltà di impugnazione del provvedimento qualora l’amministrazione non abbia provveduto alla comunicazione della motivazione, il destinatario può scegliere di impugnare immediatamente l’atto e articolare successivamente i motivi aggiunti o attendere di conoscerne la motivazione per valutare l’opportunità di agire in giudizio.

modo chiaro una siffatta limitazione del diritto di difesa. All'opposto, l'espressa previsione della possibilità di proporre motivi aggiunti, da notificare entro un termine di soli 10 giorni (civili) dalla conoscenza del vizio sembra espressamente ammettere che il ricorrente possa integrare le censure originariamente proposte "al buio" a seguito della produzione dei documenti da parte dell'amministrazione resistente e/o delle altre parti costituite.

A quest'ultimo riguardo, merita infatti sottolineare che il legislatore non prevede alcuna deroga agli oneri di adempimenti documentali imposti dalla l. TAR nei confronti della parte resistente, che, pertanto, non ne è assolutamente esonerata.

In riferimento al profilo appena considerato non si può infine non denunciare un'altra grave "peculiarità" delle nuove disposizioni: l'art. 20, co. 8 sottolinea, invero, per la prima volta in modo espresso, che in caso di mala fede o colpa grave del soccombente si applica l'art. 96 del c.p.c.. In buona sostanza, il legislatore ha avuto espressamente cura di "ammonire" gli interessati (fortuna che, almeno in teoria, la regola vale anche per l'amministrazione resistente) che, oltre alle spese per l'assistenza legale (presumibilmente aggravate dalla ristrettezza dei tempi a disposizione dell'avvocato) e a quelle ordinariamente previste in caso di soccombenza, potrebbe essere chiamato a rispondere per la cd. "lite temeraria". C'è da auspicare che la regola non valga anche per il "ricorrente al buio", già ingiustamente gravato dall'onere di versare 2000 euro di contributo unificato. Ma si dovrebbe a mio avviso parimenti escludere che chi, nella speranza di riuscire a precedere la stipula del contratto, è stato costretto dal nuovo sistema iugulatorio a proporre comunque un ricorso "al buio" - e, pertanto, a versare il suddetto oneroso contributo oltre all'onorario di un avvocato costretto a lavorare in condizioni di massima urgenza - nel caso in cui, dopo aver potuto attentamente visionare tutti gli atti e magari verificare che potrebbe avere agito senza effettivo fondamento, cerchi comunque di perseguire nell'azione ormai intentata (e nella quale ha già profuso un serio impegno economico), sia esposto ad una condanna per lite temeraria.

Appare a questo punto ultroneo evidenziare che la denunciata eccessiva contrazione dei termini a difesa sarebbe ancora più grave (e all'evidenza costituzionalmente e comunitariamente incompatibile) se il richiamato termine di 10 gg. per la proposizione dei motivi aggiunti potesse intendersi riferito anche all'impugnazione degli atti connessi a quello oggetto del ricorso principale, rispetto ai quali non vi sarebbe neppure il termine per l'accesso! La tecnica legislativa è ancora una volta assolutamente criticabile, in quanto priva gli interessati della necessaria chiarezza del quadro processuale nel quale devono muoversi.

Analoga incertezza si riscontra sulle forme della notificazione: incomprensibilmente, nel restringere a soli 5 giorni dal termine ultimo per la notifica quello per il deposito del ricorso, il legislatore, mentre opportunamente consente il deposito della mera attestazione dell'ufficiale giudiziario di aver ricevuto l'atto da notificare (aderendo così alla posizione recentemente assunta sul punto dalla giurisprudenza: Cons. Stato, sez. VI, 13 maggio 2008 n. 2218), omette ogni riferimento agli strumenti alternativi della notifica attraverso i messi comunali o in via diretta a mezzo posta. Di nuovo: cosa significa questa omissione? Una mera svista o una volontà di circoscrivere le modalità di notifica dei ricorsi ex art. 20? Anche se la seconda ipotesi appare all'evidenza inaccettabile, un accorto legale avrà evidentemente qualche preoccupazione a utilizzare mezzi di notifica diversi dall'Ufficiale giudiziario. E si troverà quindi esposto alla duplice, ma purtroppo assai reale difficoltà di ottenerne l'attestazione di avvenuta consegna e di vigilare quotidianamente sul "rientro" dell'atto notificato, dalla disponibilità del quale il legislatore del 2008/2009 (vero "genio" della costruzione di un percorso a ostacoli) fa decorrere un ulteriore termine di decadenza dall'azione.

Ma le anomalie della presentazione dei ricorsi *de quibus* non sono finite: il termine per il deposito non è legato, secondo la regola generale, all'ultima notifica effettuata, ma, senza alcun criterio logico, a quello (di 30 gg. per il ricorso principale e di 10 gg. per i motivi aggiunti) previsto per la relativa notifica. Si tratta di una previsione assolutamente irrazionale, se si considera, per un verso, la sua antinomia con i termini superaccelerati di ogni altra fase processuale e, per l'altro, i problemi che potrebbe in astratto creare con il termine (25 gg dalla notifica del ricorso principale) indicato dallo stesso articolo per la fissazione dell'udienza di merito. Di nuovo, la previsione sembra piuttosto frutto di un autore poco addentro al sistema processuale amministrativo.

La contrazione dei termini a difesa investe in modo se possibile ancora più grave le altre parti interessate (che devono costituirsi entro 10 gg. dalla notifica del ricorso principale) e, soprattutto il ricorrente incidentale (che deve notificare il proprio ricorso entro il medesimo termine di dieci giorni dalla notifica del ricorso principale: non è peraltro chiaro se e che termini abbia per l'accesso, che, in astratto, se il ricorrente incidentale è destinatario della comunicazione di cui al primo periodo del co. 8⁶, potrebbero essere coincidenti con quelli del ricorrente principale). Il Consiglio di Stato ha, ancora recentemente, ricordato che il principio di parità delle armi nel processo enunciato dall'art. 6 CEDU e ripreso dall'art. 111 Cost. impone che le parti abbiano gli stessi termini per svolgere le proprie difese (V, 2 febbraio 2009 n 558). Le nuove disposizioni sono perciò anche sotto questo profilo *ictu oculi* incompatibilmente con l'ordinamento costituzionale ed europeo.

Prima di proseguire con l'analisi delle disposizioni sullo svolgimento del processo, merita fin da ora fermare l'attenzione sul vero *“pezzo forte”* della nuova disciplina sugli atti *“ricorso-resistenti”*: l'espressa e drastica previsione, nello stesso co. 8, che *“le misure cautelari e l'annullamento degli atti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione del contratto già stipulato e, in caso di annullamento degli atti della procedura (inciso aggiunto dalla legge di conversione), il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente”*; aggravata, in sede di conversione, dalla precisazione che *“il risarcimento per equivalente del danno comprovato non può comunque eccedere la misura del decimo dell'importo delle opere che sarebbero state eseguite se il ricorrente fosse risultato aggiudicatario, in base all'offerta economica presentata in gara”* e che *“per la stipulazione dei contratti ai sensi del presente non si applica il termine di trenta giorni previsto dall'art. 11, co. 10, del codice dei contratti pubblici”* (il più volte richiamato *standstill period*).

Il disegno complessivo è, come già anticipato, estremamente preoccupante.

Come immediatamente segnalato da un attento commentatore con un giusto tono di allarme (G. TULUMELLO, cit.) e in parte già denunciato da chi scrive nel lontano 1993, in riferimento alle analoghe previsioni della legge obiettivo⁷, la funzione del giudice diventa in questo quadro quella, assai modesta, di chiudere il processo ad ogni costo, socializzando i costi dell'attività provvedimentale illegittima con un **doppio onere economico per la collettività**.

Assolutamente singolare – dato il momento in cui interviene *“a gamba tesa”* nel dibattito sulla effettività della tutela risarcitoria per la lesione degli interessi legittimi – appare peraltro la limitazione *ex lege* della misura del danno risarcibile (che fa pensare ai numerosi interventi della CEDU sui limiti alla tutela dei diritti dei proprietari illecitamente privati dei propri beni e fa prevedere facili reazioni degli organi comunitari ed europei). Come giustamente evidenziato dai

⁶ Si ricorda infatti che l'art. 79, co. 5, lett. a), del codice dei contratti pubblici impone alla stazione appaltante di comunicare di ufficio l'aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, oltre che all'aggiudicatario, al concorrente che segue in graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per proporre impugnazione.

⁷ *Brevi riflessioni su alcune recenti tendenze all'incertezza del diritto*, in *Rass. Parl.* n. 1 del 2003.

primi, attenti, commentatori delle nuove disposizioni (G. TULUMELLO e A. BARTOLINI, cit.) infatti, il legislatore esclude in questo modo la risarcibilità del danno patrimoniale subito dall'impresa illegittimamente esclusa o pretermessa per un'area diversa dal mancato utile d'impresa (si pensi alle ricadute pregiudizievoli sul sistema della qualificazione, specie in relazione agli appalti relativi ad infrastrutture strategiche), nonché per ogni altra eventuale forma di danno non patrimoniale direttamente conseguenti alla illegittima attività provvedimentale. Senza considerare l'obiettivo difficoltà di comprovare il danno subito nei tempi irragionevolmente ridotti fissati dalle nuove disposizioni in riferimento ad un'azione di mero risarcimento e la correlata inconciliabilità di tale azione con la decisione in forma semplificata (sul punto si leggano i lucidi rilievi espressi nelle sentenze del Consiglio di Stato, sez. VI, 25 gennaio 2008 n. 213 e sez. V, 11 dicembre 2007 n. 6408).

Ciò mentre, come vale la pena ricordare che il legislatore nazionale, in materia di appalti, è sottoposto ai principi europei di responsabilità, ed in particolare alla giurisprudenza della Corte di Giustizia secondo cui la quantificazione del danno deve tener conto del principio di adeguatezza, così che il ristoro sia adeguato al danno subito, in modo da garantire l'effettività della tutela dei diritti dei soggetti lesi. Di modo che, alla luce del principio di effettività e soprattutto di adeguatezza del danno, la quantificazione del risarcimento deve tener conto anche del lucro cessante ed in particolar modo (specie nelle controversie di natura economica e commerciale) delle occasioni di profitto sfumate (Corte giust. CE, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du pêcheur e Factortame Ltd*, punti 82 ed 86-88).

Siamo, pertanto, in presenza di una disposizione che, oltre a porsi in chiaro contrasto con la Direttiva 2007/66, disattende anche i principi comunitari in materia di responsabilità.

Il problema è, evidentemente, aggravato dalla circostanza che l'azione risarcitoria diventa in questi giudizi sostanzialmente l'unica forma di tutela, con tutti i dubbi di legittimità costituzionale già ripetutamente espressi da chi scrive in precedenti occasioni⁸, la cui fondatezza appare del resto inequivocabilmente confermata anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale (C. cost., 24 ottobre 2008, n. 351).

Confrontando la predetta abdicazione alla reintegrazione in forma specifica con le deroghe eccezionalmente ammesse dall'art. 2 *quinquies* co. 3 della Direttiva 66 alla regola della cessazione degli effetti del contratto (deroghe che peraltro, come sopra sottolineato, non sono ammesse in via preventiva e generale, non investono lo *standstill period* e impongono comunque l'applicazione di sanzioni alternative ulteriori al risarcimento del danno), torna essenziale la domanda: qual è per il nostro legislatore **l'interesse generale** prevalente in nome del quale soltanto la Direttiva consente - in via del tutto eccezionale e con limiti ben precisi - la deroga alla regola di caducazione del contratto per violazione di norme fondamentali a tutela della concorrenza?

Purtroppo la risposta più immediata sembrerebbe: **dimenticare la legalità**: il peggior sviluppo di alcune tendenze – giustamente criticate e fortunatamente ridimensionate e sostanzialmente superate – della prevalenza del risultato anche sulla legalità.

Negli ultimi anni avevo spesso auspicato e sollecitato un intervento del legislatore sui temi della giustizia, ma le disposizioni in commento non lasciano molte speranze.

Fortunatamente esiste, a monte, un ordinamento comunitario, che, come ho cercato di illustrare in apertura, esclude la possibilità di derogare allo *standstill period* per ipotesi come quella configurata dall'articolo in commento; e, analogamente, esclude una clausola generalizzata e preventiva di

⁸ Tra le più recenti, *Osservazioni conclusive* al Convegno del 18 maggio 2007, Università degli Studi Roma Tre, *Il ruolo del giudice nelle magistrature supreme*, in *Foro amm.-TAR*, suppl. al fasc. n. 7-8 del 2007 e in questa *Rivista* e ivi ulteriori rinvii.

“salvezza del contratto” stipulato in contrasto con le norme fondamentali sulla concorrenza. Non resta che auspicare, ancora una volta, un sollecito intervento degli organi comunitari e/o della Corte costituzionale.

Da ultimo, ma non ultimo, prima di passare all’esegesi delle altre disposizioni dell’art. 20, co. 8, merita richiamare l’attenzione sull’inciso “*in caso di annullamento degli atti della procedura*”, introdotto dalla legge di conversione prima della frase “*il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento (omissis)*”.

Come mi è già sembrato opportuno segnalare (*Il legislatore dà nuovi spunti al dibattito sulla 'pregiudiziale'? (riflessioni a margine della legge n. 2 del 2009, di conversione del d.l. n. 185 del 2008)*, in questa *Rivista*, 20 febbraio 2009), l’aggiunta non è certamente casuale, dopo il chiaro e fermo monito della Corte di cassazione sulla impossibilità di subordinare il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi legittimi all’azione pregiudiziale di annullamento. Dopo la sentenza delle Sezioni unite n. 30254 del 23 dicembre 2008, chi sarebbe stato così pazzo da fare un ricorso iugulatorio, deciso “*in forma semplificata*” per avere solo il risarcimento (peraltro parziale) se aveva a disposizione i termini ordinari di prescrizione?

E subito il legislatore è corso in aiuto dei suoi atti ricorso-resistenti, precisando la necessità del previo annullamento.

L’intento del legislatore di affermare (o, per meglio dire, “ricordare”) in modo esplicito la regola della pregiudiziale - in un sistema che peraltro non ha mai previsto una regola contraria appare invero assolutamente chiaro quando si consideri che, anche in sede di prima lettura delle nuove disposizioni, era stata prospettata la possibilità di eludere le nuove regole processuali per i giudizi di mero risarcimento, utilizzando la diversa strada dell’azione risarcitoria autonoma disegnata dalla Cassazione. Da ciò l’immediata reazione del nostro legislatore, che, nel fondato timore che, almeno per il mero risarcimento per equivalente, gli interessati potessero fruire di un rito ordinario e di congrui termini a difesa (e quindi non lasciarsi scoraggiare dai mille ostacoli frapposti dal dl. 185), ha prontamente sottolineato che, in ogni caso, l’azione risarcitoria per i danni derivanti dagli atti ex art. 20 è subordinata al loro previo annullamento.

Vi sono però a questo punto valide ragioni per sostenere che la regola della pregiudiziale indubitabilmente affermata nel suddetto inciso valga anche oltre i limiti del suddetto articolo, operando come norma interpretativa delle vigenti norme processuali. In tal senso spinge la duplice considerazione che l’ordinamento non prevede come si è detto disposizioni in senso contrario (si ricorda infatti che l’art. 7, co. 3 della l. TAR, come modificato dalla l. n. 205 del 2000, equipara all’opposto significativamente il risarcimento del danno agli “*altri diritti patrimoniali consequenziali*”: espressione tradizionalmente riferita alla decisione di annullamento) e che la suddetta regola sarebbe assai difficilmente giustificabile se dovesse diversamente leggersi in termini di deroga ad un opposto principio generale, incomprensibilmente imposta dal legislatore proprio in riferimento a giudizi nei quali il risarcimento diventa spesso l’unica forma di tutela. La stessa Corte di cassazione ha dovuto del resto dar conto delle molte ipotesi in cui anche l’ordinamento civile afferma la necessità dell’annullamento pregiudiziale, mentre, come si è visto, la Direttiva 66 riconosce in modo esplicito la compatibilità delle previsioni nazionali in tal senso con l’ordinamento comunitario e la Corte costituzionale (sent. 351/2008, cit.) quella con la Costituzione.

A conclusioni diverse si deve invece giungere per l’ambito di operatività della fissazione di un tetto massimo al risarcimento, chiaramente circoscritto ai nuovi investimenti ricorso-resistenti: vedrei quindi assai male una sentenza che lo invocasse in altri giudizi, soprattutto dopo i recenti moniti della Cassazione sul diniego di giustizia.

Torniamo ora a concentrare l'attenzione sulle numerose oscurità e carenze delle nuove norme processuali, che, ad ogni lettura del testo normativo, emergono in termini più gravi

Si è già detto dei dubbi ermeneutici destati dalla disciplina dell'accesso e della notificazione; e di quelli sulla comunicazione. Come è stato giustamente sottolineato (R. DE NICTOLIS, cit.), l'incertezza su quest'ultimo punto è aggravata dalla circostanza che il legislatore non ha previsto alcun termine per la comunicazione degli atti "*ricorso-resistenti*", disciplinandone (in modo peraltro inadeguato per le molteplici ragioni già esposte) soltanto la forma. Per l'aggiudicazione, soccorre peraltro a tale carenza l'art. 79, co. 5, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, che, come noto, impone alla stazione appaltante di comunicare di ufficio l'aggiudicazione, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, oltre che all'aggiudicatario, al concorrente che segue in graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per proporre impugnazione.

Si è del pari già segnalata l'anomalia della previsione che fa decorrere il termine di cinque giorni per il deposito del ricorso non già dalla data dell'ultima notificazione, bensì dalla data di scadenza del termine per la relativa notifica, i.e. trentacinque giorni dalla comunicazione del provvedimento. Ma *quid juris* se la prova dell'eseguita notifica è disponibile prima del 35 ° giorno? E soprattutto, come si concilia la disposizione che "*autonomizza*" il termine di deposito dalla data della notifica con i nuovi (e ridotti) termini perentori per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e per la proposizione del ricorso incidentale, da depositare entro i successivi 5 gg., che potrebbero in astratto precedere il deposito del ricorso principale?

Ma non basta. L'art. 20 co. 8 prosegue, disponendo che l'udienza è fissata d'ufficio entro 15 gg dalla scadenza del termine fissato per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente e quindi 25 giorni dopo la notifica del ricorso. Che magari non è stato ancora depositato (sic!). Di fronte alla scarsità della tecnica legislativa, soccorrerà, ancora una volta, il "buon senso", anche perché, diversamente dai termini imposti alle parti, quelli per i giudici sono considerati, come noto, meramente ordinatori. A quest'ultimo riguardo, la stessa attenta dottrina ha anzi segnalato che la legge fa letteralmente riferimento alla fissazione dell'udienza (che quindi non richiede apposita istanza) e non anche alla sua celebrazione (anche se è logico pensare ad una mera imperfezione terminologica).

L'accelerazione dei tempi di definizione del processo crea ulteriori delicati problemi applicativi, anche e soprattutto per l'impatto sull'adeguato esercizio del diritto di difesa delle parti.

E vero che il termine non è perentorio e presumibilmente non sarà rispettato in modo rigido. Ma se i giudici volesse osservarlo con il rigore che il legislatore sembrerebbe richiedere, quali problemi concreti sorgerebbero? Il calendario delle udienze non consente sempre la possibilità di fissare in un momento prossimo alla scadenza dei 15 gg., che peraltro, si insiste, sono indipendenti dalla data di deposito. Ecco solo alcuni possibili problemi pratici che vengono *prima facie* in evidenza: se è imminente un periodo di "festività" (pensiamo solo a quello natalizio), per rientrare nei 15 gg. il Presidente dovrà anticipare ulteriormente l'udienza, così riducendo ulteriormente il diritto di difesa? i TAR che non hanno udienze settimanali dovranno rivedere il loro calendario? si applica la sospensione feriale (nel silenzio parrebbe di sì)? E ancora: se il ricorso (o anche solo la prova delle avvenute notifiche) è stato depositato nell'imminenza della scadenza del termine, il Presidente può correttamente procrastinarne la discussione o deve inserirlo comunque sul ruolo, imponendo al collegio giudicante di studiare *ad horas* questioni che potrebbero essere estremamente complesse, per deciderle immediatamente e "in forma semplificata"?

Ma vi è molto di più. Il legislatore tace sui termini di deposito dei documenti e delle eventuali memorie? Non sono ammessi depositi? Forse l'accesso copre tutto, ma non è chiaro e, soprattutto, non sarebbe giusto. Comunque l'accesso non assorbe evidentemente il deposito dei documenti da parte dei controinteressati e dello stesso ricorrente, al quale nessuna disposizione prescrive di depositare tutti i documenti unitamente al ricorso. Sono profili estremamente importanti del processo, che non possono assolutamente essere lasciati alla libera (ancorché valida) interpretazione dei singoli collegi giudicanti.

E ancora: la data dell'udienza deve essere formalmente comunicata alle parti costituite? La risposta non può che essere affermativa. Ma di nuovo il legislatore manca di chiarire se tale comunicazione debba avvenire con un congruo (si fa per dire) margine di anticipo e quali modalità possano essere utilizzate? Basta il fax o la posta elettronica? O si seguono le regole dei riti in camera di consiglio? La carenza del testo normativo sul punto è di estrema gravità, tanto più se si considera che si tratta della disciplina delle controversie su investimenti che vengono dichiarati così importanti da giustificare la deroga ai più basilari diritti di difesa (!!).

Il rinvio esplicito all'art. 23 *bis* della l. TAR e all'art. 246 del codice dei contratti pubblici (che vedono dunque estendere il proprio ambito di applicazione a tutti gli atti ex art. 20 dl 185) induce peraltro a ritenere:

- a) l'ammissibilità della tutela cautelare, che vedrà peraltro prevedibilmente un larghissimo uso del decreto provvisorio (difficilmente recettivo nel descritto contesto normativo), mentre i tempi di trattazione del merito escludono l'utilità dell'appello avverso la decisione sulle misure cautelari in senso stretto (si ricorda infatti che la cautela ordinaria è identificata dall'art. 23 *bis* proprio nella fissazione del merito);
- b) l'ammissibilità dell'intervento, esperibile fino alla celebrazione dell'udienza.

L'omesso richiamo all'art. 245 fa invece temere che il legislatore abbia inteso escludere anche la tutela cautelare ante causam: ciò che peraltro si porrebbe in insanabile contrasto con la nota pronuncia di condanna emessa dalla Corte di giustizia nei confronti dell'Italia il 29 aprile 2004⁹.

Seri problemi si pongono poi in riferimento al regolamento di competenza: le nuove disposizioni non contengono infatti una previsione analoga a quella dell'art. 245 del codice dei contratti sulla inderogabilità della competenza territoriale, né affidano i nuovi ricorsi alla competenza funzionale del TAR del Lazio. Ne consegue che per rispettare la regola del giudice naturale precostituito *ex lege*, la concentrazione del giudizio non può impedire l'esperibilità del ricorso per regolamento di competenza, i cui tempi sono però *ictu oculi* inconciliabili con la scansione temporale del processo disegnata dall'art. 20, co 8.

Passando ai presupposti per la decisione, merita poi segnalare che il legislatore limita il richiamo all'art. 26 l. TAR, ai criteri di redazione della sentenza in forma semplificata: la disposizione recita infatti semplicemente che: *“la sentenza è redatta in forma semplificata, con i criteri di cui all'art. 26, quarto comma della l. 6 dicembre 1971 n. 1034”*. Si tratta quindi di un giudizio immediato *ex lege*, che prescinde da qualsiasi previa valutazione della manifesta inammissibilità, fondatezza o infondatezza del ricorso, costringendo il collegio a ad assumere in tempi estremamente rapidi decisioni che potrebbero essere estremamente complesse, pubblicando il dispositivo già in udienza (e dunque, anche senza l'obbligo di leggerlo, depositandolo prima della chiusura del relativo verbale). Anche se si farà quindi prevedibilmente largo uso del rinvio ad eventuali precedenti conformi e della pratica dell'assorbimento dei motivi, tanto l'uno che gli altri dovranno essere

⁹ Su cui cfr. le osservazioni di M. P. CHITI e di chi scrive in M. A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere della giustizia amministrativa*, in *Foro amm.-TAR, Quaderno* n. 1 del 2004

peraltro sapientemente dosati, senza trascurare l'esigenza di una costante riflessione sul quadro normativo di riferimento anche alla luce delle circostanze fattuali possibilmente diverse e di un'attenta considerazione dell'effettivo interesse delle parti, anche ai fini della tutela risarcitoria, al fine di non incorrerebbe nel vizio di omessa pronuncia (cfr. il monito espresso in tal senso da R. DE NICTOLIS, cit.).

Diversamente dal giudizio immediato disciplinato dagli artt. 21 e 26 l. TAR, quello disegnato dall'art. 20 dl. n. 185 quindi, si celebra in pubblica udienza, non deve essere preceduto dalla informazione delle parti, prescinde dalla complessità della controversia ed è soggetto al rispetto dei diversi termini a difesa fissati dallo stesso art. 20, co. 8 (i quali peraltro, merita segnalare, sono più ampi di quelli, erroneamente tarati sulla decisione cautelare¹⁰, che secondo una criticabile chiave di lettura, consentono la decisione semplificata assunta nella camera di consiglio fissata per quest'ultima).

Ferma la pacifica possibilità (che in caso di accoglimento diventa necessità) di differire la decisione per disporre l'eventuale integrazione del contraddittorio (dal momento che il legislatore non ha modificato le regole generali di ammissibilità del ricorso sul punto della notifica ai controinteressati) non sembra peraltro che l'organo giudicante sia stato privato dei suoi (ordinari) poteri istruttori, con conseguente possibilità di differire la decisione anche per l'acquisizione degli strumenti probatori compatibili con il tipo di pronuncia, nonché, laddove occorra, per quella di una c.t.u..

E' peraltro da ritenere che se la causa sia matura per la decisione sulla legittimità dei provvedimenti, mentre necessita di approfondimento istruttorio soltanto sui profili risarcitori, il giudice possa emettere in via immediata sentenza parziale sulle prime questioni e ordinanza istruttoria per i profili risarcitori, rinviando ad altra udienza la definizione di detti profili con separata sentenza (negli stessi sensi R. DE NICTOLIS, cit., che propone però una soluzione più rigida sull'istruttoria).

Ma ecco la "chicca" finale: nessuna disposizione regola il giudizio in appello, che potrà quindi seguire i termini (breve, ma sicuramente più "congrui") stabiliti dall'art. 23 bis: si delinea così un'altra triste conferma della paventata chiave di lettura della manovra in commento.

L'inapplicabilità dello *standstill period* e l'inidoneità della decisione di sospensione/annullamento ad incidere sul contratto già stipulato, implicano, come sottolineato anche da altri commentatori, che il giudizio immediato conserva la sua funzione e la sua utilità pratica, solo:

- a) quando vengono impugnati provvedimenti anteriori all'aggiudicazione, sicché, non essendovi ancora un contratto stipulato, la tutela annullatoria riprende la sua piena utilità pratica;
- b) quando la stazione appaltante, con opportuno *self-restraint*, non si avvale della facoltà di stipulare immediatamente il contratto, sicché il giudizio viene instaurato e definito, quando il contratto non è ancora stipulato.

Un ambito, come si vede, estremamente ristretto e perfettamente compatibile con il rito disegnato dall'art. 23 bis, che, come autorevolmente sottolineato anche dal Presidente Giovannini nella pregevole *Relazione* tenuta al TAR del Lazio il 26 febbraio 2009 per l'apertura dell'anno giudiziario, leggibile in www.giustizia-amministrativa.it, è perfettamente idoneo a garantire una tutela rapida e una sollecita definizione dei giudizi.

¹⁰ M. SINISI, *La disciplina della decisione in forma semplificata, la garanzia del contraddittorio e il giusto processo. Profili di dubbia legittimità*, in *Foro amm.-TAR*, 2008, 413 ss., nonché *amplius*, E. FOLLIERI, *Il contraddittorio in posizioni di parità nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 499.

Il legislatore (a meno di pensare a un'altra gravissima "svista") ne ha piena coscienza, tanto che gli affida l'appello, ma introduce un nuovo rito superaccelerato (di primo grado) per gli investimenti che vuole sostanzialmente consentire all'Amministrazione di sottrarre ad un pieno ed effettivo controllo giurisdizionale e detta norme dirette a scoraggiare *ab origine* qualsiasi azione, caducatoria o risarcitoria, rendendo estremamente difficile l'esperimento di un valido giudizio di primo grado: ecco perché le nuove norme sembrano soprattutto contenere un monito: prova a ricorrere se – in questo quadro - ne hai ancora la forza e il coraggio !!!