

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 29/04/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29449-appunti-sul-nuovo-preavviso-di-ricorso-nella-contrattualistica-pubblica-italiana>

Autore: Prinari Davide

Appunti sul nuovo preavviso di ricorso nella contrattualistica pubblica italiana

il preavviso di ricorso-3



APPUNTI SUL NUOVO PREAVVISO DI RICORSO NELLA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA ITALIANA.

Dott. Davide Prinari

L'art. 6 del D.lgs n., 53/2010 introduce nel corpo del Codice degli Appalti l'art. 243 *bis* che da vita ad un nuovo istituto denominato informativa in ordine all'intento di proporre un ricorso giurisdizionale (più semplicemente preavviso di ricorso). *L'iter* di approvazione dell'articolato normativo è stato alquanto travagliato come dimostra l'evidente discrasia del testo definitivo rispetto alla originaria versione proposta^[1]. Lo stesso Consiglio di Stato nel parere reso dalla Commissione Speciale ha evidenziato perplessità sulla scelta compiuta già dalla legge delega di cui paventava una rimeditazione, nella parte in cui il legislatore ha ritenuto di non introdurre il meccanismo di un vero e proprio ricorso amministrativo preventivo (eventualmente molto semplificato e informale, condensato in un procedimento sommario di pochi giorni), che avrebbe determinato un più netto effetto deflattivo del contenzioso, seppure al prezzo di un generale allungamento dei termini complessivi di definizione delle liti e (forse) della sospensione automatica del termine di stipulazione del contratto.

Nell'ipotesi eventuale di un generale ripensamento della tematica in esame, il Consiglio di Stato suggeriva al legislatore di decidere se, nel rispetto dei vincoli comunitari, potesse essere opportuna la previsione di un ricorso facoltativo, eventualmente proponibile all'Autorità di Vigilanza, sviluppando e perfezionando, in questo senso, alcune delle esperienze più significative degli istituti del "precontenzioso". Tuttavia i suggerimenti del Consiglio di Stato sul punto non sono stati integralmente recepiti. La norma nella versione pubblicata

definitivamente nella Gazzetta Ufficiale del 12 aprile 2010 prevede che:" *Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.*

L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante e reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

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.

Il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi

dell'ultimo periodo del comma 4, non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni."

Lo scopo dichiarato della norma è quello di introdurre un meccanismo idoneo, in qualche misura, a ridurre l'area delle controversie sottoposte alla cognizione del giudice, attivando meccanismi preventivi di risoluzione delle liti, incentrati sull'esercizio del potere di autotutela.

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, la stazione appaltante potrebbe fornire spiegazioni sufficienti per convincere l'interessato dell'assenza dei vizi denunciati e desistere pertanto da ulteriori iniziative giudiziarie.

In ogni caso, poi, l'amministrazione, in seguito all' "allarme" provocato dalla comunicazione preventiva, potrebbe già attrezzarsi per tempo ad affrontare il successivo contenzioso, anche di tipo cautelare, attivando tempestivamente i propri uffici legali o assumendo le pertinenti determinazioni correlate alla successiva esecuzione del contratto (funzione di *discovery*).

Innanzitutto va notato la collocazione sistematica della norma alquanto significativa dal momento che quello previsto dall'art. 243 *bis* rappresenta uno strumento destinato alla soluzione dell'insorgendo contenzioso, in un'ottica deflativa che tende a vedere sempre più il ricorso al giudice come *l'estrema ratio*, attraverso l'incentivazione di misure di risoluzione alternativa delle dispute (ADR). Da tempo, anche nell'ambito dell'esperienza giuridica europea, si sottolinea la necessità di sviluppare le procedure di risoluzione delle controversie 'alternative' alla giurisdizione, note con l'acronimo "A.D.R." (*Alternative*

dispute resolution), che tuttavia non hanno trovato fino ad oggi, nell'ordinamento positivo italiano, quella tendenziale diffusione riscontrata originariamente nei paesi di *common law*. Da ultimo si considerino le recenti innovazioni introdotte nell'ambito del processo civile mediante gli istituti della mediazione e conciliazione.^[2]

Il successo di tali forme procedurali è dettato, principalmente, dall'esigenza di assicurare forme più "rapide" ed effettive di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, sottraendole alla rigidità e alla solennità del tradizionale sindacato giurisdizionale e, nel contempo, tentando di abbattere il congestionamento giudiziario che caratterizza la nostra epoca.

In concreto i c.d. procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie hanno trovato spazio nelle prescrizioni legislative riferite a tipologie di contenzioso, caratterizzate da un elevato grado di ripetitività, da un valore economico relativamente basso e, solitamente, dalla presenza di una 'parte debole' all'interno della controversia (c.d. '*small claims*'), tenuto conto dell'esigenza di prevenire l'espandersi della una tale notevole mole di contenzioso in sede giurisdizionale e di favorire quindi la composizione della lite, anche in via transattiva, prima e all'esterno delle aule giudiziarie. Un chiaro esempio della attitudine deflattiva dei procedimenti c.d. pre-contenziosi e della loro 'tendenziale' applicazione agli '*small claims*', si rinviene nell'ordinamento italiano proprio in relazione ad una Autorità amministrativa indipendente, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, alla quale, ai sensi dell'art. 2, comma 24, lettera b) della Legge n. 481/95, è attribuito l'espletamento di "*procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio*". Si tratta di un procedimento di carattere para-giurisdizionale, che tuttavia non involge in alcun modo l'esercizio di funzioni amministrative, (sebbene incardinato dinanzi ad una Autorità

indipendente), né di potestà anche latamente pubblicistiche, atteso che le controversie tra utenti e soggetti esercenti il servizio rivestono natura esclusivamente contrattuale.

Nella delineata prospettiva, appare difficile ricondurre al menzionato precedente normativo il procedimento per la soluzione delle controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara dinanzi l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, poiché sia l'oggetto della controversia, incentrata su questioni di diritto soggettivo, sia la natura del potere esercitato sono in assoluto diversi.

Se infatti è ormai pacifica la generale applicabilità di procedure pre-contenziose o para-giurisdizionali anche nei confronti della P.A., attesa l'irrelevanza a tal fine di ogni profilo soggettivo di differenziazione, ben diverso approccio – come si vedrà in prosieguo – è necessario adottare in relazione all'oggetto della controversia, là dove involge l'esercizio di potestà e la cura di interessi prettamente pubblicistici.

In tal senso, anche in relazione al c.d. pre-contenzioso emerge la generale problematica dell'incerta e labile delimitazione del rapporto e del bilanciamento tra autonomia privata ed esercizio del pubblico potere, con tutte le conseguenze correlate in ordine al sistema di riparto di giurisdizione, soprattutto quando si pretende applicare alle potestà amministrative istituti tipici del diritto privato.

Si sottolineano così le criticità radicate nella cultura giuridica italiana ed i correlati condizionamenti anche del legislatore nazionale, pur sempre riluttante ad accogliere forme di tutela diverse e/o alternative al tradizionale impianto giurisdizionale.

Proprio in questa ottica va letta la norma come una notevole incentivazione dell'istituto della conciliazione che, come noto non è contemplato nel processo amministrativo (di legittimità, esclusivo e di merito) tanto è vero che la nuova tariffa forense approvata con d. m. 8 aprile 2004 n. 127 non prevede per le cause

aventi agli organi di giustizia amministrativa di primo grado alcun compenso per l'udienza di trattazione e per l'attività di conciliazione della lite [3].

Nello stesso tempo però lo strumento in questione, come una sorta di *Giano bifronte*, guarda anche all'insorgenza del contenzioso dinanzi al giudice amministrativo ed, infatti, il mancato ricorso a questa procedura potrà avere delle conseguenze nel momento della soluzione della controversia giudiziale (sia allude alla previsione contenuta nel comma 6 dell'art. 243 *bis*).

Innanzitutto viene delimitato l'ambito di applicazione di tale norma, in coerenza con l'applicazione delle direttive comunitarie e della legge delega, sicché tale informativa non va considerata in relazione a qualsivoglia contenzioso in materia di appalti pubblici, ma solo in relazione al contenzioso riguardante le procedure di affidamento (infatti le direttive ricorsi e la legge delega non si occupano del contenzioso relativo alla fase di esecuzione del contratto che rimane allora disciplinato senza innovazione alcuna dal D. lgs n. 163/2006).

Pertanto, il comma 1 dell'articolo 243 *bis*, fa rinvio alle materie elencate dell'articolo 244, comma 1, del codice, che indica appunto il contenzioso sulle procedure di affidamento stabilendo che i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso.

Il comma 2 dell'articolo 243 *bis* dettaglia forma, contenuto, destinatario e termini di presentazione dell'informativa che deve essere fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, recando una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi ed ulteriori[4].

Si tratta, pertanto, di una richiesta stragiudiziale per la quale non si impone necessariamente il ricorso alla difesa tecnica: l'interessato può, ma non

deve, avvalersi dell'assistenza di un difensore. In primo luogo è necessario chiarire quali siano i presupposti per la legittimazione attiva. In particolare occorre chiarire se sia sufficiente, per rendere ammissibile la domanda, che colui che presenta la domanda dichiari la propria intenzione di proporre un ricorso.

La risposta dev'essere negativa in quanto la norma al comma 2 stabilisce che la comunicazione è fatta "dall'interessato" con la conseguenza che il denunciante deve indicare non solo la propria volontà di proporre ricorso ma anche il proprio interesse cioè deve dimostrare di avere un interesse (inteso come interesse ad agire rilevante ex art. 100 c.p.c.?)

Occorre allora chiarire (ma la previsione normativa sul punto è carente..) se tale interesse debba avere tutti i requisiti di quello che legittima la tutela giurisdizionale e se l'amministrazione possa valutare le condizioni della futura azione (legittimazione ad agire ed interesse ad agire).

La Commissione Speciale del Consiglio di Stato in sede consultiva ha ritenuto ragionevole che l'elemento formale prevalesse su quello sostanziale che attiene a valutazioni (legittimazione ed interesse ad agire) che appartengono alla fase più prettamente giurisdizionale e mal si concilierebbero con la natura precontenziosa dell'istituto.

Come visto al secondo comma il denunciante viene individuato come "l'interessato o un suo rappresentante".

Secondo una prima opinione^[5] trattandosi di attività amministrativa, si deve ritenere in primo luogo che tale rappresentanza non debba avere i requisiti formali di quella giurisdizionale ma sia sufficiente quella che legittima alla partecipazione agli atti di gara. E' quindi sufficiente una procura redatta in forma scritta (ma in materia non sussiste l'obbligo della forma scritta *ad substantiam*) ed anche di carattere generale, dato che la manifestazione dell'intenzione di presentare ricorso è accessoria rispetto alla denuncia dell'esistenza di vizi di

legittimità della procedura di gara.

La disciplina ispirata alla massima celerità e informalità, consente che l'informativa possa essere formalizzata in una delle sedute pubbliche della commissione di gara: la comunicazione può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

Si pensi alla seduta di ammissione o esclusione dei concorrenti, o a quella in cui viene dichiarata l'aggiudicazione provvisoria.

La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale ed è diretta al responsabile del procedimento (r.u.p.).

Circa il contenuto, la norma stabilisce che il preavviso di ricorso deve contenere una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di legittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio.

Tale contenuto permette di inquadrare il preavviso di ricorso nell'ambito degli atti di denuncia, con i quali l'interessato chiede all'autorità amministrativa di eliminare o reprimere gli abusi descritti nello stesso. Da ciò consegue che, non avendo un contenuto volitivo, deve escludersi l'obbligo di corrispondenza tra quanto denunciato e la decisione dell'amministrazione, la quale sarà libera di valutare gli atti adottati sotto i profili che riterrà più opportuni[6].

Il contenuto individuato dalla norma sembra in realtà restrittivo. Infatti, visto che il privato presenta tale preavviso allo scopo di sollecitare l'uso del potere di autotutela, evidentemente integrerà le sue valutazioni anche con i profili attinenti all'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'eliminazione dell'atto.

Il comma 4 prevede che la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla

comunicazione di cui al comma 1, comunichi le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

E' chiaro quindi che il preavviso di ricorso si pone in una fase antecedente l'apertura del procedimento, definibile "preistruttoria amministrativa", che assolve la funzione specifica di accertare che una situazione di fatto genera il dovere di esercitare un determinato potere. In applicazione delle regole stabilite dalla giurisprudenza relativa all'obbligo di provvedere ai sensi dell'art. 2 della L. 241/90, si deve ritenere che non sussista alcun obbligo della p. a. di provvedere nel caso di denunce presentate da soggetti palesemente privi di qualsiasi legittimazione procedimentale, quali coloro che si dolgono di atti riguardanti altri soggetti, o nel caso di istanze manifestamente infondate ecc.

In sostanza l'amministrazione ha l'obbligo di esaminare il preavviso di ricorso al fine di accertare la rilevanza dei vizi e dei motivi indicati. In caso di accertata rilevanza, si ha la produzione di un effetto preliminare, consistente nell'obbligo per l'amministrazione di avviare il procedimento in cui si sostanzia l'esercizio del potere. In altri termini, al detto accertamento consegue un effetto strumentale, ossia il dovere di procedere (o, meglio, di avviare il procedimento), ai fini dell'eventuale emanazione dei successivi provvedimenti.

La norma permette quindi al privato di partecipare, con la sua istanza e con adeguato contraddittorio, alla decisione dell'amministrazione di aprire un procedimento d'ufficio volto all'esercizio dei poteri di autotutela, che essa esercita esclusivamente nell'interesse pubblico.

Sul punto va precisato che nella versione del decreto elaborata prima della sottoposizione del medesimo ai pareri delle competenti Commissioni parlamentari ed al parere del Consiglio di Stato, era stato previsto un diverso *iter* procedimentale per le valutazioni riservate alla stazione appaltante quanto

all'eventuale suo intervento in autotutela: si ipotizzava una rapida e informale istruttoria da parte del r.u.p., che si concludeva con una proposta al competente dirigente. Il responsabile del procedimento, secondo la previsione contenuta nella bozza di decreto sottoposta al parere del Consiglio di Stato, entro i dieci giorni lavorativi successivi alla ricezione dell'informativa di ricorso: a) avrebbe dovuto acquisire, se necessario e senza formalità, informazioni e documenti dalla commissione di gara; b) avrebbe potuto sentire l'interessato e gli altri concorrenti; c) formulare le proprie deduzioni al competente dirigente, indicando se ritiene che si dovesse o meno adottare un provvedimento di ritiro dell'atto contestato.

A questo punto conclusa l'istruttoria da parte del r.u.p., era previsto che il dirigente competente, entro i successivi dieci giorni lavorativi, alternativamente: a) disponesse motivatamente il non luogo a provvedersi, dandone comunicazione all'interessato; b) adottasse il pertinente provvedimento di ritiro dell'atto contestato, ove sia possibile senza le garanzie del contraddittorio, dandone comunicazione agli interessati; c) avviasse il procedimento di autotutela, dandone avviso agli interessati, e lo concludesse tempestivamente. In primo luogo, nel contesto di una nuova disciplina che prevede il brevissimo termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso, la comunicazione preventiva dell'intenzione di proporre ricorso era oggettivamente e realisticamente destinata a giocare un ruolo molto marginale in funzione deflattiva del contenzioso, perché nella sua originaria formulazione rischiava di non garantire affatto una risposta dell'amministrazione prima della scadenza del predetto termine di trenta giorni. Anzi, l'accavallarsi del procedimento di esame dell'informativa con la proposizione del ricorso avrebbe potuto complicare i rapporti tra la stazione appaltante e i concorrenti intenzionati ad impugnare gli atti di gara, duplicando le produzioni di atti delle parti.

D'altro canto, lo schema di decreto originariamente si limitava a stabilire che l'informativa dovesse pervenire alla stazione appaltante prima della notifica del ricorso (a rigore, quindi, anche solo un giorno prima). In pratica, ciò avrebbe potuto significare, per esempio, che l'interessato, nel pieno rispetto della disposizione, potesse effettuare la comunicazione il 29° giorno, per poi notificare il ricorso il giorno successivo.

La ristrettezza dei termini indicati riduceva drasticamente la concreta operatività del meccanismo, che sembrava destinato a funzionare solo nei casi in cui vi fosse un evidente e indiscutibile errore dell'amministrazione, immediatamente riconoscibile. In tal caso, l'interessato sarebbe stato in grado di inviare subito l'informativa e la stazione appaltante avrebbe potuto riscontrare immediatamente l'istanza di autotutela.

Ma l'esperienza pratica insegna, come evidenzia il parere del Consiglio di Stato, che, già ora, generalmente, questi casi non sfociano mai nel contenzioso e la segnalazione determina la pronta correzione dello sbaglio compiuto.

Al di fuori dei casi di errori evidenti, la massima parte del contenzioso riguarda ipotesi in cui esistono margini apprezzabili di incertezza in ordine alla legittimità dell'operato dell'amministrazione.

La predisposizione del ricorso potrebbe richiedere l'intero arco dei trenta giorni previsti, perché l'impresa, con l'assistenza di un professionista di fiducia, dovrà valutare i provvedimenti sfavorevoli, la disciplina applicabile e decidersi se attivare o meno il contenzioso. Anche l'amministrazione, dal canto suo, avrà la necessità di vagliare attentamente le contestazioni annunciate, acquisendo le posizioni dei soggetti controinteressati.

In situazioni come quella appena descritta (che non dovrebbero essere affatto rare), l'amministrazione avrebbe conservato certamente il potere di agire in autotutela, secondo le regole generali, anche dopo la proposizione del ricorso. In

tal caso, allora, il meccanismo dell'informativa preventiva rischiava di non incidere molto sulla deflazione del contenzioso, comportando, invece, un concreto rischio di appesantimento procedimentale, tanto per il ricorrente, quanto per l'amministrazione, dal momento che l'autotutela, per essere efficace, andava calibrata sui motivi di ricorso, piuttosto che su quelli indicati, per giunta sommariamente, nell'informativa.

D'altro canto, il ventaglio delle tre soluzioni, indicato dalla norma nella sua originaria previsione^[7], destava notevoli perplessità, sia perché non sembrava esaurire le opzioni offerte alla stazione appaltante, sia perché le formulazioni proposte risultavano difficilmente inquadrabili nei principi del sistema.

Non convincente, al riguardo, era il riferimento alla sola "conferma motivata". Non vi era ragione, infatti, di escludere, a priori, la possibilità di un atto di conferma espresso, ma non motivato (in coerenza con i principi dell'atto meramente confermativo, certamente legittimo a fronte di istanza ritenuta infondata).

Da altra angolatura prospettica, poi, non è sembrata persuasiva la previsione dell'obbligo di motivare la conferma, accompagnata, però, dalla esplicita regola della non impugnabilità del nuovo atto, in contrasto con principi interpretativi consolidati. La conferma "motivata", infatti, è, pacificamente considerata quale nuovo atto, autonomamente lesivo, idoneo a riaprire i termini per la proposizione del ricorso^[8].

Infine il Consiglio di Stato nel suo articolato parere ha ritenuto sconsigliabile, la previsione esplicita di atti di autotutela da adottare "senza contraddittorio", che è sembrata contrastare apertamente con i principi generali dell'azione amministrativa: era evidente che la partecipazione al procedimento poteva essere in concreto ridotta, anche drasticamente, ma questo può avvenire solo in puntuale applicazione delle regole fissate dagli articoli 7 e seguenti della legge n.

241/1990.

Poco chiaro, poi, era il riferimento alla determinazione interlocutoria dell'avvio del procedimento di autotutela. Probabilmente, nello schema proposto, in questa ipotesi soltanto (e non nelle altre) il provvedimento conclusivo (quale che sia il suo contenuto), adottato all'esito del procedimento – formalmente avviato - di autotutela, sarebbe diventato autonomamente impugnabile. Pertanto, a fronte della determinazione interlocutoria di questo contenuto, le parti potrebbero decidere di non proporre ricorso, attendendo il provvedimento conclusivo. Tuttavia, in assenza di un'esplicita indicazione in tal senso, sembra improbabile un significativo effetto deflattivo. Non va dimenticato, poi, che la determinazione di avvio del procedimento, se non accompagnata da atti cautelari della stazione appaltante, potrebbe indurre comunque l'interessato a proporre un ricorso giurisdizionale per ottenere una tutela interinale di urgenza.

La disciplina da ultimo adottata^[9] è molto più snella in quanto si limita a prevedere che la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunichi le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela tra l'altro si introduce una apposita ipotesi di silenzio diniego dal momento che l'inerzia a fronte della richiesta di riesame equivale a diniego di autotutela.

Vanno a questo punto valutati i margini di uno *ius poenitaendi* in capo al privato che prima decida di avvalersi e del sistema di cui all'art. 243 *bis* e poi invece, subito dopo, notifichi il ricorso giurisdizionale.

Potremmo in linea di massima ipotizzare che la richiesta ex art. 243 *bis* che giunga alla stazione appaltante dopo la notificazione di un ricorso giurisdizionale sia *inutiliter data* e, di conseguenza, non faccia sorgere in capo alla p.a. alcun potere di provvedere, viceversa viene da chiedersi cosa accada nel caso in cui il soggetto presenti la suddetta informativa ed immediatamente dopo notifichi il

ricorso giurisdizionale: è da escludere che quest'ultimo possa essere considerato come improcedibile, semmai, come visto, al contrario, la notifica del ricorso successiva alla richiesta di cui all'art. 243 *bis* deve essere interpretata quale rinuncia al tentativo di composizione esperito.

Dovrebbe poi distinguersi l'ipotesi in cui l'informativa preceda di poco la notifica del ricorso dall'ipotesi in cui tra questa e il preavviso di ricorso sia trascorso un considerevole lasso di tempo.

Nel primo caso è da ritenere che il procedimento descritto dall'art. 243 *bis* si interrompa sul nascere, viceversa se la notifica del ricorso, che può giungere nel termine di 30 giorni decorrenti dalla comunicazione dell'aggiudicazione e della annessa sintetica relazione motivazionale, giunga parecchi giorni dopo che sia stata resa l'informativa in oggetto, quali potranno essere le conseguenze per il ricorrente? Esiste in capo al privato ricorrente un margine per lo *ius poenitendi*?

Poiché quella del ricorso giurisdizionale è la via maestra munita di garanzia costituzionale, non vi è dubbio che sussista lo *ius poenitendi*, inteso come possibilità di procedere in via giurisdizionale pur dopo aver tentato la via disegnata dall'art. 243 *bis* informando la stazione appaltante dell'intenzione di proporre ricorso, tuttavia l'esercizio dello *ius poenitendi* va temperato con il principio di buona fede e legittimo affidamento cui il privato e la p.a. che devono reciprocamente orientare i propri comportamenti.

Si può ipotizzare, pertanto, che il r.u.p. a seguito della ricezione dell'informativa sia intervenuto attivando, con i poteri riconosciutigli dalla legge, il procedimento ex art. 243 *bis* [10] e nel mentre venga poi notificato il ricorso giurisdizionale nei confronti della stazione appaltante (prima che questa abbia potuto entro i 15 giorni di legge dare una qualsiasi risposta..).

Dovrà tenersi conto del dispendio di energie che la stazione appaltante ha affrontato per essersi attivata in buona fede dando corso alla richiesta ex art. 243

bis poi vanificata dall'esercizio dello *ius poenitendi* attraverso la notifica di un ricorso giurisdizionale in un momento in cui la fase precontenziosa fosse magari stata già incardinata. Pertanto è fuor di dubbio che il comportamento del privato sia contrario al canone di buona fede, dal momento che prima questi lascia intendere alla stazione appaltante di voler seguire la via stragiudiziale disegnata dall'art. 243 *bis* per comporre la controversia, e poi dopo che l'amministrazione si sia attivata nei termini indicati dalla norma in questione, notifichi il ricorso giurisdizionale vanificando l'attività nel frattempo svolta dalla p.a. che abbia fatto affidamento in buona fede sulla possibilità di risolvere stragiudizialmente la vicenda.

Potrebbe venire in soccorso all'interprete la soluzione prevista dal comma quinto della norma in questione che rinvia all'art. 1227 c. c., equiparandosi di fatto, alla mancata presentazione dell'istanza ex art. 243 *bis*, l'ipotesi di presentazione dell'istanza seguita dalla notifica del ricorso giurisdizionale, entro un tempo non più ragionevole per l'esercizio di un corretto *ius poenitendi*.

Viene poi da chiedersi se esista anche uno *ius poenitendi* al contrario cioè se il privato, dopo aver informato la stazione appaltante dell'intenzione di promuovere un ricorso, possa decidere di non percorrere la via giurisdizionale. Cosa accade se il privato avvisa la stazione appaltante dell'intenzione di proporre un ricorso che poi non propone?

Si tenga, infine, presente la scansione temporale degli eventi: il ricorrente entro 30 giorni può notificare il ricorso, oppure può entro un termine che non è stato previsto dal legislatore ma che, naturalmente, deve intendersi inferiore a quello entro il quale va presentato il ricorso, può avvalersi della procedura pre-contenziosa di cui all'art. 243 *bis* o mediante comunicazione al r. u. p., oppure inserendo tale dichiarazione in un verbale della commissione di gara in seduta pubblica, quale quello con cui si ammettono o escludono taluni concorrenti o si

dichiara l'aggiudicazione provvisoria.

Entro 15 giorni dal ricevimento di questa comunicazione che è indirizzata al r. u. p. o a questi è comunicata dalla commissione di gara, la stazione appaltante (nella persona del r.u.p. o del dirigente dell'Ufficio? Probabilmente non nella persona del r.u.p. come previsto in una prima versione del decreto...) dovrà concludere questo sub - procedimento^[11] (che nella precedente versione della norma era meglio articolato..) ^[12] formulando le proprie determinazioni, indicando se ritiene che si debba o meno procedere in autotutela.

Cosa succede poi se il preavviso di ricorso viene comunicato per esempio l'ultimo giorno utile per la presentazione del ricorso ?

Dal momento che la presentazione di questa informativa (secondo la previsione del comma 3 del nuovo art. 243 *bis* del D.lgs. n. 163/2006) non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale, il privato per non incorrere nella decadenza dal ricorso dovrà entro il 30mo giorno, procedere, comunque, alle incombenze per al notifica del ricorso: quindi, o si ipotizza che la procedura precontenziosa possa concludersi prima che il privato nel rimanente tempo notifichi il ricorso alla stazione appaltante (ipotesi non realisticamente percorribile), oppure deve ritenersi che ragionevolmente la stazione appaltante non prenderà sul serio l'informativa che giunga a ridosso della scadenza del termine per proporre ricorso perché alla medesima probabilmente seguirà di poco la notifica del ricorso stesso, chiudendosi ogni possibilità di soluzione precontenziosa della vertenza.

Il legislatore, allora, avrebbe potuto coordinare meglio le previsioni in oggetto scadenando i termini iniziali entro i quali comunicare il preavviso di ricorso: infatti, nei 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 è evidente che la *ratio* di deflazione del contenzioso che ispira l'istituto sarà irrimediabilmente vanificata.

Tuttavia è fuori discussione che il legislatore non prevedendo un termine di

decadenza per la presentazione dell'informativa non esclude la possibilità che questa venga comunicata anche un giorno prima della notifica del ricorso con la conseguenza che nessuno prenderà in considerazione, una simile richiesta, visti i ristretti tempi, e considerata la alta probabilità che alla stessa segua di lì a poco il ricorso giurisdizionale.

Ebbene l'eventuale insorgenza di siffatta prassi vanificando e svuotando di significato la norma dell'art. 243 *bis* potrebbe esser sanzionata a norma del comma 5 dell'art. 243 *bis*, quale ipotesi di violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nella fase preprocessuale.

Restano alcuni interrogativi che la giurisprudenza dovrà chiarire: per esempio la possibilità di inoltrare la comunicazione mediante fax o mail che non è, espressamente, esclusa dalla norma la quale si limita a richiedere la forma scritta *ad substantiam*.

Venendo poi alla natura dell'istituto in questione possiamo chiederci se il preavviso di ricorso possa considerarsi equiparabile ad un ricorso in opposizione nei confronti della p. a. (e quindi un'ipotesi di autotutela indiretta o contenziosa) o ad una mera richiesta di riesame volta a sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela decisoria (o diretta).

La differenza non è da poco^[13] infatti, nell'autotutela diretta la pubblica amministrazione esercita i suoi poteri spontaneamente, mentre in quella indiretta il potere della pubblica amministrazione trova fondamento in un'azione dell'interessato (il ricorso): nella prima la p.a. agisce in nome dell'interesse pubblico di cui è portatrice e non in una posizione di terzietà o imparzialità (che tra l'altro manca nel ricorso in opposizione) mentre nell'autotutela su ricorso agisce nell'interesse del privato ricorrente^[14].

Infine l'autotutela su ricorso è espressione dell'esercizio di un potere vincolato nei limiti della riscontrabilità delle censure rilevate dal ricorrente mentre l'autotutela decisoria oltre all'illegittimità del provvedimento richiede la necessaria valutazione della conformità dell'annullamento o della convalida del provvedimento all'interesse pubblico^[15].

Tuttavia la disciplina tracciata dall'art. 243 *bis* non lascia dubbi che si tratti di autotutela decisoria dal momento che il legislatore utilizza espressioni assolutamente inequivoche.

Riguardo agli effetti della presentazione del preavviso di ricorso il comma 3 attua

il criterio di delega, stabilendo che l'informativa non impedisce il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto fissato dall'articolo 11, comma 10 (lo *standstill period* sostanziale) e il decorso del termine di ricorso giurisdizionale.

Aggiunge che l'informativa non pregiudica neppure l'ulteriore corso del procedimento di gara: infatti, la contestazione potrebbe riguardare il bando, o un atto di ammissione o esclusione di concorrenti e, dunque, collocarsi in una fase in cui non c'è ancora aggiudicazione e neppure decorso del termine di stipulazione del contratto.

Venendo ad analizzare le singole ipotesi possiamo innanzitutto domandarci se il provvedimento con cui si dispone motivatamente il non luogo a provvedersi in autotutela (comma 4) possa equipararsi, ai fini della previsione dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990, ad un rigetto dell'istanza [16].

In buona sostanza il privato chiede mediante istanza di parte alla stazione appaltante di rivedere il proprio operato e, se questa rigetti la richiesta dovrebbe adempiere preventivamente agli obblighi di cui all'art. 10 *bis* l. n. 241/1990 [17]?

Potrebbe sostenersi a prima lettura che i presupposti per l'applicazione dell'art. 10 *bis* sussistano ed anzi le ragioni sostanziali di tutela partecipativa dell'interessato al provvedimento finale si pongano con particolare evidenza nei casi in cui questi non sia stato sentito dal r.u.p. dal momento che la norma non prevede un obbligo di contraddittorio con il privato contrariamente a quanto previsto nella originaria versione del testo: la lettera b) del comma 5 dell'articolo 243 *bis* prevedeva, nella prima versione, la possibilità che il r.u.p. sentisse l'interessato che aveva inoltrato il preavviso di ricorso

Tuttavia, si rischierebbe seguendo questa interpretazione, di dare vita ad una proliferazione artificiosa di istituti: avremmo il preavviso di rigetto nel preavviso di ricorso.

Sarebbe come ipotizzare l'utilizzo di un filtro al filtro per il ricorso giurisdizionale!

Infatti, se già la procedura descritta dall'art. 243 *bis* ha come fondamento la deflazione del contenzioso e se la stessa *ratio legis* ispira (secondo parte della dottrina) la previsione dell'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 [18] allora i due istituti sarebbero incompatibili perché l'uno inutile duplicazione dell'altro.

Se il sistema dell'art. 243 *bis* è l'anticamera del ricorso giurisdizionale

allora combinarne l'applicazione con l'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 significherebbe riconoscere l'esistenza di una prima camera di conciliazione, quella che si svolge all'interno del sistema del 10 *bis*, all'interno di un'altra camera di conciliazione che è quella dell'art. 243 *bis*.

La bontà di questa opinione è suffragata dall'affinità delle previsioni normative: l'art. 10 *bis* prevede che dopo la presentazione delle osservazioni dall'interessato che abbia ricevuto il preavviso di rigetto e si sia avvalso nei termini di legge della facoltà di presentare osservazioni, *dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale*, mentre l'art. 243 *bis* prevedeva, nella prima originaria versione, che a fronte del preavviso di ricorso il dirigente (lett. a del comma 6), valutata l'istruttoria posta in essere dal r. u. p. a norma del comma 5, *disponesse motivatamente il non luogo a provvedersi, dandone comunicazione all'interessato*.

Tuttavia l'attuale versione della norma piuttosto lacunosa si limita a prevedere che la stazione appaltante comunichi (motivatamente *of course*..) le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela.

Pertanto ove l'interessato non venga audito in contraddittorio con la stazione appaltante prima della decisione sull'eventuale intervento in autotutela, potrebbe sostenersi che vi sia una violazione del principio del giusto procedimento, che legittimi un intervento compensativo in termini di partecipazione mediante il ricorso al preavviso di rigetto?

Si è poi sostenuto a proposito dell'art. 10 *bis* che il privato che ometta di rilevare circostanze determinanti in sede di confronto procedimentale instaurato ex art. 10 *bis* per poi “giocarsi queste carte” in sede processuale nel giudizio scaturente dall'impugnativa del provvedimento di rigetto, si renderebbe protagonista di un comportamento contrario ai canoni di lealtà e correttezza cui anche egli è tenuto nei confronti della p.a: la sanzione prevista dal comma 5 dell'art. 243 *bis* che rinvia all'art. 1227 c.c. non è poi così lontana da questa logica..

Si deve poi tener in conto anche il problema della compatibilità del meccanismo previsto dall'art. 10 *bis* con la tempistica imposta dall'art. 243 *bis*: infatti l'art. 10 *bis* prevede una sua scansione temporale che andrebbe coordinata con la scansione temporale prevista dall'art. 243 *bis*. L'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 prevede che entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione

(il preavviso di rigetto), gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo, mentre l'art. 243 *bis* prevede, quanto alla tempistica, che la stazione appaltante, entro quindici giorni dal ricevimento dell'informativa si attivi svolgendo e concludendo la necessaria istruttoria e comunicando le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato.

Pertanto se il dirigente competente dovesse inviare all'istante il preavviso di rigetto, questi poi avrebbe altri dieci giorni per presentare per iscritto le osservazioni, eventualmente corredate da documenti, posto che a norma dell'art. 10 *bis*, la comunicazione inoltrata dal dirigente interromperebbe il termine di 10 giorni fissato dall'art. 243 *bis* per la conclusione del procedimento.

Astrattamente, quindi, non vi sarebbe un'incompatibilità temporale: però così facendo i tempi di conclusione del procedimento di cui all'art. 243 *bis* si allungherebbero di altri 10 giorni: sicchè la durata complessiva del procedimento potrebbe sfiorare [\[19\]](#) il termine di 30 giorni entro il quale va presentato il ricorso giurisdizionale. Il problema nasce dal fatto che mentre l'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 prevede la sospensione dei termini di conclusione del procedimento (nel nostro caso il procedimento descritto dall'art. 243 *bis*), l'art. 243 *bis* non prevede la sospensione dei termini per proporre ricorso giurisdizionale.

Dunque l'equilibrio di tale sistema si rompe inevitabilmente se all'interno di questa scansione temporale disegnata dall'art. 243 *bis* si inserisce il termine ulteriore di 10 giorni di cui all'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990, perchè a questo punto potrebbe accadere considerando la dilatazione dei tempi prevista dall'art. 10 *bis*, che soltanto al 30mo giorno (ultimo giorno utile per proporre il ricorso al Tar) il privato saprà se percorrere o meno la via giurisdizionale avverso l'aggiudicazione nel caso in cui il procedimento di sollecitazione dell'autotutela abbia avuto esito negativo.

Si consideri inoltre che, secondo alcune opinioni, l'obbligo di cui all'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990 non dovrebbe applicarsi tutte le volte in cui vi siano forme di partecipazione più pregnanti secondo un principio elaborato da tempo in tema di garanzie partecipative, ed in ogni modo, ove il preavviso di rigetto non si concili

con la stringente tempistica [20] dello specifico procedimento in questione.

Infine, ove si ritenesse la stazione appaltante vincolata all'obbligo di preavviso di cui all'art. 10 *bis* l. n. 241/1990, si rischierebbe la verifica di una situazione paradossale: sorgerebbe il contenzioso (per omesso rispetto della formalità dell'art. 10 *bis* l. n. 241/1990) su un provvedimento quello di cui al comma 4, dell'art. 243 *bis* a sua volta concepito nell'ottica di deflazione del contenzioso.

Ad ogni buon conto, nel caso di omesso invio del preavviso di rigetto, ove questo obbligo dovesse ritenersi applicabile anche al procedimento di cui all'art. 243 *bis* resterebbe salvo il test di compatibilità con la previsione dell'art. 21 *octies* [21]: la giurisprudenza ha, infatti, ricompreso l'art. 10 *bis* tra quelle norme sul procedimento o sulla forma degli atti la cui violazione non determina l'annullamento del provvedimento se, per la sua natura vincolata, sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato[22].

Venendo poi al sistema delle sanzioni poste a garanzia dell'obbligo si rileva che il comma 5, dell'art. 243 *bis* prevede, con disposizione particolarmente innovativa, che l'omissione dell'informativa e l'inerzia della stazione appaltante costituisca comportamento valutabile dal giudice, ai fini dell'eventuale condanna alle spese, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, nell'ambito dell'eventuale giudizio risarcitorio.

Sul punto è necessario fare alcune considerazioni. E' probabile che la norma intenda codificare il principio di leale collaborazione tra privato e pubblica amministrazione in virtù del quale le parti debbano parlare chiaro (*clare loqui*): il privato se, non condivide l'operato della stazione appaltante ed intende fare ricorso avverso l'aggiudicazione deve preannunciarlo alla stazione appaltante medesima per due ordini di ragioni che di seguito si esporranno.

In primis per consentire alla stazione appaltante di rivedere nell'interesse di tutti (ed anche del privato) il proprio operato, favorendo procedimenti di autocorrezione, e poi anche per favorire una forma di *discovery* processuale di modo che l'amministrazione possa, tempestivamente informata dell'imminente presentazione di un ricorso, predisporre un'adeguata difesa attivando i propri uffici legali, nelle successive fasi processuali sempre che non ritenga di non dover, in fase precontenziosa, attivare i propri poteri di autotutela annullando il provvedimento impugnato.

Non può dubitarsi dell'esistenza di un principio di lealtà e collaborazione tra le parti in giudizio: da qui l'estensione di siffatto obbligo di correttezza e buona fede anche alla fase pre - contenziosa. Il comportamento scorretto tenuto in fase precontenziosa da parte del privato che, pur convinto della necessità di fare ricorso al giudice, non abbia informato preventivamente la stazione appaltante potrebbe conoscere la sua sanzione all'esito della fase contenziosa quando dovrà discutersi delle spese e del *quantum* risarcitorio (v. art. 243 *bis* comma 5).

La norma prevede per la violazione di questo obbligo (sia chiaro l'obbligo non si riferisce alla presentazione dell'informativa di ricorso che è facoltativa ma al comportamento di buona fede che dovrebbe allora rendere in certi casi necessitata tale informativa) due sanzioni: la prima incide sulle spese ed è ispirata alla medesima *ratio* che ha ispirato il nuovo regime delle spese nella recente riforma del processo civile, mentre la seconda sanzione è di tipo sostanziale e si traduce nella riduzione del risarcimento del danno in applicazione dell'art. 1227 c.c.

Sul punto si consideri che recentemente la riforma del processo civile (l. n. 69/2009) ha inciso sull'istituto della conciliazione: il comma 11 dell'articolo 45 della legge di riforma, ha modificato il testo dell'articolo 91 del codice di procedura civile (condanna alle spese). Secondo la nuova disciplina quando il giudice accoglie la domanda in misura non superiore all'eventuale proposta conciliativa, condanna al pagamento delle spese processuali maturare dopo la formulazione della proposta la parte che l'abbia rifiutata senza giustificato motivo. Inoltre, ove un giudizio sia instaurato nonostante il tentativo di conciliazione e la statuizione corrisponda al contenuto della proposta conciliativa, si dovrà prevedere l'esclusione della ripetizione delle spese sostenute dalla parte vittoriosa che abbia rifiutato l'accordo.

Si tratta di un'evidente misura deflattiva del procedimento, volta ad evitare la prosecuzione di quei giudizi che avrebbero potuto essere definiti bonariamente all'inizio del procedimento, evitando che lo stesso proseguisse inutilmente con spreco di tempi e costi, per giungere ad un approdo che era già possibile individuare *ab initio* [23].

Si tratta anche di una misura in qualche modo punitiva per la parte che, pur risultando vittoriosa in giudizio, si sia ostinata nel voler proseguire il procedimento fino a ottenere una sentenza analoga alla proposta transattiva

iniziale: la logica che ispira la disciplina del sesto comma dell'art. 243 *bis* non è, quindi come visto molto diversa[24]: il legislatore delegato nell'occasione fa piena applicazione dei principi che hanno ispirato la recente riforma del c. p. c. . Tuttavia quella del giudice è una valutazione meramente ipotetica: come farà egli a dimostrare che la stazione appaltante, qualora vi fosse stata l'informativa ex art. 243 *bis*, avrebbe ragionevolmente riconosciuto le ragioni del ricorrente agendo in autotutela, soprattutto a fronte di un atteggiamento delle pp. aa. particolarmente restio al ricorso a procedimenti amministrativi di autocorrezione?

Venendo poi alla seconda sanzione prevista dall'art. 243 *bis*, vale a dire la valutazione del comportamento - ex art. 1227 c. c. nell'ambito dell'eventuale giudizio risarcitorio - tenuto dalla parte che omette di inviare l'informativa alla stazione appaltante (o che secondo l'interpretazione qui proposta la invia a fini meramente tuzioristici, facendola seguire a strettissimo giro dalla notifica del ricorso giurisdizionale) dobbiamo riconoscere che questa norma ha avuto negli ultimi anni una certa popolarità [25]nel contenzioso in materia di appalti [26]. Con la auspicata civilizzazione del processo amministrativo[27] si è recepita dal diritto civile per via di una sempre più costante prassi giurisprudenziale la c.d. regola del comportamento del buon danneggiato che impone l'attivazione diligente del danneggiato - creditore ad agire al fine di evitare la produzione di danni ulteriori [28]. Talvolta, nel relativo dibattito, è stata ancorata alla teoria della pregiudizialità tra ricorso per annullamento e rimedio risarcitorio, l'idea, avanzata anche da parte della dottrina, che ha qualificato il mancato rimedio di azioni costitutive come concorso di colpa rilevante ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.[29] Peraltro, di recente le Sezioni Unite, negando la regola della pregiudizialità del ricorso impugnatorio rispetto alla domanda risarcitoria, hanno lasciato intendere che il non aver la parte richiesto l'annullamento "può rilevare come comportamento che ha concorso a provocare il danno[30]. Sicura è invece la giurisprudenza nell'escludere che la mancata presentazione della domanda cautelare di sospensione dell'aggiudicazione possa incidere sul rapporto di causalità c.d. materiale, o sul rapporto di causalità c.d. giuridica, con la conseguenza che la circostanza stessa non rileva al fine di escludere o limitare il risarcimento del danno[31]. Parimenti nessun dubbio può porsi sull'inapplicabilità di siffatta previsione nell'alveo delle responsabilità della pubblica amministrazione da atto lecito cui si fa fronte attraverso il pagamento di indennità che non sono in alcun modo riducibili ex art. 1227 c.c. [32]. Altro ambito in cui ha trovato applicazione la norma dell'art. 1227 c.c. è quello relativo

all'*an* e la consistenza dell'apporto partecipativo al procedimento dei titolari degli interessi (privati e pubblici) secondari, rilevante eventualmente ai sensi dell'art. 1227 c.c. per escludere la colpa della p.a. quale elemento costitutivo dell'illecito aquiliano[33]; infine la norma ha trovato applicazione con specifico riferimento alla domanda di risarcimento del danno derivante dal mancato affidamento di un appalto, laddove la giurisprudenza ha affermato che la mancata accettazione dell'esecuzione parziale del contratto in nessun caso può essere qualificata come condotta non conforme ai criteri di «ordinaria diligenza», enunciati dal secondo comma dell'art. 1227 c. c., ove si consideri che la prestazione del servizio per un periodo di tempo limitato introduce una sostanziale modificazione degli aspetti economici e organizzativi nell'esecuzione dell'appalto che l'impresa ricorrente è libera di valutare con la più ampia autonomia. Infatti, secondo i principi generali accolti dal codice civile, il creditore può (salvo che la legge o gli usi dispongano diversamente) rifiutare l'offerta di un pagamento parziale, anche se la prestazione è divisibile[34].

L'art. 243 *bis* rinvia integralmente alla disciplina dell'art. 1227 c.c. che si compone di due commi: secondo la previsione contenuta nel primo comma, se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate.

A norma del secondo comma dell'art. 1227 c. c. il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza: in tal caso il danno è casualmente imputabile alla condotta colposa del danneggiato e nessun risarcimento è dovuto.

Deve allora ritenersi che se il ricorrente-danneggiato avesse preavvisato la stazione appaltante dell'intenzione di proporre ricorso avvalendosi della possibilità prevista dall'art. 243 *bis*, l'amministrazione avrebbe potuto rivedere le posizioni originariamente assunte ed agire in autotutela evitandosi l'insorgere del contenzioso e (con il trascorrere del tempo l'aggravamento o l'insorgenza del danno); ma poiché il ricorrente ha rinunciato preventivamente ad adire la via del tentativo di soluzione della controversia stragiudiziale, non imboccando il percorso disegnato dall'art. 243 *bis*, ha causato l'aggravamento o l'insorgenza del danno di cui si duole in sede risarcitoria e che pertanto rimane in tutto o in parte a suo carico.

L'applicazione concreta della norma si rivelerà piuttosto problematica dal momento che il giudice dovrà verificare l'incidenza causale della condotta, facendo applicazione dei criteri validi in tema di accertamento della causalità nell'illecito civile. È necessario ricordare, in via preliminare, che la stessa Cassazione ha sempre sostenuto, con un orientamento pressochè uniforme, che il giudice di merito per verificare la sussistenza del nesso di causalità materiale tra un'azione o un'omissione ed un evento, deve applicare il principio della "*conditio sine qua non*", temperato da quello della regolarità causale, sottesi agli articoli 40 e 41 del codice penale [35].

Più di recente la Suprema Corte ha invece ritenuto che i principi ricavabili dagli articoli 40 e 41 del codice penale non possono essere ritenuti fondanti per la determinazione del concetto di causalità in ambito civilistico; infatti, “è lo stesso principio della coincidenza tra concetto di causalità in sede penale e di causalità in sede civile che non può dirsi condivisibile” [36].

In buona sostanza in ambito civilistico “la causalità giuridica, in definitiva, obbedisce alla logica del più probabile che non”. In questo modo la causalità civile viene ad essere caratterizzata da una soglia meno elevata di probabilità rispetto a quella penale, dove sussiste il principio dell'elevato grado di credenza razionale.

Nel caso di specie il giudice amministrativo, facendo applicazione dei suesposti principi in tema di casualità, dovrà valutare se l'omissione dell'informativa da parte del ricorrente abbia rappresentato l'antecedente causale della mancata attivazione dei poteri di autotutela: vale a dire dovrà provarsi che qualora il ricorrente si fosse avvalso della facoltà prevista dall'art. 243 *bis* con buone probabilità la stazione appaltante avrebbe agito in autotutela. Il problema è proprio questo: il giudice dovrebbe sulla base di una prognosi postuma sostituirsi all'amministrazione e valutare che, considerata la fondatezza delle censure lamentate dal ricorrente quasi sicuramente, ove ve ne fosse stata la possibilità, la stazione appaltante congruamente avvisata dell'intenzione di proporre un ricorso, avrebbe agito in autotutela evitandosi pertanto l'insorgere del contenzioso.

Questa interpretazione della norma non convince perché sembra legittimare l'idea che il potere di agire in autotutela sia subordinato alle condizioni dell'art. 243 *bis* quasi che la p.a. non potesse agire in autotutela anche a prescindere da qualunque

sollecitazione del privato o anche dopo che sia stato notificato il ricorso facendo ella cessare il contenzioso, provocando la cessazione della materia del contendere. Allora, si può sostenere che le colpe si elideranno reciprocamente tutte le volte in cui il privato non si sia avvalso dello strumento di cui all'art. 243 *bis*, ma la p.a. pur potendo agire in autotutela, anche a prescindere dalla sollecitazione posta in essere ex art. 243 *bis* sia rimasta colpevolmente inerte. [\[37\]](#).

Va inoltre valutato un altro aspetto: l'opinione della giurisprudenza secondo cui la mancata presentazione della istanza cautelare non rileva né ai fini di escludere o limitare il c.d. rapporto di causalità materiale, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., né ai fini di limitare i danni risarcibili ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c.

In altre parole il ricorrente non è obbligato ad avvalersi della tutela cautelare: questa è solo una facoltà concessa dall'ordinamento e pertanto non può poi pagare, in sede risarcitoria, le conseguenze di un comportamento che l'ordinamento non impone ma facoltizza.

Come può allora, alla luce di siffatte premesse, sostenersi che il ricorrente debba pagare in sede risarcitoria le conseguenze di un comportamento, quale la mancata presentazione dell'istanza ex art. 243 *bis* che non è obbligatoria ma meramente facoltativa e la cui presentazione nemmeno sospende i termini di impugnativa?

Viene, poi, da chiedersi quali possano essere i danni che il ricorrente ha concorso a causare non ricorrendo alla procedura prevista dall'art. 243 *bis*?

Partiamo dal presupposto che poiché l'informativa non sospende i termini del ricorso né quelli sospensivi della stipula del contratto (*stand still period* sostanziale), l'amministrazione può comunque giungere alla stipula del contratto: mentre nel caso di mancato esperimento della istanza cautelare in giudizio può sostenersi che l'esperimento da parte del ricorrente del ricorso cautelare avrebbe sospeso il corso della procedura ed evitato che l'amministrazione proseguendo cagionasse danni al ricorrente, lo stesso non può sostenersi in relazione all'informativa *de qua*. Infatti l'omissione dell'informativa potrebbe esser valutata negativamente ai sensi dell'art. 1227 c.c. anche se, paradossalmente, la presentazione dell'informativa, non sospendendo il termine di *stand still*, non avrebbe comunque, una volta decorso quel termine, impedito all'amministrazione di stipulare il contratto e per l'effetto provocare l'aggravamento dei danni.

Pertanto mentre può condividersi l'opinione giurisprudenziale circa

l'inapplicabilità dell'art. 1227 c.c. al mancato esperimento del ricorso cautelare che potrebbe sospendere la procedura, non si può condividere il rinvio alla disciplina dell'art. 1227 c.c. per il mancato esperimento di un rimedio che non ha alcun effetto paralizzante sull'attività della p.a., che decorso il termine di *stand still*, anche ove sia in corso una richiesta di riesame potrebbe, astrattamente, procedere alla stipula del contratto che è preclusa soltanto dalla presentazione del ricorso giurisdizionale e non dalla presentazione del mero preavviso di ricorso.

Il giudice nel giudizio risarcitorio in cui sarà chiamato a fare applicazione dell'art. 1227 c.c., quindi, si vedrà costretto a motivare sulle circostanze in base alle quali ha ritenuto che l'esperimento dell'istanza ex art. 243 *bis* avrebbe evitato l'insorgere della controversia per via dell'accoglimento dell'istanza del privato in autotutela.

Certamente il legislatore si è ben guardato dal configurare il percorso dell'art. 243 *bis* come un percorso obbligato, che avrebbe rappresentato, di fatto, un'accettabile limite all'accesso alla tutela giurisdizionale contro gli atti della p.a. garantita incondizionatamente dalla art. 24 e 113 Cost.

D'altra parte la norma valorizza il ruolo delle amministrazioni in giudizio che potranno provare, al fine di alleggerire la propria posizione, che qualora il soggetto avesse preavvisato la presentazione del ricorso vi sarebbero state ragionevoli possibilità di un intervento in autotutela[38].

E' anche vero però che la norma ha una valenza simmetrica disciplinando infatti *ex adverso* l'ipotesi dell'inerzia della stazione appaltante (mentre la precedente versione della norma alludeva *all'omesso riscontro dell'informativa da parte della stazione appaltante costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini dell'eventuale condanna alle spese e dell'eventuale risarcimento del danno..*).

La portata applicativa della norma potrà essere di grande impatto in quanto completerà quel cammino di valorizzazione dei procedimenti in autotutela già iniziato con la l n. 15/2005[39].

L'autotutela allora si candida ad assurgere ad un ruolo di primo piano quale strumento deflattivo del contenzioso: è significativo in proposito che nella legge sullo statuto dei diritti del contribuente n. 212 del 2000 sia stato disciplinato il potere di autotutela nell'ambito dei principi di buona fede e di correttezza cui devono ispirarsi le parti, già nella fase precontenziosa, nella stessa direzione si muove il rafforzamento delle procedure conciliative nell'ambito del contenzioso

inerente il processo del lavoro .

Si può ben dire quindi che si tratta di un principio in fase di radicamento e poco importa se si verte in tema di diritti o di interesse legittimo, atteso che ciò che rileva – come già detto – è l'esigenza di una nuova eticità nei rapporti tra il potere pubblico ed il cittadino, che corrisponde, essenzialmente, al rispetto delle regole. E ciò vale non solo per i destinatari delle norme imposte ma egualmente e ancor di più per chi le emana in quanto titolare del potere. La conseguenza è che una volta riconosciuto l'errore o l'inosservanza della regola l'Amministrazione ha il dovere di ripristinare la legalità da essa stessa violata e non deve costringere il destinatario della funzione esercitata in modo non corretto a intraprendere necessariamente il rimedio contenzioso.

Da qui il dovere di valutare la sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto per l'esercizio di un potere che le è proprio, motivando la propria determinazione e ricordando che l'Amministrazione è vincolata al suo dovere di agire per la concretizzazione dell'interesse da perseguire (scopo della funzione)[\[40\]](#).

L'attuazione della direttiva rappresenta da questo punto di vista una conquista davvero importante e con una forte carica innovativa, di per sé suscettibile di essere applicata in via generale per il processo amministrativo nella sua unitarietà. Il principio è peraltro coerente con la specialità del processo amministrativo, che non registra la contrapposizione di parti private, titolari di posizioni di diritto soggettivo, bensì richiede l'acclamazione della legalità dell'agire amministrativo, che corrisponde pur sempre alla salvaguardia di interessi collettivi, ancorché mediati attraverso l'iniziativa dei titolari delle posizioni sostanziali di interesse legittimo, ed al corretto utilizzo delle risorse pubbliche.

Certo, non vanno sottaciute le difficoltà insite nella previsione di una deliberazione motivata da parte della P.A. sulla opportunità di intervenire o meno in sede di autotutela a fronte di incertezze interpretative su questioni di diritto (ma in tale caso non si pone un problema di autotutela, che presuppone la convinzione della illegittimità dell'atto) e di contemperamento degli interessi privati contrapposti.

Così come occorre farsi carico di quelle obiezioni, ripetutamente ribadite dalla giurisprudenza amministrativa, di evitare, attraverso la richiesta del riesame del provvedimento, l'elusione del termine decadenziale di impugnativa in sede giurisdizionale e la salvaguardia della certezza delle situazioni giuridiche.

Ben diversa è l'esigenza che si manifesta allorché si vuole salvaguardare quella «eticità» del rapporto tra cittadino e titolare del pubblico potere, che costituisce un modello della moderna amministrazione nel pubblico interesse. Si tratta dell'etica della responsabilità per la P.A., attenta alle conseguenze del suo agire.

[1] L'IGI Istituto Grandi Infrastrutture nell'audizione tenutasi presso la Commissione 8a (Lavori Pubblici) del Senato della Repubblica sullo "Schema di decreto legislativo recante: "Attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti" il 21 Gennaio 2010 osservava come la disposizione contenuta nello schema di decreto legislativo, la quale prevede che il (futuro) ricorrente informi la stazione appaltante della sua intenzione di adire il TAR, e che il committente apra una fase per eventuali provvedimenti di autotutela, potesse permettere di conservare la fase precontenziosa, di cui all'art. 6, comma lett. n), del Codice dei contratti, presso l'Autorità per la Vigilanza che specialmente per le gare di minore importo, ha rappresentato un momento di confronto dialettico tra le parti, all'esito del quale non c'è stato bisogno di proseguire la diafrasi davanti ai TAR. Questo meccanismo veniva però messo in crisi, se non svuotato della sua funzione di deflazione dei ricorsi davanti alla giustizia amministrativa, perché i termini ridotti (da 60 a 30) per adire il TAR erano incompatibili con un meccanismo (quello innescato dalla presentazione del preavviso di ricorso) che richiedeva non meno di 30-35 giorni, per arrivare all'emissione del parere.

Mentre il Presidente dell'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori denunciava il suo intervento all'audizione presso le commissioni II e VII della Camera dei Deputati ha denunciato una mancanza di coordinamento di siffatto istituto con all'art. 6, e. 7 del Codice dei contratti pubblici, che ha introdotto il procedimento precontenzioso di fronte all'Autorità. Si è in quella sede suggerita l'opportunità che il termine per adire l'Amministrazione o l'Autorità fosse ampliato in ragione di ricercare la possibilità affinché i due destinatari del ricorso abbiano il naturale tempo per adottare i provvedimenti di competenza: autotutela o parere di pre contenzioso.

[2] Il Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale segna una svolta importante, in quanto offre l'opportunità di diffondere la cultura del ricorso alle ADR-Alternative Dispute Resolution, strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. A ciò è finalizzato l'obbligo di informativa previsto dall'art. 4, già in vigore dal 20 marzo 2010, a carico dell'avvocato sulla possibilità per il proprio assistito di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto e delle agevolazioni fiscali ivi previste. Tale obbligo, una sorta di *memento* per il professionista e per il cliente nella fase iniziale di contatto, deve essere fornita chiaramente e per iscritto. La sua violazione rende annullabile il contratto tra avvocato e cliente. L'informativa, sottoscritta dall'assistito, deve essere allegata all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio e, ove mancasse, il giudice è, a sua volta, tenuto ad informare la parte della facoltà di ricorrere alla mediazione. Parimenti è già entrata in vigore la norma (art. 5 co.2) che consente al giudice, anche in appello, fino all'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero prima della discussione della causa e comunque previa valutazione della natura della causa, dello stato dell'istruzione e del comportamento delle parti, di invitare le stesse a procedere alla mediazione. E' stata differita, invece, di dodici mesi l'entrata in vigore dell'art. 5, comma 1, che prevede l'obbligo del tentativo di mediazione come condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria per le controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari. Pertanto in tali materie, a partire dal 2011, prima di agire in giudizio occorrerà aver esperito il tentativo di mediazione presso uno degli organismi accreditati previsti dal decreto.

[3] Dubbi e perplessità sul tentativo di importare il modulo processuale della conciliazione disegnato dal c. p. c. nel giudizio amministrativo (anche nella sola ipotesi in cui questo abbia ad oggetto diritti soggettivi patrimoniali sono evidenziati in Caringella - De Nictolis-Poli, *Manuale di Diritto Processuale amministrativo*, Dike edizioni, 2009, 1035.

[4] Previsione inserita in un secondo momento nella bozza di decreto dopo i rilievi sollevati sul punto dalle Commissioni II ed VIII della Camera dei Deputati in sede consultiva.

[5] V. A. Di Mario, *L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale*, in www.ildirittopericoncorsi.it

[6] Di Mario, *op. cit.*

[7] Il comma 6 dell'art. 7 della bozza di decreto (Atto del Governo n. 167) prevedeva che il competente dirigente, entro i successivi dieci giorni lavorativi, alternativamente:

- a) dispone motivatamente il non luogo a provvedersi, dandone comunicazione all'interessato;
- b) adotta il pertinente provvedimento di ritiro dell'atto contestato, ove sia possibile senza le garanzie del contraddittorio, dandone comunicazione agli interessati;
- c) avvia il procedimento di autotutela, dandone avviso agli interessati, e lo conclude tempestivamente.

[8] T.A.R. Campania, Napoli, 18 novembre 2009, n. 7634, secondo cui il provvedimento di aggiudicazione definitiva di una gara pubblica è caratterizzato da una nuova valutazione dell'esito della gara rispetto a quella effettuata per l'adozione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria, di cui costituisce esito finale del procedimento e non pura e semplice conferma; infatti, sia pure racchiusa nella medesima sequenza procedimentale, l'aggiudicazione definitiva consegue ad una nuova ed autonoma valutazione, necessaria per procedere alla stipulazione del contratto.

Cons. Stato, Sez. V, 25 febbraio 2009, n. 1115, secondo cui in tema di provvedimento amministrativo, qualora l'amministrazione adotti un atto di identico contenuto dispositivo di un altro precedente, ma arricchito da una puntuale motivazione prima inesistente, o basato su elementi istruttori prima non considerati, si è in presenza di un atto di conferma, a carattere rinnovatorio, che modifica la realtà giuridica. Di conseguenza, in tali casi, si riaprono i termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale da parte dei soggetti che intendano contestare la legittimità dell'atto. Al contrario, nell'ipotesi in cui la nuova determinazione si limiti a ripetere il contenuto del precedente provvedimento, senza aggiungere alcun ulteriore supporto motivazionale e senza percorrere una rinnovata istruttoria, si è in presenza di una "mera" conferma e, pertanto, è inammissibile il ricorso proposto avverso tale atto non impugnato nei termini decadenziali prescritti.

[9] *In pratica si è ripresa con l'unica eccezione del termine di 15 e non di 10 giorni, la formulazione proposta dal Consiglio di Stato: "Comunicazione preventiva dell'intento di proporre ricorso".*

1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

2. L'informazione di cui al comma 1 e' fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione e' diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed e' inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

3. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, ne' il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, ne' il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

4. La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

5. 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, nonchè ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

6. Il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4, non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni.

[10] Che impone alla stazione appaltante di comunicare le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela (comma 4 dell'art. 243 bis del D. lgs n. 163/2006 come introdotto dall'art. 6 del D.lgs n. 53/2010).

[11] L'originaria versione dell'articolato normativo è stata rivista a seguito del Parere delle competenti commissioni parlamentari. Si cita il parere espresso dalle competenti commissioni parlamentari del Senato della Repubblica in seduta congiunta:

"L'articolo è conforme alla delega e alla direttiva ricorsi ed è, nel suo complesso, condivisibile. Riguardo al termine complessivo di 20 giorni assegnato alla stazione appaltante per concludere il procedimento di autotutela, si segnala che il termine del procedimento potrebbe venire a scadenza, con larga frequenza, dopo il termine previsto per la notifica del ricorso giurisdizionale. Fermo restando che la pronuncia della stazione appaltante successiva alla proposizione del ricorso non è di per sé incompatibile con l'instaurazione del giudizio, sul quale verrebbe a produrre i conseguenti effetti (cessazione della materia del contendere ovvero proposizione di motivi aggiunti di ricorso) appare opportuno, al fine di rendere più efficace il meccanismo nella sua finalità deflattiva del contenzioso, che detto termine venga ridotto a non oltre 15 giorni complessivi. Pur condividendo la dettagliata descrizione del procedimento, atteso che formulazioni troppo generiche lascerebbero le stazioni appaltanti nell'incertezza sul da farsi, o darebbero luogo a prassi operative variegata e differenziate, con il rischio di vanificare del tutto le potenzialità dell'istituto, tuttavia si suggerisce, nei limiti del possibile, una maggiore sintesi e si propongono in ogni caso le seguenti modificazioni, nell'ottica di accorpare alcune fasi procedurali e rendere gli esiti del procedimento coerenti con la disciplina generale dell'autotutela amministrativa:

1) Al comma 6, le attuali lettere b) e c) possono essere unificate come segue:

"b) avvia il procedimento di autotutela e lo conclude tempestivamente"

2) Il comma 8 può essere modificato come segue:

"8. Il provvedimento di cui al comma 6), lettera a), non è impugnabile autonomamente, e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni."

La previsione è finalizzata a non aprire un contenzioso ex novo su un provvedimento che è privo di reale autonomia rispetto agli atti di gara. Tuttavia, una volta che si sia prevista la motivazione del provvedimento, e potendo essa essere anche, in ipotesi, rafforzativa della motivazione degli atti precedenti, non si può escludere a priori l'impugnazione. L'esigenza va allora soddisfatta prevenendo la non autonoma impugnabilità, e la contestazione solo congiuntamente all'atto principale o al più con motivi aggiunti.

[12] Si riporta la versione originariamente sottoposta al parere del Consiglio di Stato (atto del Governo n. 167) della previsione rubricata *Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.*

1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento.

3. L'istanza può anche essere fatta inserire in un verbale della commissione di gara in seduta pubblica, quale quello con cui si ammettono o escludono taluni concorrenti o si dichiara l'aggiudicazione provvisoria. In tal caso il verbale è sottoscritto dall'interessato o da un suo rappresentante. La commissione di gara ne informa immediatamente il responsabile del procedimento.

4. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11,

comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

5. Il responsabile del procedimento, entro i successivi dieci giorni lavorativi:

a) acquisisce, se necessario e senza formalità, informazioni e documenti dalla commissione di gara; b) può sentire l'interessato e gli altri concorrenti; c) formula le proprie deduzioni al competente dirigente, indicando se ritiene che si debba o meno adottare un provvedimento di ritiro dell'atto contestato.

6. Il competente dirigente, entro i successivi dieci giorni lavorativi, alternativamente:

a) dispone motivatamente il non luogo a provvedersi, dandone comunicazione all'interessato; b) adotta il pertinente provvedimento di ritiro dell'atto contestato, ove sia possibile senza le garanzie del contraddittorio, dandone comunicazione agli interessati; c) avvia il procedimento di autotutela, dandone avviso agli interessati, e lo conclude tempestivamente.

7. L'omissione dell'informativa di cui al presente articolo costituisce comportamento valutabile dal giudice nel successivo giudizio, ai fini dell'eventuale condanna alle spese, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, nell'ambito dell'eventuale giudizio risarcitorio. L'omesso riscontro dell'informativa da parte della stazione appaltante, ai sensi del comma 6, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini dell'eventuale condanna alle spese e dell'eventuale risarcimento del danno.

8. Il provvedimento di cui al comma 6), lett. a), non costituisce conferma dei provvedimenti contestati e non è impugnabile

[13] Benvenuti, *Voce Autotutela (dir. amm.)*, in Enc.Dir., Vol. Iv, Giuffrè, Milano, 1959. G. Coraggio, *Voce Autotutela 1)Diritto Amministrativo* in Enciclopedia Giuridica. G. Ghetti, voce: *Annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, in *Digesto Disc. Pub.*

[14] Nigro, voce *Decisione amministrativa*, in *Enc. Dir.*, vol XI, Milano, 1962.

[15] *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario* in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2009, 3-4, 537.

[16] L'art. 10-bis della l. n. 241/1990 prevede che:

1. Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

[17] Sull'istituto di cui al l'art. 10 bis della l. n. 241/1990 si rinvia a S. Ruscica, *La controversa natura giuridica della d.i.a. e la sua difficile convivenza con il c.d. preavviso di rigetto* in *ildirittoconcorsi.it*, n. 3/2010.

[18] Per un approfondimento sulle novità della l. n. 15/2005 si rinvia a G. Bacosi, - F. Lemetre, *Le nuove sembianze del procedimento amministrativo: ecco la l. n. 15 del 2005* in *Foro amm.* CDS 2005, 7-8, 2401; G. Bertezolo *Preavviso di diniego e autorizzazioni condizionate*, in *Foro amm. TAR* 2007, 5, 1546, G. Bottino *La comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di parte: considerazioni su di una prima applicazione giurisprudenziale del nuovo art. 10-bis, l. n. 241 del 1990* in

Foro amm. TAR 2005, 5, 1554. S. Tarullo, *L'art. 10 bis, l. n. 241 del 1990: il preavviso di rigetto tra garanzia partecipativa e collaborazione istruttoria*, in *www.giustamm.i*; D. Vaiano, *La partecipazione dei privati al procedimento amministrativo, intervento al Convegno « Come cambia la nuova l. n. 241 del 1990 alla luce della l. n. 15 del 2005 »* (Genova, 6 maggio 2005); A. Police, *La nuova disciplina di cui all'art. 10 bis: profili di tutela giurisdizionale, intervento al Convegno « Riforma della l. 241 del 1990 e processo amministrativo: una riflessione a più voci »* (Milano, Università Commerciale « L. Bocconi », 25 maggio 2005).

[19] L'originaria versione della norma prevedeva infatti i 10 giorni sono previsti dal comma 5 dell'art. 243 bis affinché il r.u.p. adempia alle formalità previste dall'articolo medesimo, ulteriori 10 giorni sono previsti affinché il dirigente competente provveda ai sensi delle lettere a, b, o c del comma 6 dell'art. 243 bis mentre ulteriori 10 giorni sono previsti dal sub procedimento di cui

all'art. 10 *bis* della l. n. 241/1990.

[20] Si è, sostenuto che la norma non si applichi ai procedimenti per l'accesso ai documenti amministrativi, a quelli di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica da parte della Soprintendenza, ai casi di ricorso gerarchico: procedimenti caratterizzati tutti da una precisa cadenza temporale, v. Cons. Stato, IV, 12 Settembre 2007, n. 4828 afferma che è inapplicabile alla Dia (di cui al d.P.R. n. 380 del 2001) l'art. 10 *bis*, l. n. 241 del 1990, atteso che la dia è provvedimento (implicito) di tipo favorevole al privato, mentre è negativo (ma non è a rigore un rigetto della istanza) il successivo atto di diffida a non agire; inoltre, il preavviso per l'ordine di non eseguire costituirebbe una non giustificata duplicazione del medesimo, incompatibile con il termine ristretto entro il quale l'amministrazione deve provvedere, non essendo fra l'altro previste parentesi procedurali produttive di sospensione del termine stesso. T.A.R. Lombardia Milano, II, 17 aprile 2007, n. 1775; T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 4 dicembre 2007, n. 6542, secondo cui non è applicabile alla presentazione della denuncia di inizio attività il preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis* l. n. 241 del 1990, ciò sul presupposto che la D.i.a. c.d. « edilizia » non dà inizio ad un procedimento ad istanza di parte in quanto, anche con le innovazioni da ultimo apportate alla citata l. n. 241 del 1990 (in particolare, art. 19), tale denuncia rimane ancora un atto del privato non soggetto alle regole tipiche del procedimento amministrativo. Ciò risulta confermato dal fatto che l'esercizio del potere inibitorio da parte dell'amministrazione è soggetto ad un termine di decadenza fissato dalla legge (nel caso di specie, 30 giorni ex art. 23 d.P.R. n. 380 del 2001) tanto che l'applicazione dell'art. 10 *bis* l. n. 241 del 1990 alla fattispecie di che trattasi finirebbe per vanificare l'intento di accelerazione e semplificazione delle attività soggette a denuncia di inizio attività. Tar Lombardia, Milano, II, 6 marzo 2006 n. 587: l'onere di palesare, prima dell'adozione del provvedimento negativo, i motivi ostativi all'accoglimento della domanda (onere preordinato al contraddittorio procedimentale sul punto), per un verso presuppone una istanza (e tale non è la denuncia di inizio attività), per altro verso è incompatibile con il termine ristretto entro il quale l'amministrazione deve provvedere - se del caso - sulla medesima, specie ove si consideri che la disciplina della d.i.a. non prevede parentesi procedurali produttive di sospensione o interruzione del termine stesso ».

[21] T.A.R. Lazio Latina, I, 5 giugno 2007, n. 413, secondo cui per effetto dell'art. 21 *octies* comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, che ha trasformato il giudizio sull'atto vincolato in giudizio sul rapporto, divengono irrilevanti i vizi meramente formali del procedimento relativo al rilascio del permesso a costruire, atteso che la materia dell'edilizia nella sua fase procedimentale discendente è tutta veicolata dalle scelte esauritesi ad un livello più alto e generale di esercizio della discrezionalità qual è quello della pianificazione (nella specie, è stato considerato irrilevante il vizio consistente nel c.d. mancato preavviso dirigetto di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 241 del 1990, cit.). T.A.R. Campania Napoli, VII, 4 ottobre 2007, n. 8933.

[22] Cons. Stato sez. V, 2 febbraio 2010, n. 431, in *Red. amm.* CDS 2010, 02 Ai sensi dell'art. 21 *octies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, aggiunto dall'art. 14, l. 11 febbraio 2005 n. 15, il provvedimento amministrativo non è annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'Amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato; trattasi di norma processuale applicabile anche ai procedimenti in corso o già definiti alla data di entrata in vigore della cit. l. n. 15 del 2005 avendo il legislatore inteso fare prevalere gli aspetti sostanziali su quelli formali nelle ipotesi in cui le garanzie procedurali non produrrebbero comunque alcun vantaggio a causa della mancanza di un potere concreto di scelta da parte dell'Amministrazione.

[23] La disposizione in questione non si applica comunque nel caso previsto dal secondo comma dell'art. 92 c. p. c., ovvero quando il giudice, in caso di soccombenza reciproca delle parti o tenuto conto di altre circostanze, decida di compensare le spese di lite tra i litiganti che in caso di vittoria di uno di essi (circostanza sempre più frequente nella pratica quotidiana dei tribunali). Da questo punto di vista viene salutata con favore la modifica del suddetto comma dell'art. 92 c. p. c., laddove il legislatore ha voluto in qualche modo imbrigliare l'eccessiva discrezionalità demandata al giudice in materia di spese processuali, pretendendo la ricorrenza di “*gravi ed eccezionali ragioni*” e non più soltanto di “*giusti motivi*” per la compensazione delle spese.

[24] Si veda infine il nuovo comma aggiunto all'art. 96 c. p. c. in materia di responsabilità aggravata di una delle parti in giudizio e secondo cui, in ogni caso, quando pronuncia sulle spese, il giudice anche d'ufficio può condannare la parte soccombente al pagamento a favore della controparte di una somma equitativamente determinata, deve poi essere letto come attribuzione di uno strumento ulteriore al giudice per punire eventuali comportamenti scorretti posti in essere dai litiganti nel corso del procedimento.

[25] In dottrina si è analizzato l'impatto dell'art. 1227 c.c. nei giudizi risarcitori dinanzi al

giudice amministrativo R. Caranta, *Scelta del contraente e responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici* in *Resp. civ. e prev.* 2009, 05, 963; F. Gasparrino *Il risarcimento derivante da illegittima risoluzione del contratto di appalto da parte della P.A.* in *Resp. civ. e prev.* 2009, 5, 1104; S. Ruscica, *Dall'originaria immunità degli apparati pubblici ai recenti approdi della responsabilità civile della stazione appaltante*, *ildirittoconcorsi.it*, n. 4/2009. S. Ruscica *Colpa della pubblica amministrazione, Digesto delle Discipline Pubblicistiche Aggiornamento*, Utet, 2008.

[26] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, secondo cui: la mancata presentazione della istanza cautelare non rileva né ai fini di escludere o limitare il c.d. rapporto di causalità materiale, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c. c., né ai fini di limitare i danni risarcibili ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c. 2.

[27] Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3066, in *Foro amm.* CDS 2009, 5, 1281 (s.m.) secondo cui nei giudizi aventi ad oggetto la responsabilità della Pubblica amministrazione per danni derivanti da atti illegittimi da essa adottati, la mancata impugnazione da parte dell'interessato di provvedimenti sopravvenuti, ostativi alla reintegrazione in forma specifica, non costituisce in astratto un dato preclusivo alla proposizione dell'istanza risarcitoria, sia per conseguire il risarcimento del danno da lesione dell'interesse negativo (consistente nelle spese inutilmente sostenute per la partecipazione alla procedura di gara), sia per ottenere il risarcimento per perdita di chances (intesa quale possibilità di presentare l'offerta e di conseguire l'aggiudicazione), atteso che la mancata impugnazione dei suddetti provvedimenti non integra un comportamento rilevante ai sensi dell'art. 1227 comma 2, c.c., secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, giacché il dovere di correttezza da esso imposto al danneggiato presuppone un'attività che avrebbe avuto il risultato sicuro di evitare o ridurre il danno, senza implicare l'obbligo d'iniziare un'azione giudiziaria, non essendo il creditore tenuto ad un'attività gravosa o implicante rischi e spese. (Conferma Tar Puglia, Bari, sez. I, 10 ottobre 2006 n. 3540).

[28] Cons. Stato, sez. VI, 22 ottobre 2008, n. 5183, in *Foro amm.* CDS 2008, 10, 2797, secondo cui in applicazione del principio sancito dall'art. 1227, comma secondo, c. c., non spetta il risarcimento del danno qualora esso derivi da un provvedimento amministrativo riguardante un terzo ed il ricorrente non si sia attivato impugnandolo tempestivamente. Rientra nella potestà del giudice amministrativo verificare la sussistenza di tale condotta negligente, indipendentemente da qualsiasi eccezione di parte né l'onere di impugnazione può essere negato, invocandosi l'obbligo dell'amministrazione di annullare in via di autotutela il provvedimento lesivo, atteso che essa, al riguardo, è titolare di potestà discrezionale.

[29] Per riff. e critica R. Caranta, *Scelta del contraente e responsabilità delle amministrazioni aggiudicatrici* in *Resp. civ. e prev.* 2009, 05, 963. P. Patrino, *Pregiudiziale amministrativa: il primo passo verso un concordato giurisprudenziale?* In *Resp. civ. e prev.* 2009, 6, 1320.

[30] Sez. Un. civ., 23 dicembre 2008, n. 30254, cit., punto 13.4; nello stesso in dottrina ad es. G.M. Racca, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 379.

[31] Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751, cit., punto 2.6.2. della motivazione: "il privato non può essere certo che una volta chiesta la misura cautelare, che è mezzo di difesa ricompreso nella sua assoluta disponibilità, questa gli verrà concessa. D'altro canto, anche l'eventuale accoglimento del merito non garantisce che la misura cautelare, ove diligentemente proposta, sarebbe stata accolta. Ad opinare diversamente, del resto, vi sarebbe il concreto pericolo di dare la stura ad un uso indiscriminato e distorto dell'istanza cautelare, eventualmente presentata pur nella consapevolezza dell'insussistenza dei requisiti, unicamente al fine di mettersi al riparo del rischio di vedersi addebitati danni che si sarebbero potuti evitare con la proposizione della detta istanza"; si veda anche TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 4 gennaio 2008, n. 53, in *Foro amm. TAR*, 2008, 249, secondo la quale l'art. 1227 c.c., "lungi dal prevedere un'ipotesi concausativa del danno da parte del danneggiato (prevista dal primo comma), è rivolta a prevedere la diversa situazione in cui il danneggiato sia estraneo alla produzione dell'evento, ma - dopo il suo verificarsi - abbia ommesso di far uso della normale diligenza per circoscrivere l'incidenza negativa sul proprio patrimonio dell'evento stesso. Sicché, risulta chiaro che l'attività concausativa deve essere nel dominio del danneggiato e, quindi, non può ritenersi normalmente sussistente ove, per lo più, a questi sia rilasciata una mera iniziativa (in questo caso di una fase processuale), ma ad altri (il Giudice) l'effettiva possibilità di incidere, con la sua decisione, sulla interruzione della produzione del danno".

[32] A. Cassatella, *L'indennità di revoca ex art. 21quinquies, l. n. 241 del 1990 fra vecchi e nuovi problemi interpretativi*, in *Foro amm. TAR* 2006, 9, 2841.

[33] S. Ruscica *Colpa della pubblica amministrazione, Digesto delle Discipline Pubblicistiche Aggiornamento*, Utet, 2008, 13.

[34] G. Guidarelli, *La reintegrazione in forma specifica nella tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.* 2006, 03, 644.

[35] Conseguentemente, sulla base di tale principio, si affermava poi che nei casi in cui la condotta della vittima si inserisce in una serie causale avviata da altri, concorrendo alla produzione dell'evento dannoso, il suo apporto non vale ad interrompere quella serie in quanto non è possibile distinguere fra cause mediate o immediate, dirette o indirette, precedenti o successive e si deve riconoscere a tutte la medesima efficacia; si sottolineava, poi, che diversamente l'interruzione si verifica nel momento in cui la condotta della vittima, pur inserendosi nella serie causale già intrapresa, pone in essere un'altra serie causale eccezionale ed atipica rispetto alla prima, idonea da sola a produrre l'evento dannoso, che sul piano giuridico assorbe ogni diversa serie causale, riducendola al ruolo di semplice occasione.

Come detto le pronunce in tal senso della Cassazione sono numerose: in questa sede tra le più recenti si possono citare le sentenze n. 8096 del 06/04/2006, n. 18094 del 12/09/2005 e la n. 15183 del 19/07/2005.

[36] Cass. civ., sez. III, 02 febbraio 2010 n. 2354, in *Red. Giust. civ.* Mass. 2010, 2.

[37] In relazione ai presupposti per l'esercizio dei poteri di autotutela della p.a. si rinvia a F. Caringella, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Dike, 2009, 1237 e ss.

[38] Sul tema si condividono perfettamente le parole di P. Quinto, *Il "preavviso di ricorso" nella delega comunitaria e nel processo amministrativo* in www.giustamm.it che afferma sul tema : "A tutto ciò deve aggiungersi che l'esercizio del potere di autotutela da rimedio eccezionale è divenuto un rimedio effettivamente correttivo e riparatore, espressione di una potestà finalizzata al perseguimento della piena legittimità dell'azione amministrativa ed altresì a rimuovere effetti dannosi sotto il profilo economico-finanziario per l'Amministrazione (art. 1 della legge finanziaria 2004).

E' altresì *ius receptum* che la pendenza di un ricorso giurisdizionale non preclude l'esercizio del potere di autotutela decisoria. Ciò perché – come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa – l'autotutela rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo discrezionale, «direttamente connesso ai criteri di imparzialità e buon andamento». Se questo è lo scenario di fondo che, dapprima a livello giurisprudenziale, e, successivamente a livello normativo, ha positivizzato l'esercizio del potere di autotutela, ben venga – in sede di attuazione della delega generale sul processo amministrativo – l'affermazione di un principio, valevole sul piano sostanziale, ma altresì processuale, che imponga alla P.A. di deliberare la sussistenza dei presupposti per intervenire in autotutela, quando sia formulata, prima ancora della proposizione di un ricorso, una istanza di riesame.

[39] G. Barone, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in www.giustamm.it

[40] P. Quinto, *op. cit.*