

Appalti 15 Settembre 2020

Ricorsi, con il DI Semplificazioni stretta sulle sospensive e risarcimento al posto del subentri

di Roberto Mangani

◀ Stampa

In breve

L'obiettivo è accelerare il passaggio dalla gara al cantiere anche se le norme scontano alcune formulazioni incerte

L'articolo 4 del Decreto legge 76/2020 si articola in due distinte parti. Una prima parte riguarda alcune disposizioni acceleratorie in tema di stipula del contratto. Una seconda parte si occupa dei ricorsi giurisdizionali, introducendo norme ulteriormente acceleratorie e l'estensione in via ordinaria di alcune previsioni specifiche in tema di giudizio cautelare, ad oggi previste esclusivamente per le grandi infrastrutture a suo tempo disciplinate dalla legge obiettivo.

La stipula del contratto

L'articolo 32, comma 8 del D.lgs. 50/2016 prevede che, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, la stipulazione del contratto avviene entro i successivi sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nei documenti di gara, o nel caso vi sia un differimento espressamente concordato con l'aggiudicatario.

Rispetto a questa previsione l'articolo 4, comma 1 del Decreto 76/2020 interviene sotto tre profili. Una prima modifica ha una funzione meramente rafforzativa, nel senso che l'espressione la stipula "ha luogo" viene sostituita con "deve avere luogo". La seconda modifica consiste nella specifica secondo cui il differimento del termine di stipulazione del contratto concordato eventualmente con l'aggiudicatario deve comunque essere giustificato dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. In realtà non si comprende bene il senso di questa specificazione, posto che difficilmente un differimento del termine appare conciliabile con la sollecita esecuzione del contratto. Probabilmente l'intenzione del legislatore – tradotta secondo una formulazione non impeccabile – era quella di prevedere che il differimento è consentito purché non confligga con l'esigenza di una sollecita esecuzione del contratto.

La terza modifica si sostanzia nell'introduzione di un ultimo periodo al comma 8. Viene previsto che la mancata stipulazione del contratto nel termine stabilito deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto. Anche in questo caso la formulazione non appare tra le più felici, poiché è difficile motivare lo slittamento del termine di stipulazione del contratto con un interesse – che va nella direzione opposta – alla sollecita esecuzione del contratto medesimo. Anche in questo caso si deve ritenere che l'intenzione del legislatore fosse quella di imporre all'ente appaltante di esplicitare una motivazione dell'eventuale slittamento in cui si dia evidenza delle ragioni in base alle quali tale slittamento non contrasta con l'interesse alla sollecita esecuzione del contratto. Viene inoltre specificato che non costituisce giustificazione adeguata alla mancata stipulazione del contratto nei termini stabiliti la pendenza di un ricorso giurisdizionale, salvo che – sostanzialmente attraverso un provvedimento di natura cautelare – sia stata inibita la stipulazione del contratto (questo sembra essere il senso della previsione, anche se la formulazione letterale, in maniera equivoca, parla di un ricorso giurisdizionale nel cui ambito "non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto").

Infine, è previsto che la mancata stipulazione del contratto nei termini stabiliti viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto.

Va ricordato che queste previsioni specifiche contenute nell'articolo 4 vanno lette in coordinamento con le altre previsioni contenute negli articoli 1 e 2 secondo cui la mancata tempestiva stipulazione del contratto – come il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso – costituisce elemento di valutazione ai fini della configurabilità della responsabilità per danno erariale in capo al responsabile unico del procedimento.

I ricorsi giurisdizionali

Numerose sono le innovazioni introdotte in relazione ai ricorsi giurisdizionali, tutte indirizzate ad accelerare la definizione dei relativi giudizi o a intervenire in particolare sulla fase cautelare.

La prima innovazione (comma 2) riguarda proprio il provvedimento cautelare (la così detta sospensiva). Viene infatti previsto che in relazione ai giudizi aventi ad oggetto l'impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento relative ai contratti sottosoglia e alle procedure aperte, ristrette e competitive con negoziazione per quelli sopra soglia, la concessione del provvedimento cautelare è condizionata a una valutazione particolarmente articolata.

Attraverso l'estensione della previsione contenuta all'articolo 125, comma 2 del Codice del processo amministrativo – ad oggi valida solo per le infrastrutture strategiche della legge obiettivo - viene disposto che in sede di decisione sull'adozione del provvedimento cautelare il giudice deve tenere conto delle conseguenze per tutti gli interessi che possono essere lesi e, in particolare, del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera. Inoltre, la ritenuta irreparabilità del pregiudizio che può subire il ricorrente va comparata con l'interesse dell'ente appaltante alla celere prosecuzione delle procedure.

Come si vede si tratta di una serie di previsioni che mirano a introdurre in sede di valutazione sulla concessione del provvedimento cautelare elementi tesi a valorizzare l'esigenza dell'ente appaltante di definire la procedura e, più in generale, realizzare l'opera nei tempi programmati. Rispetto a questa esigenza l'interesse del ricorrente a ottenere il provvedimento cautelare può anche essere recessivo, laddove da una adeguata comparazione la prima risulti prevalente sul secondo.

Di rilievo anche la seconda innovazione introdotta dal comma 3. Essa stabilisce che con riferimento ai giudizi relativi agli affidamenti posti in essere tramite procedura negoziata senza pubblicità in virtù di ragioni di estrema urgenza determinate dalla pandemia Covid si applicano integralmente le disposizioni dell'articolo 125 del Codice del processo amministrativo. Ciò significa che si applica non solo la previsione specifica sulla concessione del provvedimento cautelare nei termini sopra illustrati, ma anche l'altra previsione – altrettanto significativa – secondo cui in linea generale e salvo casi specificamente indicati (elencati agli articoli 121 e 123 del Codice del processo amministrativo) la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportano la caducazione del contratto già stipulato e il ricorrente vittorioso si vede riconosciuto solo un risarcimento danni per equivalente.

Anche in questo caso viene quindi estesa una previsione fino ad oggi valida per le infrastrutture strategiche e per altri specifici casi. La finalità è quella di salvaguardare comunque l'esecuzione del contratto già stipulato e quindi la celere realizzazione dell'opera, anche nell'ipotesi in cui il giudice amministrativo ritenga valide le ragioni del ricorrente e annulli quindi l'aggiudicazione. Per raggiungere questo obiettivo la tutela del ricorrente viene spostata dal piano ripristinatorio – subentro nell'esecuzione del contratto – a quello risarcitorio, che comporta unicamente il riconoscimento di una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.

Accanto a queste due innovazioni sostanziali sono poi introdotte altre modifiche relative alle modalità di svolgimento del processo amministrativo in materia di appalti.

La prima riguarda la definizione immediata del giudizio in sede di udienza cautelare. Viene precisato che tale definizione non è una semplice possibilità – come previsto attualmente - ma diventa la soluzione ordinaria, purchè ne ricorrano i presupposti. La seconda novità riguarda il deposito della sentenza, che deve avvenire entro quindici giorni dall'udienza di discussione (rispetto ai trenta attualmente previsti). Nel caso in cui la motivazione sia particolarmente complessa, entro il suddetto termine di quindici giorni la pubblicazione si limita al solo dispositivo, che deve contenere anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione. In questo caso la pubblicazione della sentenza avviene entro trenta giorni dall'udienza.