

Appalti 16 Settembre 2021

# Pnrr, con la norma blocca-ricorsi l'obiettivo di realizzare le opere vince sulla tutela di chi partecipa alle gare

Stampa

di Roberto Mangani

## In breve

Il Dl Semplificazioni lascia pochi spiragli alle sospensive e anche in caso di illegittimità della procedura esclude la possibilità di subentro nell'esecuzione dell'appalto

Tra le disposizioni finalizzate ad accelerare la realizzazione delle opere finanziate con i fondi del Pnrr, del Pnc e dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Unione europea assume un rilievo significativo una norma di natura processuale, volta cioè a incidere su alcuni aspetti molto rilevanti relativi allo svolgimento del giudizio amministrativo. Tale norma è contenuta all'articolo 48, comma 4 del [Dl 77/2021, convertito nella legge 108/2021](#), in base alla quale in caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento delle opere sopra indicate si applica l'articolo 125 del Codice del processo amministrativo (D.lgs. 104 del 2010).

L'articolo da ultimo richiamato prevede una disciplina processuale speciale per le infrastrutture strategiche della così detta legge obiettivo - poi ampliata ad altre particolari categorie di opere - la cui ratio di fondo è quella di introdurre correttivi agli istituti ordinari volti a favorire l'iter di realizzazione delle opere anche a fronte dell'instaurazione di eventuali contenziosi e anche nel caso in cui gli esiti dello stesso siano favorevoli al ricorrente.

Questa tutela rafforzata a favore della finalità di realizzazione dell'opera viene perseguita attraverso due fondamentali strumenti. Da un lato imponendo condizioni più stringenti dell'ordinario ai fini del rilascio da parte del giudice del provvedimento cautelare (così detta sospensiva); dall'altro facendo salvo il contratto già stipulato anche nel caso di ritenuta illegittimità del provvedimento di aggiudicazione a monte.

### La sospensiva

La norma speciale prevede condizioni particolarmente stingenti per la concessione del provvedimento cautelare, che quindi limitano di molto gli spazi di valutazione che sono normalmente riconosciuti al giudice nelle controversie ordinarie. Nello specifico, viene preliminarmente affermato che ai fini della decisione sulla eventuale concessione del provvedimento cautelare il giudice deve tenere conto delle probabili conseguenze di tale provvedimento su tutti gli interessi coinvolti. Fin qui non si rinvencono in realtà particolari deroghe alle disposizioni ordinarie, se non un richiamo indiretto all'esigenza di tenere nella debita considerazione anche gli interessi propri della stazione appaltante.

Più significativa è invece la seconda previsione, che impone al giudice di valutare il preminente interesse nazionale alla realizzazione dell'opera, che esprime con evidenza che nella comparazione dei diversi interessi in gioco assume un ruolo fondamentale - per non dire prevalente - quello volto a favorire comunque la prosecuzione dell'iter realizzativo. Il quadro si completa infine con un'ultima previsione secondo cui il giudice deve valutare anche l'irreparabilità del pregiudizio cui eventualmente va incontro il ricorrente a fronte della mancata concessione della sospensiva. Inoltre, a rafforzare un concetto in realtà già contenuto nella precedente previsione, viene specificato che l'interesse del ricorrente deve comunque essere comparato con l'interesse dell'ente appaltante alla celere prosecuzione della procedura.

L'insieme delle disposizioni illustrate non preclude in astratto la concessione del provvedimento cautelare, né avrebbe potuto farlo senza incorrere in un palese vizio di illegittimità costituzionale. È tuttavia evidente che, in concreto, l'accoglimento dell'istanza del ricorrente sulla sospensiva risulta non agevole e rischia di essere un'eventualità remota, circoscritta a casi eccezionali. Il riferimento alla necessità di valutare il preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera rappresenta di per sé un oggettivo ostacolo alla concessione del provvedimento cautelare. Se a ciò si aggiunge la necessità per il giudice di comparare tale interesse con quello del ricorrente, appare evidente lo sbilanciamento a favore del primo. Ma

anche la prescrizione che obbliga il giudice a valutare ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente rappresenta un limite significativo a tale accoglimento.

Se infatti si considera che il ricorrente può comunque usufruire, nel caso in cui risulti vittorioso all'esito del giudizio, della tutela per equivalente, cioè del riconoscimento di una somma di denaro a titolo risarcitorio - forma di tutela che peraltro viene valorizzata dalle disposizioni successive, come si dirà tra poco - appare estremamente complesso affermare l'esistenza di una irreparabilità del pregiudizio a danno del ricorrente.

### **La salvezza del contratto**

Il secondo aspetto su cui opera la disciplina speciale riguarda la salvezza degli effetti del contratto stipulato anche nell'ipotesi in cui all'esito del giudizio sia riconosciuta l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione. Anche in questo caso il risultato viene ottenuto attraverso l'integrale richiamo delle disposizioni contenute all'articolo 125 del Codice del processo amministrativo.

Tali disposizioni prevedono in primo luogo che, in caso di violazioni particolarmente gravi, la regola generale sia quella secondo cui l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in quanto illegittimo comporta la dichiarazione di inefficacia (totale o parziale) del contratto stipulato. Tali violazioni riguardano le ipotesi in cui non c'è stata pubblicità o si è ricorsi alla procedura negoziata fuori dai casi consentiti dalle norme o il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine di standstill o in pendenza di ricorso giurisdizionale e tale mancato rispetto abbia pregiudicato la possibilità per il ricorrente di rendersi aggiudicatario. Peraltro anche in queste ipotesi di violazione grave il contratto non cessa di avere efficacia qualora esigenze imperative - di carattere tecnico o di altra natura - collegate a un interesse generale impongano che tale efficacia sia comunque mantenuta.

Ma il nucleo centrale della disciplina speciale risiede nell'altra previsione contenuta al comma 3 dell'articolo 125, che sancisce il principio generale secondo cui, al di fuori delle ipotesi appena elencate, l'annullamento dell'affidamento non comporta la cessazione del contratto nel frattempo stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto a favore del ricorrente avviene solo per equivalente. Considerato che nelle procedure di affidamento delle opere del Pnrr appare assai difficile ipotizzare che si possa verificare una delle ipotesi di violazione grave sopra ricordate, la conclusione è che se anche all'esito del giudizio instaurato da un concorrente il giudice accertasse l'illegittimità della procedura e della conseguente aggiudicazione ciò non avrebbe alcun effetto sul contratto già stipulato, che manterrebbe la sua efficacia consentendo quindi di completare la realizzazione dell'opera. Mentre per il concorrente ingiustamente leso dal provvedimento illegittimo si aprirebbe esclusivamente la strada del risarcimento in denaro, essendo preclusa la possibilità di subentrare nel contratto. Anche sotto questo profilo risulta quindi evidente la volontà del legislatore di privilegiare il completamento dell'opera, che rappresenta un obiettivo talmente centrale da essere perseguito anche a fronte di una conclamata illegittimità del provvedimento di aggiudicazione. Peraltro rispetto alle limitazioni relative alla concessione della sospensiva, la mancata cessazione di efficacia del contratto stipulato assume un rilievo anche più significativo. In questo caso infatti l'oggettivo affievolimento della tutela del concorrente leso si produce non in relazione a una fase del giudizio ancora prodromica, come è quella tipica del procedimento cautelare, bensì con riferimento all'esito del giudizio di merito, che comporta una cognizione completa della controversia.

In sostanza, anche a fronte di una disamina compiuta della controversia che abbia accertato le legittime ragioni del concorrente che ha proposto ricorso, quest'ultimo non potrà comunque realizzare l'opera subentrando nel contratto in corso, ma potrà godere solo di un risarcimento in denaro.

### **La tutela dei diritti dei concorrenti**

Come chiaramente evidenziato la disciplina speciale sulla tutela giurisdizionale relativa agli eventuali contenziosi aventi ad oggetto le procedure di affidamento delle opere del Pnrr è fortemente sbilanciata a favore dell'interesse alla celere realizzazione dell'opera. Specularmente, risulta sensibilmente compressa la tutela del concorrente alla gara che si ritenga leso dai comportamenti dell'ente appaltante. Questa compressione, come visto, emerge sia in relazione alle condizioni restrittive imposte dal legislatore per la concessione della sospensiva, sia con riferimento all'impossibilità di subentrare nel contratto anche in caso di conclamata illegittimità della procedura di aggiudicazione, impedendo quindi che il concorrente possa conseguire quello che è il suo effettivo interesse, cioè eseguire i lavori.

In questa logica l'interesse pubblico a realizzare le opere nei tempi programmati e senza ritardi collegati all'instaurazione di contenziosi assume un ruolo totalizzante, che sacrifica molte delle istanze dei concorrenti diversi dall'aggiudicatario, anche

nell'ipotesi in cui le stesse si rivelino fondate. E anche se questa circostanza trova la sua ragione nelle esigenze di celerità che notoriamente accompagnano tutti gli interventi previsti nell'ambito del Pnrr, non si può ignorare che restano forti dubbi sulla piena legittimità di una soluzione di questo tipo, anche alla luce del principio della effettività della tutela dei diritti e degli interessi legittimi davanti al giudice amministrativo, sancito dall'articolo 113 della Costituzione.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati  
ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]