IL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI PUBBLICI E LA RIFORMA DEL D.L. 90/2014 (brevi note)

Prof. Guido Greco

1-. Il sistema delineato in base alla Direttiva 2007/66/CE e l'art. 40 del D.L. 90/2014.

La Direttiva 2007/66/CE ha rafforzato gli strumenti di tutela relativi agli appalti pubblici, già previsti dalle Direttive 89/665/CEE e 92/14/CEE, introducendo, tra l'altro, l'inefficacia dei contratti (a seconda dei casi, necessaria o facoltativa), nonché un duplice periodo di attesa tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto. Ciò al fine dichiarato di voler dirimere -per quanto possibile- il contenzioso prima della stipulazione del contratto, evitando altresì quella "corsa" alla stipulazione, diretta a porre il concorrente pretermesso di fronte ad una situazione più o meno consolidata[1].

Il nostro legislatore ha dato attuazione alla Direttiva, applicando pedissequamente (artt. 121 e 123, c.p.a.) il regime relativo alla inefficacia necessaria per violazioni "gravi" del diritto europeo e attribuendo per la inefficacia "facoltativa"

1 Si legge nel 4^ considerando della citata Direttiva che "*fra le carenze constatate figura in particolare l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione d'aggiudicazione di un appalto e la stipula del relativo contratto. Ciò induce talvolta le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori desiderosi di rendere irreversibili le conseguenze di una decisione di aggiudicazione contestata a procedere molto rapidamente alla firma del contratto*".

-che riguarda tutte le violazioni delle procedure di affidamento, diverse da quelle ritenute "gravi"- un ampio potere di scelta al Giudice amministrativo (art. 122, c.p.a.), salvo per i casi di infrastrutture strategiche ed opere assimilate (art. 125, c.p.a.), che non ammettono l'inefficacia del contratto. Quanto al termine per la stipulazione, ha previsto un primo periodo dilatorio di 35 giorni dalla comunicazione dei risultati di gara e un secondo periodo di "*stand still*" di 20 giorni, che si protrae, comunque, fino alla pronuncia cautelare, ove richiesta in sede di impugnazione dell'aggiudicazione.

Infatti, di fronte alla necessità di assicurare che "*l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso"* (art. 2, par. 3, Direttiva 89/665/CEE, così come modificata dalla Direttiva 2007/66/CE), il nostro Codice dei contratti pubblici (art. 10 *ter*) ha ricollegato lo *stand still* alla pronuncia cautelare e non (comprensibilmente) alla decisione di merito[2] , dati i tempi assai più lunghi di quest'ultima. Sicché la pronuncia cautelare è il vero sparti-acque tra aggiudicazione e contratto.

Nella applicazione pratica il periodo di *stand still* è risultato alquanto più lungo. E ciò per la frequente necessità di proporre ricorso incidentale (da parte del controinteressato), nonché motivi aggiunti (da parte del ricorrente): sicché il Giudice amministrativo ha normalmente rinviato la pronuncia sul cautelare ad un momento

2 Salvo, ovviamente, il caso di decisione di merito assunta nella medesima udienza cautelare.

successivo allo spirare dei termini a difesa conseguenti a detti ricorsi, ancorché sovente solo preannunciati[3].

Inoltre la stipulazione del contratto può risultare ulteriormente ritardata dalla proposizione dell'appello cautelare, soprattutto allorché lo stesso ottenga una immediata misura inibitoria monocratica. Con la conseguenza che sovente l'Amministrazione può procedere alla stipulazione del contratto, ove l'aggiudicazione non risulti sospesa, solo all'esito della decisione sull'appello cautelare e, dunque, normalmente a distanza di circa due mesi dalla proposizione del ricorso.

Tale assetto è stato considerato evidentemente insufficiente e in qualche modo pregiudizievole dal parte del Governo, che col D.L. 90/2014 ha introdotto due importanti innovazioni[4]. Da un lato ha previsto che il giudizio di merito (di primo grado) venga "*definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente"* (art. 40, c.1, lett.a); d'altro lato ha prescritto che *"il Collegio, quando disponga le misure cautelari di cui al comma 4 dell'art. 119 ne subordina l'efficacia alla prestazione, anche mediante fidejussione, di una cauzione...Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza"* (art. 40, c. 1, lett.b).

3 E tale prassi si è rilevata del tutto opportuna, perché una pronuncia cautelare, relativa solo al ricorso originario e che non tenga conto delle ulteriori domande introdotte con ricorso incidentale o con motivi aggiunti, da luogo ad inestricabili complicazioni, derivanti dalla reiterazione del giudizio cautelare di primo grado, il quale finisce per intrecciarsi coll'appello cautelare proposto sulla prima pronuncia.

4 Oltre ad altra minore, in ordine all'abuso del processo (art. 41, c. 1, lett. b).

La prima norma pare una standardizzazione -con le modifiche del caso[5]- dell'istituto dell'art. 119, c. 3, c.p.a., applicata al solo contenzioso degli appalti pubblici. La seconda norma pare anch'essa una generalizzazione di un istituto vigente (art. 55, c. 2, c.p.a.): e l'una e l'altra manifestano di privilegiare il giudizio di merito a quello cautelare.

Ora, non posso che condividere le esigenze della riforma, dati gli inconvenienti che il sistema ha finora appalesato. Anticipo, peraltro, che non condivido il rimedio così come configurato dal citato art. 40, dato che in mancanza di idonei correttivi non è in grado di operare ed è foriero di inconvenienti ancor più gravi: esso, infatti, non risulta coerente con gli assetti di sistema rimasti inalterati, i quali avrebbero dovuto imporre un rafforzamento e non un indebolimento della fase cautelare.

Rilevo inoltre, sempre preliminarmente, che la norma non rispecchia neppure l'*intentio legis*, così come rappresentata dalla Relazione di accompagnamento alla Camera dei Deputati per la conversione del D.L. in legge. Se, infatti, l'intento della riforma è quello "*di introdurre un termine (i trenta giorni citati) entro il quale il giudizio viene ad essere comunque deciso, superando un sistema che prevedeva che l'ordinanza cautelare di accoglimento aveva l'effetto di impedire la sottoscrizione del contratto sino alla celebrazione dell'udienza pubblica*", il testo dell'attuale art. 40 non risulta adeguato allo scopo, perché non esclude affatto detta vicenda.

5 E, infatti, l'art. 40 non richiede la sussistenza del "*fumus*" e del danno grave e irreparabile. Nè la fissazione dell'udienza è subordinata all'accertamento della completezza del contraddittorio: quest'ultima questione è, viceversa, riservata all'udienza di merito e può essere causa di un rinvio di altri trenta giorni.

Né del resto, "*impedire la sottoscrizione del contratto sino alla celebrazione dell'udienza pubblica*" costituisce il maggiore dei mali. Si tratta di vedere, infatti, quando tale udienza pubblica possa e debba essere tenuta: e sotto quest'ultimo profilo l'accelerazione di cui all'art. 40, c. 1, lett. a) costituisce -almeno astrattamente- un indubbio progresso.

2-. <u>Gli inconvenienti del sistema pre-D.L. 90/2014.</u>

E, in realtà, Il principale inconveniente che, a mio modo di vedere, si è registrato nel sistema in vigore negli anni 2010-2014 scaturisce non solo e non tanto dal possibile rallentamento nella stipulazione del contratto -che, almeno in una certa misura, è comunque connaturato allo *stand still* imposto dalla normativa europea-, quanto piuttosto dal possibile capovolgimento dei risultati del cautelare, a seguito del giudizio di merito. Il che tanto più frequentemente può verificarsi, quanto più l'ordinanza cautelare (di primo o di secondo grado) si basi prevalentemente sul *periculum*, trascurando di pronunciarsi (in tutto o in parte) sul *fumus*.

Capovolgere i risultati del giudizio cautelare significa sovente annullare l'aggiudicazione (originaria, ovvero quella disposta a seguito dell'esito del cautelare medesimo) e, dunque, affrontare il problema della sorte del contratto, ove quest'ultimo sia stato *medio tempore* stipulato, come di regola avviene. Il che, tralasciando per esigenze di brevità i pochi casi di invalidità gravi, comporta da un lato l'assoggettamento al giudizio ampiamente discrezionale, di cui all'art. 122 c.p.a., e d'altro lato conseguenze variamente pregiudizievoli per il contraente, per l'Amministrazione ed anche per il concorrente eventualmente subentrante.

Quanto al giudizio ex art. 122 c.p.a. non mi stancherò di ripetere che l'istituto è frutto di un cattivo uso del potere di trasposizione della Direttiva[6], che sul punto lasciava e lascia agli Stati membri la più ampia facoltà di scelta (tant'è che altri Stati hanno optato per la conservazione sempre e comunque del contratto -salvo il risarcimento dei danni per equivalente- e tale soluzione è stata accolta anche dal nostro legislatore limitatamente alle infrastrutture strategiche, creando così una diversità di regime di dubbia legittimità). Infatti, anche a voler modulare la sorte del contratto in relazione alle singole situazioni concrete, il legislatore avrebbe dovuto indicare con maggior precisione i parametri, predeterminandone il relativo peso e l'ordine di preferenza, individuando così le condizioni cui è subordinata l'inefficacia del contratto, che allo stato è rimessa al prudente apprezzamento del Giudice, con un margine latissimo di valutazione, che rasenta il "merito" e che sfugge ad ogni prevedibilità[7].

Quanto alle conseguenze pregiudizievoli, di cui si faceva cenno, esse sono evidenti per il contraente costretto ad essere sostituito e ad abbandonare l'esecuzione del contratto. Tanto più se si considera che la fase d'avvio di un appalto di lavori (ma lo stesso avviene, anche se in misura minore, per gli appalti di servizi e forniture) comporta uno sforzo organizzativo e finanziario più che proporzionale, rispetto al successivo andamento dell'esecuzione del contratto: sicché il contraente estromesso normalmente pretenderà di essere ristorato dei danni, che il corrispettivo contrattuale

6 Si può leggere al riguardo il mio articolo "*Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel D. Lgs. 53/2010",* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, pag. 729 e ss.

7 Il che fa insorgere non pochi scrupoli di legittimità costituzionale, come esposto nell'articolo citato nella nota precedente.

(anche nel caso di inefficacia *ex nunc* del contratto) normalmente non è in grado di compensare.

Nè si devono trascurare le conseguenze negative anche per il soggetto subentrante. Il subentro nel contratto non significa scorrimento della graduatoria e accettazione della propria offerta -come potrebbe avvenire, se l'esito dell'aggiudicazione fosse modificato prima della conclusione del contratto-, ma significa intervenire nel corso dell'esecuzione, alle condizioni pattuite col precedente contraente dell'Amministrazione, sia per quel che concerne i profili economici, sia per quel che concerne i profili tecnici: e se si tratta di un appalto integrato, in cui la progettazione sia già stata eseguita dal precedente contraente, le difficoltà del subingresso risultano moltiplicate.

Ma il soggetto che paga maggiormente le conseguenze di detto sistema è sicuramente l'Amministrazione. In caso di annullamento dell'aggiudicazione, non previamente paralizzata dalla fase cautelare, l'Amministrazione, infatti, finisce per subire una delle due vicende possibili, ma entrambe gravemente negative[8]: o viene dichiarata l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato ed il subentro dell'altro contraente (con i disagi e i ritardi di detto avvicendamento[9], cui sovente sono collegate controversie relative a partite economiche da definire in termini contrattuali o come arricchimento senza causa col precedente contraente), ovvero sussiste il risarcimento del danno a favore del ricorrente vincitore, che non è potuto subentrare.

8 Oltre che difficilmente prevedibili, per quanto si è già esposto a proposito dell'art. 122 c.p.a..

9 Che potrebbero essere ben superiori al rallentamento imposto dalla sospensione dell'aggiudicazione fino al giudizio di merito (ravvicinato).

Si tratta, all'evidenza, di una posizione molto scomoda e onerosa, dovuta in buona parte alla circostanza che l'Amministrazione si sia attenuta alle risultanze della fase cautelare, poi smentite dall'esito del giudizio di merito. Senza peraltro poter in tal caso far valere la propria assenza di colpa, una volta che la Corte di Giustizia ha ritenuto di espungere il requisito soggettivo dell'illecito dalla responsabilità derivante da illegittima aggiudicazione degli appalti[10].

In tal quadro ben si comprende l'esigenza di una qualche riforma del contenzioso. Anche perché, in un'ottica di contenimento della spesa pubblica il sistema così brevemente (e lacunosamente) descritto costituisce motivo di grave preoccupazione.

Tuttavia le soluzioni apprestate non paiono adeguate allo scopo ed anzi, come si è accennato, potrebbero essere addirittura controproducenti, in mancanza di adeguati correttivi. Infatti, qualunque riforma al sistema del contenzioso degli appalti pubblici deve tener conto della notevole differenza che sussiste, a seconda che il giudizio definitivo (o quello che comunque è dotato di sufficiente stabilità) intervenga prima o dopo la stipulazione del contratto: nel primo caso si controverte soltanto sulla legittimità ed annullabilità dell'aggiudicazione (con possibile scorrimento nella graduatoria da parte del ricorrente vincitore e della sua offerta), mentre nel secondo si può finire per controvertere anche sull'efficacia del contratto, sulla possibilità di subentro, sul risarcimento dei danni, ecc., con tutte le gravi

10 Corte Giust., sez. III, 30 settembre 2010, in causa C-314/09.

Tale decisione è stata accolta supinamente dagli Stati membri, senza rilevare che la configurazione soggettiva dell'illecito non contrasta affatto con i canoni europei (cfr. quanto rilevato in "*A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri",* in scritti in onore di J. Schwarze, che si può leggere anche in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, pag. 1 e ss.).

conseguenze che si sono brevemente descritte: anche perché in tal caso il risarcimento del danno per equivalente, può estendersi fino al mancato guadagno per la commessa illegittimamente non acquisita.

3-. Critica alle modifiche apportate dal D.L. 90/2014 e proposte alternative.

Incominciamo dal giudizio di merito superaccelerato (udienza da tenere entro trenta giorni dalla scadenza del termine -dimezzato e dunque a sua volta di trenta giorni- per la costituzione delle altre parti del giudizio). Esso muove dall'esigenza di ottenere "comunque"[11] in tempi brevissimi una sentenza di merito, certo assai più "stabile" delle pronunce cautelari e, dunque, più idonea a fornire celermente un assetto tendenzialmente definitivo.

Ma, a parte l'ovvia considerazione che la sentenza di primo grado non esaurisce certo il contenzioso, perché l'appello potrebbe capovolgerne l'esito (sicché gli inconvenienti descritti nel paragrafo precedente, a proposito dei rapporti tra giudizio cautelare e giudizio di merito, potrebbero essere riproposti con riferimento al rapporto tra giudizio di primo e secondo grado), la previsione di un giudizio di merito così accelerato da un lato pone problemi di concreta realizzabilità e, d'altro lato, non risolve i problemi già segnalati se *medio tempore* il contratto dovesse risultare già stipulato. Infatti, poiché lo *stand still* rimane collegato al giudizio

11 Il tenore della norma, che statuisce che "*il giudizio, ferma la possibilità della sua definizione immediata nell'udienza cautelare ove ne ricorrano i presupposti, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad un'udienza fissata d'ufficio...*", potrebbe creare il dubbio che la procedura accelerata del giudizio di merito presupponga in ogni caso la domanda cautelare. Ma, al di là della formulazione poco felice, tale necessità non pare che sussista. Infatti, escluso l'inciso ("*ferma la possibilità...*"), il precetto è destinato a valere "comunque" e, dunque, indipendentemente non solo dalle condizioni per definire il giudizio con sentenza già in sede cautelare, ma indipendentemente anche da ogni domanda cautelare.

cautelare -nè il Decreto Legge ha innovato sul punto- nulla impedisce all'Amministrazione aggiudicatrice di concludere il contratto[12].

Quanto ai problemi di concreta realizzabilità, è stata già segnalata dai primi commentatori la criticità della tempistica prevista dall'art. 40, c. 1, lett. a[13]. Anche perchè detta tempistica non tien conto di vicende frequentissime, quali il ricorso incidentale ed il ricorso per motivi aggiunti, sottovaluta le esigenze istruttorie e trascura le necessità di coordinamento con l'appello cautelare (a meno che non lo si sia voluto eliminare, incrementando peraltro in tal modo la possibilità che il giudizio di secondo grado modifichi i risultati del primo grado).

Dunque è assai probabile che in concreto -e per tener conto dei diritti di difesa, pur salvaguardati dalla norma- l'udienza di merito debba essere rinviata di trenta giorni (e ancor di più se permangono esigenze istruttorie). E detto rinvio, pur previsto dal Decreto Legge, non può che dilatare lo spazio tra aggiudicazione e sentenza di merito, con la conseguenza che quest'ultima finisce per sopraggiungere a contratto da tempo stipulato e con le conseguenze già segnalate, in caso di accoglimento del ricorso.

---

12 Così come non lo ha impedito la fissazione del merito ex art. 119, c. 3, c.p.a., nonostante che in questo caso -e a differenza del nostro- sussistesse già un positivo apprezzamento del Giudice cautelare in ordine al *fumus* e al *periculum*. Occorre, infatti, ricordare che, ai sensi dell'art. 10 *ter*, del Codice dei contratti pubblici "*l'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il Giudice... fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare".*

13 Cfr. **M. Lipari**, *L'efficienza della P.A. e le nuove norme per il processo amministrativo,* in *www. giustam.it,* pag.13 e ss.; **R. De Nictolis**, *Le novità dell'estate 2014 in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture,* in *federalismi.it.*

Per evitare l'inconveniente sussiste pur sempre il giudizio cautelare. Il quale, peraltro, risulta notevolmente penalizzato e aggravato dall'imposizione della cauzione, prevista dalla lett. b) dell'art. 40, c. 1, del D.L. 90/2014, come si è già visto.

L'imposizione di una cauzione è un sicuro deterrente per la tutela cautelare, sia perché può dissuadere dal richiederla, sia perché può indurre il ricorrente a rinunciarvi dopo il relativo accoglimento. E sembra porsi così sulla scia del proposito governativo di abolire o di ridurre la tutela cautelare stessa (nel c.d. *Jobs act* era prevista infatti l'abolizione), più che nel quadro di una riforma organica del contenzioso sugli appalti[14].

La cauzione, prevista dall'art. 40 del D.L., appare infatti diversa da quella prevista dall'art. 55, c.2, c.p.a., che riguarda i casi di effetti irreversibili derivanti dalla decisione cautelare. Nel nostro caso effetti irreversibili potrebbero derivare solo dalla rejezione dell'istanza cautelare (perché in tal caso il contratto viene stipulato con l'aggiudicatario, con effetti tendenzialmente stabili e certo irreversibili[15], almeno nel caso di infrastrutture strategiche, ex art. 125 c.p.a.).

Ma la norma non prevede la cauzione per la rejezione, ma solo per l'accoglimento dell'istanza cautelare. La quale di per sé non produce alcun effetto irreversibile, perché al più potrebbe convincere la stazione appaltante ad annullare

14 Che, del resto, sarebbe preclusa, perché l'art. 2, par. 1, lett.a) della Direttiva 89/665 CEE impone agli Stati membri la predisposizione di strumenti idonei che consentano di "*prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari intesi a riparare la violazione denunciata o ad impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dall'amministrazione aggiudicatrice*". Cfr., per considerazioni analoghe, **E. De Nictolis**, *op. cit.*

15 Cfr. nota 1.

l'aggiudicazione e a riaggiudicare al concorrente vittorioso in sede cautelare[16]: vicenda quest'ultima, difficilmente realizzabile nel nuovo contesto di giudizio accelerato, dato lo spazio temporale assai ridotto, che comunque dovrebbe intercorrere tra ordinanza cautelare e sentenza di merito.

La cauzione ex art. 40 si discosta anche dalla funzione tipica dell'istituto, che consiste in una controcautela, imposta in funzione di garanzia del risarcimento dei danni[17] o del ripiano di una situazione debitoria pregressa, posta alla base del provvedimento impugnato[18]. Ma a parte quest'ultimo caso, che è specifico e difficilmente rilevante in tema di appalti pubblici, non si vede a quale risarcimento dei danni la Stazione appaltante potrebbe aspirare per l'altrui esercizio (con successo) della tutela cautelare. Non sussiste certo alcun illecito al riguardo e la cauzione -che dovrebbe essere incamerata dall'amministrazione, ove il giudizio di merito "capovolga" il risultato del cautelare- finisce per essere fine a se stessa, quale onere aggiuntivo (o indennizzo o sanzione) per aver ritardato l'azione dell'Amministrazione, a causa della tutela cautelare concessa.

Ma se la cauzione dovesse effettivamente garantire il pregiudizio subito dalla Stazione appaltante[19], per l'inutile ritardo nella stipulazione e nell'esecuzione

16 Non sono tuttavia mancati casi di ordinanze cautelari che han disposto *tout court* lo scorrimento della graduatoria a favore del ricorrente (cfr., ad esempio, T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, ord.19 dicembre 2013, n.1399).

17 Cfr. **R. Leonard**i, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Milano, 2010, pag.93.

18 E ai fini della sospensione di detto provvedimento: cfr. per taluni esempi giurisprudenziali, **G. Tropea**, in *La tutela urgente nei confronti dell'attività amministrativa illegittima*, a cura di C. Botassi e F. Fracchia, Napoli, 2009, pag. 86.

19 E non, come è stato pure ipotizzato, le spese processuali. Le quali, peraltro, dovrebbero essere garantite con adeguata cauzione (visto la scarsa attitudine del soccombente a pagarle), già per la proposizione stessa del ricorso principale o incidentale, ovvero per l'appello, quale che sia la parte soccombente in primo grado.

del contratto (causato da una misura cautelare, poi smentita dalla decisione di merito), il relativo importo potrebbe essere anche molto elevato. E la relativa imposizione costituisce così un grave deterrente rispetto alla tutela cautelare, dissuadendo dal chiederla o inducendo a rinunciarvi, ove non sia di importo modesto[20], ma commisurata appunto al pregiudizio del ritardo.

Proprio per tali ragioni una cauzione così concepita pone gravi scrupoli di legittimità costituzionale, perché finisce per conculcare la tutela giurisdizionale[21], indipendentemente da ogni sorta di abuso della tutela giurisdizionale medesima (che è sanzionata dall'art. 41 dello stesso Decreto Legge in altro modo e con conseguenze anche molto pesanti, dato che possono comportare condanne pari fino all'1% del valore dell'appalto). E aggrava di un ulteriore pesante onere il contenzioso sugli appalti pubblici, che è già un settore già fortemente discriminato per l'alto costo del contributo unificato, che costituisce un grave sbarramento all'ingresso del primo e del secondo grado del giudizio (e, dunque, non solo per l'impresa ricorrente e per il ricorrente incidentale, ma anche e soprattutto -a causa del più elevato importo- per il soggetto appellante, che può essere anche l'Amministrazione soccombente in primo grado). Tanto più se si considera che il contributo deve essere sovente duplicato o triplicato per la necessità di proporre motivi aggiunti ed anche per l'assurda pretesa -coltivata da una parte della dottrina e della giurisprudenza- che debba essere

20 Come è avvenuto in una delle prime applicazioni della norma (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, ordinanza 16 luglio 2014), ove la cauzione è stata quantificata in soli 500,00 euro ed è stata sostanzialmente compensata del pari importo delle spese, poste a carico dell'Amministrazione.

21 Si pensi a cosa succederebbe se lo stesso istituto fosse applicato ad altri contenziosi (ad esempio a quello di localizzazione di opere pubbliche): dovrebbe forse il singolo cittadino prestare cauzione per la sospensione di un progetto di realizzazione di un'autostrada, di una metropolitana o di una nuova linea ferroviaria e tale cauzione dovrebbe garantire gli oneri da ritardo dell'opera pubblica?

impugnata persino la risposta dell'Amministrazione giudicatrice che rigetta la richiesta di autotutela[22].

La cauzione obbligatoria, introdotta dal citato art. 40, c.1, lett.b), risulta inoltre -e comunque- in aperto contrasto con la Direttiva 2007/66 CE. La quale, al 28^ considerando, dichiara, viceversa, di voler "*incoraggiare gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di ricorso con procedura d'urgenza, prima della conclusione del contratto"*.

Tale impostazione della Direttiva è strettamente funzionale ai casi -come il nostro- in cui lo *stand still* è collegato alla pronuncia cautelare. Perché tende ad evitare che si possa giungere alla conclusione del contratto, prima di una pronuncia del Giudice o di altro organo indipendente di ricorso.

Ma se il D.L. opera in funzione dissuasiva rispetto alla tutela cautelare, non v'è chi non veda che tutta la costruzione di ingegneria giuridica -concepita dalla Direttiva- viene a cadere. Perché mancando l'azione cautelare (o, peggio ancora, vanificato l'esito del giudizio cautelare per mancato versamento della cauzione) lo *stand still* non opera (o, comunque, scade) e non vi sono ostacoli per la stipulazione del contratto: nel primo caso, senza il preventivo vaglio (sia pur cautelare) del

22 Per una rassegna della giurisprudenza al riguardo, cfr. **E. Grillo**, *L'informativa di ricorso ex art. 243-bis codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*, in Dir.proc.amm., 2013, pag. 1205 e ss..

La tesi della necessaria impugnazione anche della risposta negativa della Stazione appaltante in ordine all'esercizio dei suoi poteri di autotutela non è condivisibile, perché (oltre ad essere contro il buon senso imporre di pagare due volte il contributo unificato per la stessa questione) non è tecnicamente necessaria: dato che l'annullamento dell'aggiudicazione, in base al ricorso originario, produce effetti caducanti nei confronti della conferma dell'aggiudicazione stessa in sede di autotutela, che risulterebbe per ciò solo priva di oggetto (cfr., per un ordine concettuale analogo, TAR Puglia, Bari, sez. III, 19 ottobre 2006, n. 3740 e TAR Liguria, Genova, sez. I, 16 maggio 2007, n. 790. In dottrina, cfr. **M.C. Cavallaro**, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità.*, Torino, 2012, pag. 233 e ss.).

Giudice amministrativo e nel secondo caso, nonostante l'esito del giudizio cautelare[23].

Quest'ultimo inconveniente si realizza anche nell'ipotesi di "scadenza" della misura cautelare (che deve essere disposta per una durata non superiore a sessanta giorni), ove per un motivo o per l'altro essa si verifichi prima dell'udienza di merito. Tale scadenza -anch'essa diretta evidentemente ad evitare "*la sospensione dell'aggiudicazione definitiva sino alla definizione, nel merito, del giudizio*"[24]- finisce per consentire la stipulazione del contratto, nonostante una pronuncia cautelare di segno opposto.

Tutto ciò, a mio modo di vedere, rende illogico il sistema e finisce per contraddire l'intima *ratio* del Decreto legge. Il quale, avendo accelerato al massimo il giudizio di merito, si propone chiaramente di esaurire rapidamente il contenzioso sugli appalti pubblici, senza rischi (o contenendo al massimo i rischi) che il contratto possa essere dichiarato inefficace e che l'Amministrazione possa essere condannata al risarcimento del danno.

Ma per conseguire detti obbiettivi si dovrebbe avere il coraggio di ricollegare lo *stand still* alla pronuncia di merito e non a quella cautelare. Il che non provocherebbe un allungamento esagerato dei tempi di stipula del contratto, rispetto a quelli attuali [25], sempre che il giudizio di merito possa davvero sopraggiungere con

23 Tale aspetto, con l'imbarazzo che ne deriva all'Amministrazione appaltante, è opportunamente sottolineato **M.A.Sandulli,** in "*Osservazioni a primissima lettura sull'impatto del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 sul sistema di giustizia amministrativa*, in *federalismi.it*

24 Relazione alla Camera dei deputati, cit.

25 Cfr. quanto esposto *supra* al par. 1.

la tempistica imposta (in linea generale, e salvo casi di necessità istruttorie e di esigenze connesse al rispetto dei termini a difesa) dal Decreto Legge.

E a quest'ultimo proposito sarebbe necessario, probabilmente, un'ulteriore compressione del contraddittorio (ad esempio, con termini di 10 e 5 giorni liberi prima dell'udienza, per la produzione di documenti e memoria conclusiva, il primo, e per la memoria di replica, il secondo): il che non appare insopportabile per le parti (visto che a termini non dissimili eravamo abituati fino al recente Codice del processo amministrativo), ma renderebbe meno incerto il conseguimento dell'obbiettivo di tenere effettivamente l'udienza di merito nei trenta giorni dalla scadenza dei termini per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

Se poi si ritenesse impraticabile tale soluzione, per non assoggettare sempre e comunque la stipulazione del contratto ai tempi del giudizio di merito, soprattutto, ma non esclusivamente, nel caso di necessità istruttorie o correlate alla salvaguardia dei termini a difesa[26], potrebbe essere conservato l'attuale *stand still*, collegato al giudizio cautelare. Ma in tal caso, che è poi quello attualmente vigente, si dovrebbe rinforzare e non indebolire il ruolo della tutela cautelare.

---

26 Si legge nella più volte richiamata Relazione che "*in questo caso* [e, cioè, quando non è possibile definire il giudizio nell'udienza fissata entro i trenta giorni, n.d.r.] *il Collegio adotta, con ordinanza i relativi provvedimenti, tra cui la conferma o la modifica delle misure cautelari monocratiche...*".

Ma la conferma o la modifica della misure cautelari monocratiche va fatta nella prima Camera di consiglio, decorsi i termini dimezzati di cui agli artt. 55, c. 5 e 119, c. 2 c.p.a.), mentre non vi è al riguardo alcuna disposizione del D.L. 90/2014, che comporti il rinvio fino all'udienza di merito: il che, del resto, risulterebbe in contrasto con quanto disposto dall'art. 40, c. 1, lett. b), che, prevedendo una durata della misura cautelare non superiore a sessanta giorni, chiaramente presuppone che la stessa sia pronunciata ben prima dell'udienza di merito.

La soluzione di una pronuncia cautelare, limitatamente ai casi in cui l'udienza di merito debba essere rinviata per le esigenze di cui si è detto, potrebbe essere un'ulteriore opzione *de jure condendo* non priva di razionalità (nel quadro però di una *stand still* collegata ordinariamente al giudizio di merito). Nell'attuale assetto di diritto positivo essa risulta, viceversa, priva di base normativa.

Il che significa anzitutto espungere da detta tutela l'istituto della cauzione, che ne rende difficile l'esercizio e ne compromette l'operatività. Ma significa anche implementare il ruolo conformativo della tutela cautelare, ad esempio imponendo una pronuncia basata sul *fumus*[27] (e non solo sul *periculum in mora*) e non precludendo nel contempo l'appello sull'ordinanza cautelare, che può anticipare la posizione del Consiglio di Stato, in caso di impugnazione della sentenza di merito.

In tal modo il Giudice amministrativo potrebbe ben indirizzare l'Amministrazione nel comportamento da tenere (conclusione o meno del contratto) prima del giudizio di merito. E potrebbe modulare il proprio apprezzamento sul *periculum*, tenendo conto dei tempi comunque ravvicinati del giudizio di merito.

E in tale contesto anche la Stazione appaltante dovrebbe assumersi le responsabilità del caso. Infatti, viste le gravi conseguenze che derivano dalla stipulazione del contratto all'esito della fase cautelare -ove il giudizio di merito ne capovolga il risultato-, la Stazione appaltante dovrebbe assumere un atteggiamento prudente e opporsi alla misura cautelare solo se sussistano imperiose necessità d'urgenza nella realizzazione delle opere o nell'espletamento di forniture e servizi, tali da non consentire di attendere i tempi comunque accelerati del giudizio di merito: in mancanza di che non sussistono ragioni perché la Stazione appaltante si assuma il rischio di stipulare il contratto senza la *plena cognitio* del giudizio di merito.

27 Il che consentirebbe di ottenere un giudizio cautelare veramente anticipatorio di quello di merito, con statuizioni sufficientemente stabili, anche perché -come dimostra l'esperienza- difficilmente il Giudice amministrativo modifica un suo precedente espresso pronunciamento, salvo che non emergano (anche a seguito dell'istruttoria) circostanze determinanti prima non conosciute.