

DISEGNO DI LEGGE

**d’iniziativa dei senatori BESOSTRI, PELLEGRINO, LUBRANO DI
RICCO, FUMAGALLI CARULLI e FERRANTE**

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 2 DICEMBRE 1997

Disposizione di attuazione della direttiva 89/665/CEE e degli
articoli 1 e 2 della direttiva 92/13/CEE, in materia di ricorsi
relativi ad appalti

ONOREVOLI SENATORI. - Con l'articolo 13 della legge 19 febbraio 1997, n. 142, è stato stabilito che i soggetti che hanno subito una lesione a causa degli atti compiuti in violazione del diritto comunitario o delle norme di recepimento in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture hanno diritto ad un risarcimento.

Competente a conoscere la domanda è il giudice ordinario ed essa è proponibile soltanto da chi ha ottenuto l'annullamento dell'atto lesivo con sentenza del giudice amministrativo.

La soluzione non è soddisfacente e non solo per ragioni di fatto, quale la lunghezza dei giudizi. Due gradi di giudizio amministrativo e tre di giudizio ordinario portano la soluzione giudiziale ad un decennio, ad essere ottimisti, non potendosi escludere una durata di quindici anni o più.

Il contrasto con l'articolo 6 della Convenzione europea per i diritti dell'uomo pare evidente.

Ma vi è un'altra ragione: obbligati al rispetto della normativa comunitaria in materia di appalti non sono soltanto le pubbliche amministrazioni, ma tutti gli organismi aggiudicatori, tra cui soggetti di diritto privato.

I soggetti di diritto privato non emettono provvedimenti amministrativi e perciò i loro atti non sono impugnabili innanzi al giudice amministrativo.

Le società *ex* articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142, per esempio, sono sicuramente organismi aggiudicatori, i cui atti sono soggetti all'autorità giudiziaria ordinaria (Cass. a Sezioni unite, n. 4992 del 6 maggio 1995).

Ritenere che i soggetti lesi dalla violazione delle norme comunitarie non abbiano diritto al risarcimento perchè non hanno otte-

nuto l'annullamento con sentenza del giudice amministrativo è totalmente assurdo.

La violazione della direttiva 89/665/CEE, relativa ai ricorsi, nonchè - per i settori cui si applicano - degli articoli 1 e 2 della direttiva 92/13/CEE è palese.

D'altro canto non si giustifica un doppio regime sfavorevole per i partecipanti ad appalti indetti dalla pubblica amministrazione obbligati alla previa impugnazione di legittimità.

Peraltro tali soggetti non hanno alternativa al ricorso giurisdizionale, perchè l'espressione «sentenza del giudice amministrativo» esclude che possa essere richiesto il risarcimento in seguito ad annullamento dell'atto amministrativo ottenuto mediante proposizione di ricorso straordinario al capo dello Stato *ex* decreto del Presidente della Repubblica 24 novembre 1971, n. 1199 (Capo III, articolo 8 e seguenti).

Per una effettiva uguaglianza dei soggetti lesi occorre individuare un unico giudice competente. In base alla Costituzione vi sono due soluzioni possibili. Per l'articolo 103, primo comma, della Costituzione i giudici amministrativi possono conoscere anche dei diritti soggettivi. Ai sensi dell'articolo 113, terzo comma, della Costituzione la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione, cioè anche il giudice ordinario, ove ciò sia previsto.

Nella scelta ci si deve lasciare condurre da valutazioni di specifiche competenze e si ritiene che il giudice amministrativo abbia maturato maggiori esperienze in materia di pubblici appalti.

Per altro, affidare l'intera conoscenza al giudice amministrativo pone altri problemi. Infatti la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si esercita comunque nei

confronti della pubblica amministrazione ai sensi dell'articolo 103, primo comma, della Costituzione.

È sufficiente una equiparazione di tutti gli organismi aggiudicatori alle pubbliche amministrazioni con legge ordinaria? La risposta è negativa.

La direttiva ricorsi non impone peraltro di affidare i rimedi esclusivamente ad organi giurisdizionali e pertanto è ipotizzabile un ricorso amministrativo, che preceda quello giurisdizionale.

In tale caso la decisione da impugnare non è più quello dell'organismo aggiudicatore o dell'autorità aggiudicatrice, bensì quello dell'autorità amministrativa, che ha deciso il ricorso. In tale ipotesi può essere radicata la competenza del giudice amministrativo.

Altra questione delicata è quella dell'individuazione dell'autorità amministrativa cui fare ricorso quando l'ente aggiudicatore non sia esso stesso una pubblica amministrazione.

Nell'articolo 1 sono individuati i soggetti cui è data facoltà di ricorso, ricalcando la formulazione ampia delle direttive.

La formalità del ricorso è estremamente semplificata, cioè lettera raccomandata o deposito al protocollo (articolo 1, comma 1, secondo periodo).

Il ricorso deve essere trasmesso senza indugio al soggetto preposto alla procedura di aggiudicazione.

Il ricorso è deciso in un termine breve di quindici giorni (articolo 1, comma 2).

Nel comma 3 dell'articolo 1 si individua l'amministrazione pubblica nell'interesse sostanziale della quale è svolta la procedura di appalto.

Nel caso di concessionarie è evidentemente l'ente concedente. Altra ipotesi di facile soluzione è quella di attività di soggetti gestori, diversi dal concessionario, di pubblici servizi, la pubblica amministrazione cui indirizzare il ricorso è l'ente tutelare del servizio. Le aziende speciali *ex* articolo 23 della legge n. 142 del 1990 e le società previste dall'articolo 22, comma 3, lettera e),

della medesima legge hanno un preciso ente pubblico di riferimento.

Si è ritenuto di imporre l'obbligo di individuazione all'ente aggiudicatore a pena di nullità.

Nel caso di ente aggiudicatore diverso dalla pubblica amministrazione le controdeduzioni spettano all'ente aggiudicatore (articolo 1, comma 4).

La decisione deve essere motivata e scritta: salvo che vi sia reiezione, i provvedimenti che possono essere adottati sono tutti quelli previsti dalle direttive, ad eccezione del risarcimento del danno (articolo 2, comma 1).

In base alla massima semplificazione la decisione è comunicata d'ufficio ai soggetti interessati (articolo 2, comma 2).

Le decisioni assunte in sede amministrativa sono impugnabili innanzi ai tribunali amministrativi regionali che ha giurisdizione esclusiva al fine di accelerare e concentrare il giudizio (articolo 3, comma 1).

I poteri cautelari e provvisori del TAR (articolo 4, comma 1) sono ampi in stretta conformità alle previsioni delle direttive. La possibilità è quella di un intervento in tutta la fase della procedura superando la distinzione tra atti endoprocedimentali e finali. Le direttive vogliono giustamente evitare che una procedura viziata sia portata a termine, piuttosto che sanzionare una procedura viziata.

In considerazione degli interessi in gioco e degli effetti di una sospensione o del suo diniego, il TAR può imporre la prestazione di una fidejussione (articolo 4, comma 2).

Questa possibilità ha la funzione di evitare che provvedimenti cautelari possano essere richiesti a cuor leggero, come adesso è possibile.

Sempre al fine di accelerare e concentrare i processi si è consentito di introitare anche gli atti successivi mediante impugnazione non autonoma, ma mediante notifica di motivi aggiunti (articolo 4, comma 3).

Con la sentenza che accoglie il ricorso il TAR liquida i danni documentati (articolo 5, comma 1).

Nell'articolo 5 si prevede anche l'ipotesi di danni provocati dai provvedimenti cautelari o provvisori nel caso di reiezione del ricorso (articolo 5, comma 2). Tale previsione si raccorda a quanto previsto dall'articolo 4, comma 2, ed è tesa a scoraggiare la richiesta di provvedimenti cautelari.

Peraltro per non limitare il diritto di azione si sono previste attenuazioni.

Le controparti si possono lamentare e possono accampare danni unicamente se si sono costituite per resistere alla domanda e si sono attivate impugnando, in un termine breve, i provvedimenti cautelari indicando subito la volontà di essere risarcite (articolo 5, comma 3).

Il ricorrente può infine evitare l'eventuale condanna rinunciando in un termine breve ai provvedimenti cautelari che avesse ottenuto (articolo 5, comma 4).

Nella situazione attuale il ricorrente è totalmente deresponsabilizzato e ciò si presta a ricorsi strumentali, ovvero tesi unicamente ad avviare trattative non sempre trasparenti.

In attesa di una generale riforma del percorso amministrativo con l'articolo 6 si è voluto stabilire una uguaglianza delle norme processuali del primo e secondo periodo di giudizio, almeno per questo tipo di ricorsi.

Nell'interesse pubblico sotteso allo svolgimento di gare regolari si è voluto fissare termini brevi per la decisione di merito (articolo 7, comma 1).

Le norme processuali recentemente introdotte con il decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, si applicano anche ai ricorsi previsti dalla presente legge (articolo 7, comma 2).

Decorso il termine per il deposito della sentenza, i provvedimenti cautelari e provvisori perdono efficacia (articolo 7, comma 3). In casi complessi la liquidazione del danno può essere differita di un anno (articolo 7, comma 4).

L'abrogazione dell'articolo 13, comma 2, della legge n. 142 del 1992 (articolo 8) è logica conseguenza dell'entrata in vigore delle nuove norme.

DISEGNO DI LEGGE**Art. 1.**

1. Chiunque abbia o abbia avuto interesse all'aggiudicazione di un determinato appalto ricadente nell'ambito delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE può ricorrere all'ente aggiudicatore. Il ricorso si propone mediante spedizione di lettera raccomandata indirizzata all'ente aggiudicatore, ovvero mediante deposito al protocollo dell'ente medesimo.

2. L'ente aggiudicatore trasmette senza indugio una copia del ricorso al soggetto preposto alla procedura di aggiudicazione affinché possa far pervenire le proprie osservazioni e controdeduzioni. L'ente aggiudicatore assume le proprie determinazioni nel termine perentorio di quindici giorni dalla data di ricezione del ricorso.

3. Qualora l'ente aggiudicatore non sia esso stesso una pubblica amministrazione il ricorso è comunicato con le modalità del comma 2 alla pubblica amministrazione nell'interesse della quale è svolta la procedura di appalto. In caso di pluralità di pubbliche amministrazioni, quella competente a conoscere il ricorso è indicata nel bando o nell'avviso di gara, in difetto nel primo atto della procedura di appalto. L'omessa indicazione dell'amministrazione competente a ricevere i ricorsi comporta la nullità della procedura e del conseguente affidamento.

4. La pubblica amministrazione trasmette copia del ricorso all'ente aggiudicatore per le finalità di cui al comma 2.

Art. 2.

1. Il soggetto destinatario del ricorso assume con provvedimento scritto e motivato i provvedimenti previsti dall'articolo 2,

comma 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2, comma 1, della direttiva 92/13/CEE, con esclusione del risarcimento del danno ovvero rigetta il ricorso.

2. La decisione è comunicata d'ufficio al ricorrente ed agli altri soggetti interessati con qualsiasi mezzo, anche telematico.

Art. 3.

1. Contro le decisioni di cui all'articolo 2 è dato ricorso al tribunale amministrativo, che ha giurisdizione esclusiva estesa al merito.

2. Il ricorso è proposto entro trenta giorni dalla piena conoscenza dell'atto ovvero dalla scadenza del termine previsto dall'articolo 1, comma 4, senza necessità di previa diffida a provvedere.

Art. 4.

1. Il tribunale amministrativo regionale su specifica istanza, contestuale al ricorso, può adottare provvedimenti cautelari e provvisori intesi a riparare le violazioni o a impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalla autorità aggiudicatrice o dall'ente o organismo aggiudicatore.

2. L'accoglimento o il diniego di provvedimenti cautelari o provvisori può essere subordinato alla previsione di fidejussione a favore delle controparti.

3. Tutti i provvedimenti adottati in pendenza di ricorso sono impugnabili mediante proposizione di motivi aggiunti.

Art. 5.

1. Il risarcimento del danno è accordato dal tribunale amministrativo regionale con la sentenza che accoglie il ricorso.

2. Nel caso di reiezione del ricorso il tribunale amministrativo regionale può condannare il ricorrente a risarcire, a favore delle controparti resistenti, il danno provocato dall'adozione dei provvedimenti cautelari e provvisori da esso richiesti, tenuto conto del comportamento processuale delle parti.

3. Il risarcimento del danno, di cui al comma 2, è accordato unicamente a favore delle controparti che hanno impugnato i provvedimenti cautelari e provvisori del tribunale amministrativo regionale entro quindici giorni dalla loro notifica mediante ricorso al Consiglio di Stato e con specifica domanda di risarcimento.

4. Il risarcimento del danno non è accordato nel caso di rinuncia del ricorrente ai provvedimenti cautelari e provvisori entro quindici giorni dalla notifica dell'impugnazione.

Art. 6.

1. Ai giudizi innanzi al Consiglio di Stato si applicano le norme processuali previste per il tribunale amministrativo regionale.

Art. 7.

1. L'udienza di discussione del merito del ricorso è fissata d'ufficio entro il termine massimo di centoventi giorni dalla data di deposito del ricorso presso la segreteria del tribunale amministrativo regionale e la sentenza è depositata entro quaranta giorni dalla data dell'udienza di discussione.

2. Salvo quanto espressamente previsto dalla presente legge si applicano le norme processuali previste dall'articolo 19, comma 3, del decreto-legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito, con modificazioni, alla legge 23 maggio 1997, n. 135.

3. I provvedimenti cautelari e provvisori perdono efficacia trascorso il termine previsto per il deposito della sentenza.

4. Nel caso che la liquidazione del danno sia complessa e richieda una adeguata istruttoria il tribunale amministrativo regionale decide con sentenza parziale accordando, se del caso, un indennizzo provvisorio od imponendo una fidejussione, riservandosi la liquidazione danno al prosieguo del giudizio. L'udienza di discussione è fissata d'ufficio entro 365 giorni dalla data di pubblicazione della sentenza interlocutoria e la sentenza è depositata nel termine previsto dal precedente primo comma.

Art. 8.

1. L'articolo 13, comma 2, della legge 19 febbraio 1992, n. 142, è abrogato.