amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte seconda)* La disciplina italiana e la natura dell'istituto

di Paolo Sanino

Sommario

1. Il recepimento in Italia dell'informativa a ricorrere; 2. Osservazioni sulla posizione del Consiglio di Stato; 3. La stesura definitiva dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006. Dal d.lgs. 53/2010 al d.lgs. 104/2010; 4. La natura giuridica dell'istituto; 5. L'ambito di applicazione dell'istituto; 6. L'interesse ad agire; 7. I contenuti dell'informativa; 8. I termini e le modalità di presentazione; 9. L'esercizio dello *ius poenitendi*; 10. Il rapporto con l'art. 10 bis L. 241/90; 11. Il regime transitorio.

1. Il recepimento in Italia dell'informativa a ricorrere

L'art. 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, ha assegnato, mediante delega al Governo, la riorganizzazione della disciplina del processo amministrativo. Con questa legge il Governo è stato così delegato ad adottare, entro un anno dalla data sua entrata in vigore, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, con l'obiettivo di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di princìpi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele[1].

* Il lavoro è stato sottoposto alla valutazione preventiva di due referee anonimi. La terza parte del saggio sarà pubblicata nel numero 2/2013 della rivista.

[1] Appare utile riportare l'intero articolo 44 della legge delega *(Delega al Governo per il riassetto della disciplina del processo amministrativo)1. Il Governo è delegato ad adottare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo avanti ai tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato, al fine di adeguare le norme vigenti alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, di coordinarle con le norme del codice di procedura civile in quanto espressione di princìpi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele.2. I decreti legislativi di cui al comma 1, oltre che ai princìpi e criteri direttivi di cui all'articolo 20, comma 3, della legge 15 marzo 1997, n. 59, in quanto applicabili, si attengono ai seguenti princìpi e criteri direttiva;* a) *assicurare la snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, anche al fine di garantire la ragionevole durata del processo, anche mediante il ricorso a procedure informatiche e telematiche, nonché la razionalizzazione dei termini processuali, l'estensione delle funzioni istruttorie esercitate in forma monocratica e l'individuazione di misure, anche transitorie, di eliminazione dell'arretrato;* b) *disciplinare le azioni e le funzioni del giudice:1) riordinando le norme vigenti sulla giurisdizione del giudice amministrativo, anche rispetto alle altre giurisdizioni;2) riordinando i casi di giurisdizione estesa al merito, anche mediante soppressione delle fattispecie non più coerenti con l'ordinamento vigente;3) disciplinando, ed eventualmente riducendo, i termini di decadenza o prescrizione delle azioni esperibili e la tipologia dei provvedimenti del giudice;4) prevedendo le pronunce dichiarative, costitutive e di condan-*

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

na idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa; c) *procedere alla revisione e razionalizzazione dei riti speciali, e delle materie cui essi si applicano, fatti salvi quelli previsti dalle norme di attuazione dello statuto speciale della regione Trentino-Alto Adige;* d) *razionalizzare e unificare le norme vigenti per il processo amministrativo sul contenzioso elettorale, prevedendo il dimezzamento, rispetto a quelli ordinari, di tutti i termini processuali, il deposito preventivo del ricorso e la successiva notificazione in entrambi i gradi e introducendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle controversie concernenti atti del procedimento elettorale preparatorio per le elezioni per il rinnovo della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica, mediante la previsione di un rito abbreviato in camera di consiglio che consenta la risoluzione del contenzioso in tempi compatibili con gli adempimenti organizzativi del procedimento elettorale e con la data di svolgimento delle elezioni;* e) *razionalizzare e unificare la disciplina della riassunzione del processo e dei relativi termini, anche a seguito di sentenze di altri ordini giurisdizionali, nonché di sentenze dei tribunali amministrativi regionali o del Consiglio di Stato che dichiarano l'incompetenza funzionale;* f) *riordinare la tutela cautelare, anche generalizzando quella* ante causam*, nonché il procedimento cautelare innanzi al giudice amministrativo in caso di ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato, prevedendo che:1) la domanda di tutela interinale non può essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito;2) in caso di istanza cautelare* ante causam*, il ricorso introduttivo del giudizio è notificato e depositato, unitamente alla relativa istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito, entro i termini di decadenza previsti dalla legge o, in difetto di essi, nei sessanta giorni dalla istanza cautelare, perdendo altrimenti ogni effetto la concessa tutela interinale;3) nel caso di accoglimento della domanda cautelare, l'istanza di fissazione di udienza non può essere revocata e l'udienza di merito è celebrata entro il termine di un anno;*g) *riordinare il sistema delle impugnazioni, individuando le disposizioni applicabili, mediante rinvio a quelle del processo di primo grado, e disciplinando la concentrazione delle impugnazioni, l'effetto devolutivo dell'appello, la proposizione di nuove domande, prove ed eccezioni.3. I decreti legislativi di cui al comma 1 abrogano espressamente tutte le disposizioni riordinate o con essi incompatibili, fatta salva l'applicazione dell'articolo 15 delle disposizioni sulla legge in generale premesse al codice civile, e dettano le opportune disposizioni di coordinamento in relazione alle disposizioni non abrogate.4. I decreti legislativi di cui al comma 1 sono adottati su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri. Sugli schemi di decreto legislativo è acquisito il parere del Consiglio di Stato e delle competenti Commissioni parlamentari. I pareri sono resi entro quarantacinque giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, i decreti possono essere emanati anche senza i predetti pareri. Ove il Governo, nell'attuazione della delega di cui al presente articolo, intenda avvalersi della facoltà di cui all'articolo 14, numero 2º, del testo unico sul Consiglio di Stato, di cui al regio decreto 26 giugno 1924, n. 1054, il Consiglio di Stato può utilizzare, al fine della stesura dell'articolato normativo, magistrati di tribunale amministrativo regionale, esperti esterni e rappresentanti del libero foro e dell'Avvocatura generale dello Stato, i quali prestano la propria attività a titolo gratuito e senza diritto al rimborso delle spese. Sugli schemi redatti dal Consiglio di Stato non è acquisito il parere dello stesso. Entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, possono ad essi essere apportate le correzioni e integrazioni che l'applicazione pratica renda necessarie od opportune, con lo stesso procedimento e in base ai medesimi princìpi e criteri direttivi previsti per l'emanazione degli originari decreti.5. Dall'attuazione del presente articolo non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica.6. All'articolo 1, comma 309, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, dopo le parole: "tribunali amministrativi regionali" sono aggiunte le seguenti: ", ivi comprese quelle occorrenti per incentivare progetti speciali per lo smaltimento dell'arretrato e per il miglior funzionamento del processo amministrativo".*

Questo complesso lavoro di riforma della materia è stato finalizzato a riordinare la normativa, adeguandola ai moderni principi processuali di snellezza, concentrazione ed effettività della tutela, garanzia della ragionevole durata del processo, piena attuazione del contraddittorio, con un occhio molto attento anche alla fase cautelare, in coordinamento con la disciplina processuale civile.

La pubblica amministrazione, sin da quando è tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, ha il dovere di "valutare" se evitare un intervento demolitorio del giudice, realizzando in proprio quella "giustizia nell'amministrazione" che è la precondizione dell'agire amministrativo rispetto alla finalità propria dell'esercizio del potere.[2]

La nuova normativa, culminata con l'entrata in vigore del d.lgs. 104/2010, realizza il definitivo recepimento nell'ordinamento interno della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio rivoluzionando il settore "contenzioso

[2] P. QUINTO, *Il "preavviso di ricorso" nella delega comunitaria e nel processo amministrativo* in www.giustamm.it

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

degli appalti pubblici", ed incidendo sia sulla fase di instaurazione del rapporto contrattuale, attraverso la modifica degli artt. 11 e 79 ed introduzione dell'art. 79-bis d.lgs. n. 163/2006, sia sulla risoluzione delle controversie ad esso afferenti e sui possibili rimedi mediante la modifica degli artt. 240, 241, 243, 244, 245 e la contestuale introduzione degli artt. 243-bis, 245-bis, 245-ter e 245-quater.

La citata legge delega, dunque, è all'origine della stesura del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, ed in particolare dell'articolo 6, che innova il *corpus* del codice degli appalti, andando a modificare il d.lgs. 163/2006, con l'introduzione dell' art. 243 bis, che disciplina la cosiddetta *"Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale"*.

Nel tracciato della direttiva 2007/66/CE, si inserisce la nascita di questo nuovo istituto, contenuto, come accennato, nell'art. 243 bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e di cui si riporta il testo nella versione originaria:

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, nonche' 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 e' 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".*

Come sopra accennato, successivamente, il 16 settembre 2010 è entrato in vigore il d.lgs. 104/2010, che all'art. 3, comma 19, lett. c), ha sostituito nel modo che segue il comma 6 dell'articolo 243 bis appena riportato: *" Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti".*

2. Osservazioni sulla posizione del Consiglio di Stato

Sulla versione originariamente sottoposta al parere 15 febbraio 2010 n. 368 del Consiglio di Stato, l'organo consultivo chiamato ad esprimersi dava atto della utilità dell'istituto, rimarcando la

bontà di un meccanismo preventivo che serve ad indirizzare il comportamento della stazione appaltante, che, una volta allarmata dalla comunicazione, ha la possibilità di attivare gli uffici legali, di studiare al meglio la fattispecie, di prepararsi all'eventuale giudizio, anche in sede cautelare.

Non per questo, relativamente alla bozza di decreto[3] sottoposto al parere n. 368/2010, non venivano evidenziate alcune criticità, legate, *in primis*, alla eccessiva brevità del termine di 30 giorni per proporre ricorso giurisdizionale. Al di là della astratta utilità dello strumento, quello che occorre chiedersi è se nella realtà un arco temporale così ristretto sia sufficiente per adottare una decisione prima che insorga un contenzioso, tanto da dubitare della sua reale capacità deflattiva.

Il parere era critico anche sul contenuto del comma 3, ritenendo superfluo specificare che l'informativa non sospende il termine dilatorio per la stipulazione del contratto, ne' il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale, mentre la ulteriore specificazione che *"non impedisce altresì l'ulteriore corso del procedimento di gara"*, potrebbe ingenerare l'erronea convinzione che sia sempre inibito l'esercizio dei poteri cautelari in autotutela.

Sempre la bozza di decreto sottoposta oggetto di parere del Consiglio di Stato, conteneva un percorso procedimentale caratterizzato da una istruttoria del r.u.p., da svolgersi nei primi dieci giorni successivi alla ricezione del preavviso, all'interno della quale raccogliere informazioni e documenti dalla commissione di gara, nonché sentire l'interessato e gli altri partecipanti, formulare osservazioni e proposte al dirigente nel senso dell'autotutela o meno.

[3] Ecco 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*

Una volta conclusa questa fase, nei successivi dieci giorni, il dirigente avrebbe potuto scegliere una delle seguenti tre strade:
i) disporre con provvedimento motivato il non luogo a procedere, dandone contestuale comunicazione all'interessato (cosiddetta conferma motivata); ii) intervenire in autotutela senza contraddittorio, dandone comunicazione all'interessato, iii) avviare il procedimento di autotutela, dandone avviso, e concludendolo tempestivamente.
Le critiche mosse dal Consiglio di Stato a questa impostazione sono state molteplici.
In primis, ammettere la possibilità di inoltrare il preavviso anche poco prima della notifica del ricorso, avrebbe determinato una sovrapposizione del procedimento di esame del preavviso con il ricorso giurisdizionale, aggravando il procedimento ed appesantendo i rapporti tra la stazione appaltante e i concorrenti.
I termini così ristretti, poi, disegnavano uno schema eccessivamente rigido per poter funzionare.
In altre parole il meccanismo, così come configurato, era sembrato idoneo a deflazionare realmente il contenzioso soltanto in ipotesi di macroscopici errori della stazione appaltante, talmente riconoscibili, da stimolare il privato sin dall'inizio ad inviare l'informativa e la stazione appaltante ad intervenire tempestivamente.
I casi caratterizzati da illegittimità macroscopiche sono nella realtà molto ridotti, mentre pressoché l'intero contenzioso porta con sé notevoli margini di incertezza con riguardo alla legittimità dell'azione amministrativa.
Se dunque, il procedimento innestato è ancora in corso una volta che è già stato incardinato il giudizio dinanzi al giudice, l'effettiva utilità dello strumento svanisce, finendo col divenire un inutile appesantimento procedimentale.
Ed anche le tre soluzioni prospettate avevano suscitato perplessità.
Non si comprendeva, poi, la scelta di contemplare solo la conferma motivata – specificando la sua non impugnabilità - ed escludendo, al contempo, quella *tout court*.
Ritengo utile richiamare in proposito quella distinzione di matrice dottrinale che identifica la conferma propria in un atto adottato sulla base di un nuovo iter procedimentale, con una fase istruttoria rinnovata ed una nuova ponderazione degli interessi coinvolti[4]; quella impropria, invece, che, oltre a provenire dalla medesima autorità e a difettare di una nuova istruttoria, è la risultante della conferma della motivazione e del dispositivo del provvedimento precedente.
Questa tradizionale distinzione reca con sé una conseguenza di carattere processuale, e cioè l'impugnabilità dell'atto, ammissibile solo nella prima ipotesi. Viceversa, un atto meramente confermativo non è impugnabile sia per carenza di interesse, sia per la non eludibilità del termine decadenziale.
La formulazione della norma di cui sopra oggetto del parere finiva per stravolgere i principi di sistema appena enunciati, pretendendo di escludere l'atto meramente confermativo, e di contemplare solo la conferma motivata, con la pretesa poi, di dichiararla non impugnabile, trascurando che una nuova valutazione di interessi e una nuova motivazione non può non riaprire i termini per ricorrere[5]. 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,

[4] Consiglio di Stato, sez. IV, 1984, decisione n. 892.
[5] T.A.R. Campania, Napoli, 18 novembre 2009, n. 7634

necessaria per procedere alla stipulazione del contratto.
La Commissione ha ritenuto di dubbia chiarezza anche il riferimento alla determinazione interlocutoria dell'avvio del procedimento di autotutela, all'esito del quale, l'atto definitivo adottato - secondo lo schema prospettato - assumeva i connotati di provvedimento autonomamente impugnabile.
Né si comprendeva la ulteriore soluzione prospettata, laddove escludeva il ricorso al contraddittorio in caso di adozione di un provvedimento di secondo grado, in aperto contrasto con i principi di cui all'art. 7 l. 7 agosto 1990, n. 241, la previsione del quale esprime un principio generale dell'ordinamento giuridico. Le eventuali limitazioni alla sua osservanza devono essere interpretare in maniera rigorosa e restrittiva, dovendosi respingere valutazioni e riflessioni dottrinali differenti in assenza di specifiche norme derogatorie.
Di questo il Consiglio di Stato si è reso interprete, invocando anche una esigenza di chiarezza: o si richiama l'autotutela e la si applica *in toto*, o si è netti nel dettare una specifica disciplina, anche derogatoria.
Quanto invece, agli effetti della comunicazione preventiva, la scelta del legislatore – che non ha configurato l'istituto come condizione di procedibilità dell'azione, è stata quella di valutare la mancata comunicazione solo ai fini del riparto delle spese di giudizio e della responsabilità ex art. 1227 cod. civ., disciplinando conseguenze applicabili anche alla ipotesi del silenzio dell'amministrazione, significativo nei termini di diniego di agire in autotutela, e non impugnabile autonomamente, né contestabile con il rito speciale in materia di silenzio.
Proprio alla luce delle riflessioni esposte, il Consiglio di Stato aveva proposto la seguente riformulazione dell'articolo:

"Nelle controversie di cui all'art. 244, comma 1, il soggetto che intende proporre un ricorso, ne informa preventivamente la stazione appaltante, mediante una comunicazione scritta, diretta al responsabile del procedimento, recante una sintetica indicazione dei motivi. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente, nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara.
2 La stazione appaltante, entro dieci giorni dalla comunicazione di cu 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 e non è autonomamente contestabile.
3 L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese del giudizio, nonché ai sensi dell'art. 1227 del codice civile".

3. La stesura definitiva dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006. Dal d.lgs. 53/2010 al d.lgs. 104/2010

Solo alcuni dei suggerimenti del Consiglio di Stato sono stati accolti.
Tra le criticità manifestate, si segnalano anche i dubbi dell'Autorità di Vigilanza, espressi sulla formulazione della norma introdotta dal d.lgs. 53/2010, a suo dire non coerente con la misura di precontenzioso di cui all'art. 6 comma 7 lettera h) del codice dei contratti. In particolare, il termine di 15 giorni entro cui la stazione appaltante deve intervenire per l' adozione eventuale del provvedimento di autotutela manca di coordinamento con la disciplina del precontenzioso dinanzi all'Autorità, essendo tanto ristretto da dissuadere l'operatore ad adire la stessa Autorità di Vigilanza, posto che mancherebbe il tempo naturale per adottare i provvedimenti di competenza. Questa osservazione continua, peraltro, ad essere attua-

le, anche dopo la modifica introdotta dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104[6].

La versione definitiva attualmente in vigore dell'art. 243 bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, tenuto conto anche del passaggio tra il d.lgs. 20 marzo 2010 n. 53 e il d.lgs. n. 104/2010, è la seguente:

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, 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, nonche' ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.*
6. *Il diniego totale o parziale, espresso o tacito, e' impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce o se già è stato proposto ricorso, con motivi aggiunti".*

La formulazione della norma ha destato perplessità in più autori, che hanno prospettato soluzioni diverse e potenzialmente migliorative[7].

4. La natura giuridica dell'istituto

L'istituto in esame rientra negli atti di denuncia, e cioè in quegli atti che nel procedimento amministrativo si sostanziano nella presentazione, da parte dei privati, di dichiarazioni rivolte ad attivare i poteri di un'autorità amministrativa.

[6] A questo proposito si riporta nuovamente la posizione espressa dall'IGI nel corso della audizione del 21 gennaio 2010 durante i lavori della Commissione VIII 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 e92/113/CE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti" l'Istituto Grandi Infrastrutture aveva osservato l'importanza del mantenimento della fase precontenziosa dinanzi all'Autorità di vigilanza Lavori pubblici, dinanzi alla quale si apre un utile confronto destinato ad esaurirsi in quella sede, senza ricorrere al Tar. L'impalcatura disegnata dal legislatore viene messa in discussione secondo l'IGI, soprattutto alla luce dei termini esigui per ricorrere, che rischiano di relegare ai margini detta fase precontenziosa, inducendo l'interessato a saltarla a vantaggio di quella giurisdizionale.

[7] M. LIPARI, in *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile*, in www.giustamm.it ha ipotizzato una breve proroga del termine a ricorrere in via giurisdizionale, consentendo una migliore efficacia deflattiva.

L'assenza di un contenuto di natura volitiva implica che non ci sia un obbligo di corrispondenza tra le illegittimità denunciate e la decisione dell'amministrazione, che potrà liberamente valutare gli atti adottati sotto i profili ritenuti opportuni.
La ratio è quella di incentivare l'esercizio del potere di autotutela che dovrebbe contribuire a risolvere preventivamente le controversie, attraverso l'informativa con cui l'interessato chiede all'autorità amministrativa di eliminare le illegittimità contenute nell'atto lesivo e descritte nell'informativa stessa.
Se da un punto di vista sistematico, la collocazione del preavviso di ricorso all'interno del d.lgs. 163/2006 – inserito immediatamente dopo la transazione, l' accordo bonario e l'arbitrato – ha giustificato la premessa sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, ne va rimarcata la peculiare natura, intendendolo quale istituto volto a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela decisoria[8].
L'affermazione si inserisce nel dibattito afferente l'accertamento della natura del preavviso, è cioè se sia stato concepito dal legislatore come una sorta di rimedio eccezionale, assimilabile al ricorso in opposizione, volto a tutelare una posizione soggettiva contro atti della pubblica amministrazione, da presentarsi allo stesso organo amministrativo che ha adottato l'atto; ovvero se si atteggi a mera richiesta di riesame inoltrata con l'intento di stimolare l'esercizio dell'autotutela decisoria.
Con la procedura delineata dal codice dei contratti, il legislatore sembra aver propeso in favore di una forma di autotutela diretta, l'esercizio della quale postula l'attivazione anche spontanea dei poteri della pubblica amministrazione; inoltre, quella diretta è espressione dell'esercizio del potere nell'interesse pubblico, potere, peraltro, discrezionale, e non vincolato, come nel caso di autotutela su ricorso, ove il limite del suo esercizio è delimitato dalle censure rilevate nel ricorso.
Tradizionalmente, infatti, tre sono le principali differenze tra l'autotutela contenziosa e quella esercitata d'ufficio e in via discrezionale, espressione del potere di ritiro della pubblica amministrazione:

i. l'organo investito del ricorso amministrativo una volta pronunciatosi, esaurisce il potere, mentre l'autorità che ha provveduto al ritiro mantiene il potere di disporre sullo stesso oggetto;
ii. la decisione sul ricorso amministrativo giova solo al ricorrente, mentre l'atto di ritiro ha efficacia *erga omnes*;
iii. l'annullamento su ricorso è delimitato dalle doglianze in esso contenute, limite questo assente nell'annullamento su ritiro.

Più in generale, secondo la dottrina prevalente, accolta dalla giurisprudenza amministrativa, l'autotutela è intesa come l'attività di esecuzione coattiva diretta delle pretese dell'amministrazione; il riesame con esito demolitorio o conservativo dei provvedimenti adottati dall'amministrazione; *"quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese"*[9].
Le definizioni di cui sopra non appaiono omogenee tra loro, pur essendo accomunate dal fatto che in tutti i casi la pubblica amministrazione agisce in via autoritativa, incidendo unilateralmente sulla posizione soggettiva del destinatario.
In questa sede, interessa il potere di incidere con provvedimenti di secondo grado adottati dalla pubblica amministrazione, potere sollecitato proprio dalla comunicazione dell'intenzione di presentare ricorso.

[8] F. BENVENUTI, *Voce Autotutela (dir amm)*, in *Enc. Dir*., vol. IV, Milano, 1959.

[9] IBIDEM.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

Autotutela della pubblica amministrazione da intendersi come potestà attribuita dall'ordinamento di risolvere in via autonoma i conflitti, potenziali o attuali, di interessi, in relazione ai suoi provvedimenti e alle sue pretese[10].

Il dibattito della dottrina sul fondamento dell'autotutela provvedimentale, attinente al fatto che sia espressione di un potere di secondo grado subordinato al principio di legalità e tipicità, in quanto tale sempre previsto da una norma di legge, ovvero derivi dalla inesauribilità del potere amministrativo, che sopravvive al singolo atto di esercizio, è stato superato dalla legge del 2005 che ha codificato la sospensione dell'efficacia del provvedimento, la revoca, l'annullamento, e la convalida.

L'art. 21 nonies l. 241/1990 dispone: *"Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge".*

Da questa norma occorre partire per chiedersi entro quale ambito e quali termini sia esercitatile il potere di adottare provvedimenti di secondo grado.

Il terreno su cui ci si muove riguarda il ruolo della pubblica amministrazione, chiamata a rivisitare i propri comportamenti e valutare l'esercizio o meno dei poteri di autotutela. La norma appena citata fissa gli ambiti entri i quali ciò può legittimamente avvenire. La giurisprudenza è costante nel ritenere che la formula utilizzata dal legislatore *"…sussistendone le ragioni di interesse pubblico…e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati"* debba essere intesa non semplicemente nel ripristino dell'ordine giuridico violato, che invece, deve essere accompagnato da esigenze concrete e attuali[11].

La presenza delle esigenze concrete e attuali che impongono il ripristino dell'ordine giuridico violato deve risultare chiara nella motivazione del provvedimento di autotutela. Giova a tale proposito riportare la massima di una pronuncia del Consiglio di Stato *"Il provvedimento di autotutela non si sottrae in parte "de qua" alla censura di insufficienza ed inadeguatezza della motivazione, ove si consideri che esso interviene a salvaguardia dell'interesse di rilievo pubblico al corretto sviluppo urbanistico ed edilizio del territorio, la cui compromissione, prima di pervenire alla statuizione di annullamento d'ufficio, va valutata sul piano dell'effettività, in raffronto alle posizioni soggettive del privato, beneficiario del provvedimento autorizzatorio".*[12]

Sul limite temporale entro il quale esercitare il potere di annullamento, la formula utilizzata nell'art. 21 nonies l. 241/90 *"entro un termine ragionevole"*, occorre chiarire in chiave interpretativa cosa debba intendersi per ritenere che un lasso temporale sia sufficientemente ampio da precludere l'esercizio dei poteri di autotutela, seppur in presenza di un interesse pubblico specifico e concreto alla rimozione dell'atto[13].

La questione è quanto mai lasciata all'opera della giurisprudenza, posto che il legislatore solo in un caso ha stabilito un termine preciso decorso il quale alla pubblica amministrazione è precluso il potere di intervenire in autotutela. L'art. 1 comma 136 l. 311/2004, infatti, stabilisce che "*Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti con-*

[10] IBIDEM.

[11] Consiglio di Stato, sez. IV, 20 luglio 2005, n. 3909.

[12] Consiglio di Stato, sez. VI, 17 febbraio 2006, n. 671.

[13] T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 21 febbraio 2006, n. 426.

trattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante".

Al di fuori di questa ipotesi, in assenza di un termine certo previsto dal legislatore, la giurisprudenza amministrativa ritiene che un eventuale provvedimento di annullamento deve essere sorretto da una motivazione tanto più esaustiva quanto più tempo sia trascorso dall'emanazione dell'atto da rimuovere.

L'attualità e la concretezza dell'interesse pubblico a ristabilire l'ordine violato, unitamente alla valutazione della posizione di affidamento dei controinteressati, costituiscono indici sintomatici per giustificare ragionevole e legittimo l'autoannullamento.

Più specificamente, in materia di appalti, la stazione appaltante durante la fase pubblicistica può sempre esercitare un potere discrezionale e autoritativo, in grado di incidere unilateralmente sulla sfera giuridica dei destinatari, addirittura, successivamente all'aggiudicazione definitiva, con la quale si chiude il procedimento di scelta del contraente.

E' il legislatore stesso a sancire la persistenza di un potere di annullamento in capo alla stazione appaltante, come risulta dall'art. 11 comma 9 d.lgs. 163/2006, che fa salvo il potere di autotutela anche ad aggiudicazione definitiva, posto anche che il processo verbale di aggiudicazione non equivale alla sottoscrizione del contratto.

La giurisprudenza è arrivata a sostenere che all'amministrazione è in capo il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche ad avvenuta sottoscrizione del contratto, qualora ricorrano adeguate esigenze di interesse pubblico. In questo caso - anche per il nesso funzionale che lega l'aggiudicazione al contratto – all'annullamento giurisdizionale o a seguito di autotutela consegue un effetto automaticamente caducatorio degli effetti negoziali prodotti dalla stipula del contratto.

Del resto, il contratto non è dotato di autonomia propria, e non può non risentire delle illegittimità che affliggono il provvedimento.

Il Consiglio di Stato, già in precedenza, aveva osservato che l'annullamento dell'aggiudicazione genera un legame costante e puntuale sugli atti successivamente posti in essere dall'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del vincolo negoziale[14].

5. L'ambito di applicazione dell'istituto

Il comma 1 dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 per indicare le materie nelle quali trova applicazione l'istituto, richiama l'art. 244 comma 1, che recita: *"Il codice del processo amministrativo individua le controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di contratti pubblici".*

Nella delimitazione dell'ambito oggettivo, dunque, l'informativa va data nell'ambito della aggiudicazione di contratti pubblici, secondo quanto previsto dall'art. 244 comma 1 d.lgs. 163/2006, ora sostituito dall'art. 133 punto 1, lett. e), c.p.a.

La norma prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di tutte le controversie, ivi comprese quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale.

Sulla giurisdizione esclusiva, sia sufficiente richiamare in questa sede gli artt. 6 e 7 l. 21 luglio 2000, n. 205, che, riformulando l'art. 33 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, hanno devoluto alla giurisdi-

[14] Consiglio di Stato, sez. VI, 26 luglio 2010, n. 4864.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

zione esclusiva del giudice amministrativo le controversie appena citate, senza fare distinzioni tra diritti soggettivi ed interessi legittimi.
Alla luce di quanto indicato, rientrano nella giurisdizione di cui all'art. 244 comma 1 d.lgs. 163/2006:

- l'annullamento e la revoca dell'aggiudicazione;
- l'annullamento degli atti di gara e dei verbali di aggiudicazione;
- le controversie sul conferimento di un incarico di progettazione previa procedura attivata con avviso pubblico;
- la responsabilità precontrattuale su fatti oggetto della procedura di affidamento;
- le questioni risarcitorie sulle asserite violazioni di obblighi precontrattuali quando il comportamento della pubblica amministrazione sia connotato dall'esercizio di pubblici poteri.
- Gli affidamenti degli appalti sotto soglia[15]

L'istituto dell'informativa, dunque, non si applica in materia di rinnovo tacito dei contratti, di clausola di revisione del prezzo, e più in generale della fase esecutiva del contratto.
Una volta ripercorso l'iter che ha condotto al testo definitivo contenuto nell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 è utile soffermarsi sulla analisi delle disposizioni, anche al fine di porre in luce la bontà dell'istituto, per lo meno sul piano concettuale.
Con l'informativa, infatti, la stazione appaltante viene resa edotta della denunciata illegittimità che affligge un provvedimento, e posta nella condizione di decidere se intervenire o meno in autotutela. Non v'è dubbio che l'intento del legislatore – acclarato quello primario di deflazionare il contenzioso – sia stato quello di responsabilizzare la pubblica amministrazione, imponendo una seria valutazione relativamente a come utilizzare il potere di incidere con l'adozione di un provvedimento di secondo grado.
Al contempo, questa fase è utile anche al privato che, sempre in un'ottica deflattiva, gli assegna una maggiore consapevolezza se proporre o meno il ricorso.

6. L'interesse ad agire

Sull'interesse ad agire occorre chiarire che, affinchè la comunicazione sia ammissibile, si impone che essa contenga non solo la intenzione di proporre ricorso, ma deve anche emergere la posizione giuridica soggettiva asseritamente lesa.
Ad avviso dello scrivente, l'interesse deve essere inteso quale interesse ad agire, come disciplinato dall'art. 100 c.p.c.
Del resto, se la comunicazione è un onere prodromico alla proposizione del ricorso, si potrebbe ritenere che debba persistere sin da questa fase il requisito dell'interesse ad agire, che legittima la tutela giurisdizionale.
A questo proposito si segnalano alcune pronunce della Corte di cassazione proprio in ordine ai requisiti di cui all'art. 100 c.p.c., secondo cui, per proporre una domanda anche se limitata all'*an debeatur*, occorre che sussista l'interesse ad agire[16] che costituisce un requisito della domanda, consistente nell'esigenza di ottenere un risultato utile giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice[17]. L'interesse ad agire, previsto quale condizione dell'azione dall'art. 100 cod. proc. civ., è una situazione di carattere oggettivo derivante da un fatto lesivo, in senso ampio, del diritto e consistente nel fatto che senza il processo e senza l'esercizio dell'azione giudiziale l'attore soffrirebbe un dan-

[15] Si veda, in questo senso, V. ITALIA, *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, 2010, p. 105.

[16] Corte di cassazione, Sez. III, 5 marzo 2007, n. 5074; Corte di cassazione, 19 agosto 2000 n. 11010.
[17] Corte di cassazione Sez. III, 5 marzo 2007, n. 5074; Corte di cassazione, Sezioni Unite, 10 agosto 2000, n. 565.

no[18]. E' vero che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha ritenuto che i profili della legittimazione e dell'interesse ad agire appartengono alla fase tipicamente giurisdizionale, ma, ad avviso dello scrivente, una valutazione/verifica da parte della stazione appaltante in ordine alla titolarità, per lo meno sulla coincidenza tra chi sottoscrive l'informativa ed il titolare della posizione giuridica da tutelare in sede processuale sia tutt'altro che incompatibile con l'attività amministrativa.
Quanto detto non può indurre a trascurare la natura precontenziosa dell'istituto, con evidenti ripercussioni sul piano formale della comunicazione nonché sulla rappresentanza.
La norma prevede che la comunicazione sia sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante.
Proprio a questo proposito, la natura precontenziosa dell'istituto esclude che il rappresentante debba essere officiato in virtù di un mandato *ad hoc* sottoscritto e autenticato dal legale, dovendosi ritenere sufficiente il potere di rappresentanza che legittima la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica[19].

7. I contenuti dell'informativa

L'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 dispone: *"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, 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 prevista dal presente comma 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".*
Esso, dunque, racchiude il contenuto dell'informativa, nel redigere la quale l'interessato è svincolato da schemi preordinati, dovendosi attenere ad inserire gli elementi essenziali, il soggetto al quale l'atto è rivolto, le proprie generalità, la procedura di evidenza pubblica cui ci si riferisce[20].
Deve poi contenere una indicazione sintetica e sommaria delle illegittimità denunciate, senza la necessità di esaurire tutte le argomentazioni in quella sede, e lasciando addirittura impregiudicata la facoltà di indicare nuovi vizi di legittimità in caso di ricorso giurisdizionale. La *ratio* della norma, sempre nell'ottica del *clare loqui*, è quella di stimolare il massimo dialogo nella fase pre contenziosa, senza privare l'interessato di motivare ulteriormente l'eventuale gravame.
Va puntualizzato che l'interessato è il titolare e il legale rappresentante dell'impresa o della società, e che, ai fini della rappresentanza, e cioè del potere di compiere l'atto giuridico in nome e per conto di altri, la procura dovrà essere redatta in forma scritta, essendo finalizzata a compiere un atto per il quale la legge richiede la forma scritta, in ossequio all'art. 1392 cod. civ.
Sull'informativa va apposta la sottoscrizione, che accerta la provenienza dell'atto e ne attesta la paternità, a pena di nullità.
Se la comunicazione – da rivolgere al responsabile del procedimento – può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato apposito ricorso giurisdizionale, la stazione appaltan-

[18] Corte di Cassazione, Sez. lavoro, 23 novembre 2007, n. 24434.
[19] A. DI MARIO, *L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale*, in www.il dirittodeipercorsi.it.
[20] V. ITALIA, in *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, 2010, p. 106.

te deve comunicare le proprie determinazioni entro 15 giorni dalla predetta comunicazione.
Il legislatore ha così evidentemente posto l'informativa in una fase che precede l'istruttoria amministrativa, all'interno della quale l'amministrazione verifica la sussistenza delle condizioni per intervenire o meno in autotutela. Una volta accertata la rilevanza del contenuto dell'informativa, l'amministrazione ha l'obbligo di avviare il procedimento in cui esercitare il potere di autotutela, procedendo all'eventuale adozione del provvedimento di secondo grado.
Possono così trovare applicazione i principi di partecipazione procedimentale a tutela del privato di fronte all'esercizio di poteri di autotutela, esercitabili esclusivamente nell'interesse pubblico.
Questa precisazione è importante, in quanto impone all'interessato non soltanto di denunciare le illegittimità asseritamente lesive, ma di integrare l'informativa con valutazioni concernenti proprio l'esistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale ad annullare l'atto.
L'informativa non solo non impedisce né il decorso del termine dilatorio per la stipula del contratto, nè sospende il termine processuale per proporre ricorso giurisdizionale, ma non incide nemmeno sulla procedura di affidamento. L'illegittimità denunciata, infatti, è riferibile tanto all'aggiudicazione, quanto a qualunque atto di gara, compreso il bando, il capitolato, un eventuale atto di ammissione o esclusione di concorrenti.

8. I termini e le modalità di presentazione

Come già osservato nel corso della trattazione, l'art. 243 bis d.lgs. 163/2006, nel disciplinare l'informativa in ordine all'intento do proporre ricorso giurisdizionale, non scandisce la fase procedimentale, imponendo una serie di oneri a carico dell'interessato *"fino a quando ….non abbia notificato un ricorso giurisdizionale"*. Con questa formula il legislatore ha inteso consentire l'invio dell'informativa fino alla scadenza del termine processuale utile ad incardinare il giudizio.
Il sistema, così come concepito, reca con sé una serie di problematiche, tenendo conto che il comma 4 impone alla stazione appaltante di comunicare le proprie determinazioni sui motivi indicati dall'interessato, entro quindici giorni dalla comunicazione.
Il termine iniziale per l'interessato non può che decorrere dalla conoscenza della presunta illegittimità.
Ma se la *ratio* della norma è quella di diminuire il contenzioso, la disciplina legale avrebbe dovuto fare in modo che le determinazioni assunte dalla stazione appaltante fossero adottate prima della scadenza del termine per proporre ricorso. Al contrario, posto che l'informativa può essere inviata anche il ventinovesimo giorno, è evidente che quando la stazione appaltante si pronuncerà, il giudizio sarà già stato incardinato.
In ogni caso il breve termine di trenta giorni per notificare il ricorso rischia di relegare l'istituto in esame in un ruolo marginale in termini di concreta efficacia deflattiva.
Il comma 2 prevede che l'informazione sia fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato.
La forma *ad substantiam* richiesta, dunque, è mitigata solo nell'ipotesi in cui la legge ammette la comunicazione orale durante una seduta pubblica della commissione di gara, comunque oggetto di immediata verbalizzazione senza in tal caso la necessità di sottoscrizione, posta la natura di atto pubblico del verbale di gara.
In questo caso corre l'obbligo per la commissione di gara di informare immediatamente il responsabile del procedimento dell'intenzione di ricorrere.
La norma non contempla la possibilità di inoltrare la comunicazione tramite mail o fax, ma, limitandosi a richiedere la forma scritta *ad substan-*

tiam, non vi sarebbero particolare motivi ostativi ad escludere siffatte modalità.
Essa, poi, non fa alcun riferimento all'eventuale onere, per l'interessato, di indirizzare l'informativa anche all'aggiudicatario, o comunque al soggetto che, rispetto al vizio denunciato, assume il ruolo di controinteressato.
Sarà allora cura della stazione appaltante, qualora abbia ritenuto rilevante il contenuto dell'informativa ed idoneo ad instaurare l'avvio del procedimento di secondo grado, a renderne edotto il controinteressato, rimasto fuori fino alla fase definibile di pre istruttoria.

9. L'esercizio dello *ius poenitendi*

Oggetto della trattazione è anche la facoltà di agire in sede giurisdizionale dopo aver inviato l'informativa contenente l'intenzione di proporre ricorso, il c.d. *ius poenitendi*.
La valutazione del comportamento del privato in questa fase ha notevoli risvolti pratici, in quanto la mancata scansione temporale, da parte del legislatore, della fase che va dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva alla proposizione del ricorso giurisdizionale, genera, come fisiologica conseguenza, la possibilità che al momento della instaurazione del giudizio non sia ancora concluso il procedimento con cui la stazione appaltante decide se intervenire o meno in autotutela.
Mentre alla stazione appaltante è imposto di adottare il provvedimento (di accoglimento o di diniego) entro 15 giorni dalla informativa, nulla dice sui termini per la proposizione di quest'ultima, che dovrà intendersi correttamente inoltrata, se trasmessa entro 30 giorni.
Alla luce di ciò, nell'ipotesi più semplice, l'interessato, attivatosi più che tempestivamente per l'inoltro dell'informativa, ricevuto il provvedimento di diniego di autotutela, provvederà ad impugnare congiuntamente sia l'aggiudicazione definitiva che il diniego.
Nella maggior parte dei casi, invece, il privato, una volta inviata l'informativa, notificherà il ricorso giurisdizionale, allorquando la stazione appaltante non ha ancora consumato il potere di provvedere. E' quasi inutile specificare che giammai il ricorso giurisdizionale potrà essere qualificato come improcedibile. Al contempo, non ritengo nemmeno che la notifica del ricorso dopo essersi avvalsi dell'istituto di cui all'art. 243 bis possa risultare come rinuncia al tentativo di composizione stragiudiziale della controversia, e ciò per un duplice ordine di ragioni. La prima consiste nel fatto che la stazione appaltante non perde il potere di intervenire in autotutela, potere che addirittura preesiste all'istanza.
La seconda risiede in un fatto necessitato, e cioè la scadenza del termine processuale utile ai fini dell'impugnativa, il cui decorso renderebbe il provvedimento lesivo inoppugnabile, con buona pace delle ragioni dell'interessato.
Ciò solo è sufficiente per ritenere che il privato, incardinando il giudizio, non rinuncia affatto alla possibilità di beneficiare dell'autotutela, ma si limita a non correre il rischio che la illegittimità, una volta scaduti i termini per invocare la tutela dinanzi al giudice, si cristallizzi e divenga inoppugnabile.
Infatti, pazientando inerte, in attesa del provvedimento in autotutela, qualora - scaduti i 30 giorni - venisse adottato un provvedimento di contenuto negativo, non gli rimarrebbe alcuno strumento di difesa di fronte alla inoppugnabilità dell'atto lesivo.
Il diniego di autotutela – espresso o tacito che sia – è infatti aggredibile congiuntamente al provvedimento principale, ovvero nella forma dei motivi aggiunti, imponendo così una contestuale o previa e tempestiva impugnativa dell'atto pregiudizievole.
Se è vero tutto questo, risulterebbe veramente difficile e discutibile, come si vedrà nel paragrafo successivo, la possibilità prospettata in dottrina

di ricondurre all'art. 1227 cod. civ., valutandolo come contrario a correttezza e buona fede, il comportamento del privato che impugna il provvedimento in sede giurisdizionale solo qualche giorno dopo aver trasmesso l'informativa.
Né ritengo condivisibile l'idea di dover tenere conto, in tale valutazione, del dispendio di energie che la stazione appaltante ha affrontato per essersi attivata in buona fede, facendo seguito all'istanza di cui all'art. 243 bis, strada poi abbandonata a vantaggio del rimedio giurisdizionale. Il dispendio di energie che l'amministrazione ha affrontato per essersi attivata ai sensi dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 appare trascurabile, posto che le valutazioni in ordine alla legittimità del provvedimento vengono fatte e sono assorbite nello studio della controversia, necessario, comunque per difendersi in sede giurisdizionale.
Inoltre, lo *ius poenitendi*, e cioè la possibilità di agire dinanzi al Tar dopo aver percorso la strada dell'autotutela dovrebbe potersi sempre esercitare senza pregiudizio per l'interessato.
Il breve termine decadenziale per agire in via giurisdizionale inevitabilmente finisce per restringere l'arco temporale tra la comunicazione dell'intenzione di proporre ricorso ed il ricorso stesso.
Se il legislatore ha ritenuto di non scandire quella fase procedimentale, attraverso la imposizione di termini per l'invio dell'informativa, non vedo perché si debba assegnare al giudice il potere di ritenere irragionevole il termine in cui è stata presentata l'istanza, qualora tale adempimento fosse stato assolto in un tempo considerato "eccessivamente vicino" alla proposizione del ricorso.
In altre parole, ove anche l'informativa fosse "ritardata" ma tempestiva, non si vede la ragione di poter ricondurre tale fattispecie nell'art. 1227 cod.civ. equiparando, di fatto, in via analogica, la omessa presentazione dell'istanza, alla presentazione della stessa a ridosso del ricorso giurisdizionale.
Alla domanda poi, su cosa succeda nell'ipotesi in cui il privato, una volta utilizzato il rimedio di cui all'art. 243 bis, decida di rinunciare ad adire il giudice, mai come in questo caso la risposta renderebbe onore all'istituto e alla sua efficacia, posto che l'obiettivo è quello di far rimeditare la stazione appaltante su decisioni asseritamente illegittime, ma al contempo rendere edotto l'interessato delle motivazioni che sostengono il provvedimento, anche nell'ottica di dissuaderlo dal proporre ricorso, ove infondato.
Il potere di secondo grado deve ritenersi intatto anche a contenzioso instaurato, senza che la stazione appaltante esaurisca il potere di intervenie in autotutela.
Con le dovute differenze da quella tributaria, ritengo possa affermarsi per entrambe che l'autotutela è esercitatile anche in pendenza di giudizio, qualora siano scaduti i termini di impugnazione e qualora la sentenza passata in giudicato abbia accertato soltanto questioni di rito e non sia entrata nel merito della controversia.
Ciò posto, il legislatore, se avesse scandito tutte le fasi temporali del procedimento, compresi i termini iniziali entro cui comunicare il preavviso, avrebbe ragionevolmente tratto un maggiore effetto deflattivo del contenzioso, senza correre il rischio di vanificare la ratio ispiratrice dell'istituto, con procedimenti di istanze di autotutela ancora aperti a giudizio ormai incardinato.

10. Il rapporto con l'art. 10 bis L. 241/90

La formulazione dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 così come previsto dall'art. 6 d.lgs. 53/2010 disciplinava al comma 4 il provvedimento con cui la stazione appaltante poteva disporre motivatamente il non luogo a provvedersi in autotutela.
Appariva utile domandarsi se quel provvedimento potesse equipararsi, ai fini della previsio-

ne dell'art. 10 bis l. 241/90, ad un rigetto dell'istanza.

L'art. 10 bis prevede che *"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 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 dell'istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali".*

Con l'introduzione del codice di procedura amministrativa, la comunicazione di "non luogo a provvedere" è stata abrogata. Ne consegue che la distinzione tra mera conferma e conferma motivata, che comporterebbe un riesame e una nuova istruttoria del provvedimento lesivo continua a rilevare solo in tema di diniego di autotutela[21].

Come non è imposta l'impugnativa della conferma impropria in quanto non è una manifestazione del potere amministrativo, non lo è nemmeno in caso di diniego tacito di autotutela, in quanto né rinnova la volontà dell'amministrazione, né aggiunge qualcosa all'assetto di interessi contenuto nel provvedimento principale. Il contenuto, dunque, meramente confermativo del diniego, esclude una autonoma capacità lesiva, non richiedendo di essere impugnato[22].

Con l' abrogazione del "non luogo a provvedere" è venuto meno anche l'interesse di chiedersi della possibile equiparazione, ai fini del preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90, del non luogo a provvedere, al rigetto dell'istanza.

Resta comunque utile richiamare l'art. 10 bis l. 241/90[23] quale meccanismo partecipativo simile alla procedura precontenziosa deflattiva del preavviso a ricorrere, e verificare se esso trovi spazio all'interno del procedimento che sfocerà nel diniego di autotutela.

La versione definitiva prevede che la stazione appaltante comunichi le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. La formula utilizzata, piuttosto generica, lascia il dubbio di poter sollevare – in caso di diniego di autotutela – in sede giurisdizionale, la violazione del principio del giusto procedimento, e che si imponga il preavviso di rigetto.

Se si ritenesse doveroso per la stazione appaltante adempiere a quanto imposto dall'art. 10 bis, in

[21] Consiglio di Stato, sez. IV, 10 dicembre 2009, n. 7732.

[22] TA.R. Umbria, sez. I, 1 aprile 2011, n. 103.

[23] Si riporta il contenuto dell'art. 10 bis L. 241/1990: *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. Non possono essere addotti tra i motivi che ostano all'accoglimento della domanda inadempienze o ritardi attribuibili all'amministrazione.*

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

nome del principio del contraddittorio e della partecipazione procedimentale, ci troveremmo di fronte al preavviso di rigetto nel preavviso di ricorso.
Questa ricostruzione finisce per esaltare a tal punto la partecipazione procedimentale da frustrare la snellezza, la celerità, e il buon andamento amministrativo.
Si avrebbe un meccanismo farraginoso e non in linea con lo spirito del legislatore e la *ratio* della norma.
Intanto, da un punto di vista teleologico, entrambi perseguono la finalità di deflazionare il contenzioso, così che apparirebbero uno il doppione dell'altro: già solo per il fatto che in ordine temporale precedono il provvedimento negativo, sono in tutti e due i casi lo strumento che precede la via giurisdizionale.
Sarebbe così, inutilmente duplicato il vaglio amministrativo richiesto alla stazione appaltante.
L'irragionevolezza dell'impostazione sopra esposta si ricava anche dai termini disciplinati per il preavviso, che non si concilierebbero più con quelli per ricorrere dinanzi al giudice, nel caso in cui si pretendesse di applicare l'art. 10 bis l. 241/90, che prevede che entro 10 giorni dal ricevimento della comunicazione gli interessati possano presentare per iscritto le osservazioni e depositare documenti. In questo arco temporale i termini per concludere il procedimento sono sospesi e riprendono dal giorno della presentazione delle osservazioni, ovvero dall'inutile decorso di 10 giorni. Ciò allungherebbe di 10 giorni il termine per esprimersi se intervenire o meno in autotutela, andando così ad "intaccare" il meccanismo concepito dal legislatore che ha ipotizzato che la scadenza dei termini del procedimento con cui si invoca l'autotutela scadano proprio sia a ridosso del termine ultimo per incardinare il giudizio dinanzi al T.A.R.
Ben si può sostenere, dunque, che l'art. 10 bis non si applica non solo alle ipotesi indicate nella norma (procedure concorsuali ed assistenziali) ma anche a procedimenti caratterizzati da una precisa cadenza temporale, come quello della DIA[24], posto che si configura come provvedimento negativo implicito, mentre l'atto di diffida a non agire è negativo ma non equivale ad un rigetto dell'istanza. Tra l'altro il preavviso all'ordine di non eseguire si atteggerebbe ad inutile duplicazione dell'ordine stesso, scaturendo anche una incompatibilità con il breve termine entro cui l'amministrazione deve provvedere.

11. Il regime transitorio

Pur essendo ormai l'istituto entrato in vigore da tempo, una completa ed esaustiva trattazione impone di spendere qualche parola sul suo regime di applicazione temporale, tenuto conto che è mancata una norma che ne disciplinasse il regime transitorio.
Soccorre il principio "*tempus regit actum*" che riconduce ogni atto del procedimento alla legge in vigore al momento della sua adozione.
L'informativa preventiva trova allora applicazione in tutte le procedure di affidamento i cui bandi e avvisi siano successivi alla entrata in vigore del d.lgs. 53/2010, al pari delle procedure anteriori ad esso, all'interno delle quali i termini di impugnazione non fossero ancora scaduti.

La terza ed ultima parte di questa breve trattazione sarà dedicata alla omessa informativa dell'interessato e alla mancata risposta della stazione appaltante, nonché ad alcune pronunce recenti utili per verificare la portata dell'istituto del preavviso in fase applicativa.

[24] Consiglio di Stato, sez. IV, 12 settembre 2007, n. 4828.