amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Il preavviso di ricorso nei contratti pubblici (Parte prima)*

di Paolo Sanino

Sommario

1. Introduzione; 2. La direttiva 2007/66; 3. I meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie. Accostamenti e differenze.

1. Introduzione

Il breve lavoro, nato con l'obiettivo di supportare gli operatori del diritto attraverso lo studio e l'analisi di un istituto nuovo, quale quello dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale negli affidamenti dei contratti pubblici, contenuto nell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 - introdotto con il d.lgs. 53/2010, e poi modificato dal d.lgs. 104/2010 – si divide in tre parti: la prima dedicata alla prospettiva comunitaria; la seconda alla disciplina italiana e alla natura dell'istituto; la terza, infine, alle conseguenze generate dall'omesso assolvimento dell'onere prescritto, con ulteriori spunti di riflessione offerti da recenti pronunce della magistratura amministrativa di prime cure.

La spinta del diritto comunitario, ed in particolare della direttiva 2007/66, ha condizionato il nostro legislatore sulla scelta di introdurre questo meccanismo deflattivo del contenzioso, col locandosi, sia pure con le dovute differenze, sulla strada già nota degli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al giudizio.

Dalla disamina dell'art. 243 bis d.lgs. 163/2006 emergeranno alcune considerazioni sul tenore della norma, non esente da criticità.

Alla bontà dell'istituto non sono seguite scelte del tutto coerenti con gli scopi perseguiti.

L'informativa non è concepita come condizione di procedibilità dell'azione, con la conseguenza di indebolire proprio l'efficacia deflattiva ambita; né come ricorso facoltativo, da proporre eventualmente all'Autorità di Vigilanza, sviluppando e perfezionando uno tra gli istituti significativi del pre "contenzioso", come, invece, suggerito dal Consiglio di Stato.

La mancata scansione dei termini procedimentali iniziali determina, nella maggior parte dei casi, che la conclusione del procedimento per l'adozione o meno del provvedimento di autotutela avvenga a contenzioso già instaurato, anche in tal caso con conseguenze negative ai fini deflattivi.

Sussistono, poi, difficoltà a ricondurre l'omessa comunicazione e l'inerzia della stazione appaltante all'art. 1227 cod.civ., su cui mi è parso utile distinguere i differenti presupposti che fondano il comma 1, in cui il danneggiato concorre alla causazione del danno, dal comma 2, che gli impone di evitare un danno ascrivibile, invece, alla altrui condotta.

Anche l'onere processuale ed economico di impugnativa del diniego sembrerebbe esulare dai connotati dell'art. 1227 cod. civ., posto che tra i comportamenti operosi richiesti dall'articolo non rientra certo l'esercizio di attività giudiziaria, per di più onerosa.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

La trattazione contiene, poi, come accennato, brevi osservazioni sul concetto di autotutela, soprattutto nel sistema dei contratti pubblici, l'esercizio dello ius poenitendi, e recenti pronunce della giurisprudenza. Esse intervengono sull' applicazione dell'art. 1227 cod. civ. per ridurre il danno ingiusto in caso di omessa notificazione del preavviso di ricorso e conseguente richiesta di intervento in autotutela; sul contenuto innovativo della risposta, da parte della stazione appaltante, rispetto alle doglianze contenute nell'informativa; sulla sostanziale equiparazione tra il rigetto immotivato e l'inerzia dell'amministrazione.

2. La direttiva 2007/66

Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'U.E. del 20 dicembre 2007, la direttiva 2007/66 è entrata in vigore il 9 Gennaio 2008. Essa modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, e mira ad aumentare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione nell'aggiudicazione degli stessi nei settori delle forniture, dei lavori e dei servizi.

A tal fine dota le imprese di un livello equivalente di garanzie giuridiche in materia di ricorsi in tutti gli Stati membri.

Innanzitutto si è discusso in dottrina circa la sua natura giuridica; in particolare è contestata la sua appartenenza alla categoria delle c.d. direttive self-executing, dal momento che sembra lasciare ampi spazi di discrezionalità per assicurare il risultato delle sue disposizioni agli Stati.

A questo proposito, però, si segnala che in Italia, la Corte di cassazione, sezioni unite, con l'ordinanza n. 2906/2010, nel sancire la competenza del giudice amministrativo a conoscere non soltanto della domanda di annullamento di un atto di gara, ma anche della domanda del ricorrente volta ad ottenere il risarcimento in forma specifica, ossia la stipula del contratto, aveva già ritenuto questa soluzione applicabile per tutte le controversie in cui la procedura di gara fosse intervenuta dopo l'entrata in vigore della Direttiva 66/2007, a prescindere dal suo recepimento nel nostro Paese. Tutto questo in virtù di una interpretazione orientata costituzionalmente e comunitariamente, che fa ritenere applicabili i principi che la stessa Direttiva impone agli Stati membri, e che corrispondono a quelli di concentrazione del giudizio, di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo, così come previsto dalla Costituzione. Secondo questa prospettiva, la Direttiva ricorsi mancherebbe di efficacia autoesecutiva, ma si pone come atto normativo contenente principi immediatamente applicabili[1].La Corte di cassazione ha poi, parlato di efficacia orizzontale della direttiva, in quanto la mancata tempestiva trasposizione nel diritto interno costituisce condotta inadempiente "che dà diritto ai soggetti lesi da tale omissione o ritardo di chiedere alle autorità dello Stato di conformarsi ai suoi principi per effetto delle sue disposizioni chiare, incondizionate e scadute"[2].

Nelle premesse, sottolinea che i meccanismi di tutela di cui alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE non permettono sempre di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono ancora essere corrette.

La valorizzazione degli strumenti preventivi a tutela delle posizioni soggettive costituisce il criterio guida che l'ordinamento comunitario si dà, preoccupandosi di perseguire l'effettività della

---

* Il lavoro è stato sottoposto alla valutazione preventiva di due referee anonimi. La seconda parte del saggio sarà pubblicata nel numero 1/2013 della rivista.

[1] V. ITALIA, *Il nuovo ricorso negli appalti pubblici*, Milano, 2010, in prefazione.

[2] Corte di Cassazione, ordinanza n. 2906/2010 punto 7.

www.amministrativamente.com ISSN 2036-7821

tutela, come del resto testimonia la posizione della Corte di Giustizia[3].
Essa nasce dalla constatazione di alcune carenze riscontrate, tra le quali l'assenza di un termine che consenta un ricorso efficace tra la decisione della aggiudicazione dell'appalto e la stipula del relativo contratto, inducendo spesso amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori a stipulare il contratto in tutta fretta, con l'intento di rendere irreversibili gli effetti di quella aggiudicazione, ancorché illegittima.
Dunque, la prospettiva comunitaria si fonda sulla consapevolezza del fatto che dopo la stipulazione del contratto, le conseguenze giuridiche e materiali sono difficilmente recuperabili, mediante meccanismi diretti a provocare la caducazione degli effetti contrattuali.
Queste le principali novità introdotte: i) l'introduzione di un termine sospensivo minimo - salvo deroghe tipizzate - tra la comunicazione della aggiudicazione e la stipula del contratto, con l'obiettivo di concedere agli interessati un tempo sufficiente per valutare il provvedimento sfavorevole e decidere se aggredirlo giudizialmente, senza che possano verificarsi effetti irreversibili. Il termine sospensivo per la stipulazione è da prorogare ulteriormente se l'interessato propone un ricorso giurisdizionale o un ricorso in opposizione alla stessa stazione appaltante; ii) la privazione degli effetti del contratto nei casi di gravi violazioni nelle procedure di aggiudicazione; iii)l'introduzione di sanzioni alternative a carico delle amministrazioni aggiudicatrici; iv) la possibilità di limitare la tutela dell'interessato al risarcimento del danno; v) la facoltà di introdurre dei meccanismi di "pregiudiziale di annullamento" ai fini della domanda risarcitoria; vi) la rilevanza della valutazione dell'interesse pubblico nella decisione cautelare; il dovere di comunicare l'intenzione di proporre ricorso.
Al potenziamento della tutela preventiva, dunque, segue la previsione di rimedi idonei ad incidere anche a posteriori, attraverso la privazione degli effetti del contratto, attraverso l'applicazione di sanzioni alternative proporzionate alle illegittimità rilevate, nonché la condanna al risarcimento del danno.
Il sistema che il legislatore comunitario prefigura, mira specificamente ad una tutela preventiva, la quale, per essere pienamente efficace, necessita di coordinarsi con misure sanzionatorie idonee a garantire che la posizione soggettiva dell'interessato mantenga intatta ed inalterata la soglia di tutela prevista dall'ordinamento.
Sempre in chiave di protezione preventiva si osserva anche il rafforzamento della tutela cautelare attraverso l'introduzione di tre nuovi meccanismi, peraltro già menzionati, quali i) il divieto della conclusione del contratto prima che sia decorso un termine minimo dall'aggiudicazione definitiva, ii) la sospensione automatica dell'aggiudicazione a seguito di proposizione del ricorso accompagnato dall'istanza cautelare, iii) l'onere del privato di comunicare alla stazione appaltante l'intenzione di agire in sede giurisdizionale, al fine di stimolare poteri di autotutela.
La direttiva 2007/66 modifica radicalmente il contenuto delle direttive 89/665/CE e 92/13/CEE: basti solo pensare all'impedimento a stipulare il contratto prima che sia decorso un certo lasso temporale dalla aggiudicazione, nonché la medesima condizione ostativa a seguito della proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione; ovvero l'introduzione di un termine di decadenza per proporre ricorso; ed ancora i mutati profili in ordine al riparto di giurisdizione.

[3] Corte di Giustizia 19 settembre 1996, IN CAUSA C-236/1995, COMMISSIONE C/ REP ELLENICA; 15 MAGGIO 2003 in causa C-214/00 Commissione c/ Regno di Spagna.

Partendo dall'obiettivo di rafforzare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione, il legislatore comunitario introduce e disciplina un termine di sospensione, cosiddetto dilatorio, prima del decorso del quale è inibita alla stazione appaltante – *rectius* - sospesa la stipula del contratto con l'aggiudicatario, onde consentire agli esclusi di poter impugnare l'aggiudicazione, facendo valere le proprie ragioni in via preventiva.
Viene negata l'applicabilità del termine sospensivo alle procedure che vengono utilizzate nei casi di estrema urgenza; ovvero nei casi in cui l'unico offerente interessato è quello che si è aggiudicato l'appalto e non vi sono altri candidati interessati; ovvero, nel caso di accordi basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione.
Il legislatore comunitario, poi, interviene lasciando agli Stati membri la possibilità di prevedere una tutela per equivalente, piuttosto che in forma specifica; nonché quella di determinare gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, e di imporre la pregiudizialità amministrativa ai fini del risarcimento del danno.
La direttiva 2007/66 invitava gli Stati membri ad esigere che il soggetto interessato all'affidamento di un servizio oggetto di una procedura ad evidenza pubblica, una volta escluso, proponesse in primo luogo un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice.
Più specificamente, nell'ambito di applicazione e accessibilità delle procedure di ricorso, l'art. 1 punto 4 della direttiva 2007/66/CE, a modifica della direttiva 1989/665/CEE, ha stabilito che *"Gli Stati membri possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo* 2 *quater"*.
La comprensione dello spirito e del contenuto della norma anzidetta è agevolata attraverso la lettura del XIX considerando della direttiva laddove spiega che, nei casi in cui uno Stato membro imponga ad un potenziale ricorrente di rendere edotta l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore della sua intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, ciò non dovrebbe avere effetti sul termine sospensivo o su qualsiasi altro termine da applicare ai fini del gravame.
Inoltre, qualora uno Stato membro imponga alla persona interessata di presentare prima un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore, occorre che l'interessato disponga di un termine minimo ragionevole per adire l'organo responsabile delle procedure di ricorso prima della conclusione del contratto nel caso in cui intenda contestare la risposta o la mancata risposta dell'amministrazione o dell'ente.
Esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, ha, di fatto, imposto che gli Stati membri introducessero un meccanismo prodromico, di tutela della posizione soggettiva da far valere in giudizio, che si sostanziasse nel dovere di comunicare preventivamente la volontà di proporre ricorso giurisdizionale.

3. I meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie. Accostamenti e differenze

Prima di introdurre in maniera approfondita i contenuti della normativa italiana, è indispensabile soffermarsi sulla incidenza del diritto comunitario, e su come la sua spinta propulsiva abbia innovato gli ordinamenti interni in tema di strumenti deflattivi del contenzioso.

Preliminarmente, si ritiene utile chiarire che l'istituto di cui ci occupiamo è tipicamente volto a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela.
Rientra negli atti di denuncia, e cioè 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.
Già solo questo basta per differenziarlo da istituti quali la mediazione, disciplinato in Italia dal d.lgs. 28/2010, ovvero dalle procedure conciliative in materia di servizi pubblici di cui all'art. 30 L. 69/2009.
Delle diversità ontologiche, oltre che procedimentali si dirà di seguito; in ogni caso, la collocazione sistematica dell'istituto nel nostro ordinamento, disciplinato immediatamente dopo la transazione, l' accordo bonario e l'arbitrato, rende tutt'altro che impropria una breve digressione sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, soprattutto alla luce della normativa comunitaria.
All'interno dell'Unione europea gli scambi tra gli Stati membri si sono intensificati, moltiplicando le fattispecie che coinvolgono cittadini residenti in Stati membri diversi e l'insorgenza di controversie.
A tale proposito, una tappa importante è segnata dal Trattato di Amsterdam, che ha aperto la strada alla possibilità di avvalersi di strumenti legislativi comunitari, attraverso la diretta applicabilità dei regolamenti europei in giudizio[4].
Nel 2002 è stato pubblicato dalla Commissione europea un documento di discussione sui modi alternativi di risoluzione delle controversie, cioè istituti e tecniche procedimentali concernenti diritti disponibili, alternative al giudizio incardinabile dinanzi agli organi giurisdizionali[5].
Dopo il Piano d'azione di Vienna del 1998 e il Consiglio europeo di Tampere del 1999, la Commissione era stata invitata a presentare un Libro verde sul tema in materia civile e commerciale, onde valutare concrete misure da adottare alternative anche all'arbitrato, sul presupposto irrinunciabile di garanzie e livelli di sicurezza richiesti nell'amministrazione della giustizia.
Secondo il Libro verde "l'ADR si colloca pienamente nel contesto delle politiche volte al miglioramento dell'accesso alla giustizia. L'ADR svolge, in effetti, un ruolo complementare rispetto ai procedimenti giurisdizionali, in quanto i metodi adoperati dalle ADR spesso sono più adatti alla natura delle controversie. L'ADR può così permettere alle parti d'instaurare un dialogo che sarebbe stato altrimenti impossibile".
Sebbene la Commissione nel Libro verde invitasse a non percepire queste forme alternative di risoluzione delle controversie come rimedi alle inefficienze del sistema giudiziario, bensì a forme di pacificazione sociale volontarie, è plausibile ritenere che la piena efficienza del sistema giudiziario, ove esistente, non avrebbe comportato l'esigenza di studiare forme alternative di soluzione delle dispute, connotate da un approccio squisitamente consensualistico.
Successivamente, nell'ottobre 2004, è stata adottata dal collegio dei commissari una proposta di una direttiva sulla mediazione, elaborata dopo la pubblicazione del Libro verde, caratterizzata dalla promozione del ricorso alla mediazione attraverso l' inserimento di norme *ad hoc* negli ordinamenti degli Stati membri, quali la riserva-

[4] Sul sito della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale in http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_it.htm.

[5] Sul sito della rete giudiziaria europea in materia civile e commerciale in http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_it.htm.

tezza della mediazione, l'obbligo per i mediatori di non rendere testimonianza, la sospensione dei periodi di prescrizione e decadenza durante la mediazione, favorendo norme di condotta univoche e comportamenti uniformi nell'Unione europea.

Le forme di risoluzione sono molteplici anche a seconda delle esperienze maturate nei singoli Paesi.

In tema di consumo, ad esempio, i lavori comunitari tendono a distinguere due grandi categorie di procedimenti alternativi di risoluzione delle controversie: quelle in cui il terzo aiuta le parti a trovare un accordo, senza acquisire una posizione formale sulle soluzioni da apportare eventualmente alla controversia: risale al 4 aprile 2001 una raccomandazione che riguarda questa tipologia di procedure. In essa i principi elencati sono quattro: imparzialità, trasparenza, efficacia, equità[6]; ovvero le procedure in cui il terzo trova egli stesso una soluzione che poi presenta alle parti: e' del 30 marzo 1998 una raccomandazione della Commissione concernente le procedure in tal senso, estendendosi all'arbitrato e sempre su questioni in materia di consumo. Nel documento sono elencati sette principi che devono connotare le procedure tenute dagli organismi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie di consumo: indipendenza, trasparenza, contraddittorio, efficacia, legalità, libertà e rappresentanza[7].

In alcuni casi, allora, il terzo trova una soluzione che sottopone alle parti, ovvero indirizza alle parti una raccomandazione che le stesse sono libere di seguire o meno.

Il caso appena citato è rappresentato dal *"Consumer Complaint Boards"*, tipico dei Paesi scandinavi, nei quali il consumatore che inizialmente ha aderito a questa forma di risoluzione, continua a poter scegliere di percorrere la via giurisdizionale[8].

Ed ancora, può darsi che il terzo prenda una decisione vincolante solo per il professionista o l'impresa, come nel caso dell' *"Ombudsman"*, introdotto in alcuni settori dell'economia tedesca, come le banche e le assicurazioni, che, nelle controversie con i consumatori, adotta una decisione vincolante solo per i primi, lasciando libero il consumatore, se insoddisfatto, di adire il giudice.

Oltre a queste ipotesi, nelle quali l'approccio consensualistico è spiccato, ne esistono altre, più vicine al procedimento giudiziario classico, e non facenti parte dei modi alternativi di risoluzione delle controversie in senso stretto, nelle quali il terzo è arbitro della vicenda ed adotta una decisione vincolante per tutte le parti, che assume l'autorità di cosa giudicata.

In Italia, la spinta comunitaria in tema di mediazione è sfociata nel d.lgs. 28/2010, sistema di risoluzione delle controversie relative a diritti disponibili alternativo al processo civile.

La disciplina secondaria di attuazione è stata dettata con il d.m. giustizia 4 marzo 2010, n. 183.

Non può essere utilizzata, dunque, per le liti aventi ad oggetto situazioni giuridiche o materie devolute alla giurisdizione amministrativa, o alle altre giurisdizioni speciali[9].

---

[6] Raccomandazione della Commissione del 4 aprile 2001 sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo.

[7] 98/257/CE: Raccomandazione della Commissione del 30 marzo 1998 riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo (Testo rilevante ai fini del SEE) gazzetta ufficiale n. L 115 del 17/04/1998 pag. 0031 – 0034.

[8] Sul sito http://www.adrplus.info/europea/i-modi-alternativi-di-risoluzione-delle-controversie-ineuropa.

[9] Sulla possibilità di importare nel giudizio amministrativo il modello della conciliazione alcuni autori si sono espressi

Il legislatore la definisce come l'attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.
Rispetto all'arbitrato si tratta di decisioni non vincolanti, ma di assistenza alle parti nella ricerca di un accordo conciliativo.
L'accordo raggiunto è riferibile alle parti al pari del negozio transattivi, ma è suscettibile di acquistare efficacia esecutiva e di costituire titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Va subito chiarito che il modello processuale della conciliazione disegnato nel codice di procedura civile si differenzia enormemente rispetto all'istituto oggetto della trattazione. Basti solo osservare che nel modello della conciliazione l'istanza di mediazione è condizione di procedibilità della successiva azione da incardinare dinanzi al giudice, mentre l'omissione della comunicazione dell'intenzione di proporre ricorso è, parimenti alla eventuale inerzia della stazione appaltante, valutabile dal giudice ex art. 1227 cod.civ. e in termini di ripartizione dell'onere delle spese.
Inoltre, l'oggetto della controversia e la natura del potere esercitato, difficilmente consentirebbero di ricondurre, al di là dell'idea di deflazionare il contenzioso, tale procedura nella categoria dei contratti pubblici.
In ogni caso, sulla obbligatorietà dell'applicazione dell'istituto della mediazione occorre comunque, una breve precisazione, alla luce dei recenti sviluppi derivanti dalla pronuncia della Corte Costituzionale, che, accogliendo la questione di legittimità costituzionale posta dal Tar Lazio con ordinanza di rinvio del 12 aprile 2011 ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per eccesso di delega legislativa, il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28 nella parte in cui ha previsto il carattere obbligatorio della mediazione.
L'art. 30 della legge 69/2009, invece, disciplina le procedure conciliative nei servizi pubblici. Specificamente, le carte dei servizi dei soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici o di pubblica utilità contengono la previsione della possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia, che avviene entro i trenta giorni successivi alla richiesta; esse prevedono, altresì, l'eventuale ricorso a meccanismi di sostituzione dell'amministrazione o del soggetto inadempiente. Il meccanismo avviene sulla base di un decreto del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, che individua uno schema-tipo di procedura conciliativa ai sensi del comma 1, da recepire nelle singole carte dei servizi entro il termine di novanta giorni dalla data della sua adozione[10].

in termini negativi F. CARINGELLA, R. DE NICTOLIS, V. POLI, in *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2009, pag. 1035.

[10] Si riporta di seguito l'art. 30 L. 69/2009 relativo alla tutela non giurisdizionale dell'utente dei servizi pubblici: 1. Le carte dei servizi dei soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici o di pubblica utilità contengono la previsione della possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia, che avviene entro i trenta giorni successivi alla richiesta; esse prevedono, altresì, l'eventuale ricorso a meccanismi di sostituzione dell'amministrazione o del soggetto inadempiente.2. Entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, le autorità amministrative che svolgono la propria attività nelle materie contemplate dal codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dalla legge 14 novembre 1995, n. 481, e dalla legge 31 luglio 1997, n. 249, nell'autonomia garantita dai rispettivi ordinamenti, nonché, per i servizi pubblici o di pubblica utilità non regolati dalle medesime autorità, esclusi i servizi pubblici locali, il Ministro dello sviluppo

Anche in questo caso, prima di azzardare accostamenti impropri, è bene chiarire che se è comune l'origine dei due istituti, (procedure conciliative in materia di servizi pubblici e preavviso di ricorso) da ricondurre alla spinta del diritto comunitario a stimolare gli Stati membri ad introdurre meccanismi di risoluzione della controversia alternativi al contenzioso, è differente l'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo, che li rendono pienamente compatibili, proprio in quanto ontologicamente diversi.
La procedura conciliativa attiene a posizioni giuridiche di diritto soggettivo degli utenti che fruiscono di servizi pubblici, mentre non può riguardare il contenzioso di gara, che ha per protagonisti interessi legittimi, come tali non disponibili, in quanto correlati all' interesse pubblico che l'esercizio del potere amministrativo persegue.
E' invece, proprio questo, l'ambito di applicazione del preavviso di ricorso, che sollecita la stazione appaltante a riesaminare la procedura e, se del caso, ad intervenire in autotutela con un provvedimento di secondo grado, idoneo a scongiurare il contenzioso che nascerebbe dall'impugnativa dell'atto oggetto del riesame. In realtà il campo di azione non è più così distinto e le linee di confine appaiono più sfumate se si pensa alla negoziabilità del potere amministrativo, nelle forme degli accordi procedimentali e provvedimentali, ovvero alla compromettibilità in arbitri delle controversie concernenti diritti soggettivi, tra privati e pubbliche amministrazioni. Su questa prospettiva, la novità di applicare i meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie anche alle liti concernenti l'esercizio del potere discrezionale costituisce un impatto innovativo ancora maggiore[11].
E' stato autorevolmente rilevato che la previsione di strumenti di soluzione preventiva delle controversie nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica era già stata oggetto di precedenti iniziative normative da parte del legislatore comunitario[12], che da anni ha posto l'attenzione sulla importanza di tutelare efficacemente gli interessi coinvolti nelle gare pubbliche, soprattutto nella fase cautelare, addirittura *ante causam*, e alla possibilità di proporre domande di risarcimento, in caso di esclusione illegittima[13].
Già la direttiva 92/13/CE non solo all'art. 1 prevedeva che gli Stati membri potessero esigere che la persona che desidera esperire gravame avesse preventivamente informato l'ente aggiudicatore della pretesa violazione e della propria intenzione di presentare un ricorso, ma, all'art. 3, aveva previsto che gli Stati membri diano la possibilità agli enti aggiudicatori di ricorrere ad un sistema di attestazione, facendo esaminare periodicamente le procedure di appalto rientranti nel campo di applicazione della direttiva 90/531/CEE, nonché la relativa attuazione pratica, ai fini di ottenere un attestato che constati la conformità delle medesime, in quel determinato momento, al diritto comunitario in materia di appalto e alle norme nazionali che recepiscono tale diritto.
L' attestato ottenuto può contenere la seguente dichiarazione negli avvisi di gara da pubblicare nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee,

economico, di concerto con il Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, emanano un decreto che individua uno schema-tipo di procedura conciliativa ai sensi del comma 1, da recepire nelle singole carte dei servizi entro il termine di novanta giorni dalla data della sua adozione.

[11] S. RUSCICA, *Il nuovo processo degli appalti pubblici*, Roma, 2010, p. 17.
[12] M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2000, 8.
[13] S. RUSCICA, *Il nuovo processo degli appalti pubblici*, Roma, 2010, p. 18.

ai sensi degli articoli 16, 17 e 18 della direttiva 90/531/CEE: " *L'ente aggiudicatore ha ottenuto un attestato conforme alla direttiva del Consiglio 92/13/CEE, in base al quale è constatata la conformità, in data . . ., delle sue procedure di appalto, e relativa attuazione pratica, al diritto comunitario in materia di aggiudicazione degli appalti e alle norme nazionali che recepiscono tale diritto*".

Il tenore della normativa appena citata dimostra la piena consapevolezza del legislatore, già da allora, della difficoltà di risolvere alternativamente alla via giudiziale le controversie in materia di affidamenti.

Del procedimento di mediazione e delle procedure conciliative in materia di servizi pubblici di cui all'art. 30 L. 69/2009 si è già detto.

Esiste la possibilità di accostamento con ulteriori strumenti di tutela che mirano a deflazionare il contenzioso, oltre a garantire la partecipazione al procedimento, e che evidenzia la peculiarità di questo meccanismo partecipativo tipicamente procedimentale: i) l'art. 10 bis L. 241/90 che disciplina il preavviso di rigetto di una istanza, che si sostanzia nella comunicazione dei motivi che ostano al suo accoglimento, attribuendo al privato la facoltà di presentare apposite controdeduzioni al riguardo; ii) l'art. 6 comma 7 d.lgs. 163/2006 che assegna all'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici – chiamata a pronunciarsi in ordine a eventuali illegittimità nel corso di una procedura di gara - il potere di formulare un parere non vincolante per la risoluzione della controversia. Su questa norma si dirà di seguito in ordine alle criticità e alle difficoltà di coordinare il potere dell'Autorità con i brevi termini per l'impugnativa, che, di fatto, impediscono che la soluzione stragiudiziale pervenga prima della proposizione del ricorso[14]; iii) l'art. 239 d.lgs. 163/2006, che disciplina la transazione scritta su controversie concernenti diritti soggettivi che nascono dall'esecuzione di contratti pubblici.

L'inversione di prospettiva rispetto al meccanismo di partecipazione procedimentale di cui alla l. 241/90, applicabile ai contratti pubblici in quanto richiamata dall'art. 2 d.lgs. 163/2006, risiede nel fatto che nel preavviso di ricorso l'onere di partecipare ricade sul privato e non sulla pubblica amministrazione.

E' evidente che l'intento del legislatore è quello di cercare una soluzione che preceda ed eviti l'instaurazione del contenzioso, da una parte responsabilizzando l'amministrazione; dall'altra consentendo al privato, attraverso l'esaltazione della partecipazione, di avere piena consapevolezza delle altrui ragioni, in modo che sia messo nella condizione migliore di valutare l'opportunità o meno di incardinare il giudizio.

[14] 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 e 92/113/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.