

*LA TUTELA CAUTELARE ANTE CAUSAM NEL CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI: ORIGINI COMUNITARIE ALLA BASE DI UNO STRUMENTO ANCORA POCO UTILIZZATO*

*Avv. Laura Ghezzi (Foro di Milano) - Dott. Michele Cozzio (Università di Trento)*

[estratto da *Informator*, 3, 2009]

### **1. Il sistema cautelare nella giustizia amministrativa**

L'assetto del sistema cautelare affidato al giudice amministrativo è il risultato di scelte normative e soluzioni giurisprudenziali consolidate negli anni, spesso sollecitate dall'applicazione del diritto comunitario che ha concorso a delineare scenari giuridici inediti e a tracciare in tempi brevissimi trasformazioni profonde.

Con riferimento all'istituto della sospensione dell'atto impugnato, le evoluzioni impresse da leggi e sentenze si sono tradotte nel riconoscimento, in misura sempre più estesa, di misure interinali atipiche<sup>1</sup>, dirette a coprire tutte le situazioni soggettive tutelabili in sede di merito ed idonee ad assicurare l'efficacia della decisione del ricorso.

In questo processo di trasformazione l'azione del legislatore nazionale<sup>2</sup> e, soprattutto, quella dei giudici comunitari è risultata decisiva. Gli *arrêts* della Corte, infatti, hanno progressivamente tracciato all'interno degli ordinamenti nazionali i confini di un sistema di tutela cautelare non più

---

<sup>1</sup> V. Cons. Stato, Ad. Plen., 30 aprile 1982, n. 6; ord. 8 ottobre 1982, n. 17; ord. 1 giugno 1983, n. 14. V. anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, decr. pres. 14 novembre 1997, n. 758, e T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, decr. pres. 23 giugno 1998, in cui si afferma la valenza generale delle regole del codice di procedura civile, e della relativa disciplina cautelare, anche nel processo amministrativo. Una fondamentale apertura verso l'atipicità della cautela risale alla sentenza della Corte costituzionale 28 giugno 1985, n. 190, che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 21, legge T.A.R., nella parte in cui non consentiva al giudice amministrativo di adottare, nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, i provvedimenti d'urgenza più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione di merito.

<sup>2</sup> Particolarmente significative sono state le innovazioni introdotte dalla l. 21 luglio 2000 n. 205, la quale, modificando le regole del processo amministrativo (l. 6 dicembre 1971 n. 1034, cd. legge T.A.R.), ha sancito il ricorso alle misure cautelari più idonee per assicurare l'effettività della decisione finale. La riforma segna uno dei passaggi più intensi della cd. "*civilizzazione del giudice amministrativo*", intesa come la crescente ricerca, anche da parte della giurisprudenza, di fondamenti processuali tratti dal codice di procedura civile. Sintomatica è l'introduzione, nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, della possibilità di ottenere un decreto ingiuntivo ai sensi degli artt. 633 e ss. cod. proc. civ., nonché un'ordinanza provvisoriamente esecutiva che disponga in via provvisoria la condanna al pagamento di somme di denaro, ricorrendo i presupposti di cui agli artt. 186 *bis* e *ter* cod. proc. civ.. (cfr. art. 8, legge n. 205/2000).

limitato alla mera sospensione dell'efficacia dell'atto, ma esteso all'adozione di provvedimenti a carattere propulsivo.

La funzione interpretativa svolta della Corte ha permesso, al contempo, il superamento delle resistenze degli Stati membri<sup>3</sup>, restii a mettere in discussione la propria sovranità in tema di disciplina delle forme processuali e tutela delle posizioni soggettive. Sul punto, la Corte di giustizia ha stabilito:

- (i) l'obbligo di non discriminazione delle posizioni soggettive di derivazione comunitaria rispetto a quelle nazionali<sup>4</sup>;
- (ii) la necessità che la tutela apprestata dai singoli ordinamenti non risulti impossibile o eccessivamente difficile, ossia tale da impedire il cd. "effetto utile" della normativa comunitaria<sup>5</sup>.

In altri termini i giudici comunitari hanno ritenuto che il giudice nazionale possa non solo sospendere il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario, ma anche emettere misure di contenuto positivo<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Secondo la Corte, "il giudice nazionale chiamato ad applicare le norme comunitarie nell'ambito della propria competenza ha l'obbligo di garantire la piena efficacia del diritto comunitario" (v. sentenza 21 febbraio 1991, nelle cause riunite C-143/88 e C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen e Zuckerfabrik Soest) e che, "in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri (...) di rendere 'ipso iure' inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale" (v. sentenza 9 marzo 1978, Simmenthal, C-106/77).

<sup>4</sup> Nella citata sentenza del 21 febbraio 1991 (C-143/88 e C-92/89) la Corte rileva che "l'art. 185 del Trattato CEE attribuisce alla parte ricorrente nell'ambito del ricorso per annullamento la facoltà di instare per la sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato e conferisce alla Corte la competenza per concederla. La coerenza del sistema di tutela cautelare impone che il giudice nazionale possa, allo stesso modo, ordinare la sospensione dell'esecuzione di un provvedimento amministrativo nazionale basato su un regolamento comunitario la cui legittimità sia in contestazione".

<sup>5</sup> La Corte ha osservato che, "se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario", il principio di piena efficacia del diritto comunitario verrebbe palesemente violato e perciò "in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori" (v. sentenza 19 giugno 1990, C-213/89, Factortame e altri).

<sup>6</sup> V. sentenza 9 novembre 1995, C-465/93, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e altri. In linea con i pronunciamenti della Corte di giustizia, la Consulta nazionale ha affermato che "la disponibilità delle misure cautelari è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale e costituisce espressione del principio per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione, in attuazione dell'art. 24 della Costituzione", v. sentenza della Corte Costituzionale del 16 luglio 1996, n. 249, v. anche sentenza del 10 novembre 1999, n. 427.

La tutela cautelare, ritenuta funzionale alla mera sospensione dell'attività amministrativa, ha così assunto nel processo amministrativo nazionale un ruolo decisivo per la salvaguardia degli interessi non solamente oppositivi, ma anche pretesivi<sup>7</sup> e, da strumento di conservazione provvisorio di una situazione a rischio di pregiudizio irreparabile, è divenuta il mezzo per consentire la momentanea modifica della situazione di fatto e di diritto dedotta in giudizio (anche ed in primo luogo a fronte di provvedimenti di esclusione da gare d'appalto o concorsi)<sup>8</sup>, fermi restando gli effetti destinati a scaturire dalla definizione del merito della controversia<sup>9</sup>.

Queste trasformazioni hanno esteso il novero delle situazioni tutelabili mediante verifica della legittimità non solo degli atti, ma anche dei comportamenti variamente riconducibili all'esercizio del pubblico potere<sup>10</sup>.

#### *Sui limiti soggettivi ed oggettivi della pronuncia cautelare*

Al di fuori del soggetto che ha invocato la tutela cautelare, nessun altro può trarre vantaggio dagli effetti paralizzanti dell'ordinanza interinale resa nel

---

<sup>7</sup> Se, da un lato, numerosissime sono state le pronunce favorevoli a fronte di provvedimenti negativi e di comportamenti omissivi, dall'altro, in molti casi si è rivelato fondamentale il ricorso a misure, per lo più a carattere propulsivo, diversificate in funzione delle particolari situazioni sostanziali bisognose di tutela dedotte in sede cautelare, ritenute più idonee a contemperare gli opposti interessi coinvolti, ed è stato imposto all'Amministrazione un obbligo di *facere* (es. riesame del provvedimento assunto). “*Se nella categoria delle ordinanze c.d. propulsive si ricomprendono quelle che sollecitano una riedizione del potere da parte della P. A., alla quale il Giudice impone di fornire risposta alle pretese del ricorrente (in ordine alle quali si è formato il silenzio rifiuto), di riesaminare il provvedimento alla luce di profili trascurati ed evidenziati con il gravame (vizi di natura procedimentale e difetto di motivazione) o di doglianze ritenute fondate ad un primo esame, eventualmente ripetendo l'istruttoria (c.d. tecnica del remand), non vi è dubbio che tali pronunce sono ammissibili e contribuiscono alla effettività della tutela giurisdizionale (che è il fine specifico perseguito dalle norme di riforma della tutela cautelare contenute nell'art. 3 della legge n. 205/2000). Attraverso tale categoria di pronunce cautelari, il Giudice non opera in sostituzione dell'Amministrazione, che resta libera (nel rispetto delle risultanze della nuova attività imposte dal Giudice) di chiarire il provvedimento impugnato, sia in senso favorevole che contrario agli interessi del ricorrente (la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto del provvedimento, impone all'Amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente)*”, v. DI LIETO G.M., *Tutela cautelare degli interessi pretesivi e oggetto del giudizio sul silenzio rifiuto: i confini tra processo e procedimento*, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>8</sup> L'Adunanza plenaria, già nel 1982, aveva ammesso le cd. ammissioni con riserva, affermando che “*l'ordinanza di sospensione opera sull'effetto preclusivo del provvedimento di non ammissione e per conseguenza consente l'ammissione del candidato all'esame in via provvisoria*” (Cons. Stato, Ad. Plen., ord. 8 ottobre 1982, n. 17, citata nella nota 1; v. anche Ad. Plen. 20 dicembre 1999, n. 2).

<sup>9</sup> CARINGELLA F., *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 2003, p. 995.

<sup>10</sup> L'ottavo co. dell'art. 21, legge T.A.R. espressamente ammette la concessione della misura cautelare, ricorrendone i presupposti, con riferimento sia all'atto impugnato, sia ad un *comportamento inerte* dell'Amministrazione.

giudizio. Il comando giurisdizionale contenuto nell'ordinanza cautelare non può che essere riferito all'interesse, dedotto in giudizio, dalla sola parte ricorrente<sup>11</sup>. Nei confronti degli altri destinatari che non abbiano interposto gravame, l'atto impugnato continua ad esplicare i propri effetti dispositivi, con esclusione della parte incidente nella sfera giuridica di chi ha chiesto (ed ottenuto) la misura cautelare. In tal senso dal provvedimento cautelare non è desumibile alcun obbligo in capo all'amministrazione di attivarsi anche a beneficio di altre posizioni soggettive incise dal provvedimento.

#### *Sulla 'effettività' del decisum cautelare*

Il principio di effettività della tutela - che rappresenta l'aspetto più qualificante del sistema cautelare - impone uno stretto collegamento tra le fasi di cognizione e di esecuzione.

Ai fini di un'effettiva e completa tutela cautelare (nei casi diversi dalla richiesta di mera sospensione dell'efficacia dell'atto) diviene essenziale che l'attività posta in essere dall'amministrazione dia sollecita attuazione al *decisum* cautelare<sup>12</sup> e che, in caso contrario, il ricorrente possa rapidamente ottenere un provvedimento giudiziale che ne assicuri la concreta e puntuale esecuzione<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Nella sentenza del T.A.R. Lombardia, Sez. II, 24 maggio 2004, n. 1741 i giudici precisano che i limiti soggettivi ed oggettivi del comando giurisdizionale contenuto nell'ordinanza cautelare vanno definiti "*in coerente applicazione dei principi generali di cui all'art.112 cod. proc. civ.. -secondo il quale il giudice non può pronunciare oltre i limiti della concreta ed effettiva questione che le parti hanno sottoposto al suo esame e, dunque, oltre i limiti del "petitum" e della "causa petendi", ulteriormente specificati nell'ambito del processo amministrativo dai motivi di ricorso (Cons. Stato, Sez. IV 8.6.2000 n.3246)- ed all'art.100 cod. proc. civ., che richiede la sussistenza di un interesse all'eliminazione del provvedimento di cui si contesta la legittimità, che deve essere personale e diretto, attuale e concreto, cioè tale che, in caso di accoglimento del gravame, possa rimuovere quel pregiudizio concreto e immediato che deriva al ricorrente dal provvedimento stesso*". La sentenza precisa inoltre che "*il principio dell'efficacia "erga omnes" delle pronunce giurisdizionali amministrative vale soltanto quando esse ineriscono ai cosiddetti "atti generali" (cioè a provvedimenti aventi destinatario indeterminato, come, ad esempio, i regolamenti): solo in tal caso, infatti, l'efficacia delle pronunce giurisdizionali non si cala nei canonici limiti soggettivi del giudicato amministrativo*".

<sup>12</sup> Proprio il carattere tempestivo tipico della misura cautelare ha sinora fortemente limitato l'accoglimento dell'istanza di risarcimento del danno verificatosi nelle more del procedimento cautelare, essendo difficile che nel breve tempo intercorrente tra l'impugnazione e la decisione del collegio (ordinanza cautelare) si verifichi un concreto pregiudizio in capo alla parte ricorrente (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 26 marzo 2004, n. 425; Milano, Sez. III, 30 giugno 2004, n. 2691).

<sup>13</sup> Nella maggior parte dei casi, verrebbe altrimenti meno la stessa funzione della misura cautelare concessa, specialmente laddove il *periculum* dedotto, concreto ed attuale, sia tale da richiedere un intervento immediato.

La legge n. 205/2000 ha stabilito che, qualora l'amministrazione non ottemperi alle misure cautelari concesse, o vi adempia solo parzialmente, la parte interessata possa, con istanza motivata e notificata alle altre parti (senza necessità di un preventivo atto di messa in mora), chiedere al giudice di predisporre le opportune disposizioni attuative per l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, indicandone le modalità e, se necessario, il soggetto che deve provvedere.

Al riguardo si riscontra la tendenza a favorire l'accelerazione del processo di merito e l'esecuzione coattiva della sentenza di primo grado, emanata sulla base di una cognizione piena, piuttosto che la stabilizzazione dell'assetto di interessi realizzato attraverso l'ordinanza cautelare che, rimanendo uno strumento meramente interinale<sup>14</sup>, è finalizzata a preservare la provvisoria integrità dei rapporti giuridici, e non già a consolidare le situazioni da essa generate. Si può quindi concludere che la misura cautelare, essendo inidonea ad assumere, nonostante la natura di provvedimento esecutivo, quella particolare stabilità che deriva dal giudicato, non configura una radicale consumazione del potere amministrativo<sup>15</sup>.

## **2. Il decreto presidenziale cautelare d'urgenza**

A fronte di situazioni di estrema gravità ed urgenza il ricorrente può chiedere al Presidente del T.A.R. (o della Sezione alla quale il ricorso è assegnato) l'emissione, mediante decreto presidenziale d'urgenza, di misure cautelari provvisorie, efficaci fino alla trattazione collegiale dell'istanza cautelare, *“anche in assenza di contraddittorio”*<sup>16</sup> (v. art. 21, l. 6 dicembre

---

<sup>14</sup> Non di rado, succede che, a fronte di un comportamento inerte da parte dell'amministrazione, l'esecuzione non venga neppure chiesta dal ricorrente.

<sup>15</sup> Infatti, *“il comando giurisdizionale, contenuto nell'ordinanza cautelare (...), emessa in esito ad una sommaria deliberazione, non può essere inteso alla stregua di una “res iudicata”, atta a definire il vincolo della futura azione amministrativa ed a regolare l'assetto stabile del rapporto, in conformità al “decisum””, e “la teorizzazione di una consumazione del potere amministrativo come conseguenza dell'ordinanza sarebbe logicamente contraddittoria con la riconosciuta e reciproca influenza tra procedimento e processo, in quanto farebbe venir meno in radice la stessa possibilità di orientare, con l'ordinanza cautelare, una futura azione amministrativa che non sia interamente predefinita nei contenuti”* (v. ancora T.A.R. Lombardia, Sez. II, sentenza n. 1741 del 2004).

<sup>16</sup> Il provvedimento può essere assunto *inaudita altera parte*: è l'organo monocratico a dover stabilire, caso per caso, se sia o meno necessario convocare le parti davanti a sé in tempi ristrettissimi, per consentire difese orali o scritte, ovvero richiedere l'acquisizione di atti e documenti nei termini e nei modi ritenuti opportuni (e-mail, fax ecc.), cfr. CARINGELLA F., *Corso di diritto processuale amministrativo*, Giuffrè, 2003, p. 1073.

1971 n. 1034, cd. legge T.A.R., come modificata dall'art. 3, l. 205/2000). Il provvedimento deve essere motivato dal plausibile rischio che, nell'attesa che l'istanza cautelare venga portata all'esame del collegio, possa verificarsi un pregiudizio irreparabile, e si renda pertanto necessario, a garanzia dell'effettività dell'invocata tutela, un immediato intervento cautelare.

Il decreto presidenziale d'urgenza, sospensivo o in forma atipica, è diretto ad evitare, anche solo parzialmente<sup>17</sup>, il prodursi del *periculum* dedotto fino alla decisione sull'istanza cautelare, ed è comunque destinato a perdere ogni efficacia contestualmente alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile.

È stato osservato che la *“funzione dell'intervento monocratico consiste nel fronteggiare interinalmente situazioni nelle quali l'attesa della pronuncia cautelare in sede collegiale possa vanificare la speranza di tutela; le misure adottate con il decreto presidenziale rivestono quindi una rilevanza meramente provvisoria, in quanto esse sono destinate ad essere sostituite dall'ordinanza assunta in sede collegiale. In ragione di detta natura, la definizione del giudizio cautelare, con la reiezione in sede collegiale della domanda, comporta la caducazione degli effetti prodotti dal decreto cautelare e anche degli effetti prodotti dagli atti che siano stati eventualmente adottati dall'amministrazione per dare esecuzione al decreto presidenziale”*<sup>18</sup>. Ne deriva che nelle situazioni in cui il decreto presidenziale non si limiti ad assumere valore meramente conservativo, mediante la sospensione degli effetti di un atto pregiudizievole, ma rivesta carattere di strumento anticipatorio, attraverso l'imposizione di comportamenti positivi (come, ad es., nel caso di ammissione con riserva alle gare o ad esami) *“gli effetti provvisori originati da questi dovranno ritenersi tamquam non essent, in caso di rigetto della domanda cautelare”*<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 11 ottobre 2004, n. 1266.

<sup>18</sup> Cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, 11 novembre 2005, n. 3970.

<sup>19</sup> Generalmente, i decreti cautelari presidenziali sono stati motivati, in concreto, facendo quasi esclusivo riferimento all'esistenza di un danno grave e irreparabile, atteso che la funzione di tali provvedimenti, provvisori e strumentali rispetto al procedimento cautelare ed al giudizio di merito, è soltanto quella di accertare se, nell'attesa che l'istanza cautelare venga portata all'esame del collegio, possa verificarsi un pregiudizio irreparabile, tale da rendere necessario un intervento cautelare immediato. Questa essendo la funzione del decreto presidenziale d'urgenza, il legislatore ha ritenuto di poter momentaneamente comprimere in tutto o in parte il diritto di difesa, nel breve intervallo temporale anteriore alla camera di consiglio, al fine di verificare l'effettiva sussistenza del (solo) *periculum* dedotto dall'istante, e di rinviare ad un momento successivo ogni approfondimento circa la fondatezza del ricorso. È stato, inoltre, osservato che la valutazione del merito della causa da parte dell'organo monocratico potrebbe condizionare le scelte del collegio in sede di

Sebbene comunemente detto *ante causam*, il decreto presidenziale d'urgenza rappresenta una fase provvisoria del processo cautelare, inserita nell'ambito di un rapporto processuale già instaurato, e non una forma di tutela *ante causam* in senso stretto. In effetti, sia nel caso in cui la richiesta di provvedimento provvisorio risulti contestuale alla domanda cautelare (ed al ricorso), sia nel caso in cui venga proposta con separata istanza notificata alle controparti, il giudizio risulta già instaurato per effetto della notifica e deposito del ricorso<sup>20</sup>.

### **3. La tutela cautelare nel settore degli appalti pubblici dopo la riforma ex lege n. 205/2000**

La riforma del processo amministrativo italiano avviata dalla legge n. 205/2000 ha portato numerose innovazioni, con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici<sup>21</sup>.

---

decisione sull'istanza cautelare, in violazione dei principi di autonomia, libertà e collegialità del giudizio.

<sup>20</sup> In taluni casi, è stata riconosciuta l'ammissibilità dell'esercizio di un potere cautelare *ante causam* in senso stretto (cfr. T.A.R. Lombardia, Sez. III, decr. pres. 14 novembre 1997 e 3 aprile 1998), ovvero la possibilità di adottare un decreto cautelare d'urgenza *inaudita altera parte* senza contestuale introduzione del giudizio di merito (v. T.A.R. Lombardia, Brescia, decreto cautelare d'urgenza 4 febbraio 2005, n. 133, adottato ai sensi degli artt. 669 *sexies* e 669 *bis* cod. proc. civ. in ordine ad un appalto di rilevanza comunitaria, con cui il Presidente, dopo aver ravvisato la sussistenza dell'estrema gravità ed urgenza nel fatto che la sottoscrizione del contratto d'appalto con l'impresa controinteressata avrebbe precluso la reintegrazione dell'istante nella posizione di quest'ultima in caso di esito vittorioso del ricorso di merito, da proporsi ex art. 23 bis, legge T.A.R., ha fatto provvisorio divieto all'ente appaltante di dar corso *medio tempore* alla sottoscrizione del contratto d'appalto). Tale soluzione è stata duramente criticata, essendosi rilevato che il decreto monocratico di cui all'art. 21, co. 9, legge T.A.R., potendo essere emanato solo quando il ricorso sia stato (quanto meno) depositato, non possa essere considerato un provvedimento cautelare anteriore all'instaurazione del giudizio, ma solo una forma di tutela accelerata nell'ambito di un processo già pendente, ancorché a contraddittorio semipieno o imperfetto o temporaneamente assente. Infatti, nella norma, si fa riferimento alla richiesta di misura cautelare proveniente dal "*ricorrente*", ossia da un soggetto che tale particolare qualifica abbia acquisito con la proposizione del ricorso, ed è previsto che l'istanza debba essere presentata al presidente del Tribunale o della sezione "*cui il ricorso è assegnato*", con ciò presupponendo che il giudizio sia già incardinato ed assegnato ad una delle eventuali sezioni interne.

<sup>21</sup> Va detto che la necessità di assicurare particolare snellezza e celerità al processo amministrativo nel peculiare settore dei lavori pubblici aveva indotto il legislatore ad introdurre, già con la legge 11 febbraio 1994, n. 104 (legge Merloni), un primo modello di giudizio abbreviato, incidente su molteplici e rilevanti aspetti dello schema processuale. La disciplina dettata dall'art. 31 *bis* si preoccupava quindi di offrire adeguati strumenti di tutela alle parti diverse dal ricorrente, alle quali veniva riconosciuto il diritto potestativo di determinare il passaggio dalla fase cautelare a quella di merito.

Il legislatore ha assegnato alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori, servizi o forniture<sup>22</sup> e, al contempo, ha introdotto per i giudizi sui provvedimenti riguardanti le medesime procedure *un rito speciale abbreviato*, con la possibilità di emettere misure cautelari. Gli obiettivi sono duplici: da un lato, infatti, viene conferita maggiore omogeneità alla disciplina processuale degli appalti pubblici e, dall'altro lato, si risponde alle istanze di speditezza e contrazione dei tempi dei giudizi attraverso la creazione di “*corsie riservate*”, imposte in tutte le ipotesi di concessione di misure cautelari<sup>23</sup>. I presupposti per l'accelerazione dei tempi rinviano all'accertamento di diversi aspetti, formali e sostanziali (v. art. 23 *bis*, co. 3 e 5, legge T.A.R.): il tribunale deve accertare (a) la completezza del contraddittorio, ed inoltre (b) se, ad un primo esame, “*il ricorso evidenzia l'illegittimità dell'atto impugnato*”, nonché (c) “*la sussistenza di un pregiudizio grave e irreparabile*”; infine, (d) “*in caso di estrema gravità ed urgenza*”, il giudice può disporre le “*opportune misure cautelari*”, evidenziando “*i profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso*” (v. art. 23 *bis*, co. 5, legge T.A.R.).

#### *Profili di criticità*

Il sistema cautelare delineato dall'art. 23 *bis* della legge T.A.R., pur concepito all'interno di una complessiva *ratio acceleratoria* dei tempi processuali<sup>24</sup>, rimane pur sempre in posizione subordinata e strumentale rispetto al giudizio di merito. Il legislatore, infatti, ha inteso privilegiare soprattutto una rapida fissazione dell'udienza di merito, ritenendo con ciò di far salvi sia gli interessi della parte ricorrente, sia gli interessi pubblici connessi al contenzioso<sup>25</sup>. Al riguardo sembra corretto opinare che un'efficace meccanismo cautelare dovrebbe, diversamente, permettere ai

---

<sup>22</sup> V. art. 6, co. 1, legge 21 luglio 2000 n. 205, ora trasposto nell'art. 244, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 123, cd. Codice dei contratti pubblici.

<sup>23</sup> V. LIPARI M., *Il processo speciale in materia di opere pubbliche delineato dall'articolo 4 della legge n. 205/2000 ed il nuovo articolo 23-bis della legge n. 1034/1971*, in *giustizia-amministrativa.it*.

<sup>24</sup> Cfr. T.A.R. Puglia, Sez. I, 7 febbraio 2007, n. 508 secondo il quale “*la ratio acceleratoria sottesa alla disciplina di cui all'art. 4 della legge 205/00 (...) si realizza innanzi tutto grazie alla tempestiva trattazione del ricorso che può avvenire solo laddove vi sia una immediata presa di contatto tra il ricorrente e l'organo giurisdizionale e si abbia, così, la costituzione del rapporto processuale entro il termine (dimidiato) fissato dalla legge per il deposito del ricorso (i trenta gg. vanno cioè ridotti a quindici)*”.

<sup>25</sup> V. MARIUZZO M., *La tutela cautelare negli appalti*, cit.



richiedenti di conseguire con immediatezza e in via anticipata, ancorché non definitiva, le “*opportune misure cautelari*”.

È evidente che l’interesse del ricorrente a conseguire un effetto utile ed efficace trova adeguata garanzia tutte le volte in cui tanto il rito abbreviato quanto la misura cautelare vengano accordati. Tuttavia, in molti casi, il sistema di cui all’art. 23 *bis* appare solo astrattamente idoneo ad assicurare la protezione degli interessi incisi dall’amministrazione, poiché non riesce a garantire né il mancato prodursi di modificazioni irreversibili, né a soddisfare le esigenze di cautela ed il principio di effettività che ne costituiscono il fondamento<sup>26</sup>.

I tempi si dilatano, anche notevolmente, laddove il collegio ritenga necessario procedere ad una più approfondita istruttoria preliminare, ai fini di un’idonea valutazione del *fumus*. In simili casi, l’esame, non più “*sommario*”, sulla (“*ragionevolmente probabile*”) fondatezza del ricorso, può impedire il passaggio alla fase di merito accelerata, e comportare il procrastinarsi dei tempi per la concessione della misura cautelare, anch’essa fondata sul *fumus*, oltre che sul *periculum*<sup>27</sup>.

Così inquadrato, il meccanismo cautelare disciplinato dall’art. 23 *bis* si rivela incapace di assicurare, in molti casi, una pronta ed effettiva tutela, idonea ad evitare il prodursi degli effetti lesivi dell’atto impugnato nelle more della definizione del giudizio di merito, che può prolungarsi ben oltre i termini del rito abbreviato. In simili ipotesi il preliminare ottenimento di un decreto presidenziale ai sensi dell’art. 21, comma 9, legge T.A.R., sembra l’unica soluzione in grado di garantire l’effettività ed immediatezza della tutela cautelare.

### *Specificità della disciplina per le opere strategiche di interesse nazionale*

---

<sup>26</sup> La reintegrazione del ricorrente nella posizione dell’aggiudicatario deve così essere sostituita da un mero risarcimento del danno per equivalente, ciò che appare in contrasto con il diritto comunitario, atteso che la “direttiva ricorsi” riserva un ruolo meramente eventuale al risarcimento per equivalente.

<sup>27</sup> Al di là di queste ipotesi, il puntuale rispetto del termine previsto per la fissazione dell’udienza di merito ben raramente può essere rispettato nella prassi, stante la frequente saturazione dei ruoli pendenti presso i diversi tribunali. Per altro verso, l’ottenimento della misura cautelare non può ritenersi scontato, presupponendo l’*estrema gravità ed urgenza*, e perciò un pregiudizio “*rincarato*”: infatti l’interesse pubblico sotteso al provvedimento sottoposto a censura è ritenuto peggiore rispetto a quello di cui è titolare il ricorrente, il legislatore ha conferito al requisito del danno un ruolo particolarmente rilevante, sottraendo al giudice il potere di valutare con piena discrezionalità il bilanciamento degli interessi e mutando i tradizionali presupposti per la concessione della cautela. V. ancora Francesco Mariuzzo, *La tutela cautelare negli appalti*.

Il principio di effettività incontra un forte limite nei giudizi riguardanti procedure di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, e connesse attività di espropriazione, occupazione ed asservimento, per i quali il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, emanato in attuazione della legge 21 dicembre 2001 n. 443, ha dettato speciali disposizioni processuali integrative dell'art. 23 bis della legge T.A.R.

A fronte di interventi di questo tipo la valutazione del provvedimento cautelare deve infatti tener conto delle probabili conseguenze in relazione a tutti gli interessi che possono risultare lesi, tra i quali il "*preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*". Nel concedere la misura cautelare il giudice non può prescindere dal motivare la gravità e l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, tuttavia l'interesse di quest'ultimo deve comunque essere comparato con quello alla celere prosecuzione delle procedure<sup>28</sup>.

Relativamente a tali giudizi, il libero apprezzamento del giudice in ordine sia alla sussistenza dei presupposti per la concessione della misura cautelare, sia al bilanciamento degli interessi trova dunque il duplice limite della "*gravità ed irreparabilità del pregiudizio*" e "*dell'interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera*", considerato preminente rispetto ad ogni altra esigenza rappresentata in giudizio. Inoltre, poiché "*la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori*", "*in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica*".

È fondamentale rilevare che per la prima volta viene sancita a livello legislativo la soluzione secondo la quale la sottoscrizione del contratto costituisce, quantomeno nell'ambito di operatività della speciale disciplina contenuta nel d.lgs. 190/02, lo spartiacque invalicabile per una possibile reintegrazione in forma specifica, in ossequio all'esigenza di tutelare l'affidamento dell'impresa contraente e l'interesse pubblico ad evitare inopportune procrastinazioni nella realizzazione dell'appalto. Nella disposizione viene inoltre operato un espresso richiamo alle previsioni dell'art. 2, comma 6, delle Direttive 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992. Tuttavia,

---

<sup>28</sup> V. primo comma dell'art. 14 (lettere b e c). Il medesimo primo comma (lettera a) stabilisce che "*l'udienza di merito del ricorso non richiede la domanda di fissazione ed avviene non più tardi del quarantacinquesimo giorno dalla data di deposito dello stesso presso la segreteria del giudice competente*".

la conformità della predetta disciplina ai contenuti delle “direttive ricorsi” appare dubbia perché, imponendo un “declassamento” della tutela cautelare, ottenibile unicamente entro gli angusti limiti dettati dalla norma e non già all’esito di un imparziale ed autonomo apprezzamento del giudice risulta incoerente rispetto al sistema concepito dal diritto comunitario, che privilegia la “*correzione in corsa*” delle procedure a mezzo di interventi cautelari rapidi ed efficaci, eventualmente *ante causam*<sup>29</sup>.

#### **4. La tutela cautelare *ante causam* ed i rapporti con il diritto comunitario**

Prima dell’entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm.) nell’ordinamento processuale amministrativo italiano non esisteva nessun rimedio che prevedesse una tutela cautelare *ante causam* “*pura*”<sup>30</sup>, scissa dal giudizio di merito, e, perciò, l’impugnazione dell’atto lesivo doveva ritenersi sempre necessaria per l’ammissibilità dell’istanza cautelare<sup>31</sup>. Va rilevato che il Consiglio di Stato,

---

<sup>29</sup> Del resto non si è mancato di osservare che la possibilità, pur riconosciuta dal diritto comunitario, che dopo la sottoscrizione del contratto possa residuare solo un risarcimento del danno, non consegue “*ad un episodio cautelare che non sia riuscito a produrre l’esito sperato in un lasso temporale assai contenuto e dunque di per sé non lesivo per l’interesse pubblico, ma alla scelta dell’amministrazione di proseguire nell’azione intrapresa in assenza di una compiuta possibilità di conseguire il provvedimento urgente*”, con la conseguenza che “*la persistente carenza di effettività del sistema cautelare nazionale nei confronti della pubblica Amministrazione distorce a favore di quest’ultima la vicenda considerata, rendendo assai più ardua la possibilità di una reintegrazione in forma specifica assicurabile pressoché esclusivamente in sede cautelare*” v. MARIUZZO F., *La tutela cautelare negli appalti*, cit.

Più recentemente, con decreto legge 29 novembre 2008 n. 185 (“*Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale*”) sono state introdotte norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale. Tali norme straordinarie prevedono che, nell’ambito del relativo regime di contenzioso amministrativo, “*le misure cautelari e l’annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente*” (art. 20, co. 8, come modificato dalla legge di conversione 28 gennaio 2009, n. 2).

<sup>30</sup> La tutela cautelare *ante causam* può definirsi “*pura*” “*quando la trattazione della relativa domanda dà luogo ad un processo a sé stante, e non ad una questione incidentale del processo di merito*”, v. TARULLO S., *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall’art. 245 del Codice degli appalti*, su GiustAmm.it n. 1/2006.

<sup>31</sup> Il vincolo della strumentalità è stato invece superato in altri settori del diritto processuale, dal momento che sia il rito cautelare civile sia quello societario, novellati rispettivamente nel 2005 e nel 2003, prevedono la cautela non funzionale al merito.

prima della riforma operata dalla l. n. 205/2000, aveva dichiarato la nullità del decreto *ante causam* adottato mediante applicazione analogica dell'art. 669 sexies, co. 2, del cod. proc. civ., sul presupposto che l'azione cautelare prevista dagli artt. 700 e seguenti non fosse esperibile dinanzi al giudice amministrativo<sup>32</sup>.

*L'ordinanza del 10 maggio 2002 n. 179 della Corte costituzionale*

A rompere gli indugi ha contribuito in modo determinante il T.A.R. Lombardia che nel 2001 ha sottoposto a giudizio di legittimità costituzionale l'art. 21 della legge T.A.R. (come modificato dalla l. n. 205/2000), nella parte in cui non prevede la possibilità di adottare misure di tutela cautelare *ante causam* analoghe a quelle disciplinate dal codice di procedura civile<sup>33</sup>. La Corte Costituzionale, con ordinanza del 10 maggio 2002 n. 179, nel dichiarare manifestamente infondata la questione, rileva che il sistema di tutela, anche d'urgenza e cautelare, approntato dall'ordinamento è completo ed *“esclude l'applicabilità di altri istituti propri del processo civile”*.

La Consulta, in particolare, osserva che il legislatore può adottare discrezionalmente norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giudizio e che la tutela cautelare prevista dall'ordinamento processuale amministrativo italiano è del tutto sufficiente a garantire una tutela piena e costituzionalmente corretta<sup>34</sup>.

Secondo i giudici costituzionali tempestività ed effettività della tutela anche cautelare nel processo amministrativo sono completamente assicurate dal complesso delle disposizioni processuali che garantiscono:

- semplicità e flessibilità del mezzo introduttivo del giudizio;
- possibilità di abbreviazione dei termini, anche ai fini dell'instaurazione del contraddittorio;

---

Pertanto, i provvedimenti d'urgenza e gli altri provvedimenti cautelari anticipatori pronunciati in tali giudizi non perdono la loro efficacia se la causa non viene iniziata e la misura cautelare sopravvive all'eventuale estinzione del giudizio di merito.

<sup>32</sup> Cfr. Sez. V, ord. 28 aprile 1998, n. 781.

<sup>33</sup> Sez. III, ord. pres. 15 febbraio 2001, n. 1.

<sup>34</sup> Nell'ordinanza la Consulta ha precisato che *“il legislatore, nella sua discrezionalità - con il solo limite della non manifesta irragionevolezza o non palese arbitrarietà - può adottare norme processuali differenziate tra i diversi tipi di giurisdizioni e di riti procedurali, non essendo tenuto, sul piano costituzionale, ad osservare regole uniformi rispetto al processo civile, proprio per le ragioni che possono giustificare la pluralità di giurisdizioni, le diversità processuali e le differenze delle tipologie dei riti speciali (...)”*. Ha inoltre aggiunto che l'anzidetto sistema di tutela è completo ed *“esclude l'applicabilità di altri istituti propri del processo civile e, quindi, che si possa configurare una esigenza (rilevante sul piano costituzionale) di intervento additivo sulle norme relative ai procedimenti di urgenza della procedura civile”*.

- non tassatività dei mezzi per l'effettuazione delle notifiche dell'atto introduttivo (possibile anche in via telematica o telefax);
- ampiezza di contenuto e la flessibilità delle misure cautelari (più idonee secondo le circostanze ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione del ricorso);
- disponibilità, in caso di estrema gravità ed urgenza, di misure cautelari interinali, con decreto monocratico, efficace fino alla pronuncia collegiale;
- possibilità, anche in sede di esame della domanda cautelare, di definire il giudizio nel merito con decisione in forma semplificata e la possibilità di dichiarare i ricorsi urgenti anche d'ufficio (cd. *istanza di prelazione*).

*L'ordinanza del 29 aprile 2004, C-202/03, della Corte di giustizia*

La questione della mancanza di strumenti di tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo viene ripresa nell'ambito di una controversia sorta in materia di appalti pubblici e rimessa dal T.A.R. Lombardia, Sezione di Brescia<sup>35</sup>, alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato, deducendo la dubbia compatibilità dell'art. 21 legge T.A.R. con la direttiva 89/665/CEE, che coordina le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi (c.d. "*direttiva ricorsi*")<sup>36</sup>. In particolare, alla Corte viene chiesto se la

---

<sup>35</sup> V. ord. pres. del 26 aprile 2003, n. 76, nella quale vengono riproposte, in buona sostanza, le osservazioni del decreto presidenziale n. 1/01 con cui il T.A.R. milanese, senza fortuna, aveva rimesso l'art. 21, co. 8, legge T.A.R. al vaglio della Corte Costituzionale. Nel caso di specie l'aggiudicazione provvisoria non era stata impugnata dalla seconda classificata per mancata conoscenza degli atti endoprocedimentali, esisteva quindi il rischio che, nelle more del termine di valutazione dell'istanza di accesso da questa presentata, potesse intervenire l'aggiudicazione definitiva e l'immediata stipulazione del contratto con l'impresa classificatasi prima in graduatoria, con conseguente impossibilità di ottenere la reintegrazione in forma specifica a conclusione del giudizio impugnatorio sul provvedimento di aggiudicazione. L'impresa seconda classificata aveva pertanto chiesto al giudice amministrativo di inibire provvisoriamente, con una misura cautelare *ante causam*, la sottoscrizione del contratto tra amministrazione committente e aggiudicataria.

<sup>36</sup> La direttiva 89/665/CEE stabilisce che gli Stati membri sono tenuti ad assumere i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, "*le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile*" (art. 1, primo co.). In sede di ricorso contro i provvedimenti delle amministrazioni aggiudicatrici deve essere possibile adottare "*con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici*", nonché annullare i provvedimenti illegittimi ed accordare il risarcimento del danno alle persone

disposizione nazionale “*rappresenti o meno sufficiente adempimento*” agli artt. 1, n. 3, e 2, n. 1 lett. a), della dir. 89/665/CEE, i quali stabiliscono rispettivamente: (a) l’obbligo in capo agli Stati membri di introdurre negli ordinamenti nazionali ricorsi pienamente accessibili a quanti intendano richiedere la riparazione di un danno subito; (b) l’obbligo di adottare, con la massima sollecitudine e con procedura d’urgenza, provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o ad impedire che altri danni siano causati ad interessi coinvolti<sup>37</sup>.

Nel decreto di rinvio il giudice nazionale segnala “*il costante orientamento della Corte di Cassazione, che nega che i vizi delle procedure di conferimento degli appalti pubblici possano ex se rilevare direttamente sul rapporto contrattuale successivamente costituitosi fra l’Amministrazione e l’impresa aggiudicataria dopo l’aggiudicazione di un pubblico appalto*”, ed osserva che “*in difetto di un’immediata misura cautelare da concedersi ante causam, l’istanza che a tal fine fosse presentata dopo la proposizione della formale impugnazione non potrebbe che essere respinta, ove si fosse medio tempore costituito fra le parti il rapporto contrattuale*”. Secondo il giudice nazionale, inoltre, la disciplina interna non garantisce parità di trattamento: infatti “*nelle controversie fra soggetti privati ovvero in quelle proposte da questi ultimi contro la P.A., che siano affidate alla giurisdizione del giudice ordinario, è possibile conseguire una tutela urgente prima della proposizione della causa di merito*” mentre, invece, “*l’attribuzione al Giudice amministrativo della giurisdizione in materia di controversie concernenti gli appalti pubblici di lavori, di servizi e di forniture impedisce che la tutela cautelare possa intervenire prima dell’introduzione dell’impugnazione di un provvedimento posto in essere nel corso della relativa procedura di gara*”<sup>38</sup>.

Il giudice italiano, infine, chiede alla Corte se l’art. 21 della legge T.A.R. sia contrastante con l’art. 6, n. 2, del Trattato che, nell’obbligare l’Unione Europea al rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione

---

lese dalla violazione (art. 2, primo co.). Inoltre, tutte le decisioni sui ricorsi devono essere “*attuare in maniera efficace*” (art. 2, settimo co.).

<sup>37</sup> Il magistrato rimettente ha desunto dall’art. 2, primo co., lett. a), della “direttiva ricorsi” l’intento di “*privilegiare ogni possibile, immediato intervento da parte del giudice volto ad ovviare ad ogni violazione che sia stata commessa in sede di gara, sì che l’aggiudicazione definitiva possa intervenire a favore dell’impresa, la cui offerta debba essere prescelta in base alla legittima applicazione delle norme che disciplinano lo svolgimento della procedura di gara*”.

<sup>38</sup> Un rischio, questo, ritenuto suscettibile di tradursi nella violazione dell’art. 10 del Trattato, “*trovando una pretesa assistita dal diritto comunitario una tutela cautelare meno efficace e ridotta rispetto ad altre forme della stessa, così come prevista dall’ordinamento nazionale*”.

europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo, fa proprio il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale stabilito dagli artt. 6 e 13 della stessa Convenzione, obbligando gli Stati membri ad assicurarne la piena operatività nei rispettivi ordinamenti.

La Corte di giustizia risponde alle questioni pregiudiziali con ordinanza del 29 aprile 2004 (C-202/03) dichiarando che l'art. 2, par. 1, lett. a) della "*direttiva ricorsi*" deve essere interpretato nel senso che gli "*Stati membri sono tenuti a conferire ai loro organi competenti a conoscere dei ricorsi la facoltà di adottare, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso di merito, qualsiasi provvedimento provvisorio*", compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica dell'appalto.

I giudici di Lussemburgo rilevano che il sistema della giustizia amministrativa italiano non consente, nel settore degli appalti pubblici, una tutela cautelare d'urgenza piena ed autonoma dalla proposizione di un'azione di merito, e ravvisano in ciò una manifesta violazione dei principi del diritto comunitario in tema di effettività della tutela<sup>39</sup>.

#### *Gli orientamenti più recenti del legislatore comunitario*

Il principio sancito dalla Corte della indefettibilità della tutela cautelare *ante causam* contro gli atti adottati dalle amministrazioni aggiudicatrici<sup>40</sup> trova

---

<sup>39</sup> La decisione della Corte si basa su una disposizione specifica (l'art. 2, n. 1, lett. a, della "direttiva ricorsi"), e non anche su altre disposizioni più generali dell'ordinamento giuridico comunitario (come l'art. 6, paragrafo 2, del Trattato, al quale aveva fatto riferimento l'ordinanza di rinvio del T.A.R. Brescia). Alla luce di ciò sembra che il potenziamento dei poteri cautelari del giudice amministrativo compiuto su impulso della Corte di giustizia debba considerarsi limitato alle sole controversie in cui trova applicazione l'art. 2, n. 1, lett. a) della "*direttiva ricorsi*". Questa lettura restrittiva ha subito ottenuto l'avallo del T.A.R. Lazio (Sez. III-ter, 30 luglio 2004, n. 7550), che ha escluso la possibilità di estendere il medesimo principio in riferimento al ricorso proposto dalla Società Napoli Sportiva s.p.a. avverso il provvedimento di non ammissione al campionato di calcio di serie B.

<sup>40</sup> La tesi favorevole all'ammissibilità della tutela cautelare monocratica *ante causam*, trovava quindi un preciso fondamento, con riguardo agli appalti pubblici di rilevanza comunitaria, già nei principi sanciti, molti anni prima delle "direttive procedurali" del 2004, dalla "direttiva ricorsi", che, come ripetutamente chiarito dai giudici comunitari, non pone alcun limite di strumentalità fra pronuncia interinale e sentenza che definisce il merito. Con sentenza del 19 settembre 1996 (resa nella causa C-236/95, Commissione c. Grecia), la Corte, nel dichiarare che la Repubblica ellenica era venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza dell'art. 5 della Direttiva 89/665/CEE, ha affermato che le disposizioni generali relative alla procedura di sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo impugnato con ricorso di annullamento "*non potrebbero, da sole, garantire una corretta trasposizione della direttiva*" e che, pertanto, l'ordinamento ellenico, prevedendo unicamente la sospensione dell'esecuzione e presupponendo l'esistenza di un ricorso principale per l'annullamento dell'atto amministrativo impugnato, si poneva in contrasto

conferma nelle successive direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE del 31 marzo 2004 recanti rispettivamente il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e delle procedure di appalto nei settori speciali, che impongono agli Stati membri di assicurare l'applicazione delle "direttive ricorsi" 89/665/CEE e 92/13/CEE<sup>41</sup> tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti<sup>42</sup>,

---

con l'art. 2 della Direttiva 89/665/CEE. Nella sentenza si afferma, inoltre, conformemente a numerosi precedenti della stessa Corte di Giustizia, che *"uno Stato membro non può eccipire disposizioni, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini prescritti dalla direttiva"*. Successivamente, la Corte ha ulteriormente rilevato il principio con sentenza del 15 maggio 2003 (resa nella causa C-214/00, Commissione c. Regno di Spagna), con cui, nel dichiarare che anche il Regno di Spagna era venuto meno agli obblighi derivanti dalla medesima direttiva, ha affermato che la normativa spagnola, condizionando alla previa proposizione di un ricorso di merito l'adozione di provvedimenti provvisori contro una decisione dell'amministrazione aggiudicatrice, non garantiva un sistema di tutela giurisdizionale provvisoria adeguato ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. a), della Direttiva 89/665/CEE. Nelle Conclusioni presentate il 13 giugno 2002, l'Avvocato Generale P. Léger, investito della questione, ha osservato come *"dal tenore letterale degli artt. 1, n. 1, e 2, n. 1, della direttiva ricorsi, dall'obiettivo di tale direttiva e dalla giurisprudenza della Corte risulti che i provvedimenti cautelari non possono essere considerati accessori ad un ricorso di merito, ma costituiscono provvedimenti che devono poter essere adottati in maniera autonoma"*. Ciò significa *"non soltanto che qualsiasi decisione illegittima adottata dall'amministrazione aggiudicatrice prima della conclusione del contratto fra l'impresa aggiudicataria e l'amministrazione aggiudicatrice può, essere impugnata, ma che possono essere ottenuti provvedimenti provvisori anche prima della proposizione di un ricorso di merito contro la decisione illegittima. In altri termini, non è solamente la domanda di provvedimenti provvisori che deve poter essere introdotta, ma tale domanda deve anche poter essere accolta dal giudice adito prima di qualsiasi ricorso di merito contro la decisione illegittima. In caso contrario, l'obiettivo perseguito dalla direttiva ricorsi di evitare o correggere, in particolare, le illegittimità commesse dall'amministrazione aggiudicatrice non potrebbe manifestamente essere raggiunto. La necessità di adottare provvedimenti urgenti ed efficaci mal si concilia con l'obbligo di un previo ricorso di merito"*. Gli Stati membri sono perciò tenuti a predisporre un regime che preveda l'adozione di *"ogni genere di provvedimenti d'urgenza, compresi quelli a carattere positivo, intesi tanto ad evitare e correggere quanto a riparare le illegittimità commesse dall'amministrazione aggiudicatrice"* durante lo svolgimento della gara d'appalto. *"Tale obbligo è incompatibile con l'obbligo di un previo ricorso di merito contro la decisione illegittima"*. Anche nella più recente sentenza *Stadt Halle* dell'11 gennaio 2005 (causa C-26/03), la Corte di Giustizia ha stabilito che deve essere accordata una piena tutela giurisdizionale in qualunque fase della procedura ed anche prima che essa sia formalmente aperta. Infatti, tenuto conto dell'obiettivo perseguito dalla "direttiva ricorsi" *"di una tutela giurisdizionale efficace e rapida, da ottenersi segnatamente attraverso provvedimenti provvisori, bisogna concludere che l'art. 1, n. 1, della direttiva stessa non autorizza gli Stati membri a subordinare la possibilità di ricorso al fatto che la procedura di affidamento di appalto pubblico di cui trattasi abbia formalmente raggiunto una fase determinata"*.

<sup>41</sup> La direttiva del Consiglio 92/13/CEE del 5 febbraio 1992, coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto nei settori speciali.



imponendo l'applicazione di misure cautelari *ante causam* "pure" nei rispettivi ordinamenti processuali.

In linea con queste indicazioni si pone anche la dir. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 che modifica le "direttive ricorsi" e introduce misure finalizzate a garantire una maggiore e più omogenea efficacia dei mezzi di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici<sup>43</sup>. In particolare il legislatore comunitario chiede che gli strumenti di tutela predisposti dagli ordinamenti nazionali siano in grado sia di garantire l'adozione di provvedimenti cautelari "con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza", sia di annullare tempestivamente provvedimenti illegittimi ed accordare il risarcimento danni ai soggetti lesi dalla violazione. Rispondono a questa *ratio* una serie di obblighi imposti direttamente alle stazioni appaltanti<sup>44</sup>, fra i quali:

- la notifica della decisione di aggiudicazione a tutti gli offerenti interessati, corredata con una serie di informazioni ritenute indispensabili (fra queste l'*indicazione del termine sospensivo*);
- il termine minimo di 10 gg. tra la notifica della decisione e la firma del contratto, durante il quale la stipula del contratto è sospesa (cd. *standstill period*). L'obiettivo è quello di permettere alle imprese di esaminare la decisione d'aggiudicazione per valutare l'opportunità di avviare una procedura di ricorso<sup>45</sup>; ciò dovrebbe impedire alle amministrazioni,

---

<sup>42</sup> V. art. 81 della direttiva 2004/18/CE e art. 72 della Direttiva 2004/17/CE.

<sup>43</sup> V. anche questa rubrica su *Informator* 2/2008.

<sup>44</sup> La questione rileva anche sotto un profilo più generale riguardante la progressiva erosione dell'autonomia legislativa degli Stati membri incalzata dall'incisività delle regole comunitarie che agiscono direttamente nei confronti delle amministrazioni 'scavalcando' gli Stati membri. In questo modo viene fornita una garanzia diretta alle amministrazioni nei confronti dello Stato che non potrà disattendere le scelte delle stesse pena l'applicazione delle sanzioni per violazione del diritto comunitario. Sul tema v. F. PELLIZZER, *Le concessioni di lavori pubblici come forma di collaborazione pubblico-privato*, in BENACCHIO G. A. – de PRETIS D. (a cura di) *Appalti pubblici e servizi di interesse generale*, atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, 2005, 58; ma anche CAPELLI F., *Incidenze della disciplina comunitaria sull'attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. Com. Sc. Int.*, 1995, 299; SANDULLI A., *La concordia discors ed il processo di integrazione europea*, in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, 10 e ss. BENACCHIO G. A., *Diritto privato della Comunità europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2004, 3 ed., 25 e ss., rileva che il concetto della *comunitarizzazione del diritto* viene utilizzato per indicare fenomeni diversi accomunati da un'unica manifestazione costituita dalla "progressiva erosione delle peculiarità nazionali mediante l'innesto di nuovi elementi di impronta comunitaria".

<sup>45</sup> V. art. 2 bis, co. 2, dir. 2007/66/CE, secondo il quale: "La conclusione di un contratto in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE non può avvenire prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni

- desiderose di rendere ‘irreversibili’ le conseguenze di una decisione d’aggiudicazione, di procedere rapidamente alla firma del contratto;
- il divieto di stipulare il contratto a fronte della presentazione di un ricorso, assistito da istanza cautelare, fin tanto che “*l’organo del ricorso abbia preso una decisione sulla domanda cautelare o sul merito del ricorso*”<sup>46</sup>. Il rischio di impugnazioni temerarie o ‘a scopo intimidatorio’ col solo fine di impedire la stipulazione del contratto sembra limitato dalla stessa direttiva, laddove stabilisce che: (i) le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione; (ii) l’organo di ricorso, tenuto conto delle conseguenze dei provvedimenti cautelari, può decidere di non accordarli qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive.

Il termine per il recepimento della direttiva 2007/66/CE scade il 20 dicembre 2009 ed il legislatore nazionale ha indicato nella legge Comunitaria 2008<sup>47</sup> i principi ed i criteri direttivi ai quali il Governo dovrà attenersi nell’adozione di uno o più decreti legislativi di recepimento della direttiva. In linea generale l’impatto della direttiva 2007/66/CE non sembra stravolgere il funzionamento dei rimedi processuali nazionali che, a seguito della disciplina tracciata dal Codice dei contratti pubblici (artt. 239-246), si presentano sostanzialmente in linea con le indicazioni europee (v. *infra* § 7). L’attenzione del legislatore nazionale sembra focalizzata soprattutto sulla razionalizzazione dei termini processuali, con tempi più stretti, allo scopo di imprimere speditezza all’azione giudiziaria. Di qui le indicazioni poste dalla legge Comunitaria 2008 dirette:

- alla riduzione dei termini per l’impugnazione dei provvedimenti sulle procedure di affidamento e dei bandi (termine massimo di trenta giorni invece degli attuali 60 giorni) (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 1);

---

*civili a decorrere dal giorno successivo alla data in cui la decisione di aggiudicazione dell’appalto è stata inviata agli offerenti e ai candidati interessati...”*

<sup>46</sup> La legge Comunitaria 2008, inoltre, stabilisce che nei casi di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva, accompagnato da contestuale domanda cautelare “1) la competenza (del giudice), sia territoriale che per materia, è inderogabile e rilevabile d’ufficio prima di ogni altra questione; 2) la preclusione alla stipulazione del contratto opera fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l’esame della domanda cautelare; 3) il termine per l’impugnazione del provvedimento cautelare è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall’eventuale notifica, se anteriore” (art. 44, co.3, lett. g, pt. 1, 2, 3).

<sup>47</sup> Art. 44, legge 7 luglio 2009 n. 88, pubblicata sulla *Gazz. Uff.* del 14 luglio 2009 n. 161.

- all'impugnazione autonoma dei bandi immediatamente lesivi e dei provvedimenti di esclusione (senza possibilità di contestazione mediante impugnazione dell'aggiudicazione definitiva) (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 2);
- alla massima celerità e immediatezza del rito processuale davanti al giudice amministrativo (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 3);
- alla razionalizzazione e abbreviazione dei termini di deposito del ricorso, di costituzione delle altre parti, di deposito dei motivi aggiunti e dei ricorsi incidentali (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 3);
- all'obbligo di “*forma sintetica*” per i ricorsi e gli scritti di parte, nonché per i provvedimenti del giudice (art. 44, co. 2, lett. e, pt. 4).

### **5. La tutela cautelare *ante causam* nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 123)**

Il crescendo di sollecitazioni sull'opportunità di dotare il giudice amministrativo di misure cautelari *ante causam* è stato accompagnato da numerose riserve. Ad esempio è stato rilevato che prima di dare applicazione alle decisioni della Corte di giustizia che legittimano il ricorso al giudice a fini cautelari (anche in assenza di giudizio), è essenziale una riflessione circa l'utilità di uno strumento cautelare analogo a quello previsto dall'art. 700 del codice di procedura civile<sup>48</sup>. Le diversità di orientamenti però non hanno impedito al legislatore nazionale di introdurre nell'aprile del 2006 una forma “*pura*” di tutela d'urgenza *ante causam*, compatibile solo con il giudizio di primo grado.

L'occasione si è presentata con il recepimento delle dir. 2004/18/CE (appalti pubblici di lavori, servizi e forniture) e dir. 2004/17/CE (appalti degli enti erogatori di acqua, energia e dei servizi di trasporto e postali), cd. *directive unificate* poiché accorpano in due testi unici le precedenti disposizioni comunitarie sulle procedure di aggiudicazione.

---

<sup>48</sup> Con riferimento al tema della tutela cautelare *ante causam*, è stato anche stigmatizzato che l'approccio della Corte di Giustizia (diretto ad imporre l'adozione di tale strumento processuale) risulta “*in sostanziale distonia con l'assetto positivo dello stesso ordinamento processuale comunitario. Sarà sufficiente, al riguardo, richiamare l'art. 83, paragrafo 1 del Regolamento di procedura innanzi alla Corte di Giustizia, il quale ammette la proponibilità di un'istanza cautelare innanzi ai Giudici comunitari solo previa proposizione di un ricorso di merito (in tal modo evidentemente postulando l'inammissibilità di forme di tutela cautelare ante causam avverso gli atti delle Istituzioni e degli Organismi dell'Unione)*”, v. CONTESSA C., *Tutela cautelare e diritto comunitario: spunti ricostruttivi di un rapporto difficile*, Roma, novembre 2008, trasposizione dell'intervento tenuto dall'Autore nell'ambito del convegno svoltosi a Roma in data 25 ottobre 2008 su “*Tematiche d'attualità nel processo amministrativo*”.

Gli obblighi posti dalle direttive sono stati attuati mediante d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (cd. *Codice dei contratti pubblici*) con il quale il legislatore italiano mette mano all'assetto complessivo del settore<sup>49</sup> attuando un'incisiva opera di semplificazione e forse qualcosa di più. Molte disposizioni, infatti, lasciano trasparire il tentativo di puntare ad una più netta armonizzazione del diritto interno con le norme europee ed i principi della Corte, a partire dal *favor* accordato allo strumento cautelare *ante causam*. In effetti la Parte IV del Codice è interamente dedicata al "contenzioso" (artt. 239-246) e introduce, caso unico nel panorama dei rimedi amministrativi, la possibilità di una forma di tutela cautelare *ante causam* (art. 245, co. 2, "In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie ... il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare ...")<sup>50</sup>.

#### *Estensibilità della tutela ante causam alle materie non disciplinate dal Codice dei contratti pubblici*

La recente legge 18 giugno 2009, n. 69<sup>51</sup> ha delegato al Governo l'adozione di uno o più decreti legislativi per il riassetto del processo amministrativo "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 principi generali e di assicurare la concentrazione delle tutele" (art. 44, co. 1).

---

<sup>49</sup> La disciplina nazionale in materia di appalti pubblici si presentava estremamente frammentata: tre decreti legislativi disciplinavano gli appalti pubblici di forniture (d.lgs. 24 luglio 1992, n. 358), di servizi (d.lgs. 17 marzo 1995 n. 157) e nei settori speciali (d.lgs. 17 marzo 1995, n. 158); la legge 11 febbraio 1994, n. 109 i lavori pubblici (Legge Merloni) oltre alle norme di attuazione. Il quadro si completava con numerose disposizioni di secondo livello (vd. l'art. 256 del Codice che elenca le disposizioni abrogate perché trasfuse nel Codice o perché con esso incompatibili).

<sup>50</sup> V. Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 6 febbraio 2006, n. Sez.. 355/06. La Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, nell'esprimere parere favorevole sullo schema di decreto legislativo recante il codice dei contratti pubblici, ha ricordato che il nuovo istituto è stato introdotto a seguito dell'avvio di una procedura di infrazione a carico dello Stato italiano, aperta sulla base della giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, ed è finalizzato a "recepire le direttive nn. 2004/17 e 2004/18: infatti, sia la prima direttiva che la seconda, rispettivamente agli articoli 72 e 81, impongono agli Stati membri di assicurare l'applicazione delle stesse con meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, in conformità alle c.d. direttive ricorsi".

<sup>51</sup> Vedi l. 18 giugno 2009, n. 69 recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile* pubblicata sulla Gazz. Uff., 19 giugno, n. 140.

Fra i principi e i criteri direttivi ai quali il Governo dovrà attenersi nell'esercizio della delega sono indicate le linee guida per la revisione della tutela cautelare e la generalizzazione della tutela cautelare *ante causam*. In particolare viene stabilito che 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*” e che, “*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*” (art. 44, co. 2, lett. f, n. 2, 3)<sup>52</sup>.

A favore di una ulteriore estensione dello strumento sembra porsi la sentenza della Corte Costituzionale 11 maggio 2006, n. 191, nella quale si precisa che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo riguarda non solo gli appalti pubblici, ma anche le controversie aventi per oggetto i comportamenti delle pubbliche amministrazioni (o che siano espressione di un potere pubblico).

Il principio affermato dalla Consulta conferma la progressiva trasformazione del processo amministrativo, non più improntato al tradizionale modello impugnatorio, connesso all'accertamento della legittimità o meno dell'atto amministrativo, ma concepito come vero e

---

<sup>52</sup> La norma sembra risolvere la disparità di trattamento derivante dal fatto di garantire nel settore dei pubblici appalti ricorso ad una forma di tutela cautelare preclusa ad altri settori. La questione era stata sollevata anche dal Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sullo schema del Codice dei contratti pubblici. I giudici di Palazzo Spada, nel dichiarare che la portata dell'art. 25, legge 18 aprile 2005, n. 62 recante la delega al Governo per l'attuazione delle dir. 2004/17/CE e 2004/18/CE, non consente di estendere tale tutela anche a settori diversi, avevano tuttavia auspicato un intervento legislativo diretto a conferire portata generale allo strumento *ante causam* nell'ambito della giurisdizione amministrativa. Il Consiglio di Stato aveva rilevato che “*prevedere la tutela cautelare ante causam solo nel settore dei pubblici appalti - pur nella peculiarità degli interessi coinvolti - potrebbe non superare il vaglio di costituzionalità per disparità di trattamento allorché si evidenzia che, anche in altre materie, si è in presenza della medesima situazione giuridica soggettiva tutelata nella materia degli appalti. Tuttavia, la portata della delega non consente tale pur auspicabile estensione della tutela anche a settori diversi da quelli in esame*” (Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 6 febbraio 2006, n. sez. 355/06). Si tratta di una “*lacuna evidentemente necessitante di un intervento legislativo in chiave di omogeneizzazione e di generalizzazione di un rimedio, imposto nei principi comunitari per tutto il processo amministrativo*” (v. ancora CARINGELLA F., *Relazione al Convegno Ventennale del TRGA*, Arco, 12 maggio 2006).

Si tratta di una “*lacuna evidentemente necessitante di un intervento legislativo in chiave di omogeneizzazione e di generalizzazione di un rimedio, imposto nei principi comunitari per tutto il processo amministrativo*” (v. ancora CARINGELLA F., *Relazione al Convegno Ventennale del TRGA*, Arco, 12 maggio 2006).

proprio giudizio sul rapporto, volto ad accertare la fondatezza della pretesa<sup>53</sup>. In tal senso l'esigenza di garantire al ricorrente vittorioso effettività di tutela giurisdizionale comporta *“il progressivo superamento della concezione del processo amministrativo come processo all'atto, a favore di una cognizione estesa all'intero rapporto”*<sup>54</sup> e sembra preludere alla piena disponibilità da parte del giudice dei mezzi necessari a garantire tale effettività<sup>55</sup>.

## **6. La disciplina della tutela cautelare ante causam secondo l'art. 245 del Codice dei contratti pubblici**

Sei commi dell'art. 245, rubricato *“strumenti di tutela”* approfondiscono la cd. tutela cautelare ante causam.

L'art. 245, co. 1 e 2, dopo aver riaffermato la perdurante vigenza dei due strumenti alternativi di tutela rappresentati (i) dal ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e (ii) dal ricorso al Tribunale amministrativo regionale, ribadisce l'applicabilità innanzi al giudice amministrativo, negli ambiti disciplinati dal codice dei contratti pubblici, del rito disciplinato dall'art. 23 bis, legge T.A.R. (anche in relazione alla disciplina dei rimedi cautelari). Dunque il collegio, chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare, se ravvisa la sussistenza dei necessari presupposti, dispone con ordinanza il sollecito passaggio alla fase di merito (giudizio abbreviato) e, *“in caso di estrema gravità ed urgenza”* può disporre le opportune misure cautelari, motivando sui *“profili che, ad un sommario esame, inducono a una ragionevole probabilità sul buon esito del ricorso”*.

---

<sup>53</sup> È stato osservato che *“l'esigenza sempre più avvertita di garantire al ricorrente vittorioso effettività di tutela giurisdizionale, ha comportato il progressivo superamento della concezione del processo amministrativo come processo all'atto a favore di una cognizione estesa all'intero rapporto”* (cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 novembre 2004, n. 1695).

<sup>54</sup> V. T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 novembre 2004, n. 1695.

<sup>55</sup> Anche ai fini della decisione sull'istanza cautelare, spetta pertanto al giudice amministrativo, in quanto giudice naturale anche dei comportamenti che rappresentano espressione di un potere pubblico, ogni accertamento circa la fondatezza delle pretese che si collocano all'incrocio tra giurisdizione amministrativa e contratti della pubblica amministrazione, dal quale scaturiscono non solo provvedimenti amministrativi, ma anche comportamenti esplicativi di funzioni amministrative. Tale mutamento appare estremamente rilevante ove si consideri che, nell'ambito di un giudizio sul rapporto, la rinnovata concezione di una cautela in forma atipica rivolta espressamente anche ai comportamenti dell'amministrazione ed idonea ad adattarsi alle molteplici esigenze del giudizio amministrativo, estende le proprie potenzialità operative a tutte quelle situazioni caratterizzate dall'assenza di un atto da impugnare, anche nell'utilizzo del nuovo istituto cautelare in materia di contratti pubblici.

Ai sensi dell'art. 245, co. 3, “*in caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di misure cautelari provvisorie ... il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare*”. La norma si differenzia, nella terminologia, dall'art. 21, co. 9, legge T.A.R. (in tema di tutela monocratica presidenziale d'urgenza), il quale fa riferimento ad una “*estrema*” gravità ed urgenza, “*tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio*”, e ciò in quanto il legislatore considera la tutela cautelare *ante causam* come figura residuale, da sottoporre ad un regime derogatorio ancora più “*eccezionale*” del già eccezionale carattere derogatorio della tutela monocratica d'urgenza<sup>56</sup>.

#### *Similitudini e differenze con il modello processuale civilistico*

Parametro normativo di riferimento<sup>57</sup> della disciplina tracciata dall'art. 245 del Codice dei contratti sono gli artt. 669 *bis* e ss. e 700 cod. proc. civ., rispetto ai quali non mancano elementi di discontinuità, motivati dalle peculiarità del processo amministrativo. Il legislatore, ad esempio, ha imposto la notifica preventiva dell'istanza tanto all'organo che ha emesso l'atto impugnato, quanto ai controinteressati ai quali l'atto direttamente si riferisce<sup>58</sup>. Inoltre, per evitare che il richiedente possa ‘scegliere’ il giudice,

---

<sup>56</sup> La tutela cautelare *ante causam* è pertanto interinale e provvisoria non solo rispetto al ricorso di merito, ma anche rispetto alla domanda cautelare “ordinaria” di cui ai commi 8 e 9 dell'art. 21.

<sup>57</sup> Nella relazione accompagnatoria vengono elencate le disposizioni mutate dal processo civile e si parla espressamente di profili disciplinatori tratti dal processo civile (artt. da 669 *bis* a 669 *quaterdecies*) da adattare al processo amministrativo.

<sup>58</sup> Di diverso avviso DE GIOIA V., *La tutela cautelare ante causam nel nuovo codice dei pubblici appalti: il procedimento inaudita altera parte e l'istruzione probatoria*, in *neldiritto.it.*: Secondo l'Autore “*l'obbligo della previa notifica dell'istanza riduce il valore della tutela ante causam, come detto, connotata da esigenze di “eccezionale gravità ed urgenza” che suggerivano l'opzione, anche nel processo amministrativo, per il mero deposito dell'istanza così da consentire al Presidente di provvedere, laddove ne avesse ravvisato la necessità, anche a contraddittorio non instaurato, al pari di quanto previsto nel procedimento cautelare ante causam civile. Questa soluzione, tra l'altro, avrebbe dato un senso all'obbligo, presente anche nel procedimento civile inaudita altera parte, posto in capo al richiedente, di notificare, alle altre parti e in termini stringenti, l'eventuale provvedimento di accoglimento (che nel processo civile opera solo per il decreto ed ha la funzione di integrare quel contraddittorio eliso in prima battuta per conferire reale celerità ed efficienza al procedimento)*”. Invero DE GIOIA ritiene che “*nel processo civile, quando il provvedimento cautelare viene emesso con decreto, il contraddittorio non è eliso, ma semplicemente differito all'udienza contestualmente fissata dal giudice, nella quale il resistente potrà adeguatamente difendersi, facendo valere le sue eccezioni di rito e/o di merito e, all'esito, eventualmente ottenere, qualora ne ricorrano i necessari presupposti, la*

la domanda cautelare *ante causam* va proposta al Presidente del Tribunale amministrativo competente per il merito, ed il giudice è tenuto a rilevare d'ufficio la propria incompetenza<sup>59</sup>.

L'istruzione probatoria nel procedimento amministrativo *ante causam* ha rilevanza marginale, risultando sostanzialmente rimessa al potere discrezionale del giudice che: (1) avvia un procedimento informale, limitandosi ad una cognizione sommaria ed al compimento delle attività istruttorie indispensabili ad accertare la sussistenza del *fumus boni iuris*<sup>60</sup> e del *periculum in mora* (esame di atti e documenti, informazioni) e, se possibile, (2) dispone l'audizione delle parti. In tal senso il regime si discosta da quello processuale civilistico (art. 669 *sexies* cod. proc. civ.<sup>61</sup>) non costituendo un rimedio *inaudita altera parte*: i litisconsorti passivi, infatti, sono tempestivamente informati della misura cautelare ed hanno la possibilità, compatibilmente con i tempi imposti dall'urgenza del provvedere, di svolgere le proprie difese in contraddittorio, prima dell'adozione del provvedimento interinale<sup>62</sup>.

---

*modifica o la revoca del provvedimento cautelare adottato dal giudice adito antecedentemente alla sua audizione*".

<sup>59</sup> In deroga alla regola generale, il Giudice non è quindi abilitato a somministrare la tutela anticipata, se non previa verifica della propria competenza. La disposizione è intesa ad "arginare il fenomeno del c.d. "turismo cautelare" o anche detto "delle migrazioni cautelari", ossia lo spostamento che si verifica verso Tribunali più propensi a concedere tutela cautelare, in un sistema ordinariamente caratterizzato dalla regola della derogabilità della competenza territoriali" (CRISCENTI C., *Gli strumenti di tutela nel codice dei contratti pubblici tra complessità e velocità*, Relazione svolta al Convegno *Gli strumenti di tutela nel Codice dei contratti pubblici*, organizzato dall'Ordine degli Avvocati di Messina il 19 aprile 2007. Secondo l'Autrice, il difetto di competenza territoriale dovrebbe essere rilevabile d'ufficio in ogni stato del processo, e non solo dal Presidente nella fase *ante causam*: "Opterei per questa soluzione, pur nella consapevolezza della complessiva limitatezza di essa in un sistema processuale che continua a prevedere, in via generale, che la questione di competenza territoriale non possa mai costituire motivo di impugnazione della decisione emessa dal tribunale amministrativo regionale (art. 31, co. 9, l. tar). E poiché, peraltro, neppure le disposizioni dell'art. 245 – come precisa il co. 8 - si applicano al giudizio in grado d'appello, la decisione di primo grado, che in fase cautelare o di merito, non abbia tenuto conto dell'incompetenza territoriale del giudice adito, non sarà mai per ciò stesso annullabile" ).

<sup>60</sup> Anche se nel testo nulla si dice del *fumus*, è la *ratio* stessa del sistema cautelare ad imporne in ogni caso la rappresentazione.

<sup>61</sup> "Il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto...".

<sup>62</sup> Il legislatore avrebbe potuto prevedere la possibilità di "confermare, revocare o modificare la misura cautelare già emessa, in conformità dello schema offerto dall'art. 669 *sexies*, co. 2, cod. proc. civ... Seguendo questa soluzione avrebbe fatto ingresso, nelle controversie in materia di appalti, un regime di tutela cautelare non solo *ante causam*, ma anche *inaudita altera parte*; regime fondato sull'accesso immediato al giudice, salva successiva notifica alle altre parti del ricorso introduttivo recante in calce il decreto di



il provvedimento di accoglimento va notificato dal richiedente alle altre parti entro un termine perentorio fissato dal giudice, non superiore a cinque giorni<sup>63</sup> e “*perde effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione, dopo di che restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse*”<sup>64</sup>.

L’art. 245 prevede anche la possibilità che la concessione della misura *ante causam* venga subordinata, in caso di accoglimento, alla prestazione di una adeguata cauzione per i danni alle parti ed ai terzi<sup>65</sup>.

Il modello delineato dal codice dei contratti pubblici si differenzia da quello del codice di procedura civile anche per il divieto di presentare nuovamente l’istanza cautelare che sia stata respinta (art. 245, co. 5, d.lgs. 163/2006), e ciò ancorché “*si verificano mutamenti delle circostanze*” o “*vengano dedotte nuove ragioni di fatto o di diritto*”, come invece ammesso dall’art.

---

*fissazione dell’udienza o, direttamente, il decreto contenente la misura cautelare nei casi di maggiore ed indilazionabile gravità. I codificatori hanno scelto, però, di muoversi in una diversa direzione...”:* poiché, ai sensi dell’art. 245, co. 4, l’istanza cautelare deve essere previamente notificata (e non direttamente depositata presso il giudice amministrativo), questi non è chiamato a provvedere, propriamente, *inaudita altera parte*. “*Verosimilmente la linea sposata dal legislatore delegato è stata condizionata dall’esigenza di far sì che amministrazione resistente e controinteressato, mediante il meccanismo della previa notifica dell’istanza, fossero messi in grado di poter tempestivamente rappresentare i rispettivi interessi, onde evitare che una misura frettolosa e fondata su una unilaterale ricostruzione dei fatti e del quadro precettivo (lex specialis della gara, normativa di riferimento, ecc.) potesse risultare contraria all’interesse pubblico*”, v. ancora TARULLO S., *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall’art. 245 del Codice degli appalti*, cit.

<sup>63</sup> Un’analoga previsione è contenuta nell’art. 669 *sexies*, co. 2, cod. proc. civ., ove il termine, peraltro, è “*non superiore ad otto giorni*”, ma in entrambi i casi viene omessa ogni indicazione circa le conseguenze dell’inadempimento di tale obbligo di notifica. Data la perentorietà del termine, il suo mancato rispetto dovrebbe determinare la sopravvenuta, tacita inefficacia della misura concessa.

<sup>64</sup> Nel corso dei lavori preparatori erano state valutate diverse alternative concernenti la durata del provvedimento: estendere alla tutela *ante causam*, come suggerito dal Consiglio di Stato (Sez. cons. atti norm., parere 6 febbraio 2006, n. Sez.. 355/06), la regola, già prevista dall’art. 21, co. 9, per i decreti presidenziali d’urgenza, secondo cui il provvedimento è efficace fino alla prima camera di consiglio utile alla quale è sottoposta l’istanza cautelare *ante causam*; prevedere una deliberazione diretta dell’istanza da parte del collegio; ovvero stabilire una sorta di durata massima, proporzionata al termine per la proposizione del ricorso, senza investire il collegio del riesame dell’istanza: spirato il termine la misura diviene inefficace, a meno che non sia confermata da una pronuncia collegiale ai sensi dell’art. 21, co. 8 e 9. È stata infine accolta quest’ultima soluzione che, in deroga alla normale collegialità del processo amministrativo, attribuisce all’organo monocratico il potere di disporre una misura efficace per sessanta giorni, senza alcun riesame.

<sup>65</sup> Tuttavia, non è previsto che si possa analogamente condizionare al deposito di una cauzione anche il provvedimento di diniego emesso sull’istanza cautelare, come invece espressamente ammette l’art. 21, comma 8, legge T.A.R.

669 *septies* cod. proc. civ.. L'istanza rigettata, infatti, potrà essere riproposta solo dopo l'inizio del giudizio di merito e nelle forme stabilite dalla legge T.A.R. (art. 21, co. 8 e 9). Anche in caso di accoglimento il provvedimento non è appellabile (art. 245, co. 6) ma, fino a quando conserva efficacia “è sempre revocabile o modificabile senza formalità del Presidente, d'ufficio o su istanza o reclamo di ogni interessato, nonché dal collegio dopo l'inizio del giudizio di merito”<sup>66</sup>. Va aggiunto che, in linea con i principi generali, il provvedimento deve essere motivato con riferimento al *fumus boni iuris* (non manifesta inammissibilità ed infondatezza del ricorso) ed al *periculum in mora* (pericolo di pregiudizio grave e irreparabile)<sup>67</sup>, nonché con riferimento alle ragioni - di “eccezionale” gravità e urgenza, tali da non consentire neppure la previa notifica del ricorso e la richiesta di un decreto presidenziale d'urgenza - che hanno indotto a provvedere in assenza di istruttoria<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Il nuovo istituto cautelare si discosta anche sotto tale profilo dal modello *ante causam* disciplinato dal codice processuale civile. Nel processo cautelare amministrativo il legislatore ammette la possibilità di revocare e modificare le misure cautelari concesse, ma sempre su domanda e solo al ricorrere di fatti sopravvenuti (co. 13). Il fatto che, al contrario, il sesto co. dell'art. 245 non presupponga il ricorrere di sopravvenienze dovrebbe giustificarsi in virtù della non appellabilità del provvedimento di accoglimento. Parte della dottrina ritiene, invece, che la revoca e/o modifica del provvedimento cautelare *ante causam* non possa comunque prescindere dalla sussistenza di quei “fatti sopravvenuti” o di quei “mutamenti nelle circostanze” e/o di quelle allegazioni di “fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare” richiesti, rispettivamente, all'art. 21, co. 12, legge T.A.R., e dal novellato art. 669 *decies* cod. proc. civ., vd. SAITTA F., *Codice dei contratti pubblici e tutela giurisdizionale: prime riflessioni*, su GiustAmm.it.

<sup>67</sup> Quanto alla natura del pregiudizio, la Corte di giustizia ritiene che un pregiudizio meramente pecuniario non possa, in linea di massima, considerarsi irreparabile. Tuttavia, “spetta al giudice del procedimento sommario esaminare le circostanze del caso di specie, valutando al riguardo gli elementi che consentono di accertare se l'immediata esecuzione dell'atto in ordine al quale è formulata l'istanza di provvedimenti provvisori possa comportare in capo al richiedente danni irreversibili, che non potrebbero essere riparati qualora l'atto comunitario venisse dichiarato invalido” (v. sentenza 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, Zuckerfabrik Suederdithmarschen ed anche sentenza 9 novembre 1995, C-465/93, Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e altri).

<sup>68</sup> Va osservato che, con riferimento alla tutela cautelare in generale, la necessità di motivare adeguatamente il provvedimento cautelare in relazione a tutti i presupposti rilevanti, sebbene pacificamente richiesta dalla giurisprudenza, non era espressamente contemplata dal previgente art. 21 della legge T.A.R., che si limitava a richiedere la sussistenza di “danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto”. Soltanto nel testo novellato dalla legge n. 205/2000, l'art. 21 richiede esplicitamente una motivazione non solo in ordine alla valutazione del “pregiudizio grave e irreparabile derivante dall'esecuzione dell'atto impugnato, ovvero dal comportamento inerte dell'amministrazione durante il tempo necessario a giungere da una decisione sul ricorso”, ma altresì in ordine ad un sommario giudizio prognostico sull'esito del ricorso, atteso che il

Per l'attuazione della misura cautelare adottata *ante causam*, l'art. 245 co. 7 rinvia ai poteri del giudice dell'ottemperanza di cui all'art. 21, co. 14, legge T.A.R. Infine, l'ottavo ed ultimo comma dispone che le istanze cautelari per i giudizi in grado di appello restano disciplinate dagli artt. 21 e 23 *bis* della legge T.A.R., e non si applicano ad essi le disposizioni dell'art. 245.

## **7. Profili di applicazione della tutela cautelare *ante causam* alla luce degli orientamenti comunitari**

*La tutela cautelare ante causam e gli obblighi posti dalla direttiva 2007/66/CE*

Il legislatore nazionale ha disciplinato le fasi che intercorrono tra l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto adottando cautele di diversa intensità (v. artt. 11 e 12, 79, 245, d.lgs. 163/2006) finalizzate a permettere ai concorrenti non solo un'efficace programmazione della strategia difensiva, ma anche a garantire, in maniera immediata ed efficace, una tutela cautelare effettiva.

Il sistema così caratterizzato non sembra destinato ad essere stravolto dalla prossima applicazione della direttiva 2007/66/CE sui ricorsi in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici (v. *infra* nel testo *Gli orientamenti più recenti del legislatore comunitario*). Molte delle indicazioni comunitarie, infatti, o sono già state adottate dal legislatore nazionale o richiedono dei correttivi minimi da apportare alle disposizioni vigenti. Ad esempio, già vige l'obbligo per le stazioni appaltanti di comunicare tempestivamente e comunque entro termini predefiniti<sup>69</sup>: (i) il risultato del confronto concorrenziale; (ii) le esclusioni; (iii) la decisione di non aggiudicare un appalto (v. art. 79, co. 5, lett. a, b, b *bis*). Ma non solo. Il Codice dei contratti pubblici prevede già il cd. *standstill period*: il contratto, infatti, non può essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, “*salvo motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di*

---

giudice, nel concedere la misura cautelare, deve stabilire le modalità “*più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso*”.

<sup>69</sup> Le informazioni relative all'aggiudicazione dei contratti possono essere omesse soltanto “*qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi*” (v. co. 4).

attendere il decorso del predetto termine” (art. 11, co. 10, d.lgs. 163/2006)<sup>70</sup>.

*(Non) estensibilità della tutela cautelare ante causam a tutti i provvedimenti della procedura di affidamento*

L’ambito di applicazione della tutela *ante causam* ex art. 245 (d.lgs. 163/2006) potrebbe opportunamente essere esteso anche a coloro che hanno subito o temono di subire una lesione da qualsiasi atto ed in qualsiasi fase della procedura di gara, per effetto di una sua successiva illegittima evoluzione. In questo modo l’adozione di provvedimenti urgenti ed efficaci (sia pur provvisoriamente) eviterebbe il prodursi di effetti lesivi connessi non soltanto al provvedimento di aggiudicazione, ma a qualunque altro atto (o comportamento) posto in essere nel corso della procedura di affidamento<sup>71</sup>.

L’attuazione della direttiva 2007/66/CE può costituire l’occasione adatta per introdurre soluzioni di questo tipo nell’ordinamento nazionale, tuttavia, le scelte del legislatore nazionale, anticipate nella legge delega (legge Comunitaria 2008<sup>72</sup>), non sembrano sfruttare le opportunità concesse dalla direttiva. Il legislatore, infatti, ammette la possibilità di impugnare autonomamente solo i bandi (“*immediatamente lesivi*”) e le esclusioni, mentre “*tutti gli altri atti delle procedure di affidamento*” vanno impugnati insieme con il provvedimento che stabilisce l’aggiudicazione definitiva (art. 44, co. 3, lett. f, pt. 2, l. 88/2009).

---

<sup>70</sup> I successivi commi 11 e 12, art. 10, sottopongono il contratto “*alla condizione sospensiva dell’esito positivo dell’eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori*”, stabilendo che l’esecuzione del contratto può avere inizio “*solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l’ente aggiudicatore ne chieda l’esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolamento*”.

<sup>71</sup> Un sistema così configurato sarebbe conforme agli orientamenti comunitari che impongono, come detto, procedure di ricorso rapide ed efficaci contro le decisioni illegittime dell’amministrazione aggiudicatrice. Sul punto la Corte di giustizia si è pronunciata stabilendo che qualsiasi decisione (o condotta) illegittima adottata nel corso del procedimento di aggiudicazione può essere oggetto di un provvedimento *ante causam*; v. l’ordinanza del 19 aprile 2004 (C-202/03) e i pronunciamenti già richiamati nel testo; v. anche quanto argomentato dall’Avvocato Generale P. Léger, nelle conclusioni presentate il 13 giugno 2002 nella causa C-214/00, secondo il quale “*si tratta di prevenire, di correggere o di riparare le illegittimità commesse*”, attraverso “*l’adozione di ogni genere di provvedimenti d’urgenza, compresi quelli a carattere positivo, intesi tanto ad evitare e correggere, quanto a riparare le illegittimità commesse dall’amministrazione aggiudicatrice durante tutto il corso del procedimento di aggiudicazione dell’appalto pubblico*”.

<sup>72</sup> V. art. 44, legge 7 luglio 2009 n. 88 (cd. legge Comunitaria).

## **8. La tutela cautelare *ante causam* e l'istituto del precontenzioso presso l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici**

Il *favor* accordato dal legislatore nazionale agli strumenti che garantiscono l'effettività della tutela delle posizioni soggettive pare rinvenibile anche nello strumento del “*precontenzioso*”, formalizzato per la prima volta dal Codice dei contratti pubblici (art. 6, co. 7, lett. n, d.lgs. 163/2006). L'istituto, attivabile dalle stazioni appaltanti e dalle altre parti<sup>73</sup>, permette all'Autorità di vigilanza di esprimere un parere non vincolante relativamente alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, formulando eventuali ipotesi di soluzione<sup>74</sup>. In particolare sono ammesse le richieste relative alla “*parte pubblicistica*” delle procedure di aggiudicazione (relativamente all'esercizio pubblicistico della funzione di individuazione del contraente) rimanendo precluse quelle riguardanti le fasi successive.

Le caratteristiche del precontenzioso sono così sintetizzabili:

- *volontarietà*, in quanto l'attivazione è rimessa alla volontà delle parti;
- *economicità*, non essendo previsti oneri economici in capo ai richiedenti;
- *celerità*; il termine per la conclusione del procedimento è fissato in venticinque giorni dalla ricezione dell'istanza e non è prorogabile, fatta salva l'esigenza di effettuare un'audizione o di acquisire ulteriori documenti e, in questi casi, non può comunque superare i trentacinque giorni<sup>75</sup>;
- *non vincolatività*, il parere reso “*non è vincolante*”, non assume valenza giurisdizionale o paragiurisdizionale (tenuto anche conto dei limiti di natura costituzionale), né condiziona l'utilizzo di altri strumenti di soluzione del contenzioso.

---

<sup>73</sup> Nel provvedimento del 10 gennaio 2008 recante il *Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, co. 7, lettera n), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, pubblicato sulla *Gazz. Uff.* 28 gennaio 2008, n. 23 è precisato che possono presentare istanza di parere: la stazione appaltante, l'operatore economico ed i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati.

<sup>74</sup> Sul tema v. BOTTO A., *Il precontenzioso nel nuovo Codice degli appalti*, in BENACCHIO G. A., COZZIO M. (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Atti dei seminari presso la facoltà di Giurisprudenza di Trento a maggio - giugno 2007, Quaderni Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Trento, 2008, 387 e ss.

<sup>75</sup> L'obiettivo è quello di consentire alle parti di utilizzare successivamente, ove non decidano di porre fine alla controversia sulla base del parere dell'Autorità, la procedura accelerata davanti al Tribunale amministrativo regionale.

- *terzietà* nella predisposizione del parere da parte dell’Autorità;
- *snellezza organizzativa*, come conferma la scelta di utilizzare procedure telematiche sia per l’inoltro dell’istanza all’Autorità, sia per lo scambio di documenti, sia per la comunicazione della decisione;

Non è questa la sede per valutare la qualificabilità o meno dello strumento tra gli strumenti di tutela alternativi ai rimedi giurisdizionali. Quel che appare indubbio è che, al pari delle ADR (*alternative dispute resolutions*) che trovano costante riferimento nell’ordinamento comunitario, l’utilizzo del precontenzioso può contribuire all’effettività della tutela delle posizioni soggettive, senza sovrapporsi o contrastare con gli altri strumenti predisposti dall’ordinamento, sia di tipo stragiudiziale (ad es. arbitrato, accordo bonario, transazione) che giudiziale.

## 9. Conclusioni

La tutela cautelare *ante causam* predisposta dal Codice dei contratti centra una pluralità di obiettivi tutti relevantissimi, a partire dalla necessità di (cor)rispondere alle esigenze, di derivazione comunitaria, di effettività e immediatezza della tutela accordata ai concorrenti. A ciò si somma la funzione deflattiva del contenzioso che può derivarne, “*in quanto lo strumento cautelare costituisce una sorta di “primo filtro”, utile a scoraggiare appelli alla giustizia con finalità meramente dilatoria*”<sup>76</sup>. In effetti l’adozione di un provvedimento di reiezione, se ben motivato, può far desistere dall’assumere ulteriori iniziative, evitando che l’azione giudiziale si trasformi in un mezzo di pressione nei riguardi delle stazioni appaltanti o dei controinteressati.

Per altro verso, il ricorso a forme di tutela cautelare *ante causam* potrebbe tradursi in uno strumento utile per orientare le stazioni appaltanti ad una corretta definizione delle procedure di gara, limitando il protrarsi di condotte illegittime, senza necessità di avviare giudizi.

I tempi procedurali ristretti imposti dal legislatore richiedono maggiore tempestività soprattutto da parte delle stazioni appaltanti<sup>77</sup>, che devono dimostrarsi rapide nel giustificare le proprie scelte e prospettare la situazione di fatto. Quello della rapidità, per altro, è elemento ricorrente

---

<sup>76</sup> V. ancora Cons. Stato, Sez. cons. atti norm., parere 6 febbraio 2006, n. Sez.. 355/06. La relazione che accompagna il nuovo codice dei pubblici appalti mette però in guardia sulla necessità che lo strumento sia adeguato alla peculiarità del processo amministrativo e all’organizzazione della giustizia amministrativa.

<sup>77</sup> Sotto questo profilo, l’attuale disciplina rischia di produrre conseguenze piuttosto penalizzanti per le stazioni appaltanti (v. Stefano Tarullo, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall’art. 245 del Codice degli appalti*).

come dimostrano le scelte improntate alla “*massima celerità*”, “*speditezza*” e “*sinteticità*” che emergono dalla recente legge Comunitaria 2008 (v. *infra* nel testo).

È ancora presto per valutare gli effetti derivanti dall’applicazione dell’istituto sul funzionamento della giustizia amministrativa e per tracciare un bilancio generale dell’efficacia pratica di tale strumento processuale<sup>78</sup>, sebbene ad esso si sia già fatto ricorso in taluni casi<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Fra le cause che possono limitare il ricorso alla nuova misura monocratica si segnala l’ammontare del contributo unificato richiesto per l’iscrizione a ruolo, spesso eccessivo a fronte di gare con importi di entità ridotta. Il legislatore, infatti, ha fissato, per i ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture disciplinati dall’art. 23 bis, legge T.A.R. un contributo unificato indifferenziato di euro 2.000, pari a ben quattro volte l’importo richiesto in via generale per i ricorsi innanzi al giudice amministrativo. Ebbene l’impostazione sottesa a tale scelta potrebbe tradire possibili aspetti discriminatori e contrastare con il principio di effettività della tutela giurisdizionale. Di recente, la Corte Costituzionale ha affermato, sebbene con riferimento alla diversa tematica della *translatio iudicii* (sentenza 12 marzo 2007, n. 77) l’incompatibilità con i principi fondamentali dell’ordinamento di qualsivoglia limitazione dell’effettività della tutela giurisdizionale. La portata del principio sembra potersi estendere anche alla previsione di filtri di tipo economico come quello rappresentato dall’obbligo di pagamento del contributo unificato per intero e nella misura massima prevista, nel caso di ricorsi innanzi al giudice amministrativo in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture. Infatti, in tale ambito, la misura del contributo richiesto prescinde del tutto dalla rilevanza economica della questione, diversamente da quanto invece stabilito per la giustizia ordinaria, in cui il contributo unificato viene determinato in relazione al valore della controversia. Si impone dunque una radicale modifica dei criteri di imposizione del contributo unificato applicabile ai ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture, ed un drastico ridimensionamento della misura del contributo stesso in relazione alla misura cautelare monocratica prevista dal codice dei contratti pubblici, il cui utilizzo continuerebbe altrimenti ad essere scoraggiato.

<sup>79</sup> Il Presidente del T.A.R. Reggio Calabria ha accolto con decreto, ai sensi dell’art. 245, co. 3, l’istanza con cui uno dei soggetti partecipanti ad una gara pubblica d’appalto aveva chiesto un intervento cautelare al fine di evitare che la sua offerta potesse essere esclusa, ed ha sospeso il bando che ne aveva illegittimamente impedito la partecipazione. Preme notare che, nella specie, l’utilizzo della misura cautelare *ante causam* ha consentito di realizzare efficacemente quella funzione di “*primo filtro*”, inteso ad evitare l’indebito protrarsi di una condotta illegittima derivante da un vizio del bando di gara ed utile ad orientare la stazione appaltante per una corretta definizione della procedura di gara. Prima della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare, l’amministrazione ha infatti annullato il bando, ed il Tribunale, rilevato che l’interesse azionato in giudizio aveva ricevuto integrale soddisfazione, ha pertanto dichiarato la cessazione della materia del contendere (cfr. sentenza 27 aprile 2007, n. 324). Nella relazione di apertura dell’anno giudiziario del 6 marzo 2009 del Presidente del T.R.G.A. di Trento rileva che le richieste operate dai difensori dimostrano che il rimedio apprestato dall’art. 245 del codice dei contratti è funzionale ad una tutela effettiva delle parti da loro rappresentate.