

Carullo, Gherardo. 2010. «Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative». *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (2):553.

Appalti: il termine di ricorso fra incertezze interpretative e riforme legislative.

1. Premessa

Con la sentenza del 28 gennaio 2010 relativa al procedimento C-406/08, la Corte di Giustizia è intervenuta, ancora una volta¹, sul tema dei termini decadenziali in materia di ricorsi relativi all'aggiudicazione di appalti pubblici.

Sintetizzando i concetti chiave della decisione, la Corte ha essenzialmente fatto luce su tre questioni fondamentali. Ha chiarito quale sia il *dies a quo* per la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, indicando al tempo stesso quale sia l'interpretazione conforme al diritto comunitario da applicare, ed ha definito la portata e l'ampiezza dei poteri da riconoscere al giudice nazionale in sede di interpretazione.

Tali problematiche assumono oggi, nel nostro ordinamento, un carattere del tutto rinnovato: i principi espressi dalla Corte, infatti, anche se non del tutto nuovi, intervengono su aspetti oggetto di un articolato processo di riforma, in parte già attuato ed in parte in fase di adozione, che ridisegna profondamente l'intera materia dei ricorsi *de qua*².

Per meglio inquadrare le problematiche interne legate ai principi enunciati dalla Corte, risulta opportuno innanzitutto descrivere brevemente i tratti salienti della sentenza in commento.

In riferimento alla disposizione nazionale³ ai sensi della quale il ricorso in materia di aggiudicazione di appalti pubblici va proposto "senza indugio"⁴ e, in ogni caso, entro tre mesi dalla data in cui sono emersi i motivi per agire, a meno che la *High Court* ritenga che sussista un valido motivo per prorogare tale termine, il giudice inglese solleva tre questioni pregiudiziali sull'interpretazione delle norme comunitarie in materia.

In particolare, la *High Court of Justice* chiede con la prima domanda se si possa prevedere che il termine di ricorso decorra dal momento della violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, o se invece questo debba decorrere dal momento in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza, della violazione. Con la seconda domanda, il giudice d'oltremarica chiede, da un lato, se un'azione proposta nell'ambito di una procedura di ricorso possa essere respinta quando non sia stata presentata "senza indugio", e, dall'altro, come il giudice debba esercitare il proprio potere discrezionale in relazione all'eventuale concessione di una proroga del termine.

Normativa fondamentale per i ricorsi in materia di appalti pubblici è la Direttiva 89/665. L'art. 1, n. 1, richiede che gli Stati Membri predispongano strumenti atti a garantire ricorsi "efficaci e [...] quanto più rapidi possibile" avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici di appalti pubblici, qualora queste violino le relative norme comunitarie, o quelle nazionali di recepimento.

Affinché tali ricorsi possano dirsi efficaci, la Direttiva richiede altresì che siano previsti adeguati provvedimenti provvisori da adottare con la massima sollecitudine, al fine di impedire o riparare ai danni causati, e che sia comunque possibile annullare le decisioni illegittime. È infine necessario

¹ Si veda ad es. la sentenza del 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau* e a. (Racc. pag. I-11617), sull'ammissibilità, *ab origine*, di un termine decadenziale; la sentenza del 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2003, 3-4, 838, sulla possibilità di disapplicare le norme sulla decadenza per l'impugnazione del bando di gara.

² In particolare, tre importanti riforme sono in atto: la l. 69 del 2009 ed, in particolare, l'art. 32 che riforma, fra gli altri, la disciplina sulla pubblicazione dei bandi di gara; la tanto attesa riforma del rito sugli appalti, che sembra oggi nelle ultime fasi di approvazione a seguito del parere del Consiglio di Stato ed, infine, l'ancor più agognata riforma (e riordino) del processo amministrativo.

³ Art. 47, n. 7, lett. b), della normativa del 2006 in materia di appalti pubblici (*Public Contracts Regulations* 2006).

⁴ In inglese: *promptly*.

che si possa accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.

Assume rilievo in materia, inoltre, anche la Direttiva 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e di servizi. Ai sensi dell'art. 41, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad informare quanto prima possibile i candidati e gli offerenti delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione in un sistema dinamico di acquisizione (c.d. *e-procurement*), ivi compresi i relativi motivi.

In aggiunta a tali informazioni, su richiesta della parte interessata l'amministrazione deve poi comunicare, in un termine comunque non superiore a quindici giorni, ad ogni candidato o offerente escluso i motivi del rigetto, ed ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi relativi dell'offerta selezionata.

2. Il *dies a quo* per la decorrenza dei termini

Il primo problema da affrontare è quello relativo alla determinazione del *dies a quo* per la decorrenza dei termini decadenziali. Occorre infatti stabilire se il termine decorra dal momento della violazione della normativa in materia di aggiudicazione di appalti pubblici, o se, invece, questo debba decorrere dal momento in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza, di tale violazione. È evidente che la scelta per l'una o l'altra soluzione abbia decisivi risvolti pratici.

La soluzione deve sicuramente tener conto del principio di effettività⁵: infatti ciò che risulta di primaria importanza è dare attuazione in modo più puntuale possibile alle Direttive in materia di appalti⁶ ed ai principi ivi espressi, fornendo un'interpretazione delle norme quanto più rispondente alle esigenze di tutela e garanzia promosse dal legislatore comunitario.

Partendo da tali considerazioni, la Corte, nella sentenza in commento, riconosce che la mera comunicazione della mancata aggiudicazione non consente di proporre ricorso in modo efficace, ma che solo conoscendo i motivi dell'esclusione il candidato o l'offerente interessato può formarsi un'idea precisa in ordine all'eventuale esistenza di una violazione delle disposizioni in materia di appalti, al fine di decidere se proporre ricorso o meno.

Naturale conclusione di tale ragionamento è che il termine non possa certo decorrere da quando la violazione si è prodotta. Se così non fosse, e si volesse invece sostenere che il *dies a quo* debba essere ricondotto a tale momento, si potrebbe arrivare all'assurdo per il quale il soggetto leso incorrerebbe nei termini decadenziali ancor prima di aver avuto notizia delle ragioni che fondano la presunta illegittimità dell'affidamento, con un evidente lesione del principio di effettività posto dal legislatore comunitario⁷.

E così la Corte altro non poteva concludere se non che il termine per proporre il ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza, della violazione stessa.

Le argomentazioni della Corte trovano peraltro conforto anche nella Direttiva 2004/18/CE. Infatti l'esplicito obbligo di informare i soggetti esclusi posto a livello normativo accredita senz'altro l'orientamento secondo cui è essenziale conoscere i motivi della decisione al fine di valutarne in concreto il contenuto⁸.

Rimane il problema di come tali principi siano attuati nel nostro ordinamento.

La tutela delle posizioni giuridiche di cui trattasi è affidata alla cognizione esclusiva del giudice amministrativo⁹. Il rito previsto dal legislatore italiano è quello speciale ex art. 23-bis l. 1034/1971

⁵ Per le questioni relative all'effettività del diritto comunitario nel nostro ordinamento si veda N. LIPARI, *Il problema dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 03, 887.

⁶ In particolare la Direttiva 89/665, art. 1, n. 1, e la Direttiva 2004/18/CE, art. 41.

⁷ Argomentazioni del tutto simili erano già state formulate dall'Avvocato Generale Juliane Kokott con le sue conclusioni presentate il 13 marzo 2008 nella causa C-454/06 (paragrafi 169 e 171).

⁸ Occorre precisare tuttavia che la Direttiva in questione, pur essendo richiamata dalla Corte nella decisione a sostegno delle sue argomentazioni, non era in vigore al tempo dei fatti della causa di rinvio.

⁹ Art. 244 d.lgs. 163/2006. Secondo il modello di ripartizione delineato dalla giurisprudenza a partire da detta norma,

(l. TAR). Come noto tale rito prevede la dimidazione di tutti i termini processuali, “*salvo quelli per la proposizione del ricorso*”. Per quanto qui di interesse, ai sensi di tale norma risulta quindi, ad oggi, di 60 giorni il termine per la proposizione del ricorso in tema di appalti pubblici.

Resta dunque da verificare il momento a partire dal quale tale termine debba decorrere. Regola generale è che il termine per impugnare un atto ritenuto illegittimo decorra dal giorno in cui “*l’interessato ne abbia ricevuta la notifica, o ne abbia comunque avuta piena conoscenza [...]*”¹⁰. Parallelamente il Codice dei contratti pubblici, in attuazione di quanto previsto dalle normative comunitarie¹¹, dispone che l’amministrazione appaltante entro 5 giorni¹² dia comunicazione, anche d’ufficio, all’aggiudicatario ed ai candidati ammessi dell’aggiudicazione, ed ai candidati ed offerenti esclusi dell’esclusione. La comunicazione dei motivi, tuttavia, è disposta che avvenga, entro 15 giorni dalla ricezione della domanda, solo su richiesta scritta da parte dei soggetti interessati.

Dunque risulta necessario coordinare le previsioni della normativa italiana con la recente decisione della Corte: dal combinato disposto delle norme nazionali richiamate risulta infatti che il *dies a quo* per la proposizione del ricorso debba necessariamente decorre al massimo dal momento in cui gli interessati abbiano ricevuto la comunicazione (priva di motivazione) da parte dell’amministrazione¹³.

Alla luce della sentenza in commento tale applicazione della normativa italiana risulta senz’altro incompatibile con le Direttive comunitarie; e siffatta incompatibilità persiste anche laddove si voglia sostenere che la conoscenza dei motivi potrà poi fondare la presentazione di motivi aggiunti nel corso del procedimento¹⁴. La Corte, infatti, richiede che i motivi siano conosciuti prima della proposizione del ricorso, proprio al fine di decidere in radice se proporre o meno lo stesso, e non può ritenersi sufficiente, al fine di soddisfare il giudice comunitario, l’ammissibilità dei successivi motivi aggiunti.

Dunque, a parere di chi scrive, sarà necessario interpretare la disposizione nazionale nel senso che il termine ex art. 21 l. TAR decorra non dalla ricezione della mera comunicazione, ma dalla successiva, ed eventuale, comunicazione dei motivi¹⁵.

Si noti che, accogliendo tale interpretazione, si escluderebbe anche l’obbligatoria impugnazione dell’aggiudicazione provvisoria, non potendosi in tal caso riferire a tale momento il *dies a quo* in esame, come invece prospettato in passato da parte della giurisprudenza¹⁶.

Tuttavia la conclusione proposta, allo stato attuale della normativa, lascia aperto un problema di

attengono al g.a. tutte le questioni relative alla fase di affidamento, fino al momento della stipulazione del contratto. Con il perfezionamento di questo, invece, la successiva fase di esecuzione è di competenza del g.o., salvo che per quelle controversie che abbiano ad oggetto lo svolgimento della pubblica funzione. Sul punto si veda R. GAROFOLI, *La giurisdizione*, in AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008, vol. VI, pp. 3841 ss.

¹⁰ Ai fini di siffatta conoscenza si ritiene in giurisprudenza che siano applicabili i principi ex art. 1335 c.c., cfr. T.A.R. Napoli Campania sez. III, 26 maggio 2009, n. 2939, R.M. c. Reg. Campania e altro, in *Foro amm. TAR* 2009, 5, 1532.

¹¹ Art. 79 commi 1 e 2 del Codice, attuativi, in particolare, dell’art. 41, Direttiva 2004/18/CE.

¹² Tuttavia è termine considerato ordinatorio dalla giurisprudenza, cfr. T.A.R. Palermo Sicilia sez. I, 18 dicembre 2008, n. 1761, *Cons. A. c. Min. della p.i. ed altro*, in *Foro amm. TAR* 2008, 12, 3465.

¹³ La giurisprudenza maggioritaria è sicuramente orientata in tal senso, si veda Consiglio Stato sez. V, 10 marzo 2003, n. 1275, *Pallone c. Com. Colosimi e altro*, *Foro amm. CDS* 2003, 996; T.A.R. Roma Lazio sez. I, 08 luglio 2009, n. 6681, *Sai s.r.l. c. Min. dif. , A. s.r.l.* in *Foro amm. TAR* 2009, 7-8, 2116.

¹⁴ Cfr. Consiglio Stato sez. VI, 21 maggio 2007, n. 2541, *Soc. Seauto c. Prov. Cagliari e altro*, in Guida al diritto 2007, 24, 85.; Consiglio Stato sez. VI, 20 settembre 2002, n. 4780, *Conte c. Min. univ. e ricerca scientifica*, in *Foro amm. CDS* 2002, 2148.

¹⁵ Del resto anche la giurisprudenza italiana ha ammesso, ma non specificamente in materia di appalti, la necessità della motivazione, cfr. Consiglio Stato sez. VI, 08 febbraio 2007, n. 522, *F.A. s.a. e altro c. R.T.I. s.p.a., I. s.p.a. , C.S. T & T e altro*, in *Foro amm. CDS* 2007, 2, 602; Consiglio Stato sez. VI, 25 settembre 2002, n. 4879, *Soc. Fonte Cannelli c. Reg. Lazio*, in *Foro amm. CDS* 2002, 2159. In tema di appalti, invece, principio simile era già stato espresso, in relazione ai soggetti diversi dai diretti destinatari, dal Consiglio di Stato, che aveva escluso che per questi potesse valere la pubblicazione, essendo necessaria la piena conoscenza dell’atto (sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012, *Soc. Ecotecnica c. Com. Squinzano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 1421).

¹⁶ Cfr. T.A.R. Venezia Veneto sez. I, 27 ottobre 2008, n. 3294, *Soc. N. ed altro c. A.V.S. Alto Vicentino Servizi s.p.a. ed altro* in *Foro amm. TAR* 2008, 10, 2699.

non poco rilievo: quale sorte spetti al termine decadenziale in caso i motivi dell'aggiudicazione non vengano richiesti dall'interessato. Non potendosi certamente immaginare che in siffatto caso il termine resti sospeso indefinitamente, si potrebbe intendere la mancata richiesta dei motivi quale rinuncia al ricorso.

Tale soluzione, tuttavia, non elimina l'ulteriore problema sul *quandum* tale richiesta debba essere fatta. Nella struttura odierna della norma, infatti, è cura dell'interessato al ricorso la richiesta dei motivi (e ciò spiega peraltro il breve termine concesso all'amministrazione) ed in caso tale domanda non sia presentata, ciò va a scapito solo delle sue eventuali difese. Ma secondo l'interpretazione proposta, venendo meno l'onere tempistico sull'interessato, si rischia di vedere un uso dilatorio, e speculativo, della richiesta di motivazione.

Certamente una soluzione sarebbe, *ab origine*, la comunicazione contestuale dei motivi, ma non potendosi immaginare che, in mancanza di un obbligo a livello legislativo, tutte le stazioni appaltanti si conformino, resta necessario definire in modo esatto il termine entro il quale la richiesta debba essere presentata, al fine di rimuovere ogni incertezza al riguardo.

In assenza di una simile previsione, un ulteriore problema si profilerebbe poi nel caso in cui solo alcuni dei soggetti legittimati a richiedere i motivi della decisione presentino la relativa domanda. In tal caso, infatti, il termine, che oggi decorre per tutti dalla comunicazione, sarebbe sfalsato in maniera del tutto casuale da soggetto a soggetto.

La necessità di dare certezza al termine decadenziale *de qua* è determinata peraltro dalla stessa sentenza qui in esame. Infatti la Corte, nel dichiarare illegittima la previsione della norma inglese secondo cui l'impugnazione debba essere presentata "*senza indugio*", ha sottolineato come sia fondamentale, da parte degli Stati Membri, il rispetto del principio di certezza del diritto, attraverso la previsione di una "*disciplina in materia di termini sufficientemente precisa, chiara e comprensibile che permetta ai singoli di riconoscere i propri diritti e i propri doveri*"¹⁷.

Dunque, se il principio ora richiamato esige che sia chiaro quale sia il termine decadenziale per la proposizione del ricorso, risulta evidente che la situazione che si prospetta nel nostro ordinamento a seguito della pronuncia in commento non sia assolutamente conforme all'indirizzo della Corte.

La soluzione a tali problematiche, ad ogni modo, sembra essere in procinto di adozione¹⁸. La riforma del rito degli appalti, attuativo della c.d. Direttiva Ricorsi¹⁹, prevede infatti che la comunicazione sia motivata. Ma si tratta di una motivazione succinta, di contenuto minimo²⁰, che difficilmente potrà soddisfare il requisito posto dal legislatore comunitario, che richiede, invece, una motivazione completa.

In ogni caso, anche laddove si ritenga tale motivazione insufficiente al fine della proposizione del ricorso, la nuova norma prevede che la motivazione integrale debba comunque essere richiesta dagli interessati entro 10 giorni lavorativi dalla ricezione della comunicazione.

A parere di chi scrive, tuttavia, sarebbe opportuno eliminare la necessità della richiesta *in toto*, e disporre l'obbligo per la stazione appaltante di motivazione integrale con la prima comunicazione, al fine di eliminare ulteriori problemi applicativi. Se infatti si volesse far decorrere il termine per il ricorso dal giorno della successiva comunicazione della motivazione integrale, si porrebbe il problema di come interpretare il nuovo termine dilatorio tra aggiudicazione e stipulazione²¹. È

¹⁷ Punto 39 della sentenza.

¹⁸ Si allude allo schema di d.lgs. recante attuazione della Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 che modifica le Direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

¹⁹ Direttiva 2007/66/CE. Per un'analisi delle novità di maggior rilievo si veda G. GRECO, *La direttiva 2007/66/ce: illegittimità comunitaria, sorte del contratto ed effetti collaterali indotti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 05, 1029; ed anche E. M. BARBIERI, *Il processo amministrativo in materia di appalti e la direttiva comunitaria 11 dicembre 2007, n. 66/CE*, *ivi*, 2009, 3-4, 493.

²⁰ L'inconsistenza della motivazione prevista nella riforma è stata rilevata anche dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo di attuazione (Parere numero 00368/2010 del 01 febbraio 2010).

²¹ La Direttiva ricorsi richiede che sia fissato un termine dilatorio tra aggiudicazione e stipulazione in modo da rendere effettiva l'eventuale impugnazione (vittoriosa) della procedura di affidamento illegittima (v. art. 1, che inserisce, fra gli altri, l'art. 2-*bis* nella Direttiva 89/665/CEE).

infatti previsto nelle norme adottande che questo sia di 35 giorni dalla prima comunicazione, ma se nel frattempo il termine decadenziale per il ricorso non dovesse decorrere per la suddetta carenza di motivazione, si arriverebbe alla stipula quando ancora i termini utili per impugnare non siano scaduti, in chiara violazione delle norme comunitarie²².

Se è vero che la sentenza in esame si riferisce essenzialmente alle comunicazioni di cui sopra, è altrettanto vero che, ad ogni modo, oggetto di disciplina a livello comunitario non sono solo le impugnazioni di tali atti, ma di tutti quei provvedimenti relativi alla fase di aggiudicazione. Per completezza espositiva giova dunque aggiungere che, in estrema sintesi, è prevista a livello normativo la pubblicazione di tutti quegli atti del procedimento di aggiudicazione, a partire dal bando, che abbiano una qualche rilevanza esterna non meramente *uti singuli*. Dunque per tutti questi il termine decadenziale, ai sensi della normativa comunitaria e nazionale, decorre dalla pubblicazione.

In materia è intervenuta di recente la l. 69 del 2009 il cui art. 32 prevede che, oltre alle vigenti forme di pubblicazione, “*le amministrazioni e gli enti pubblici tenuti a pubblicare sulla stampa quotidiana atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica [...] provvedono altresì alla pubblicazione nei siti informatici*”. Al di là delle questioni interpretative che è facile immaginare sorgeranno circa i soggetti tenuti a tale obbligo, ciò che qui preme sottolineare è che nella vigenza del periodo transitorio²³ le amministrazioni e gli enti pubblici *de qua* dovranno di fatto assolvere a due distinte ed autonome forme di pubblicazione, quella cartacea e quella digitale.

Non v'è dubbio che la seconda sia estremamente più rapida della prima. E dunque, in caso di celere pubblicazione digitale, e (probabile) successiva pubblicazione cartacea, si potrebbe delineare un doppio termine di impugnazione. Due sono le alternative: ipotizzare che una sola pubblicazione sia sufficiente a far decorrere il termine, ma in tal caso non si spiegherebbe la *ratio* del periodo transitorio²⁴, oppure si dovrebbe concludere che si sia in presenza, transitoriamente, di una fattispecie di pubblicità a formazione progressiva. Ma convincendo poco la seconda, non resta che concludere che sia la prima soluzione a dover prevalere, a discapito della *ratio* soggiacente al periodo transitorio.

3. L'interpretazione della procedura nazionale

Se dunque la Direttiva va interpretata nel senso che il termine per proporre il ricorso decorra dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza, della violazione stessa, il giudice nazionale dovrà senz'altro uniformarsi a tale indirizzo, auspicabilmente nel senso sopra descritto.

Principio che permea l'intero sistema normativo comunitario, infatti, è quello secondo il quale le disposizioni di diritto interno che traspongono una direttiva devono essere interpretate dai giudici nazionali, per quanto possibile, alla luce del testo e dello scopo della Direttiva di riferimento²⁵.

Posto che le Direttive non definiscono, direttamente, le procedure di ricorso in giudizio, né disciplinano la materia relativa ai termini dello stesso, spetta agli Stati Membri definire tali aspetti. Unici requisiti che si richiede alla normativa nazionale di rispettare sono il principio di equivalenza ed il principio di effettività²⁶.

In base al primo le procedure poste a tutela di diritti riconosciuti dal diritto comunitario non

²² E si noti, peraltro, che per siffatta violazione, ricorrendo determinati requisiti, la Direttiva ricorsi prevede l'inefficacia del contratto (v. cit. art. 2-*quinqüies*). Sul punto si veda G. GRECO, *op. cit.* in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 05, 1029.

²³ Che, salvo probabili proroghe, durerà fino al 31 dicembre 2012, art. 32, comma 5, l. 69/2009.

²⁴ In tal caso, infatti, la pubblicazione cartacea avrebbe valore di mera pubblicità notizia.

²⁵ Cfr. sentenze 10 aprile 1984, causa C-14/83, *Von Colson e Kamann* (Racc. pag. 1891, punto 26); 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.* (Racc. pag. I-8835, punto 113), nonché 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact* (Racc. pag. I-2483, punto 98); con specifico riferimento alla direttiva 89/665/CEE v. altresì le sentenze *Santex* (punto 63) e *Lämmerzabl* (punto 62), cit. alla nota 15

²⁶ In dottrina sull'argomento si veda G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2008, 02, 505. In giurisprudenza si veda la sentenza del 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis* (Racc. pagina 4951, punto 34).

devono essere meno favorevoli di quelle previste per diritti simili conferiti dal diritto nazionale. Il principio dell'effettività richiede invece che le procedure nazionali non rendano virtualmente impossibile, o estremamente difficile, l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario.

Come risulta evidente, la valutazione circa l'equivalenza tra i procedimenti posti a tutela dei diritti riconosciuti dal diritto nazionale e quelli di derivazione comunitaria spetta ai giudici nazionali, essendo strettamente connessa con l'interpretazione del diritto interno²⁷.

In relazione a tali principi, se la stretta interpretazione del *dies a quo* può non presentare (relativamente) eccessivi problemi, questione più complessa si presenta in rapporto all'estensione del termine stesso.

Ad oggi, il termine di 60 giorni di certo non può presentare problemi²⁸, ma il legislatore, con la già menzionata riforma, intende portare a 30 i giorni per la proposizione del ricorso in tema di appalti. Siffatto termine va valutato in relazione ai due principi sopra richiamati.

Circa l'effettività non si pongono problemi in rapporto al diritto comunitario, posto che ben più brevi termini sono già stati vagliati positivamente dalla Corte²⁹. Problemi, tuttavia, si possono porre in relazione al secondo principio, quello dell'equivalenza. Il termine ordinario per il ricorso è infatti di 60 giorni, e neppure il rito speciale ex art. 23-*bis* ne riduce la portata, proprio per permettere al ricorrente di preparare con la sufficiente cura le proprie argomentazioni. Al contrario, termini più brevi sono previsti per giudizi di complessità e rilevanza del tutto secondarie, come, ad es., il rito sull'accesso³⁰.

Dunque, posto che sicuramente non si possono dire simili un ricorso in tema di appalti (le cui complessità sono fin troppo ovvie) ed un ricorso per diniego di accesso, vi sono più che fondati motivi per ritenere che un termine come quello previsto dall'imminente riforma sollevi decisivi dubbi di legittimità sotto un profilo comunitario.

Ad ogni modo tali questioni, posta la natura ancora non definitiva delle riforme in esame, risultano eccessivamente speculative per una più approfondita analisi, basti quindi aggiungere che, in caso la riforma segua il corso oggi delineato, saranno non poche e non indifferenti le problematiche da affrontare.

4. Profili applicativi

Ultima questione da affrontare riguarda l'estensione dei poteri da riconoscere al giudice nell'interpretazione del diritto interno. La Corte ha espressamente riconosciuto che il giudice debba "*prorogare il termine di ricorso, esercitando il proprio potere discrezionale*" in modo da garantire un termine conforme a quello risultante dall'applicazione dei principi enunciati dalla Corte. Qualora poi le disposizioni nazionali "*non si dovessero prestare ad un'interpretazione conforme alla direttiva 89/665, il giudice nazionale sarebbe tenuto a disapplicarle al fine di applicare integralmente il diritto comunitario e di proteggere i diritti che questo attribuisce ai singoli*"³¹.

Dunque il giudice nazionale, lungi dal poter dichiarare irricevibile un ricorso per decadenza, calcolata sulla base dei parametri sino ad oggi applicati (i.e. decorrenza del termine dalla comunicazione), dovrebbe, immediatamente e senza l'esigenza di un intervento del legislatore, rimodellare la disciplina vigente in conformità al diritto comunitario.

Come già rilevato, tuttavia, allo stato attuale della normativa rimarrebbe indeterminato nel *quandum* il termine massimo per la proposizione del ricorso, non essendo prevista alcuna decadenza per la richiesta dei motivi a seguito della prima comunicazione. In linea di principio, dunque, a seguito di eccezione di decadenza da parte dei controinteressati il giudice, lungi dal

²⁷ Su tale principio si vedano le conclusioni presentate l'8 novembre 2001 dell'Avvocato Generale Alber nella causa C-470/99 (paragrafo 72) [solo in lingua inglese].

²⁸ Ed infatti è stato considerato "ragionevole" dalla Corte di Giustizia, cfr. sentenza *Santex*, punto 54.

²⁹ Ad esempio un termine di due settimane è stato dichiarato legittimo, cfr. sentenza del 12 dicembre 2002, causa C-470/99 (Racc. pagina 11617).

³⁰ Il cui termine decadenziale è di 30 giorni ai sensi dell'art. 25 della l. 241/1990.

³¹ Punto 50 della sentenza in commento.

poterla accogliere qualora il termine di 60 giorni risulti rispettato calcolandolo dalla ricezione dei motivi, dovrebbe dichiarare il ricorso ammissibile.

Tale conclusione non pare essere messa in dubbio dall'uso del termine "*discrezionalità*" da parte della Corte. Con ciò, infatti, non può certo intendersi che il giudice possa discrezionalmente valutare il termine decadenziale secondo l'interpretazione comunitaria o nazionale a seconda dei casi, ma, all'opposto, va letta nel senso che egli dovrà sempre applicare il termine come risultante dall'indirizzo della Corte, e la discrezionalità riconosciutagli nell'esercizio della funzione sarà semplicemente lo strumento da utilizzare per giungere a tale risultato.

Tale lettura potrebbe far concludere che l'istituto applicabile in tali casi sia la rimessione in termini per errore scusabile. Ma a ben vedere nel caso in esame si versa nella situazione esattamente opposta da quella per la quale la giurisprudenza ha elaborato tale istituto. L'errore scusabile, infatti, è "*applicabile nel processo amministrativo in tutte le occasioni in cui [...] l'applicazione "stricto iure" di forme processuali rappresenti, secondo discrezionale [...] valutazione del giudice, una barriera troppo severa all'esame del merito dei ricorsi*"³². Dunque si ha errore scusabile qualora la parte, per difficoltà interpretative dipendenti da obiettive ragioni³³, sia incorsa in un errore circa i termini processuali. Nel caso in esame, all'opposto, l'applicazione della sentenza della Corte determina "un'estensione" del termine previgente, e dunque la parte dovrà essere ritenuta nei termini non in forza di un errore scusabile, ma *ex lege*, dalla lettura conforme al diritto comunitario dei termini processuali nazionali, ed al giudice non potrà essere riconosciuta alcuna discrezionalità sul punto.

Più dubbia, invece, risulta essere la soluzione del caso in cui il ricorso sia presentato oltre i 60 giorni dalla ricezione della comunicazione, ma senza che nel frattempo siano stati comunicati i motivi. Ciò potrebbe derivare da tre ordini di situazioni: la richiesta dei motivi non sia mai stata effettuata, la domanda sia stata presentata tardivamente (secondo i criteri tradizionali), la richiesta sia stata presentata tempestivamente (secondo i consueti canoni), ma vi sia inerzia da parte dell'amministrazione.

Se negli ultimi due casi pare certo che, alla luce della sentenza della Corte, si debba considerare il ricorso ricevibile, nel primo caso, ad avviso di chi scrive, si dovrebbe dichiarare la decadenza della parte. Qualora i motivi non siano chiesti, infatti, e non vi sia l'intenzione di chiederli, il termine del ricorso non può rimanere indefinitamente sospeso, e la mancata domanda dovrebbe essere intesa quale rinuncia implicita ai motivi e, di conseguenza, all'estensione del termine decadenziale richiesta dai giudici comunitari.

5. Conclusioni

Se si può sicuramente plaudere allo sforzo del legislatore di (finalmente) mettere ordine nella complessa rete normativa che caratterizza, ancora oggi, la giustizia amministrativa³⁴, non si può comunque tacere sulle problematiche che, ancor prima dell'adozione del testo finale attuativo della Direttiva ricorsi, già emergono.

Del resto anche il Consiglio di Stato, chiamato dalla legge delega ad emettere un parere sul decreto di attuazione, ha rilevato alcune criticità che meriterebbero maggiore attenzione. Fra queste, come prevedibile, anche i termini per l'impugnazione e la determinazione del *dies a quo* per la decorrenza del termine stesso.

Le correzioni proposte da Palazzo Spada, tuttavia, non sono pienamente condivisibili. Infatti, invece di rimuovere, come sopra suggerito, ogni necessità di motivazione, il Consiglio di Stato

³² Questa la definizione rinvenibile in giurisprudenza, cfr. T.A.R. Lazio sez. III, 15 febbraio 1982, n. 149, *Grossi e altro c. Min. pubblica istruzione e altro*, in *Foro Amm.* 1982, I, 78.

³³ La giurisprudenza ha riconosciuto l'errore scusabile per varie fattispecie, tra le quali anche l'esistenza di contrasti giurisprudenziali, si veda, fra i tanti, Consiglio Stato sez. IV, 27 novembre 2008, n. 5860, *S. c. Min. dif.*, in *Foro amm. CDS* 2008, 11, 3016; T.A.R. Napoli Campania sez. I, 24 novembre 2005, n. 19537, *Soc. Europrogetti c. Arpa Campania e altro*, in *Foro amm. TAR* 2005, 11, 3690.

³⁴ Come già accennato, infatti, parallelamente alla riforma del rito sugli appalti è in fase di approvazione la riforma dell'intero processo amministrativo.

suggerisce piuttosto di chiarire in modo più efficace le modalità di richiesta della motivazione integrale, in una fase successiva alla prima comunicazione³⁵. Ma alla luce delle argomentazioni sopra esposte tale soluzione non risulta del tutto convincente.

A tali osservazioni si aggiungono i dubbi sull'opportunità di un rito speciale ulteriore per gli appalti. La riforma, infatti, sottraendo la materia *de qua* dalla portata del 23-bis³⁶, la affida ad un rito speciale cucito su misura.

Ma le ragioni che fondano tale specialità non paiono essere delle più opportune. Come argomentato da autorevole dottrina³⁷, infatti, la specialità “*deve avere a fondamento giustificazioni trasparenti e non deve produrre effetti discriminatori [e] va sempre valutata nella logica del ‘ processo’, e non in quella degli istituti sostanziali*”. Si argomenta, dunque, che le ragioni della specialità non dovrebbero trovare fondamento nella necessità di dare soluzione, per determinate materie ritenute “più meritevoli”, al problema dei tempi dei processi. Ma nel caso del rito degli appalti, anche se materia che potrebbe in linea di principio giustificare previsioni speciali, la

r
i
f
o
r
m
a

i
n

a
t
t
o

s
e
m
b
r
a

p
i
ù

i
s
p
i
r
a
t
a

³⁵ Parere *cit.*.

³⁶ Che peraltro è oggetto esso stesso di riforma nell'ambito della complessiva riforma del processo amministrativo.

³⁷ A. TRAVI, *I termini del processo amministrativo e i riti speciali*, Relazione svolta al Convegno “*La codificazione del processo amministrativo nel terzo millennio*” - Roma, Consiglio di Stato, 20 maggio 2008.

s
i
g
e