

Newsletter* 5/2017

IN EVIDENZA

CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, art. 205 c.6-bis

L'art. 120, comma 1, lett. b) del decreto correttivo (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) ha introdotto il comma 6 bis all'art. 205 del Codice degli Appalti, disciplinante l'accordo bonario per i lavori.

In particolare, il citato comma 6-bis introduce un **termine decadenziale** per l'appaltatore per agire dinanzi al giudice ordinario al fine di far valere le riserve iscritte e non risolte tramite la procedura di accordo bonario.

Il termine imposto dal predetto nuovo comma è di 60 giorni a decorrere dall'eventuale rifiuto della proposta di accordo bonario trasmessa dal RUP al dirigente competente della Stazione Appaltante e all'impresa, ovvero successivamente all'inutile decorso del termine di 45 giorni previsto dalla medesima norma per accettare la proposta.

In sostanza, il legislatore ha introdotto nuovamente un termine decadenziale, già previsto nella precedente legislazione agli artt. 32 e 33 del DD.MM.LL.PP. 145/2000, poi abrogato con l'entrata in vigore del regolamento di attuazione di cui al D.P.R. 207/2010.

NOVITA' GIURISPRUDENZIALI

Tar Lazio, sez. III, 9 maggio 2017, n. 5545, sul ricorso redatto in doppio originale, uno cartaceo e l'altro digitale – sul termine per impugnare l'ammissione di altro concorrente se è mancata la pubblicità sul profilo del committente o la comunicazione individuale

Ha chiarito il Tar che la redazione digitale e la sottoscrizione con firma digitale dell'atto di parte siano requisiti funzionali al solo deposito, restando pur sempre possibile, ai fini della notifica cartacea, la formazione di un distinto originale analogico; ciò in base a quanto previsto dallo stesso art. 136 c.p.a., che prevede, da un lato, la sottoscrizione digitale e non anche la redazione digitale (comma 2 bis), e,

dall'altro, che si possa trarre copia informatica dell'originale analogico. Ha aggiunto il Tribunale che la tematica in esame si atteggia in maniera peculiare rispetto alle notifiche cartacee, per le quali si offrono, in concreto, due soluzioni: a) formazione dell'originale informatico, con estrazione di copia analogica, autenticata dall'avvocato, ai fini della notifica cartacea; b) formazione di due distinti originali, uno analogico, ai fini della notifica cartacea, ed uno informatico, per le eventuali, parallele notifiche a mezzo Pec, o, comunque, ai fini del deposito telematico (ipotesi concretizzatasi nella specie). Quest'ultima opzione si espone al rilievo critico per cui, in caso di procura sottoscritta dalla parte con firma digitale, la stessa non potrebbe essere esposta con l'originale analogico e viceversa. In ogni caso entrambe le modalità seguite nella pratica e dianzi illustrate possono essere considerate efficaci, nell'ottica del raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c., qui consistente nel portare l'atto difensivo, nella sua piena leggibilità, a conoscenza della controparte e del Collegio, a condizione che si realizzino la certezza in ordine: alla paternità dell'atto, alla data di sottoscrizione e alla trasmissione dell'atto stesso, senza che, dunque, possa essere invocata alcuna concreta violazione del diritto di difesa e nel pieno rispetto del contraddittorio.

Secondo la più recente giurisprudenza sia civile che amministrativa (Cass. civ., S.U., 18 aprile 2016, n. 7665; Cons. St. 4 aprile 2017, n. 1541) il rilievo di vizi fondati sulla pretesa violazione di norme di rito non è volto a tutelare l'interesse all'astratta regolarità del processo ma a garantire l'eliminazione del pregiudizio subito dal diritto di difesa della parte in conseguenza della rilevata violazione, in tutti i casi in cui tale pregiudizio non esiste, debba ritenersi conseguentemente esclusa la possibilità di sollevare eccezioni d'ufficio o comunque, pure su istanza di parte, dare rilievo a qualsivoglia eccezione (afferente o meno alle regole PAT) laddove l'atto abbia raggiunto comunque il suo scopo.

Ha poi chiarito il Tar che lo specifico riferimento ad un *dies a quo* eccezionalmente riferito ad una pubblicazione sul profilo del committente e non ad una comunicazione individuale, pubblicazione peraltro doverosa, induce l'impresa interessata ad un legittimo affidamento circa la data a partire dalla quale, soltanto, potrà decorrere il termine per impugnare l'ammissione di altra concorrente. Di regola, pertanto, è alla predetta data di pubblicazione che si riferisce il *dies a quo*.

Ad avviso del Tar la pubblicazione sembra poter trovare un momento cognitivo equivalente, ai fini della decorrenza del termine impugnatorio, soltanto in una comunicazione o notificazione individuale del provvedimento, purché completa di ogni elemento utile a farne apprezzare la lesività da parte di un operatore di normale diligenza.

Consiglio di Stato, Sez. V, 9 maggio 2017 n. 2119, sulla dimidiazione del termine per ricorrere

Secondo l'arresto segnalato, la dimidiazione del termine deve ritenersi applicabile a tutti gli atti che concernono le procedure di affidamento dei contratti pubblici, ivi compresi quelli che intervengono nell'eventuale fase di sostituzione del contraente, disciplinata dall'art. 116 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (atti in relazione ai quali, si

legge in sentenza, “*ricorre quell’esigenza di certezza delle situazioni giuridiche e di celere definizione delle controversie che è alla base del dimezzamento dei termini per impugnare*”).

Nello specifico, la pronuncia in commento ha statuito che anche il diniego di autorizzazione al subentro nel contratto di appalto, espresso dall’amministrazione appaltante ai sensi dell’art. 116 del citato decreto legislativo, deve essere impugnato nel termine breve di 30 giorni.

Il Giudice Amministrativo ha motivato la propria decisione evidenziando che l’art. 120, comma 5, del Codice del Processo Amministrativo, che impone il termine di 30 giorni per ricorrere, non è riferito unicamente all’impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ma riguarda, invero, tutti gli atti attinenti alla procedura di affidamento.

Consiglio di Stato, Sez. V, 27 marzo 2017 n. 1364, sulla natura del danno da mancata aggiudicazione e sulle differenze tra la responsabilità da mancata aggiudicazione e la responsabilità precontrattuale della P.A.

Il Supremo Consesso ha chiarito che, come affermato dalla Corte di giustizia dell’Unione Europea nella sentenza del 30.9.2010, C-314/09, “*la responsabilità da mancata aggiudicazione è infatti riconducibile al paradigma generale dell’illecito extracontrattuale previsto dall’art. 2043 cod. civ., in cui si inquadra la complessiva tematica del risarcimento dei danni da illegittimità provvedimento amministrativo, con l’unico temperamento derivante dal fatto che nella materia in questione non occorre fornire la prova dell’elemento soggettivo*”

Secondo quanto statuito dal Consiglio di Stato, la responsabilità precontrattuale è, invece, quella forma di soggezione alle conseguenze sancite dall’art. 1337 cod. civ. inerenti a condotte contrarie ai canoni di buona fede e correttezza (art. 1175 cod. civ.) nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto.

Tale tipologia di responsabilità prescinde dall’accertamento di un’illegittimità provvedimento amministrativo, atteso che i presupposti della *culpa in contrahendo* consistono nell’affidamento ingenerato dal comportamento della Stazione Appaltante sull’esito positivo della procedura e nell’assenza di una giusta causa per l’inattesa interruzione delle trattative.

Ulteriori differenze sussistono tra le due forme di responsabilità in relazione ai danni risarcibili. Ed infatti, mentre i danni da mancata aggiudicazione sono parametrati al c.d. “interesse positivo” e consistono nell’utile netto ritraibile dal contratto, nonché nei pregiudizi all’immagine commerciale della società ingiustamente privata di una commessa pubblica, nel caso di responsabilità precontrattuale i danni sono limitati all’interesse negativo ravvisabile nel caso delle procedure ad evidenza pubblica, nelle spese inutilmente sopportate per parteciparvi e nella perdita di occasioni di guadagno alternative.

I Giudici di Palazzo Spada sono pervenuti alla conclusione che: “*Affinché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che le trattative*

siano giunte ad uno stadio avanzato ed idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che, inoltre, la controparte pubblica cui si addebita la responsabilità le abbia interrotte senza un giustificato motivo; e infine che pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto" (Cons. Stato, III, 15.4.2016, n. 1532).

Da ultimo, sul danno da mancata aggiudicazione si veda Cons. Stato, Ad. Plen., 12.5.2017, n. 2.

* In collaborazione con lo con lo Studio Cancrini & Partners