

BREVI NOTE SULL'APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 119 E 120 C.P.A.

L'art. 119 regola il rito abbreviato comune a determinate materie.

Tra queste vi sono anche le procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, fatto salvo quanto previsto dagli artt. 120 e seguenti.

Per queste procedure si applica, quindi, il combinato disposto degli artt. 119 e 120.

Occorre subito chiarire un aspetto importante e cioè se i giudizi risarcitori connessi con le materie elencate all'art. 119 rientrano o meno nei riti abbreviati.

Già in precedenza l'Adunanza plenaria (cfr. 30 luglio 2007, n. 9) aveva precisato che nell'art. 23 bis non rientrano i giudizi risarcitori, posto che la norma in questione, riguardando il rito abbreviato, è di stretta interpretazione. Il C.p.a. non ha innovato sul punto.

Vi è il problema se con un unico ricorso si propongono domande in parte riguardanti il rito ordinario ed in parte il rito abbreviato.

L'art. 32, che dovrebbe fornire la soluzione, contiene un refuso, in quanto fa riferimento a Capi inesistenti del Titolo V.

In realtà, il riferimento è proprio al Titolo V, che riguarda appunto i riti nei casi elencati agli artt. 119 e 120.

Per quanto riguarda l'art. 119, partiamo dalla disciplina in materia di notificazione del ricorso, dei motivi aggiunti e del ricorso incidentale.

Per tutte le materie elencate dall'art. 119 – tranne per gli appalti-impugnativa si propone sempre in 60 giorni (cfr. art. 29 c.p.a.).

Solo per gli appalti il termine è di 30 giorni.

Tutti gli altri termini processuali sono dimezzati.

Fatta eccezione per la proposizione del ricorso - che come si è detto, è rispettivamente di 60 e di 30 giorni- tutte le altre scadenze sono uguali per tutte le materie previste dall'art. 119, ivi compresi gli appalti.

A titolo esemplificativo si riportano i seguenti termini:

- 1) Il termine di deposito del ricorso (30 giorni ai sensi dell'art. 45) diventa di 15 giorni.
- 2) Il termine di costituzione delle parti intimato e di deposito del provvedimento impugnato (60 giorni decorrente dalla relativa notifica ai sensi dell'art. 46) diventa di 30 giorni;
- 3) La trasposizione del ricorso straordinario (60 giorni dal ricevimento dell'atto di opposizione ai sensi dell'art. 48) diventa di 30 giorni.
- 4) L'intervento volontario (ai sensi dell'art. 50 fino a 30 giorni prima dell'udienza) diventa di 15 giorni.
- 5) La fissazione dell'udienza, che deve essere chiesta entro 1 anno dal deposito del ricorso o dalla cancellazione dal ruolo (cfr. art. 71) diventa di 6 mesi.
- 6) Il decreto di fissazione di udienza, che deve essere comunicato 60 giorni prima dell'udienza (cfr. art. 71), diventa di 30 giorni.
- 7) Il termine di deposito dei documenti, che è di 40 giorni liberi prima dell'udienza (cfr. art. 73), diventa di 20 giorni.
- 8) Il termine di deposito delle memorie e delle note di replica, che è rispettivamente di 30 e 20 giorni liberi prima dell'udienza (cfr. art. 73), diventa di 15 e 10 giorni.
- 9) Il termine per l'appello, la revocazione, l'opposizione di terzo ed il ricorso in cassazione per motivi inerenti la giurisdizione, che è di 60 giorni dalla notificazione della sentenza e di 6 mesi dalla

pubblicazione della sentenza (cfr. art. 82), diventa rispettivamente di 30 giorni e di 3 mesi.

- 10) Il termine per il deposito delle impugnazioni, che è di 30 giorni dall'ultima notificazione (cfr. art. 84), diventa di 15 giorni.
- 11) Il termine per l'impugnazione incidentale, che è di 60 giorni dalla notifica della sentenza o dalla notifica della impugnazione principale (cfr. art. 86) diventa di 30 giorni. Cambia il termine di deposito: se si tratta di impugnazione ex art. 333 c.p.c. il termine è di 15 giorni (dimezzato rispetto a 30 giorni); se si tratta di impugnazione ex art. 334 c.p.c. il termine è di 5 giorni (dimezzato rispetto a 10 giorni).
- 12) I termini per la fissazione dell'udienza cautelare, previsti rispettivamente in 20 giorni dalla notifica del ricorso e 10 giorni dopo il deposito del ricorso (cfr art. 55) diventano rispettivamente di 10 e 5 giorni. Le parti possono depositare memorie e documenti fino ad un giorno libero prima della camera di consiglio (2 giorni per i termini ordinari).
- 13) L'appello dell'ordinanza cautelare si deve proporre entro il termine di 30 giorni dalla notifica dell'ordinanza e 60 giorni dalla pubblicazione della stessa ed è sempre uguale sia per i riti ordinari che abbreviati (in sintesi, è l'unico termine che non viene dimezzato).

Anche nei riti abbreviati si applica quanto previsto dall'art. 60 in ordine alla definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare.

La definizione può avvenire purché siano trascorsi almeno 10 giorni dalla ultima notificazione del ricorso (20 giorni nei riti ordinari).

Se il Collegio non ritiene di poter definire il merito e se ritiene che sussistano sia il fumus che il periculum in mora, fissa con ordinanza la data

di discussione alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di 30 giorni dalla data di deposito dell'ordinanza (analogamente a quanto era già previsto dall'art. 23 bis).

Bisogna subito evidenziare la differenza con quanto previsto dall'art. 55, 10° e 11° comma per il processo cautelare nei riti ordinari.

Sia nel caso di accoglimento dell'istanza cautelare, sia nel caso in cui il Collegio ritenga che vi sia il fumus ma non il periculum, deve essere fissata la data di udienza di discussione, senza però alcun limite massimo (e cioè i 30 giorni dell'art. 119, comma 3).

Ritornando all'art. 119, se è il Consiglio di Stato a ritenere sussistenti il fumus ed il periculum in mora, la fissazione dell'udienza, sempre nel termine di 30 giorni dal ricevimento dell'ordinanza, sarà disposta dal TAR.

A diversità di quanto previsto dall'art. 23 bis, non è più sancito che i documenti e le memorie vengano depositate rispettivamente nei 15 e 10 giorni successivi dopo il ricevimento dell'ordinanza.

Conseguentemente si applicano i termini previsti per i riti abbreviati: 20 giorni liberi per i documenti, 15 giorni per le memorie, e 10 giorni per le note di replica.

E' importante sottolineare che il dispositivo è pubblicato solo quando almeno una delle parti ne fa richiesta nell'udienza di discussione e ciò deve essere attestato nel verbale d'udienza.

Si può chiedere la sospensione dell'esecutività del dispositivo, proponendo appello entro 30 giorni dalla pubblicazione, facendo riserva dei motivi d'appello che devono essere proposti entro 30 giorni dalla notifica della sentenza ovvero tre mesi dalla sua pubblicazione.

Se non è richiesta la sospensione del dispositivo, ciò non preclude la richiesta di sospensione della sentenza.

Sono dell'avviso che anche in caso di rigetto dell'istanza di sospensione avverso il dispositivo, sia possibile riproporre l'istanza cautelare avverso la successiva sentenza.

Ciò che emerge subito dalla lettura della legge è che non è disciplinata la procedura da seguire per la sospensione del dispositivo.

Ritengo, peraltro, che siano applicabili quanto meno le misure monocratiche ai sensi dell'art. 56 e parte della procedura prevista dall'art. 55, laddove compatibile, altrimenti ci sarebbe un vuoto normativo.

Non si applicano le misure cautelari ante causam (che comunque non si applicano mai in appello).

L'art. 119 stabilisce, infine, (comma 7) che le disposizioni in esso contenute si applicano anche nei giudizi di impugnazione (e cioè le disposizioni relative ai termini dimezzati, alla fissazione dell'udienza nei 30 giorni successivi dalla pubblicazione del dispositivo).

Veniamo ora alle disposizioni specifiche in materia di appalti.

Innanzitutto è possibile constatare che la dizione contenuta sia nell'art. 119, 1° comma, lett. a), sia nell'art. 120, 1° comma è più sintetica di quella che era contenuta nell'art. 245 del Codice dei contratti, introdotto dal D.lgs. n. 53/2010 di attuazione della Direttiva ricorsi.

L'art. 245 richiamava a sua volta l'art. 244 che definiva l'ambito della giurisdizione esclusiva.

In sintesi, tutta la nuova disciplina in materia di appalti riguardava tutte le controversie rientranti nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 244 del codice dei contratti, ivi compresa la scelta del socio separata dall'affidamento ed i giudizi risarcitori.

Ora questi due profili non sono più elencati agli artt. 119 e 120, di talchè deve ritenersi che per essi si applichi il rito ordinario.

Le uniche richieste “risarcitorie” rientranti nei riti abbreviati sono quelle previste dagli artt. 121, 122, 123 e 124.

Vi è inoltre un'altra differenza rispetto a quanto era previsto nell'art. 23 bis.

In quest'ultima norma si faceva riferimento ai servizi pubblici, mentre sia l'art. 119 che l'art. 120 parlano solo di servizi e non più di servizi pubblici.

Sono peraltro dell'avviso che anche le procedure di affidamento dei servizi pubblici rientrano nel novero dei riti abbreviati, siano essi appalti o concessioni.

Un'altra novità è che tutti gli atti citati nell'art. 120, 1° comma, possono essere impugnati solo con ricorso al TAR e non è ammesso il ricorso straordinario.

Non solo.

Tutti gli atti facenti parte della medesima procedura di gara, ivi compresi gli atti della Autorità indipendenti, devono (e non possono) essere impugnati con motivi aggiunti.

Il termine per impugnare gli atti citati sia con ricorso che con motivi aggiunti è di trenta giorni.

Vi è però un'evidente svista, in quanto non viene citato il ricorso incidentale, anche se sono dell'avviso che anche quest'ultimo sia soggetto al termine di 30 giorni e non di 60 giorni per i ricorsi incidentali previsti per i riti ordinari.

Per i bandi autonomamente lesivi il termine decorre dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana (e non

GUCE, si badi bene), per l'aggiudicazione definitiva dalla ricezione della comunicazione ai sensi dell'art. 79 del D.lgs. n. 163/2006, mentre in ogni altro caso dalla conoscenza dell'atto.

Solo nel caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura di Stato, il ricorso è notificato non solo all'Avvocatura ma anche alla sede reale, non prima della notifica all'Avvocatura, al fine dell'operatività obbligatoria del termine di sospensione della stipulazione del contratto (cd standstill previsto dall'art. 11, comma 10 ter del Codice dei contratti e non riprodotto nel c.p.a.).

Lo standstill scatta solo se il ricorso è corredato di istanza cautelare.

Bisogna ricordare che lo standstill cessa se entro 20 giorni dalla ricezione della notifica non vi è una pronuncia cautelare o non è pubblicato il dispositivo.

Lo standstill cessa comunque, anche prima dei 20 giorni, se il giudice, in sede di esame della domanda cautelare, si dichiara incompetente oppure fissa con ordinanza la data di discussione senza concedere le misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'esame immediato dell'istanza cautelare.

E' evidente che l'operatività dello standstill rende inutili o quantomeno meno necessarie le misure cautelari monocratiche (quelle ante causam, invece, possono avere un ruolo in quanto si possono presentare prima della notifica del ricorso, mentre lo standstill scatta solo con la notifica del ricorso corredato di istanza cautelare).

Per quanto riguarda la fissazione dell'udienza, qualora il giudizio non sia definito già in sede cautelare, vi sono due modalità:

- quella dell'art. 119, comma 3 (e cioè la fissazione dopo 30 giorni quando si rileva la sussistenza del fumus e del periculum)
- oppure quella prevista dall'art. 120, comma 6, che parla di immediata fissazione con assoluta priorità e quindi di una prevalenza su tutte le cause. Si badi bene che ciò prescinde dall'accoglimento dell'istanza cautelare o dal fatto che vi sia solo fumus.

L'art. 120, comma 8 prevede che il giudice decida interinalmente sulla domanda cautelare, anche se deve ordinare adempimenti istruttori, concedere termini a difesa o sollevare incidenti processuali.

Ciò è importante in quanto si può così evitare che lo standstill perda operatività in caso di rinvii strumentali dell'udienza cautelare.

In ogni caso si può sempre ricorrere alle misure cautelari monocratiche o ante causam.

Il dispositivo, a diversità nei riti abbreviati ex art. 119, è sempre pubblicato entro 7 giorni e non deve essere richiesto da almeno una delle parti.

Tutti gli atti, sia dei difensori che del giudice, devono essere sintetici e la sentenza redatta, ordinariamente, nella forma dell'art. 74 e cioè in forma semplificata.

Per i giudizi di appello avverso l'ordinanza cautelare o la sentenza o negli altri giudizi di impugnazione, si applicano i commi 3 (e cioè il richiamo alla procedura prevista dall'art. 119), 6 (fissazione con assoluta priorità), 8 (giudizio interinale sulla domanda cautelare) e 10 (sinteticità degli atti e della sentenza).

Vediamo quali commi non si applicano dell'art. 120 ai giudizi di impugnazione.

I primi due commi è logico, in quanto riguardano gli atti da impugnare con il ricorso di primo grado ed i termini per impugnare in caso di mancata pubblicazione del bando.

Il quarto comma riguarda lo standstill che opera solo con il ricorso di primo grado.

Il quinto comma riguarda sempre i termini da osservare nel ricorso di primo grado.

Il settimo comma riguarda i motivi aggiunti e cioè attiene sempre al primo grado; in realtà l'art. 104, 3° comma del c.p.a. prevede la possibilità di proporre motivi aggiunti quando si venga a conoscenza di documenti non prodotti nel giudizio di primo grado.

Il nono comma riguarda il dispositivo: quindi vuol dire che in primo grado non deve essere chiesto ma è automatico, mentre in secondo grado deve essere sempre chiesto espressamente.

Occorre poi ricordare altre due disposizioni contenute nel codice dei contratti che influiscono sulla disciplina processuale e cioè l'art. 243 bis sull'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso e l'art. 79, 5° comma quater sull'accesso nei 10 giorni successivi all'invio della comunicazione ex art. 79.

Avv. Daniela Anselmi