



Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

*Studio comparato della disciplina in
tema di contenzioso sugli appalti
pubblici nei principali Paesi Europei*

Diritto dei contratti pubblici in Francia

di *Giovanni Tulumello*

1. Il diritto sostanziale (breve inquadramento).

La normativa francese sui contratti pubblici è attualmente compendiata nel “*Code de la commande publique*”, entrato in vigore il 1° aprile 2019.¹

Tale testo normativo disciplina l'intera “vita” del contratto, dalla sua formazione alla sua esecuzione, regolando altresì i meccanismi relativi alla risoluzione alternativa delle controversie al fine di incoraggiare gli attori ad adottare un approccio rapido e non contenzioso alla risoluzione delle controversie.

Il *Code* si apre, significativamente, con l'affermazione (Art. L1) della piena libertà di scelta per l'amministrazione fra internalizzazione ed esternalizzazione: « *Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique* ».

L'impronta della disciplina, e la stessa ragion d'essere della categoria, sono dunque, come nel diritto italiano, riferiti al connotato funzionale dei “bisogni” della collettività portati dall'amministrazione contraente, e sul mezzo migliore per assicurarne la cura.

Tanto che nell'elaborazione dei criteri discretivi fra “*contrats administratifs*” e “*contrats de droit commun de l'administration*”, la dottrina francese ha particolarmente valorizzato “*le critère tiré de la relation du contrat avec le service public*”²: nell'ampia accezione funzionale della clausola del “*service public*” propria del diritto amministrativo francese.

¹ Nel diritto amministrativo francese la dottrina distingue tradizionalmente fra la categoria dei “*contrats administratifs*”, e quella dei “*contrats de droit commun de l'administration*”, precisando che solo i primi sono soggetti a regole speciali di diritto amministrativo, diverse dal diritto delle obbligazioni, e che il relativo contenzioso è devoluto ai Tribunali amministrativi, mentre i secondi obbediscono alle regole del diritto civile e il loro contenzioso è devoluto alla “*compétence judiciaire*” (A. DE LAUBADÈRE-J.C. VENEZIA-Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, XII ed., Paris, 1992, Tomo I, pag. 653).

² A. DE LAUBADÈRE-J.C. VENEZIA-Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, cit., pag. 661.

Il problema è peraltro ora risolto sul piano positivo dalla tipizzazione recata dall'art. L2 del *Code de la commande publique*.³

2. La composizione amichevole delle controversie nel *Code de la commande publique*

La composizione amichevole delle controversie è disciplinata dagli artt. R-2197-1 e seguenti del *Code de la commande publique*.

Tali disposizioni affidano la competenza ad esplorare la possibilità di soluzioni transattive ad appositi “Comitati consultivi per la risoluzione amichevole delle controversie” (*Comités consultatifs de règlement amiable des différends*).

Si tratta di organi consultivi di conciliazione, che possono essere investiti di controversie insorte durante l'*esecuzione* di un contratto di appalto pubblico.

La loro missione è quella di cercare elementi di diritto o di fatto al fine di proporre una soluzione amichevole ed equa.

I comitati non sono organi giurisdizionali, e nemmeno arbitrari: emettono pareri (“*avis*”), che le parti sono libere di seguire o meno.

3. Il contenzioso sugli appalti pubblici davanti al giudice amministrativo: i *Référé (contractuel e precontractuel)*; la disciplina positiva e l'evoluzione giurisprudenziale dei rimedi come strumenti di deflazione del contenzioso sulle procedure di aggiudicazione.

La giurisprudenza francese ha ammesso il ricorso per eccesso di potere rivolto contro gli atti preliminari alla stipula del contratto della pubblica amministrazione fin dalla decisione del *Conseil d'Etat* 4 agosto 1905, Martin.⁴

³ « *Sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques.*

Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par le présent code et, le cas échéant, par des dispositions particulières »

⁴ In M.LONG-P.WEIL-G.BRAIBANT-P.DEVOLVE-B.GENEVOIS, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, XVII ed., Dalloz, 2009, pagg. 87 e segg.

La materia è attualmente disciplinata dal *Code de la justice administrative*, che ha sostituito il *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, e che è stato riformato nel 2016 e modificato da ultimo nel mese di aprile 2020.

3.1. I rimedi esperibili, e le loro caratteristiche

I rimedi processuali sono costituiti anzitutto da procedure di urgenza (“*Référé*”) che consentono di prevenire e sanzionare senza ritardo violazioni delle norme sulla pubblicità e sulla concorrenza.

Il carattere di procedure di urgenza è conseguenza dell’ottica di prevenzione che connota tali rimedi: volta ad assicurare un sindacato sugli atti della gara prima della stipula del contratto, e un sindacato sul contratto prima della sua esecuzione.

Questo tratto della disciplina si traduce nella previsione di termini di ricorso funzionali alle segnalate esigenze, e nella previsione di brevi termini per la decisione del giudice; nella competenza monocratica di un giudice che si pronuncia in prima ed ultima istanza (art. L 551-8 del *Code de la justice administrative*); e infine nella previsione, come unica forma di impugnazione, del ricorso per cassazione dinanzi al *Conseil d'Etat*.

I poteri del giudice sono però quelli tipici del giudizio di merito, ancorché la procedura sia una procedura d’urgenza

3.1.1. Il *Référé pre-contractuel*, era il rimedio previsto – in ossequio all’art. 1, par. 3, della Direttiva 21 dicembre 1989 - dalla legge 4 gennaio 1992, e dall’art. L 22 del *Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel* per la lesione dell’interesse alla conclusione del contratto : «*Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d’être lésées par ce manquement* ».

Tale disciplina sopravvive quasi identica negli artt. L 551-1 e seguenti del vigente *Code de justice administrative*.

L’art. L- 551-10 stabilisce in particolare che “*Les personnes habilitées à engager les recours prévus aux articles L. 551-1 et L. 551-5 sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat ou à entrer au capital de la société d’économie mixte à opération unique et qui sont susceptibles d’être lésées par le manquement invoqué, ainsi que le représentant de l’Etat dans le cas où le contrat doit être conclu par une collectivité territoriale, un groupement de collectivités territoriales ou un établissement public local* ».

L'art. L. 551-5 disciplina a sua volta il rito: “*Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les entités adjudicatrices de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. Le juge est saisi avant la conclusion du contrat*”.

Il rimedio concerne la violazione delle forme di pubblicità e delle norme in materia di concorrenza nella fase che precede la conclusione del contratto.

Questa definizione normativa dell'ambito di applicabilità del rimedio si traduce nella perimetrazione di vizi solitamente inerenti: la definizione del contratto e delle prestazioni da esso previste; tutti gli obblighi di pubblicità; le informazioni fornite ai candidati; il rispetto della legge di gara; la conformità dell'analisi delle offerte ai criteri prestabiliti; i motivi della mancata scelta dell'offerta del ricorrente.

Per proporre ricorso non esiste un termine decadenziale decorrente dall'adozione di uno specifico atto, ma unicamente un termine finale (la stipula del contratto), come confermato anche dalla giurisprudenza più recente: *Conseil d'Etat*, 12 luglio 2017, n° 410832, *Société Etudes créations et informatique*.

Il termine – non perentorio - per la decisione è di 20 giorni dall'introduzione del ricorso (art. R. 551-5 del *Code de justice administrative*).

Non esistono misure precontenziose di filtro o di deflazione per l'accesso a questo rimedio, che anzi sono state soppresse nel 2000.

Dal 2009 il ricorso ha effetto sospensivo automatico rispetto alla sottoscrizione del contratto (mentre anteriormente tale effetto conseguiva soltanto all'ordinanza giurisdizionale di sospensione).

Il giudice può ordinare all'autore della violazione di conformarsi a quanto da lui stabilito, entro un termine fissato a tal fine; può altresì ordinarli di sospendere l'esecuzione di qualsiasi decisione relativa all'aggiudicazione del contratto, o stabilire una penalità temporanea (art. L551-6).

Il giudice può altresì respingere la domanda delle misure interinali ora elencate allorché, in considerazione degli interessi implicati, e particolarmente dell'interesse

pubblico, “le loro conseguenze negative potrebbero superare i loro benefici” (art. L551-7).

3.1.2. Per i contratti che non raggiungono le soglie stabilite dal diritto europeo per l'obbligo di pubblicità preventiva, il diritto francese prevede una procedura di “auto-sospensione” del procedimento, prevista dall'articolo L. 551-15 del *Code de justice administrative*:

“Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité. La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique”.

In sostanza l'ente pubblico può in questo modo rendere pubblica la sua intenzione di concludere il contratto, e rispettare un termine di 11 giorni dopo questa pubblicazione.

In tal modo si rende possibile la proposizione di un *référé precontractuel*, ma per converso non è poi consentita la proposizione di un *référé contractuel*.

Questa procedura sembra però essere poco utilizzata.

3.1.3. Il *Référé contractuel* è previsto dagli artt. L. 551-13 e segg., e regolato dall'art. R. 551-7, del *Code de justice administrative*: «*La juridiction peut être saisie au plus tard le trente et unième jour suivant la publication au Journal officiel de l'Union européenne d'un avis d'attribution du contrat, établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics et de contrats de concession, ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, suivant la notification de la conclusion du contrat. Le délai ne court que si cette notification mentionne le nom du titulaire et les motifs ayant conduit au choix de son offre. En l'absence de la publication d'avis ou de la notification mentionnées à l'alinéa qui précède,*

la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat».

Il rimedio è successivo alla conclusione del contratto, e può essere proposto entro 31 giorni dalla pubblicazione o dalla notificazione dell'avviso di conclusione del contratto; tale termine scade solo se l'avviso o la notifica menzionano il nome del contraente e i motivi che hanno portato alla scelta della sua offerta.

In mancanza di tali forme di pubblicità, il termine per l'impugnazione è di sei mesi decorrente dal giorno successivo a quello in cui è stato concluso il contratto.

Sono legittimati a proporre ricorso:

- il Prefetto;
- i concorrenti che non abbiano proposto il *Référé pre-contractuel*, allorché la stazione appaltante non abbia comunicato l'aggiudicazione, ovvero non abbia rispettato il termine di *standstill* di 11 giorni fra tale comunicazione e la stipula;
- i concorrenti che abbiano proposto il *référé pre-contractuel*, allorché la stazione appaltante non abbia rispettato l'obbligo di sospendere la stipula del contratto previsto dagli artt. L. 551-4 e L. 551-9 del *Code de justice administrative*.

Se l'amministrazione aggiudicatrice ha rispettato il termine per la firma del contratto imposto dall'avvenuta presentazione del rimedio precontrattuale, o se si è conformato alla decisione del giudice del *référé pre-contractuel*, non può essere proposto il *référé contractuel* (art. L. 551-14).

Il giudice, nelle more del giudizio, può sospendere l'efficacia del contratto, salvo che, in considerazione degli interessi implicati, e particolarmente dell'interesse pubblico, che "che le conseguenze negative di questa misura potrebbero superare i suoi benefici" (art. L551-17).

Il termine – non perentorio - per la decisione è di 30 giorni dall'introduzione del ricorso (art. R. 551-9 del *Code de justice administrative*).

Le decisioni definitive del giudizio sono suscettibili di ricorso per cassazione davanti al *Conseil d'Etat*, nel termine di quindici giorni dalla loro notificazione; le misure provvisorie disposte in corso di causa non possono essere contestate che in occasione del ricorso per cassazione diretto contro tali decisioni (art. R551-10).

3.2. La giurisprudenza “deflattiva” del *Conseil d'Etat*: l'evoluzione del *Référé pre-contractuel* da *recours objectif* a *recours subjectif*.

In materia di *Référé pre-contractuel* l'evoluzione giurisprudenziale tende a circoscrivere l'interesse a ricorrere, e le stesse e le *chances* di successo dei ricorsi.

La decisione più significativa del *Conseil d'Etat* in materia è quella resa il 3 ottobre 2008 nel caso *Smirgeomes* (n° 305420), con la quale si è stabilito che il ricorrente può ottenere l'annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica solo se il vizio dedotto sia tale da lederlo indirettamente, attraverso un vantaggio (indebito) per un'impresa concorrente.

Questo tipo di sindacato ha riguardo alla portata delle violazioni dedotte e allo stadio del procedimento al quale si riferiscono.

La sentenza ha inaugurato un indirizzo giurisprudenziale in forza del quale il giudice del *Référé pre-contractuel* deve ora verificare se la violazione dedotta è tale da ledere l'interesse del ricorrente, considerando la natura della violazione, la posizione del ricorrente, il momento in cui è stata commessa la violazione e il momento in cui interviene la decisione giurisdizionale.

Se il giudice omette questa indagine viene meno alla sua missione specifica e, sul piano processuale, commette un errore di diritto.

Si è osservato in proposito che il *Référé pre-contractuel* per effetto della giurisprudenza *Smirgeomes* si è trasformato da “ricorso oggettivo” in “ricorso soggettivo”⁵.

Punto di partenza è stata l'osservazione per cui le regole di derivazione europea assumono a volte tratti molto formali, la cui applicazione non è sempre agevole da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

La deduzione in giudizio della mera deviazione dell'atto dal paradigma normativo, quale che ne fosse la reale portata (in termini di lesione degli interessi tutelati), era dunque una soluzione incentivata dalle caratteristiche della normativa sostanziale: al punto di suggerire la proposizione di ricorsi “alla cieca”, con un elenco di censure più o meno ricorrenti e frequenti in materia e già riscontrate in altri precedenti giurisprudenziali,

⁵ B. DACOSTA, *Dix ans de Smirgeomes*, in *AJDA*, 2018 p. 2000.

scommettendo sul fatto che almeno una di esse sicuramente sarebbe stata riconosciuta fondata anche nel caso in questione, senza che la violazione (“meccanica”) della norma avesse realmente leso alcun interesse, e con un esito di annullamento comportante viceversa un aggravio di costi e tempi rispetto a opere (o servizi, o forniture) necessarie ed urgenti per la collettività.⁶

Un ulteriore fattore condizionava tale dinamica.

Fino al 2007, vale a dire fino alla decisione del *Conseil d'Etat* 16 luglio 2007, n. 291545 nel caso *Société Tropic Travaux Signaling*,⁷ il concorrente illegittimamente escluso o pretermesso non aveva rimedio dopo la conclusione del contratto: il che portava, evidentemente, ad ampliare gli spazi di intervento giurisdizionale in fase procedimentale precontrattuale.

Il mutamento della giurisprudenza francese appena segnalato, unitamente alla regola stabilita dalla seconda direttiva Ricorsi (che avrebbe imposto l'introduzione in Francia del *Référé contractuel*), hanno così indotto la giurisprudenza francese a porre dei limiti al ricorso – fino ad allora invero tale da incentivare, come si è detto, anche iniziative quasi temerarie - proposto avverso gli atti di gara nella fase che precede la stipula del contratto.

Si è così arrivati alla giurisprudenza *Smirgeomes*, che con maggiore fedeltà alla lettera e allo spirito della norma – che, come si è visto, subordinava già il rimedio all'accertamento della lesione di un interesse provocata dalla violazione - ha stabilito «*qu'il appartient au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ».

Come sempre accade negli accidenti della storia, probabilmente il mutamento di giurisprudenza, oltre che dai segnalati fattori relativi all'evoluzione dei formanti, è stato favorito anche dalla paradossale peculiarità del caso singolo: nel contesto di una gara relativa al servizio di trasporto, smistamento e recupero dei metalli raccolti dai centri di riciclaggio, il ricorrente aveva censurato l'erroneo richiamo, nella legge di gara (peraltro, mediante semplice apposizione di una crocetta ad un formulario predisposto), all'ambito applicativo dell'accordo concluso nel 1994 sotto l'egida dell'Organizzazione mondiale del commercio, nell'ambito dell'Uruguay Round; il Tribunale amministrativo di Nantes,

⁶ Così B. DACOSTA, *Dix ans de Smirgeomes*, cit., pag. 2001.

⁷ In M.LONG-P.WEIL-G.BRAIBANT-P.DEVOLVE-B.GENEVOIS, *Le grands arrêts de la jurisprudence administrative*, cit., pag. 908.

ritenendo fondata la censura (per essere l'oggetto dell'appalto estraneo all'ambito di tale accordo), aveva – conformemente alla giurisprudenza fino ad allora dominante - annullato gli atti della gara, ancorché tale (erroneo) riferimento qualificatorio e disciplinare non fosse suscettibile di ledere in alcun modo l'interesse del ricorrente.

Il successivo decennio di applicazione della giurisprudenza *Smirgeomes* ha fatto registrare un atteggiamento equilibrato della giurisprudenza nell'applicazione dei nuovi principi: per un verso frenando eccessi delle amministrazioni tendenti a rendere diabolica la prova della lesione (come nel caso in cui se ne è sostenuta l'assenza per il sol fatto che il vizio avrebbe leso non solo il ricorrente ma tutti i candidati: *Conseil d'Etat*, 1° giugno 2011, n° 345649, *Commune de Saint-Benoît*); e, per altro verso, ritenendo presunta *de facto* la lesività di alcune violazioni in materia di obblighi di pubblicità e di effettiva concorrenzialità, come nel caso in cui la stazione appaltante abbia ommesso di indicare i criteri di valutazione delle offerte.⁸

Si è già osservato che per proporre ricorso non esiste un termine decadenziale decorrente dall'adozione di uno specifico atto, ma unicamente un termine finale (la stipula del contratto).

Il ricorrente è dunque libero di contestare immediatamente gli atti di gara viziati al momento della loro adozione, ma può anche attendere – e questa sembrerebbe essere la prassi nella generalità dei casi – il momento in cui maturerà la certezza di non aggiudicarsi il contratto, vale a dire la fase terminale del procedimento di evidenza pubblica.

Anche su questo piano la giurisprudenza successiva a *Smirgeomes*, mettendo l'accento sul profilo dell'interesse, ha prodotto l'effetto di operare comunque gli accoglimenti in funzione della fase del procedimento di gara in cui il vizio si colloca rispetto alla fase in cui viene dedotto in sede giurisdizionale, in relazione all'utilità del mezzo per l'interesse del ricorrente (CE, 5 novembre 2008, *Commune de Saint-Nazaire et autres*, n° 310484).

Sotto un diverso profilo una ulteriore conseguenza dell'indirizzo in esame è stata quella di modificare l'atteggiamento difensivo delle amministrazioni: che si sono sforzate non più e non tanto di contestare in giudizio l'insussistenza del vizio dedotto, quanto di allegare l'irregolarità dell'offerta del ricorrente (e, quindi, il suo difetto d'interesse a coltivare il ricorso per l'impossibilità di aggiudicarsi la gara).

La giurisprudenza ha però posto un argine, affermando che l'amministrazione aggiudicatrice non può sostenere la mancanza di lesività del vizio per la sola ragione che

⁸ B. DACOSTA, *Dix ans de Smirgeomes*, cit., pag. 2003.

l'offerta del ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa, se non lo è stata e se non è stata sollecitata – ove possibile - la sanatoria dell'irregolarità: *Conseil d'Etat*, 3 dicembre 2014, n° 384180, *Département de Loire-Atlantique*.

A partire dalla decisione del *Conseil d'Etat*, 21 settembre 2016, *Société Q-Park et autres*, n° 399656, si richiede che il ricorrente abbia **partecipato** alla gara o che sia stato **dissuaso** dal farlo dalla violazione degli obblighi di pubblicità e di concorrenza dedotta in ricorso (mentre prima era sufficiente un interesse correlato alla generica possibilità di vedersi attribuito il contratto in ragione del settore di operatività del ricorrente, indipendentemente dal fatto che non era stata presentata domanda di partecipazione alla gara).

A seguito dell'inaugurazione dell'indirizzo giurisprudenziale in esame, vale a dire a partire dal 2007, il tasso di accoglimento dei ricorsi in materia di *Référé précontractuel* è diminuito dal 50% al 20%.

3.3. Ulteriori sviluppi giurisprudenziali.

Anche la materia del *Référé contractuel* è stata interessata, a partire dal 2011, dall'approccio “soggettivo” introdotto in materia precontrattuale dalla giurisprudenza *Smirgeomes*, a partire dalla decisione 19 gennaio 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435.

Nel caso di specie l'amministrazione aggiudicatrice non aveva rispettato l'obbligo di *standstill* e non aveva reso pubblica la sua intenzione di stipulare il contratto, così impedendo ai candidati l'accesso al rimedio precontrattuale.

Tale violazione è stata ritenuta meramente formale, e comunque non tale da legittimare l'annullamento del contratto in quanto di per sé non lesiva: il *Conseil d'Etat* in questa decisione ha infatti precisato che non tutti i vizi della procedura sono suscettibili di determinare la caducazione del negozio, ma unicamente quelli più gravi, disciplinati dagli articoli da L. 551-18 a L. 551-20 del *Code de justice administrative*.

Questo approccio giurisprudenziale ha sostanzialmente ridotto le possibilità che il giudizio esiti in un annullamento del contratto, impedendo ai ricorrente di invocare vizi che non li hanno penalizzati, e spingendo il giudice a privilegiare un intervento conservativo sul contratto rispetto alla sua rimozione (l'art. L. 551-19 stabilisce in proposito che “*nei casi previsti dall'art. L. 551-18, il giudice può sanzionare la violazione sia mediante la risoluzione del contratto, sia attraverso la riduzione della sua durata, sia attraverso una penalità finanziaria imposta alla stazione appaltante o*

all'amministrazione aggiudicatrice, se la pronuncia di nullità del contratto osta ad un valido motivo di interesse generale. Questo non può consistere nella considerazione di un interesse economico, a meno che la nullità del contratto porti a conseguenze sproporzionate e se l'interesse economico considerato raggiunto non sia direttamente collegato al contratto; o ancora se la nullità del contratto minaccia seriamente la stessa esistenza di un più complesso programma di difesa o di sicurezza che è essenziale per gli interessi di sicurezza dello Stato”).

L'impresa che abbia visto annullare il contratto dal giudice del *référé contractuel* può pretendere il rimborso delle spese che sono risultate utili per la collettività con cui si era impegnata; la colpa delle parti è valutata al giudice (CE, 6 ottobre 2017, *Société Cegelec Perpignan*, n° 395268).

4. Gli altri rimedi processuali in materia di contratti pubblici

4.1. Il ricorso di piena giurisdizione da parte dei terzi che contestino la validità del contratto.

I terzi illegittimamente esclusi o pretermessi rispetto a un contratto, e tutti i soggetti terzi rispetto al contratto medesimo che lamentino una lesione sufficientemente diretta e certa a causa dell'aggiudicazione del contratto della pubblica amministrazione o delle sue clausole, possono proporre un ricorso di piena giurisdizione per contestare la validità del contratto; è ammessa la proposizione della domanda cautelare, interinale, di sospensione del contratto, il cui accoglimento è subordinato alla sussistenza dei due presupposti dell'*urgence* e del *doute sérieux*.

Per terzi pretermessi si intendono anche coloro che avrebbero avuto interesse a concludere il contratto, ma che non hanno presentato un'offerta, o che non sono stati ammessi alla gara, o ancora che hanno presentato un'offerta ritenuta inappropriata, irregolare od irricevibile.

Questo rimedio è riconosciuto dalla giurisprudenza «*Tarn-et-Garonne*» (CE, 4 aprile 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n°358994), ed è espressamente limitato ai contratti stipulati successivamente al 4 aprile 2014 (data della decisione).

Prima di essa il rimedio era limitato ai partecipanti alla gara esclusi o pretermessi, mentre i terzi non partecipanti potevano impugnare soltanto gli atti della serie procedimentale precedente la conclusione del contratto.

Peraltro in questa sede può essere censurata l'illegittimità del contratto per invalidità derivata dall'illegittimità degli atti del procedimento di evidenza pubblica (non più impugnabili autonomamente).

Sono altresì legittimati a proporre questo tipo di ricorso il Prefetto del Dipartimento (nell'ambito dei poteri connessi al controllo di legalità), e i membri degli organi deliberativi delle collettività territoriali (o dei raggruppamenti di collettività territoriali) interessate dal contratto.

Il termine per la proposizione del ricorso è di due mesi dal compimento delle "appropriate forme di pubblicità" aventi ad oggetto l'avvenuta conclusione del contratto.

Trattandosi di ricorso di piena giurisdizione, i poteri del giudice sono molto ampi, e vanno modulati in funzione della natura del vizio, dei motivi di ricorso e dell'esigenza di preservare il bene della sicurezza giuridica e l'interesse generale, primo fra tutti quello alla continuità del *service public*.

Il giudice può disporre la prosecuzione dell'esecuzione contrattuale, ovvero invitare le parti a prendere delle misure di regolarizzazione entro un termine che fissa, o ancora pronunciare la risoluzione del contratto – se non sono possibili misure conservative – dopo aver verificato che la sua decisione non arrechi un pregiudizio eccessivo all'interesse generale, oppure l'annullamento totale o parziale (se il contratto ha contenuto illecito).

Il giudice può anche condannare, su domanda di parte, al pagamento di un'indennità in favore del ricorrente con funzione riparatoria del diritto leso.

La domanda in tal senso può essere presentata, sia nel corpo del ricorso tendente alla caducazione del contratto, sia in via autonoma, e non è soggetta al termine di due mesi.

4.2. Il ricorso per eccesso di potere

La descritta evoluzione dei rimedi ha fatto sì che il ricorso per eccesso di potere, che ha costituito la prima forma di tutela giurisdizionale in materia a partire dalla richiamata sentenza del *Conseil d'Etat* 4 agosto 1905, *Martin*, non possa oggi essere più proposto contro gli atti della serie procedimentale che precede la stipula del contratto (CE, 4 aprile 2014, Département de Tarn-et-Garonne, cit.).

Esso oggi ha un ambito residuale, e può essere proposto contro la decisione dell'amministrazione di abbandonare la procedura dichiarandola "infruttuosa" o "senza seguito".

Si tratta di un rimedio che assegna peraltro al giudice poteri limitati, tipici del giudizio di annullamento degli atti, anche se la parte ricorrente può domandare che venga ordinato all'amministrazione di prendere una determinata misura in un termine fissato dal giudice, o di assumere una nuova determinazione sempre entro un termine prefissato.

5. Ricognizione di dati statistici relativi al contenzioso in materia di contratti pubblici.

In Francia attualmente il contenzioso in materia di contratti pubblici rappresenta una parte molto stabile e percentualmente bassa del totale: dal 2010 al 2018 si attesta intorno al 3%.

Alcuni dati descrittivi e statistici sono raccolti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze all'indirizzo web <https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>

Vengono comunque allegate alla presente ricerca le relative tabelle statistiche ricevute dal *Centre de recherches et de diffusion juridiques* del *Conseil d'Etat*.

6. Autorità di controllo

Non esiste in Francia un'autorità indipendente in materia di contratti pubblici.

I contratti pubblici possono essere oggetto di attività ispettiva dell'Ispettorato generale delle Finanze o della Corte dei Conti, in occasione dell'attività di controllo presso la singola pubblica amministrazione.

7. Fonti.

Oltre a quelle indicate nelle note:

- Dati, anche statistici, forniti dal *Centre de recherches et de diffusion juridiques* del *Conseil d'Etat*;

- C. BARRAY-P.X. BOYER, *Droit du contentieux administratif* 2019/20, Lextenso, 2019

- Testo del *Code de justice administrative* e del *Code de la commande publique* (dal sito <https://www.legifrance.gouv.fr>).

- Dossier tematico «*Le juge administratif et la commande publique*», aggiornato al 21 maggio 2019, disponibile sul sito web del *Conseil d'Etat* (<https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/dossiers-thematiques/le-juge-administratif-et-la-commande-publique>).

Diritto dei contratti pubblici in Germania

di *Massimiliano Noccelli*

La normativa tedesca sui contratti pubblici, diversamente da quanto accade in Italia, non si rinviene in un *corpus* normativo omogeneo e unitario, qual è il vigente codice dei contratti pubblici in Italia (d. lgs. n. 50 del 2016), ma presenta un quadro di disciplina composito e differenziato, che riflette la diversa concezione dell'attività contrattuale pubblica nel mondo germanico.

L'attività della stazione appaltante è infatti considerata in Germania inerente all'amministrazione fiscale (*fiscalische Verwaltung*) e viene generalmente ricondotta all'alveo del diritto privato e attratta nella giurisdizione civile⁹.

Lo Stato e gli enti pubblici, quando agiscono in via contrattuale, si presentano sul mercato alla stregua di un qualsivoglia operatore economico.

Il diritto dei contratti si caratterizza, in altri termini, come strumento per reperire le risorse necessarie allo svolgimento di un'attività economica e, conseguentemente, l'impegno contrattuale della pubblica amministrazione viene qualificato come privatistico.

In realtà, approfondendo il discorso, si osserva da parte della dottrina tedesca che la materia è attratta al c.d. diritto privato dell'amministrazione (*Verwaltungsprivatrecht*) e, cioè, al diritto privato al quale si sovrappone una normativa atta a salvaguardare il perseguimento di interessi di fine pubblico, che tipicamente improntano l'operato della pubblica amministrazione.

Si tratta di una impostazione, riguardata da quest'angolazione, non dissimile da quella italiana, la quale evidenzia che l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, pur soggetta alla disciplina privatistica, persegue pur sempre un fine pubblico.

E il diritto tedesco in materia di contratti pubblici ha, perciò, tradizionalmente privilegiato la prospettiva della stazione appaltante, interessata ad un'oculata gestione della cosa pubblica.

Di conseguenza, e in origine, la normativa sui contratti pubblici è stata allocata internamente alla pubblica amministrazione, disciplinata dalle leggi di contabilità e sottoposta al controllo interno di vigilanza, mentre ad essa era estranea qualsivoglia finalità di tutelare i concorrenti interessati ad aggiudicarsi la commessa¹⁰.

⁹ Sul tema C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso" sull'affidamento di contratti pubblici tra diritto UE e pratiche nazionali: la Vergabekammer e il parere precontenzioso ANAC*, in *Dir. e soc.*, 2017, 1, p. 263 e ss.; F. CORTESE – F. SECCHI, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell'ordinamento tedesco*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 265 e ss.

¹⁰ C. FRAENKEL-HAEBERLE – G. GASS, *Appalti sottosoglia e tutela giurisdizionale nell'ordinamento tedesco: nuovo trionfo dell'ortodossia nazionale*, in *Il dir. dell'econ.*, 2008, p. 153 e ss.

Lo scopo originario delle norme era, infatti, garantire una gestione snella non solo nell'interesse dell'ente pubblico, ma anche del singolo offerente privato, per il quale farraginose procedure di riesame avrebbero costituito un gravoso fattore di costo.

Su questo primigenio impianto normativo, teso a considerare la fase prodromica alla stipula del contratto come una vicenda tutta interna alla pubblica amministrazione che opera in questo settore come un normale operatore privato, si è innestato l'intervento del legislatore europeo, che ha invece dettato, come è noto, una disciplina improntata alla parità delle *chances* e alla tutela della concorrenza tra gli operatori economici.

I due modelli, quello originario e quello di derivazione europea, tuttora convivono nell'ordinamento tedesco e comportano, come è stato ben rilevato, una vera e propria «*cesura sistematica*» nella gestione degli appalti sopra o sotto soglia eurounitaria¹¹.

Il recepimento delle direttive eurounitarie sugli appalti è stato effettuato centralmente dalla legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB, di qui in avanti) e, quindi, trasposto nella normativa prevista per contrastare i cartelli anticoncorrenziali.

Solo sopra la soglia comunitaria la Federazione ha esercitato la propria competenza legislativa concorrente che, ai sensi dell'art. 72, comma 1, della Legge Fondamentale (L.F.), rende cedevole la legislazione dei *Länder* e comporta l'introduzione di una normativa unitaria a livello nazionale.

Tale potere legislativo non è stato, invece, esercitato nei confronti degli appalti sotto soglia, che risultano caratterizzati da una legislazione frammentaria e diversificata, che varia da un *Land* all'altro.

Il 1998 segna un anno di svolta per il diritto degli appalti in Germania.

Da quel momento, infatti, e al di sopra delle soglie europee è stato riconosciuto agli offerenti non aggiudicatari o che avessero comunque subito un pregiudizio nell'ambito delle procedure di appalto un diritto soggettivo all'osservanza delle prescrizioni contenute nella legge di modifica del diritto degli appalti (*Vergaberechtsänderungsgesetz*), entrata in vigore nel 1999.

Questa novella legislativa ha introdotto una quarta sezione, dedicata agli appalti nella legge contro le restrizioni della concorrenza, la cui ultima rilevante modifica è entrata in vigore nel 2016.

Prima della riforma del 1998 operavano in materia di appalti unicamente organi amministrativi di riesame (*Vergabeprüfstellen* e, in seconda istanza,

Nell'ordinamento prussiano, dapprincipio, il diritto degli appalti era stato inserito all'interno del diritto di bilancio, essendo preordinato a consentire allo Stato e agli enti pubblici di reperire beni e servizi sul mercato alle condizioni più favorevoli. Negli anni '20 e '30 del secolo scorso è stata poi istituita un'apposita commissione tecnica, che riuniva rappresentanti dello Stato e delle parti sociali e aveva lo scopo di elaborare un'apposita normativa concernente la regolamentazione delle procedure di appalto (*Verdingungsordnung*), alla quale le norme di bilancio hanno sempre rinviato.

¹¹ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso"*, cit., p. 270.

Vergabeüberwachungsausschüsse), istituiti presso l'ufficio federale dei cartelli e nei vari *Länder*.

Dopo il 1998 tali organi di controllo sono divenuti facoltativi e hanno perso gran parte del loro rilievo.

La legge contro le restrizioni della concorrenza rinvia a sua volta, in un processo definito “a cascata”, ad un regolamento (*Vergabeordnung – VgV*), che funge da cerniera nei confronti delle norme tecniche VOB/A (sui lavori), VOL/A (sulle forniture), alle quali il regolamento rinvia.

Il sistema viene anche definito “a cassette” perché, al fine di ottemperare alle disposizioni del diritto eurounitario, le norme tecniche sulle procedure di appalto vengono suddivise in due sezioni (VOB/A, VOB/B, VOL/A e VOL/B).

Nella prima viene riportata la normativa di base (*Basisparagrafen*) valevole per tutte le procedure di appalto e nella seconda, invece, la normativa applicabile unicamente sopra la soglia comunitaria.

È questo, come è stato ben rilevato, un primo significativo indice della fondamentale dicotomia che contraddistingue in Germania il diritto degli appalti¹².

Solo sopra la soglia risulta applicabile, infatti, la legge contro le restrizioni della concorrenza, mentre al di sopra della stessa continuano a trovare attuazione le leggi di bilancio della Federazione e dei *Länder*.

Il diritto degli appalti sopra la soglia europea per questo è chiamato *Kartellvergaberecht*, essendo disciplinato solo dalla normativa elaborata per contrastare i cartelli.

Sotto la soglia, non applicandosi né la legge contro la restrizione della concorrenza né il regolamento sugli appalti, viene in rilievo il c.d. diritto di bilancio degli appalti (*Haushaltsvergaberecht*), così denominato perché il suo scopo primario è quello di garantire l'integrità del patrimonio pubblico.

Esso è disciplinato dalla legge federale sui principi di bilancio (*Haushaltsgrundsatzgesetz*), che prevede un obbligo generale di bandire la gara, salve eccezionali ipotesi.

Operano in questa materia i principi di economicità (*Wirtschaftlichkeit*), con cui si intende l'ottimizzazione tra l'impiego di risorse e il risultato auspicato, e il principio di parsimonia (*Sparsamkeit*), che impone un uso oculato del denaro pubblico.

Tali prescrizioni sono concretizzate a livello federale dall'ordinamento di bilancio federale (*Bundeshaushaltsordnung* del 19 agosto 1969 – BHO) che, prevedendo norme di organizzazione amministrativa, esplica una rilevanza meramente interna agli apparati amministrativi.

Sono previste unicamente le tre procedure tradizionali dell'asta pubblica, della licitazione privata e della trattativa privata, anche se è data preferenza all'asta pubblica (§

¹² C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., p. 272.

55, comma 2, BHO), in quanto le altre due procedure rappresentano l'eccezione e il loro uso richiede un'adeguata motivazione.

Il diritto di bilancio si compone degli ordinamenti di bilancio della Federazione e dei *Länder*, che però ricalcano pedissequamente la normativa federale.

Essi rinviano a loro volta alle *Basisnormen*, contenute nelle norme tecniche VOB/A e VOL/A che assumono così il rango di norme amministrative vincolanti.

Le norme di bilancio, in quanto norme interne all'apparato amministrativo, non producono effetti nei confronti dei cittadini e non attribuiscono loro sostanzialmente diritti soggettivi.

Le procedure di riesame sotto la soglia europea sono affidate ad appositi organi interni a controllo (*Nachprüfungsstellen*), con verifica estesa al merito.

È un'ordinaria attività di autotutela, in cui la pubblica amministrazione agisce in maniera autonoma e unilaterale e ove l'interessato è tutelato solo indirettamente, e di riflesso, rispetto ai fini di interesse pubblico perseguiti dalla pubblica amministrazione¹³.

Si prescinde dalla domanda di parte e da un vero contraddittorio e non viene previsto un termine dilatorio tra la comunicazione della decisione di aggiudicare l'appalto e l'aggiudicazione vera e propria, con la stipula del contratto, e nemmeno è prevista la sospensione automatica dell'aggiudicazione in ipotesi di proposizione del ricorso.

Anche per i contratti sotto soglia vi è un obbligo di previa informazione del concorrente non aggiudicatario, ma non per la finalità di garantirgli la tutela giurisdizionale, bensì per quella di consentirgli di partecipare ad altre gare.

La violazione di tale obbligo non è perciò sanzionata con l'inefficacia del contratto e, in assenza di sospensione automatica della gara ove il ricorso sia proposto, possono essere esperite unicamente le misure cautelari previste dal codice di procedura civile¹⁴.

Il quadro normativo in materia di appalti sotto soglia sin qui descritto, con una rilevante attuazione della tutela giurisdizionale dei concorrenti non aggiudicatari, ha suscitato un ampio dibattito e posto seri problemi di compatibilità con i principi costituzionali.

Il Tribunale costituzionale federale, con un'ordinanza del 13 giugno 2006, ha ritenuto legittima la scelta del legislatore tedesco volta a privilegiare per gli appalti sotto soglia la celerità dello svolgimento negli appalti e la massima celerità nell'operato della pubblica amministrazione rispetto alla tutela delle posizioni individuali.

Secondo il giudice delle leggi tedesco dall'art. 20, comma 3, della L.F. si ritrae un diritto all'effettività della tutela giurisdizionale, applicabile a prescindere dalla natura dell'attività, pubblicistica e privatistica, esercitata e che impone alla pubblica amministrazione il rispetto dei diritti fondamentali anche quando opera con gli strumenti del diritto privato.

¹³ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso"*, cit., p. 272.

¹⁴ In particolare, si applica per analogia il § 1004 del BGB (azione inibitoria a difesa della proprietà), sempre che il ricorrente venga tempestivamente informato dell'aggiudicazione.

La pubblica amministrazione deve quindi rispettare il principio di eguaglianza, costituzionalmente garantito dall'art. 3 L.F., e dal divieto di aggiudicazioni arbitrarie (c.d. *Willkürverbot*) anche con riferimento alla prassi amministrativa generalmente in uso.

Questo principio si concretizza, in sintesi, in una autolimitazione della pubblica amministrazione (*Selbstbindung der Verwaltung*), obbligata a tenere un comportamento coerente nel tempo, e garantisce la parità di trattamento non solo in una pregressa procedura selettiva, bensì anche rispetto alle pregresse esperienze.

Il Tribunale costituzionale federale ha così, e in sintesi, statuito che fosse costituzionalmente legittima la scelta legislativa di preferire una rapida assegnazione degli appalti alla tutela degli interessi dell'offerente pregiudicato e ha ritenuto che gli appalti sotto la soglia comunitaria non fossero che "fenomeni di massa", con la conseguenza che le misure per ottenere una tutela in forma specifica potrebbero notevolmente appesantire l'attività amministrativa, in modo da comprometterne l'efficace gestione, a fronte della mera *chance* di un concorrente di risultare aggiudicatario della commessa.

A tutela di tale *chance* è stato ritenuto idoneo dal giudice delle leggi tedesco il mero diritto al risarcimento per equivalente, limitato al solo interesse negativo, e cioè alle spese sostenute dal concorrente per partecipare alla gara, poiché esso garantisce la tutela dei diritti soggettivi, senza intralciare una procedura di evidenza pubblica.

Anche il Tribunale amministrativo federale ha confermato la scelta della giurisdizione a favore del giudice ordinario, in una pronuncia dell'anno successivo, nel 2007, perché ha affermato espressamente che le procedure sotto soglia sono regolate da norme interne alla stessa pubblica amministrazione e l'unico atto ad avere rilevanza esterna è costituito dalla stipula del contratto, sicché l'intera procedura è ascrivibile al diritto privato.

Il Tribunale ha anche specificato che il fatto che la scelta del contraente dovesse avvenire conformemente all'art. 3, comma 1, della L.F. non conferiva natura pubblicistica al rapporto giuridico tra il committente pubblico e i partecipanti alla gara.

È da rilevare che in quest'ottica il fondamento legislativo della tutela è costituito dalla *culpa in contrahendo*, che nasce con l'avvio delle trattative e genera un contatto qualificato tra committente e impresa, mentre il supremo giudice amministrativo ha respinto la teoria dei due gradini (*Zweistufentheorie*), secondo cui su una fase pubblica s'innesterebbe quella civilistica tra offerente e pubblica amministrazione¹⁵.

¹⁵ Secondo E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA e M. C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale amministrativa in Germania e in Italia*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 3, 719, i giudici amministrativi, fautori di tale qualificazione, «hanno così sprecato un'importante occasione per assumere un ruolo centrale nella tutela giurisdizionale dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione». Ben diversa, come è noto, è stata la soluzione della giurisprudenza amministrativa e, in particolare, di Cons. St., Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5, in *Corr. giur.*, 2018, 12, p. 1547 e ss., con nota di F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 5 del 2018*, secondo cui lo scorretto agire della pubblica amministrazione comporta sia la violazione delle regole pubblicistiche che dell'art. 1337 c.c.

È ben noto che la Commissione europea non ha condiviso questa impostazione, tendente ad attenuare la portata dei principi del diritto eurounitario nell'ambito degli appalti sotto soglia, ed ha emanato una comunicazione interpretativa per definire la portata del diritto europeo, ma questa comunicazione è stata impugnata dalla Germania, la quale ha assunto che la Commissione avesse agito *ultra vires*, estendendo arbitrariamente l'ambito di applicazione del diritto europeo ben oltre i limiti posti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Con la sentenza del 20 maggio 2010, in causa T-258/06, il Tribunale dell'Unione europea, tuttavia, ha ritenuto irricevibile il ricorso della Repubblica Federale Tedesca perché ha evidenziato la natura non vincolante della comunicazione, quale strumento di *soft law*¹⁶.

Come è stato ben osservato, peraltro, il tentativo di limitare la portata di applicazione del diritto europeo dei contratti pubblici «*si è ritorto sui Paesi membri, i quali maldestramente hanno sollecitato l'intervento del giudice*»¹⁷.

Dopo la pronuncia del Tribunale la compatibilità della disciplina tedesca per gli appalti sotto soglia appare invero più dubbia ancora e nella dottrina tedesca, come nelle definizioni correnti, si parla a tutt'oggi di essi come di “*appalti light*”¹⁸.

Diversa è la situazione normativa, invece, in rapporto agli appalti sopra soglia per la diretta, incomprimibile, prevalenza del diritto eurounitario.

Qui, in presenza di un interesse transfrontaliero certo di rilevanza europea, la legge contro le restrizioni della concorrenza ha introdotto un'esplicita *Schutznorm* (norma di protezione) che, unicamente per gli appalti sopra la soglia eurounitaria, attribuisce alle imprese un diritto soggettivo al rispetto delle disposizioni sulle procedure di appalto, da intendersi in senso lato, in modo da ricomprendere anche le norme del regolamento sugli appalti (VgV) e le prescrizioni tecniche (VOB/A).

Il ricorso in materia di appalti sopra la soglia eurounitaria viene proposto inizialmente dinanzi ad un organo amministrativo specializzato, la Camera degli appalti (*Vergabekammer*), la cui decisione può essere impugnata in unico grado dinanzi ad una sezione, parimenti specializzata, della Corte d'appello (*Vergabesenat*).

Si tratta di un rimedio a carattere giustiziale e paragiurisdizionale¹⁹, anche se occorre precisare che le *Vergabekammern* sono organi a carattere amministrativo e sottoposti solo

¹⁶ Trib. UE, sez. V, 20 maggio 2010, in causa T-258/06, in *Giur. it.*, 2010, 12, p. 2659 e ss., con nota di R. CARANTA, *Le regole applicabili ai contratti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive “appalti pubblici”*: il Tribunale UE, nel dichiarare irricevibile il ricorso, ha ritenuto che la comunicazione non contiene nuove regole di aggiudicazione degli appalti pubblici che vadano al di là degli obblighi derivanti dal diritto comunitario vigente, sicché non si può ritenere che la comunicazione produca effetti giuridici obbligatori idonei a incidere sulla situazione giuridica della Repubblica federale di Germania e degli Stati intervenienti nel giudizio.

¹⁷ Così, condivisibilmente, R. CARANTA, *Le regole applicabili ai contratti*, cit., p. 2663.

¹⁸ V., su questo punto, ancora C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., p. 278.

¹⁹ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., p. 279.

alla legge – con una autonomia priva, però, di copertura costituzionale – e non organi di mero controllo – a differenza delle citate *Vergabeprüfstellen*, che permangono in alcuni *Länder* – tanto che esse sono considerate “giudici” agli effetti del diritto europeo e sono quindi legittimate ad effettuare un rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia ai sensi dell’art. 267 TFUE.

Le Camere degli appalti sono composte di regola da un presidente e da due membri a latere, che devono disporre della necessaria *expertise* in materia di contratti pubblici; la loro decisione assume la forma di provvedimento amministrativo (*Beschluss*), che può essere annullato d’ufficio o revocato e che non acquista quindi la stabilità di una sentenza.

Esse esercitano, ai sensi del § 97, comma 6, GWB, un sindacato di mera legittimità, che presuppone la violazione dei diritti soggettivi del ricorrente, e la loro decisione è suscettibile di esecuzione coattiva secondo le relative leggi della Federazione e dei *Länder* sull’esecuzione forzata.

Il procedimento è improntato alla massima speditezza e la decisione è di regola adottata entro il termine legislativamente previsto di cinque settimane.

La Camera degli appalti dispone di incisivi poteri istruttori, informati al principio inquisitorio, e decisorii, finalizzati a rimuovere i vizi di legittimità, ma non può annullare un’aggiudicazione legittimamente effettuata, una volta che sia stato stipulato il contratto con l’aggiudicatario, poiché prevale il principio *pacta sunt servanda*.

Anche gli altri concorrenti alla gara, che non abbiano proposto ricorso, possono essere invitati a partecipare al procedimento mediante l’istituto della *Beiladung*, qualora una decisione possa gravemente pregiudicare i loro interessi.

La Camera deve informare la stazione appaltante della proposizione del ricorso e questa non può effettuare l’aggiudicazione prima della decisione del ricorso e della scadenza del termine per la sua impugnazione dinanzi al *Vergabesenat*, che è una sezione specializzata della Corte d’appello del *Land* (*Oberlandsgericht*).

L’aggiudicazione altrimenti disposta è nulla per la violazione di un divieto previsto dalla legge.

Il procedimento si articola dunque in due gradi, uno dinanzi alla *Vergabekammer* e uno dinanzi ad un *Vergabesenat* presso la Corte d’appello, ove la decisione della *Vergabekammer* è impugnabile con il gravame del ricorso immediato, che ha effetto sospensivo automatico rispetto alla decisione della *Vergabekammer*.

Tale effetto sospensivo decade, per il ricorrente, due settimane dopo la scadenza del termine per proporre ricorso, a meno che il *Vergabesenat*, su istanza del ricorrente stesso, non prolunghi l’effetto sospensivo fino alla decisione del ricorso.

Anche in questo caso è previsto un rito apposito, che ricalca quello in uso davanti al tribunale amministrativo, con ampi poteri inquisitori del giudice e la previsione di una udienza di trattazione²⁰.

²⁰ V., su questo punto, E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA e M. C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale*, cit., p. 719.

La giurisdizione è stata affidata, come detto, al giudice ordinario, ma la procedura è stata modificata in modo da renderla assimilabile ad un giudizio dinanzi al giudice amministrativo.

La Corte d'appello pronuncia in unico grado, salva l'ipotesi di *Divergenzvorange* (remissione per divergenza giurisprudenziale) al Tribunale federale, organo al quale spetta una generale funzione nomofilattica nel caso in cui la Corte d'appello intenda discostarsi dalla giurisprudenza di un'altra Corte d'appello o della Corte federale.

La legge contro le restrizioni della concorrenza prevede come unico rimedio la reintegrazione in forma specifica, in quanto la Camera degli appalti è esclusivamente preposta al riesame dei vizi inerenti alla procedura d'appalto e all'eventuale annullamento dell'atto lesivo (c.d. *Primärrechtsschutz*), mentre il risarcimento del danno svolge un ruolo marginale, pur essendo riconducibile all'impatto del diritto europeo²¹.

I due rimedi sono autonomi e non si applica il principio della pregiudizialità amministrativa perché l'azione risarcitoria dinanzi al tribunale civile da parte del concorrente pretermesso non presuppone il previo esperimento del rimedio demolitorio.

Un'aggiudicazione efficacemente conclusa mediante la stipula del contratto non può più essere annullata, ma la decisione della *Vergabekammer*, che accerta un vizio, fa stato nel successivo giudizio risarcitorio nei confronti della pubblica amministrazione, come fa stato, ovviamente, anche la decisione definitiva del *Vergabesenat*.

Secondo la legge contro le restrizioni della concorrenza può essere di regola risarcito il solo interesse negativo e, cioè, l'onere sostenuto per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione ad una gara di appalto di chi abbia avuto una vera e propria *chance* all'aggiudicazione, vanificata dal comportamento illegittimo, anche se non colposo, della pubblica amministrazione.

Il ricorso si propone dinanzi al tribunale competente e, quindi, al giudice ordinario, ove il diritto degli appalti svolge un ruolo marginale.

Va rilevato che la legge contro le restrizioni della concorrenza prevede anche un diritto al risarcimento a vantaggio della committenza in caso di richiesta abusiva di riesame dinanzi alla *Vergabekammer* o al *Vergabesenat*, proposta allo scopo di inceppare la procedura d'appalto o di danneggiare un concorrente oppure in caso di richiesta, a fini parimenti dilatori e ostruzionistici, di misure cautelari.

Sotto la soglia eurounitaria, come si è già visto, risulta applicabile la disciplina del BGB, integrata dalle norme tecniche VOB/A e VOL/A e può essere unicamente fatta valere la responsabilità precontrattuale da *culpa in contrahendo*, in presenza di un comportamento colposo della committenza e di una concreta aspettativa del concorrente all'assegnazione dell'appalto.

La mancata aggiudicazione dell'appalto ad un soggetto effettivamente avente titolo a divenire contraente viene qualificata come violazione di un obbligo di diligenza gravante sugli organi che gestiscono la procedura di evidenza pubblica.

²¹ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso"*, cit., p. 279.

Come è stato osservato, nella prima esperienza applicativa le *Vergabekammern* hanno dato buona prova, anche per il loro alto grado di specializzazione e per la celerità con cui vengono decise le controversie in materia di appalti e, secondo i dati disponibili nel 2015, sono stati decisi 676 ricorsi, di cui 145 – il 21,45% – sono stati accolti²².

La breve ricognizione sin qui effettuata conferma nell'ordinamento tedesco una fondamentale bipartizione tra appalti sopra e sotto soglia, con due sottosistemi assai diversi tra i quali le singole stazioni appaltanti devono destreggiarsi.

In Germania le argomentazioni addotte per difendere questo sistema “a cassette” fanno leva sulla maggiore flessibilità e speditezza del diritto “*light*” in materia di appalti.

Oltre la soglia eurounitaria, invece, il legislatore avrebbe realizzato una costruzione ibrida, che abbina le norme di diritto civile, costituenti il diritto di base (*Basisrecht*) a vincoli di diritto pubblico, che vi si sovrappongono a guisa di sovrastruttura, conferendo al diritto degli appalti la particolare fisionomia sin qui descritta.

Il legislatore italiano ha invece seguito una diversa strada che, come noto, ha valorizzato l'evidenza pubblica come sede del processo decisionale per la selezione del miglior contraente e, come tale, soggetta alle regole del diritto pubblico e affidata alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre la fase del rapporto contrattuale tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario, regolata in prevalenza da norme di diritto privato, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario.

Nel diritto tedesco l'interesse della pubblica amministrazione e del mondo economico alla celerità, nell'aggiudicazione dell'appalto, viene considerato prevalente rispetto all'interesse del concorrente non aggiudicatario ad ottenere soddisfazione, con la conseguenza che lo scopo economico prevale su quello di assicurare l'uguaglianza dei concorrenti e le esigenze di funzionalità della pubblica amministrazione fanno passare in secondo piano la tutela delle posizioni individuali, consigliando di graduare l'intensità della tutela in base al valore della commessa²³.

Il legislatore tedesco ha cioè scelto di trasporre il diritto europeo nella realtà nazionale solo con un recepimento minimale delle direttive europee (c.d. “*Eins-zu-eins-Umsetzung*”), secondo il principio del *no gold plating* e, cioè, il divieto di “placcare d'oro” le direttive europee, mediante una loro attuazione eccessivamente onerosa a livello nazionale, e «*ciò spiega la refrattarietà della Germania ad effettuare modifiche radicali, aprendosi senza riserve al diritto europeo, per tema di inceppare gli ingranaggi dell'economia*»²⁴.

Diversa, invece, è stata la scelta del legislatore italiano, diretta a valorizzare il più possibile gli indirizzi del legislatore europeo e a favorire il gioco della concorrenza.

²² C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., p. 285.

²³ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., p. 285.

²⁴ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., p. 287.

Questa esigenza, tuttavia, nel nostro ordinamento si salda anche con quella, concomitante e pure fortemente avvertita, del contrasto alla corruzione, che in Italia è affidata *in primis* all'Autorità Nazionale Anticorruzione (art. 213 del d. lgs. n. 50 del 2016).

Il legislatore italiano ha preferito attribuire una maggiore tutela alle ragioni della legalità e della concorrenza e solo per particolari tipi di opere, di rilevanza strategica, ha invece privilegiato la speditezza dell'azione pubblica.

Sul piano processuale, poi, il legislatore italiano non ha distinto la tutela giurisdizionale tra gli atti delle procedure sopra e sotto soglia e ha previsto per entrambe un contenzioso informato a principi di sinteticità, speditezza ed effettività della tutela stessa (art. 120 c.p.a.), con un primo grado di giudizio avanti al Tribunale amministrativo regionale e un secondo avanti al Consiglio di Stato.

Anche nell'ordinamento interno la tutela risarcitoria per equivalente è in una posizione di marginalità, rispetto a quella in forma specifica, ma in certi settori essa è tuttavia l'unica possibile per il concorrente non aggiudicatario che veda lese le proprie ragioni (v., per le controversie relative alle infrastrutture strategiche, l'art. 125, comma 3, c.p.a.).

Nel nostro ordinamento la tutela risarcitoria per equivalente, però, non è limitata al solo interesse negativo, come accade in Germania, e il legislatore italiano ha inteso accordare una tutela risarcitoria piena ed effettiva, anche quanto all'interesse positivo, nel caso del concorrente che si sarebbe visto aggiudicare la gara, ristorando «*il danno subito e provato*» (art. 124, comma 1, c.p.a.).

L'esperienza della Camera degli appalti e della fase paragiurisdizionale, in Germania, ha dato buona prova di sé, come si è accennato, ma occorre considerare che in Germania il 90% degli appalti non raggiunge la soglia eurounitaria, sicché il contenzioso in materia investe il residuo 10%, affidato appunto alle Camere degli appalti²⁵.

Per altro verso l'attribuzione della giurisdizione sui contratti pubblici al giudice ordinario risponde, in Germania, anche alla diffusione convinzione secondo cui, nelle controversie relative ai contratti privati (come nel diritto degli appalti), «*i giudici ordinari appaiono in definitiva i più attrezzati*»²⁶.

L'ordinamento italiano e quello tedesco hanno insomma seguito due strade diverse, in quanto il primo privilegia maggiormente la speditezza nell'attività contrattuale e il secondo la legalità procedimentale e la tutela della concorrenza²⁷.

E tuttavia, si deve qui osservare, il contenzioso italiano, pur se improntato ad un maggior legalismo e garantismo, non ha avuto il temuto effetto “bloccante” sull'esecuzione degli appalti.

²⁵ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., p. 272.

²⁶ E. SCHMIDT-ABMANN, L. DE LUCIA e M. C. ROMANO, *Prospettive della tutela giurisdizionale*, cit., p. 721: «*ciò incontra anche il favore degli avvocati, la maggior parte dei quali ha più ampia esperienza con il giudice civile*».

²⁷ V. C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli “organi di ricorso”*, cit., pp. 286-287.

I dati del contenzioso in Italia mostrano come solo una modestissima percentuale dei ricorsi venga accolta, anche in sede cautelare, e che esso non ha mai costituito una minaccia per l'operatività della contrattualistica pubblica.

Resta ovviamente il dato, non incoraggiante, della grande litigiosità anche in quest'ambito del contenzioso amministrativo, stante l'elevato grado di tutela giurisdizionale riconosciuto nel nostro ordinamento rispetto ad altri come, ad esempio, quello tedesco in esame.

L'introduzione del parere precontenzioso dell'ANAC, nell'art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016, dovrebbe avere anche, nelle intenzioni del legislatore, anche la prioritaria finalità deflattiva del contenzioso sui contratti pubblici²⁸.

Il parere precontenzioso dell'ANAC costituisce una vera e propria decisione amministrativa resa all'esito di un procedimento amministrativo contenzioso di natura giustiziale e quello vincolante deve essere impugnato ai sensi dell'art. 120 c.p.a.

Rispetto alla decisione assunta dalla Camera degli appalti in Germania, tuttavia, il parere precontenzioso costituisce nel nostro ordinamento uno strumento meramente facoltativo rispetto all'azione giudiziaria che, laddove proposta, rende infatti improcedibile l'istanza di parere²⁹, mentre nel sistema tedesco il ricorso alla *Vergabekammer* è obbligatorio e sostitutivo del primo grado del giudizio³⁰.

La decisione della Camera degli appalti è preposta al riesame dei vizi inerenti alla procedura di appalto e all'eventuale annullamento dell'atto lesivo (c.d. *Primärrechtschutz*), mentre la decisione dell'ANAC non ha effetti costitutivi e si limita a verificare, attraverso una pronuncia dichiarativa, la conformità a diritto degli atti sottoposti al suo vaglio.

L'ANAC inoltre, a differenza di quanto è previsto per le *Vergabekammern*, non emana decisioni vincolanti per espressa volontà della legge, ma solo su eventuale accordo delle parti (art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016), sicché, in ragione della natura consensuale del rimedio, si deve escludere che essa sia qualificabile come "organo di ricorso" ai sensi delle Direttive UE in materia e, quindi, come giudice ai fini del rinvio di cui all'art. 267 TFUE³¹.

²⁸ V. anche, in questo senso, il parere di Cons. St., Comm. spec., 28 novembre 2018, n. 2781, secondo cui «*il fine prioritario dell'istituto del pre-contenzioso è quello deflattivo del contenzioso giurisdizionale (attraverso un rimedio sostanzialmente alternativo a quest'ultimo)*». L'art. 211, comma 1, del d. lgs. n. 50 del 2016 è stato modificato dal d. lgs. n. 56 del 2017, che ha rafforzato l'obbligo del contraddittorio procedimentale.

²⁹ Cfr., sul punto, l'art. 7, comma 3, lett. b), del *Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*, pubblicato nella G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019.

³⁰ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso"*, cit., p. 285.

³¹ C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso"*, cit., pp. 318-319. Sull'orientamento della Corte di Giustizia UE v. la sentenza del 6 ottobre 2015, in C-203/14, sull'operato del *Tribunal Català de Contractes del Sector Public*. Circa il controverso ruolo delle Autorità indipendenti nell'esercizio di funzioni paragiurisdizionali v. anche, per il nostro diritto interno, la recente sentenza della nostra Corte cost., 31 gennaio 2019, n. 13, in *Giur. it.*, 2019, 2, p. 283 e ss., con nota di G.

Il parere precontenzioso dell'ANAC svolge dunque un ruolo aggiuntivo rispetto alle funzioni giurisdizionali esercitate dal giudice amministrativo in questa materia.

L'esperienza assai contrastata delle raccomandazioni vincolanti, che sono state abrogate dall'art. 123, comma 1, lett. b), del d. lgs. n. 56 del 2017, sconsiglia tuttavia l'introduzione, nel nostro ordinamento, di strumenti analoghi a quelli delle Camere degli appalti, che sarebbero visti come un'intromissione nell'autonomia delle singole stazioni appaltanti e come un intralcio nell'accesso alla giustizia amministrativa.

Il ruolo del giudice amministrativo è avvertito, nel nostro ordinamento, come essenziale per la tutela delle posizioni giuridiche soggettive e rispetto ad esso l'intervento dell'ANAC, anche nella forma del parere precontenzioso, deve trovare fondamento quantomeno nel consenso espresso da una delle parti.

Anche la recente introduzione dell'impugnativa da parte dell'ANAC ai sensi dei commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 211 del d. lgs. n. 50 del 2016, sul modello dell'art. 21-*bis* della l. n. 287 del 1990, dimostra il ruolo profondamente diverso che nel nostro ordinamento è venuta ad assumere l'ANAC rispetto all'originaria impostazione dell'art. 211, comma 2, del d. lgs. n. 50 del 2016, ora abrogato, e il suo progressivo allontanamento da quella veste di terzietà che, in origine, sembrava accostarla ad una autorità di vigilanza investita, anche in questa materia, di funzioni paragiurisdizionali simili a quella svolta dalle *Vergabekammern*.

La funzione deflattiva del contenzioso dell'ANAC potrebbe tuttavia essere potenziata, in due modi e cioè, come ha suggerito la dottrina, riconoscendo effetto sospensivo al termine per ricorrere in via giurisdizionale al procedimento precontenzioso avviato su istanza congiunta e, pertanto, destinato a dare luogo a sfociare in un parere vincolante e attribuendo, altresì, carattere non solo dichiarativo ai pareri qualificabili come decisioni³².

SICCHIERO, *La dottrina costituzionale del "giudice ai limitati fini"*, nonché in *Giorn. di dir. amm.*, 2019, 4, p. 467 e ss., con nota di V. TURCHINI, *L'Antitrust non è un giudice. Nemmeno ai limitati fini*.

³² V. C. FRAENKEL-HAEBERLE – F. APERIO BELLA, *Gli "organi di ricorso"*, cit., p. 319 e nt. 201.

Diritto dei contratti pubblici in Spagna

di Ida Raiola

SOMMARIO: 1.-Premessa. 2.- Il *recurso especial en materia de contratación*. 3.- Gli organi della “*justicia administrativa especial*” in materia di contratti pubblici e gli atti impugnabili. 3.1. – Gli organi istituiti dalle Comunità Autonome. 4.-Il riconoscimento da parte della CGUE della natura giurisdizionale degli organi della “giustizia amministrativa speciale” in materia di appalti pubblici ai fini del rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE. 5.-. *El Informe sobre la Justicia Administrativa 2019*. I dati statistici rilevati con riguardo ai *recursos especiales en materia de contratación*

§1.-Premessa

L’attuazione nell’ordinamento giuridico spagnolo della disciplina comunitaria (ora euro-unitaria) dettata in materia di controversie nel settore dei pubblici appalti a partire dalla Direttiva “ricorsi” del 2007 (Direttiva 2007/66/CE) è avvenuta - diversamente che nel nostro Paese in cui è stata approntata una disciplina processuale speciale per le relative controversie che si svolgono dinanzi ai giudici amministrativi (attualmente rinvenibile negli artt.120 ss. c.p.a.) - mediante la previsione di uno specifico rimedio, da ultimo disciplinato organicamente dalla legge 8 novembre 2017 n.9 (*Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Ley de Contratos del Sector Público*, LCSP 2017), denominato *recurso especial en materia de contratación*, e la correlativa creazione di un sistema di “giustizia amministrativa speciale”, alternativo rispetto alla *Jurisdicción Contencioso-Administrativa*³³, ma non sostitutivo di questa³⁴. Il sistema in parola ha comportato la creazione di un complesso di organi, istituiti dallo Stato centrale (*Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*) e dalle Comunità Autonome (*Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid*, *Tribunal Administrativo de Contratos Público de Aragón*, *Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi*, *Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León*, *Tribunal Administrativo Contratos Públicos de Navarra*, *Tribunal Català de Contractes del Sector Público*, *Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias*, [*Comisión jurídica de Extremadura*](#), [*Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia*](#)), chiamati a dirimere, in via alternativa rispetto all’ordinario sistema del contenzioso

³³Nell’ordinamento spagnolo la *Jurisdicción Contencioso-Administrativa* è un ordine giurisdizionale, integrato nel Potere Giudiziario, a cui la Costituzione del Regno di Spagna del 1978 affida il controllo giurisdizionale della legalità dell’azione dei pubblici (art.106).

³⁴ Resta, infatti, ferma la possibilità per gli interessati di adire in via ordinaria gli organi della giurisdizione amministrativa (cd. *contencioso administrativo*). Peraltro, le decisioni adottate dagli organismi competenti a decidere i *recursos especiales en materia de contratación* sono comunque impugnabili dinanzi ai giudici del *contencioso administrativo*.

amministrativo (*contencioso administrativo*), le controversie insorte in materia di affidamento di pubblici appalti.

Quanto agli organismi istituiti per la trattazione del contenzioso in materia di appalti pubblici, concepiti come organi amministrativi nell'ordinamento interno, la loro natura di organi giurisdizionali è stata affermata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (d'ora in poi CGUE), investita da rinvio pregiudiziale dal *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* (causa C-203/14 *Consorti Sanitari del Maresme*), in considerazione della ricorrenza di quegli elementi che, sulla base al consolidato orientamento della Corte, connotano un determinato organismo in termini di organo giurisdizionale, titolare, quindi, del potere di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art.267 TFUE³⁵. Si tratta, specificamente, dei caratteri scaturenti dalla istituzione dell'organo in forza di una specifica previsione legislativa, dal suo carattere permanente, dal fatto che, dinanzi ad esso, si svolge un procedimento in contraddittorio, dalla sua indipendenza e, infine, dal carattere obbligatorio della sua giurisdizione.

Nei successivi paragrafi si approfondiranno gli aspetti caratterizzanti, sul piano strutturale e funzionale, sia il *recurso especial* che gli anzidetti organi, nonché il procedimento che si svolge dinanzi ad essi, anticipando, per il momento, tre elementi di sicuro interesse nella prospettiva comparatistica cui si ispira il presente lavoro:

- il riconoscimento, nell'ordinamento spagnolo, di un'ampia legittimazione a ricorrere, nel solco della consolidata giurisprudenza amministrativa iberica in tema di *legitimatío ad causam*;
- la gratuità del *recurso special en materia de contratación pública*;
- l'effetto sospensivo automatico riconnesso alla presentazione del *recurso especial* in caso di impugnativa del provvedimento di aggiudicazione³⁶.

§2.-El recurso especial en materia de contratación

Con il *recurso especial en materia de contratación* è possibile contestare, nell'ambito delle procedure per l'affidamento dell'esecuzione di determinati contratti

³⁵ Articolo 267 (ex articolo 234 del TCE):

“La Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

a)sull'interpretazione dei trattati;

b)sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte.

Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile.

³⁶ L'effetto sospensivo automatico è escluso in caso di procedure relative a contratti basati su un accordo-quadro o a contratti specifici nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione.

pubblici, una serie di atti, legislativamente individuati, adottati sia delle pubbliche amministrazioni sia da altri organismi ai quali va riconosciuto lo *status* di amministrazioni aggiudicatrici³⁷.

La disciplina vigente del *recurso* è stata da ultimo modificata dalla legge 9/2017 (LCSP 2017), sui contratti del settore pubblico, che ha qualificato il *recurso* come *potestativo y gratuito* per i ricorrenti (art.44).

La legittimazione a ricorrere è riconosciuta a qualsiasi persona fisica o giuridica le cui posizioni giuridiche, individuali o collettive, siano stati lese o possano essere incise, direttamente o indirettamente, dalle determinazioni amministrative oggetto del *recurso*, nonché alle organizzazioni sindacali quando, nell'esecuzione del contratto oggetto dell'affidamento, il soggetto datore di lavoro non rispetti gli obblighi sociali o lavorativi relativi ai lavoratori che vi sono impiegati.

Anche prima della presentazione del *recurso*, i soggetti legittimati possono richiedere l'adozione di misure cautelari, volte a correggere le violazioni procedurali o ad impedire che ulteriori pregiudizi siano causati alla loro sfera giuridica; in tal caso l'organismo competente, chiamato a decidere sulla richiesta cautelare, deve pronunciarsi nel termine di cinque giorni dalla presentazione del ricorso. Qualora l'adozione delle misure cautelari potrebbe generare danni di qualsiasi natura, con la pronuncia cautelare è possibile imporre la prestazione di una fideiussione o di altra garanzia in misura adeguata a coprire il rischio di danni paventato. La misura cautelare può essere richiesta in qualsiasi fase della procedura, previa audizione dell'Amministrazione.

Con la legge del 2017 è stata eliminata la necessità del preavviso di ricorso e sono state disciplinate in maniera dettagliata le modalità di computo del termine per la presentazione dello stesso.

Il termine è di 15 giorni lavorativi decorrenti, in via generale dalla pubblicazione dell'atto impugnato sul profilo della stazione appaltante oppure, in caso di atti endoprocedimentali o di determinazioni assunte nell'ambito di una procedura negoziata senza pubblicità, dal giorno successivo a quello in cui è stata conosciuta la possibile illegittimità dell'atto.

Nel caso di ricorso avverso l'aggiudicazione dell'appalto, il termine per la proposizione del ricorso decorre dal giorno successivo a quello in cui ne è stata data comunicazione ai candidati o agli offerenti ammessi alla procedura.

³⁷ La bibliografia sul tema è vastissima; sia consentito, pertanto, indicare solo le opere consultate per la stesura del presente lavoro e in considerazione dell'economia dello stesso: Jose Enrique CANDELA TALAVERO, *El recurso especial como instrumento de control en materia de contratación pública*, 2016; Id., *Recurso especial en materia de contratación en el ámbito local*; José María GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora)*. Número monográfico especial (2016) *Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor*, 2016; Juan Pedro Quintana CARRETERO, *El recurso especial en la contratación pública*, in *Revista de Jurisprudencia*, numero di Settembre, 2018;

L'atto con il quale viene proposto ricorso va depositato secondo le modalità a suo tempo individuate dalla legge del 1° ottobre 2015 n.39 (art.16, comma 4), recante la disciplina del procedimento amministrativo uniforme delle pubbliche amministrazioni, mediante inserimento nel registro dell'ente appaltante o nell'organismo competente per la risoluzione del ricorso.

Il *recurso* è dichiarato inammissibile nei seguenti casi:

- a) incompetenza dell'organismo a decidere l'impugnativa;
- b) difetto di legittimazione del ricorrente o di rappresentanza del soggetto che presenta il ricorso per conto di un altro soggetto;
- c) non impugnabilità dell'atto contestato;
- d) tardività del ricorso.

La presentazione di un *recurso* recante impugnativa di un provvedimento di aggiudicazione determina, in via automatica, la sospensione del procedimento di gara, salvo che non si tratti di procedure relative a contratti basati su un accordo-quadro o a contratti specifici nell'ambito di un sistema dinamico di acquisizione. E' fatta salva, in ogni caso, la possibilità di adottare misure cautelari.

Il procedimento per la trattazione del *recurso especial* è disciplinato dalla legge 39/2015 sul procedimento amministrativo uniforme delle pubbliche amministrazioni, con le seguenti particolarità:

- una volta presentato il ricorso, l'organismo chiamato a decidere ne informerà l'amministrazione aggiudicatrice lo stesso giorno in cui il deposito del ricorso è effettuato e richiederà la relativa documentazione, che dovrà essere inviata nei successivi due giorni con una relazione accompagnatoria;
- entro i cinque giorni lavorativi successivi al deposito del ricorso, l'organismo competente per la risoluzione della controversia lo comunicherà alle eventuali altre parti interessate, le quali nel successivo termine di cinque giorni dovranno presentare le proprie difese;
- nelle more, l'organismo competente a decidere sul *recurso especial* adotterà le misure cautelari richieste e deciderà se mantenere o meno la sospensione automatica della procedura determinata dalla presentazione del *recurso*
- i fatti relativi alla controversia e rilevanti ai fini della decisione del ricorso possono essere dimostrati con qualsiasi mezzo di prova ammesso dalla legge;
- l'organismo competente per la decisione del ricorso deve, in ogni caso, garantire la riservatezza e la protezione dei segreti commerciali in relazione alle informazioni contenute nella documentazione di gara.

Nel contenuto della decisione del *recurso especial* dovranno essere esaminate e decise tutte le questioni sollevate dalle parti in misura corrispondente alle loro difese e dovranno eventualmente essere revocate la sospensione dell'atto di aggiudicazione e le misure cautelari concesse, nonché disposta la cessazione delle garanzie prestate.

Decorsi due mesi dal giorno successivo alla presentazione del ricorso, senza che al ricorrente sia stata notificata la decisione sul *recurso especial*, questo si considera respinto, circostanza rilevante ai fini della eventuale successiva presentazione di un ricorso amministrativo-contenzioso dinanzi ai giudici amministrativi.

La decisione sul *recurso especial* è immediatamente esecutiva, impugnabile esclusivamente con ricorso contenzioso-amministrativo, senza possibilità di riesame d'ufficio della decisione o uno qualsiasi degli atti adottati dagli organi competenti per la trattazione del *recurso especial* in corso di procedura. E', però, sempre possibile la rettifica, d'ufficio o su richiesta delle parti interessate, della decisione o di altri atti adottati nel procedimento, in presenza di errori materiali, di fatto o di calcolo.

L'organismo competente per la decisione del ricorso, su richiesta dell'interessato, può imporre all'ente aggiudicatore l'obbligo di risarcire l'interessato per i danni che potrebbero essere stati causati dalle illegittimità denunciate, tenendolo indenne quantomeno dei costi sopportati per la preparazione dell'offerta o la partecipazione alla procedura di appalto.

Nel caso, infine, in cui l'organismo competente a decidere accerti la temerarietà o la malafede nella presentazione del ricorso o nella richiesta di misure cautelari, può condannare il ricorrente al pagamento di un'ammenda.

§3.-Gli organi della “justicia administrativa especial” in materia di contratti pubblici e gli atti impugnabili

Nell'ambito dell'Amministrazione statale la decisione del *recurso especial en materia de contratacion* è stata affidata al *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*. Si tratta di un organismo i cui membri godono delle garanzie dell'inamovibilità e dell'indipendenza, in relazione organica con [l'amministrazione generale dello Stato](#) per il tramite del [Ministero delle Finanze](#) (*Ministerio de Hacienda*).

Il *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* è stato istituito con legge 5 agosto 2010 n.34, recante modifiche alla legge 30 ottobre 2007 n.30 sugli appalti del settore pubblico, alla legge 30 ottobre 2007 n.31 sulle procedure di appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, e alla legge 13 luglio 1998 n.29, che ha disciplinato la [giurisdizione amministrativo-contenziosa](#) in materia di appalti pubblici per adeguarla al diritto europeo. E' chiamato a risolvere sia le controversie instaurate con ricorsi proposti contro i provvedimenti degli enti che aggiudicano gli appalti del settore pubblico, sia ad adottare le misure interinali che potrebbero essere necessarie in pendenza di giudizio. Fa parte dell'elenco degli organi facenti capo al Ministero dell'Economia e delle Finanze ed è stato istituito con l'obiettivo di fornire un elemento di garanzia nell'applicazione delle norme che regolano la preparazione e l'aggiudicazione degli appalti, assicurando un trattamento non discriminatorio e la parità tra i contraenti,

mediante la corretta applicazione delle norme che incorporano tali principi nel sistema giuridico spagnolo.

La previsione di un organo speciale cui attribuire la cognizione sul contenzioso in tema di appalti pubblici risponde all'esigenza di agire efficacemente nel settore della contrattazione pubblica, assicurando, sul piano della tutela giurisdizionale, l'adozione di tutte decisioni nel più breve tempo possibile ma garantendo, al contempo, che le questioni giuridiche poste dalle parti del giudizio, persone fisiche e giuridiche, pubbliche e private, siano adeguatamente esaminate e decise da un organismo professionalmente qualificato³⁸. In questa prospettiva, al fine, cioè, di contemperare, da un lato, l'esigenza di una adeguata cognizione delle controversie e, dall'altro, l'esigenza di una celere definizione dei giudizi e, ancor prima, di una rapida delibazione delle istanze cautelari, è particolarmente auspicato l'impiego generalizzato di procedure informatiche³⁹.

In conformità con le disposizioni della legge 8 novembre 2017 n.9 sui contratti del settore pubblico (LCSP, in particolare artt.44 e 45), il *Tribunal Administrativo Centrale de Recursos Contractuales* è competente a conoscere:

A) i ricorsi speciali relative agli appalti proposti con riferimento ai seguenti contratti e atti conseguenti

1. *Contratos recurribles* (contratti impugnabili)

- appalti di lavori, concessioni di lavori o concessioni di servizi con un valore stimato superiore a € 3.000.000;
- contratti di fornitura e assistenza con un valore stimato superiore a € 100.000;
- accordi quadro e sistemi di acquisizione dinamici, che abbiano per oggetto contratti di opera, di fornitura o di servizio, nonché contratti basati su uno di essi.
- contratti amministrativi speciali quando non è possibile stabilire il loro prezzo di offerta o, in un altro caso, quando il loro valore stimato è superiore a quello stabilito per i contratti di servizio.
- contratti sovvenzionati di cui all'articolo 23 LCSP, a determinate condizioni.

2. *Encargos recurribles* (ordini o commissioni impugnabili)

- sono impugnabili le commissioni o ordini, quando a causa delle loro caratteristiche, non è possibile fissare il loro importo o, in caso contrario, quando è prevista la loro durata totale più le estensioni, pari o superiore a quello stabilito per i contratti di servizio;

3. *Actos recurribles* (atti impugnabili)

³⁸ www.hacienda.gob.es

³⁹ www.hacienda.gob.es

- le comunicazioni di gara, le specifiche e i documenti contrattuali che stabiliscono le condizioni che dovrebbero disciplinare il contratto;
- gli atti procedurali qualificati adottati nella procedura di aggiudicazione;
- gli accordi di aggiudicazione;
- le modifiche contrattuali fondate sulla violazione delle disposizioni degli articoli 204 e 205 della LCSP, poiché è inteso che la modifica avrebbe dovuto essere oggetto di una nuova offerta;
- la formalizzazione degli ordini di proprietà significa che non soddisfano i requisiti legali;
- gli accordi di salvataggio in concessione sono anche attribuiti alla conoscenza del Tribunale amministrativo centrale delle risorse contrattuali;

B) Reclami per violazione delle norme contenute nella legge 30 ottobre 2007 (LCSE), sulle procedure di appalto nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali: in particolare, controversie inerenti l'applicazione dell'art. art.101.1 a) della LCSE e la nullità dei contratti nei settori richiamati ai sensi dell'art.109 di detta legge;

C) Ricorsi speciali in materia di appalti che possono sorgere contro gli atti degli organi competenti del Consiglio generale della magistratura, della Corte costituzionale e della Corte dei conti ai sensi della Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta della LCSP;

C) Ricorsi speciali in materia di appalti nell'ambito di applicazione della legge 1° agosto 2011 n.24, sugli appalti del settore pubblico nei settori della difesa e della sicurezza, a norma delle disposizioni dell'articolo 59 di detta legge;

D) Convenzioni sull'attribuzione di poteri al *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales* in base alle quali le Comunità Autonome possono attribuire il potere di risolvere i ricorsi a detto organo. Il relativo accordo deve essere concluso dalla Comunità Autonoma con l'Amministrazione statale generale, che stabilisce le condizioni alle quali la Comunità sosterrà le spese derivanti da questa attribuzione di competenze.

§3.1. – *Gli organi istituiti dalle Comunità Autonome*

Alle Comunità Autonome è riconosciuta una doppia possibilità per regolare il contenzioso in materia di appalti pubblici: la creazione di un proprio tribunale o l'attribuzione, previo accordo con lo Stato centrale, della giurisdizione per la risoluzione delle controversie in tema di appalti pubblici territorialmente afferenti alla singola Comunità Autonoma al *Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*. Hanno provveduto a istituire un proprio tribunale per la risoluzione del contenzioso in parola nove Comunità Autonome (sulle diciassette esistenti) e cioè le Comunità Autonome di Madrid, di Aragona, di Catalogna, di Castiglia e Leon, delle isole Canarie, di Navarra, di Estremadura, di Galizia e dei Paesi Baschi⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. *Regulación de los Tribunales de contratos públicos en Comunidades Autónomas* in www.obcp.es

§4.- Il riconoscimento da parte della CGUE della natura giurisdizionale degli organi della “giustizia amministrativa speciale” in materia di appalti pubblici ai fini del rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE

L’affermazione della natura giurisdizionale degli organi chiamati, nell’ordinamento spagnolo statale e delle Comunità Autonome, a conoscere del contenzioso in materia di appalti pubblici è stata occasionata da un rinvio pregiudiziale alla CGUE da parte dell’organo istituito dalla Comunità Autonoma di Catalogna, il *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*.

E’ noto che la CGUE ha elaborato una serie di criteri per giungere alla qualificazione dell’organo di rinvio come “organo giurisdizionale di uno degli Stati membri” ai sensi dell’articolo 267 TFUE. Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, al fine di valutare se l’organo del rinvio possieda le caratteristiche di un “organo giurisdizionale” ai sensi dell’articolo 267 TFUE, occorre tener conto di una serie di elementi, quali il fondamento legale dell’organo, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l’organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente. Inoltre, i giudici nazionali possono rivolgersi alla Corte unicamente qualora dinanzi ad essi sia pendente una lite ed essi siano stati chiamati a statuire nell’ambito di un procedimento destinato a risolversi in una pronuncia di carattere giurisdizionale.

Nel caso del *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*, l’attenzione della Corte ebbe a focalizzarsi, in particolare, sul criterio della “obbligatorietà della giurisdizione” e determinò, dal punto di vista procedimentale, la riassegnazione della causa alla Grande Sezione.

In vista dell’udienza dinanzi alla Grande Sezione, l’Avvocato Generale osservò, nelle proprie conclusioni⁴¹, che il *Tribunal* doveva qualificarsi “un organo amministrativo collegiale specializzato competente a trattare ricorsi speciali in materia di appalti pubblici. In quanto organo specializzato, esso non costituisce un organo giurisdizionale in senso proprio nel diritto nazionale e la sua decisione è definitiva per quanto riguarda i mezzi di ricorso amministrativi. Inoltre, il ricorso dinanzi a tale organo ha carattere facoltativo, il che solleva la questione se esso possa o meno essere qualificato come “organo giurisdizionale di uno degli Stati membri” ai sensi dell’articolo 267 TFUE” e che “il fatto che un organo nazionale non sia considerato come un organo giurisdizionale in senso proprio in virtù del diritto nazionale non è di per sé determinante, in quanto il concetto di “organo giurisdizionale” ai sensi dell’articolo 267 TFUE costituisce una nozione autonoma del diritto dell’Unione, in quanto la Corte ha ritenuto che tale nozione può altresì riferirsi a organi che non sono organi giurisdizionali ai sensi del diritto nazionale e non fanno parte del sistema giudiziario di uno Stato membro, dovendosi attribuire non

⁴¹ Conclusioni dell’Avvocato Generale presentate in data 7 luglio 2015 (Causa C-203/14).

alla qualificazione giuridica dell'organo, ma piuttosto alle sue effettive caratteristiche, il che porta a una valutazione delle caratteristiche strutturali e funzionali dell'organo del rinvio". In merito al requisito dell'obbligatorietà della giurisdizione, sul quale si erano appuntati i principali dubbi della Corte, l'Avvocato Generale rilevò inoltre "che la questione fondamentale a tale riguardo consiste nell'appurare se il fatto che un ricorso dinanzi all'organo del rinvio non sia l'unico mezzo di ricorso disponibile escluda, malgrado l'effetto vincolante della sua decisione, la possibilità di qualificare tale organo come "organo giurisdizionale di uno degli Stati membri" ai sensi dell'articolo 267 TFUE".

Nel caso del *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*, in base alle informazioni a disposizione della Corte, emergeva, però, che il ricorso dinanzi a tale organo era qualificato come alternativo rispetto ad un altro rimedio del quale poteva avvalersi l'interessato, in quanto il ricorrente avrebbe potuto scegliere fra un ricorso speciale dinanzi al *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* e un ricorso contenzioso amministrativo, vincolando così l'Amministrazione, che non avrebbe potuto incidere su tale scelta.

Nell'ordinamento spagnolo è prevista un'unica eccezione: per i settori speciali di cui alla legge 31/2007, del 30 ottobre 2007, in caso di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali³⁴, non è ammessa la facoltà di proporre direttamente un ricorso contenzioso amministrativo.

Non riguardando la causa sottoposta all'esame della CGUE uno dei settori speciali, il procedimento da applicarsi era, pertanto, quello ordinario che prevedeva la facoltatività del ricorso dinanzi al *Tribunal*. Questo elemento, però, a parere dell'Avvocato Generale, andava letto alla luce di precedenti pronunce della CGUE, dalle quali emergeva, però, anche una certa difficoltà nell'individuazione esatta della nozione di "obbligatorietà della giurisdizione".

Detta nozione risultava menzionata per la prima volta nella sentenza *Dorsch Consult*⁴², laddove la Corte aveva distinto due aspetti diversi dell'"obbligatorietà" della giurisdizione, senza tuttavia accordare preferenza all'uno o all'altro criterio, individuati rispettivamente nel fatto che, da un lato, l'organo adito avrebbe rappresentato, in realtà, l'unico mezzo di ricorso disponibile e, dall'altro, che l'organo adito avrebbe pronunciato decisioni aventi effetto vincolante. Peraltro, nel caso sottoposto in quella occasione all'esame della Corte, la giurisdizione dell'organo interessato risultava "obbligatoria" in entrambi i sensi indicati. Per l'Avvocato Generale era, dunque, da preferirsi l'idea che l'obbligatorietà fosse riferita all'effetto vincolante delle decisioni dell'organo del rinvio piuttosto che al fatto che il ricorso dinanzi a tale organo costituisse l'unico mezzo di ricorso disponibile, così come del resto era stato affermato nella successiva sentenza *Emanuel*⁴³, nella quale la Corte aveva considerato come organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, l'autorità designata per statuire in secondo grado sulle decisioni

⁴² C-54/96

⁴³ C-259/04

del registro dei marchi, che divideva tale competenza con un tribunale ordinario, e la cui consultazione dipendeva dal ricorrente, che poteva scegliere dinanzi a quale tribunale proporre il suo ricorso.

Analogamente, nella sentenza *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*,⁴⁴ la Corte aveva definito “obbligatoria” la giurisdizione del *Tribunal Arbitral Tributário* (Portogallo) che si presentava come un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie in materia fiscale e le cui decisioni erano vincolanti per le parti, potendo il ricorrente richiedere, appunto in alternativa, la creazione di un collegio arbitrale in materia fiscale, alla cui decisione l’amministrazione fiscale era tenuta a conformarsi. L’arbitrato fiscale era dunque non tanto uno strumento giuridico supplementare di cui disponeva il contribuente, ma una vera e propria alternativa alla giustizia tradizionale.

Nel caso del *Tribunal Català de contractes del Sector Públic*, aveva conseguentemente evidenziato l’Avvocato Generale nelle sue conclusioni, poteva affermarsi che, alla luce della giurisprudenza della CGUE, “l’esistenza di uno strumento di ricorso alternativo a uno strumento giurisdizionale in senso stretto non escludeva necessariamente che l’organo dinanzi al quale tale ricorso alternativo veniva proposto potesse essere considerato un “organo giurisdizionale” ai sensi dell’articolo 267 TFUE”. Pertanto, il fatto che la decisione dell’organo del rinvio avesse effetto vincolante era effettivamente un criterio necessario affinché tale organo potesse essere considerato come un “organo giurisdizionale di uno degli Stati membri” ai sensi dell’articolo 267 TFUE, ma non era di per sé sufficiente a definire la giurisdizione di tale organo “obbligatoria” ai sensi della giurisprudenza riguardante l’articolo 267 TFUE, risultando altresì essenziale che l’organo in questione fosse un organo previsto dalla legge, la cui competenza non dipendeva dalla volontà delle parti⁴⁵.

Rappresentando le decisioni del *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* una soluzione vincolante definitiva della controversia fra l’autorità aggiudicatrice e l’offerente, esse sono, perciò, caratterizzate da una autorità analoga all’effetto del principio di *res judicata*, di tal che il *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*, in veste di organo amministrativo collegiale specializzato istituito dalla legislazione nazionale, la cui competenza legale non dipende dalla volontà delle parti e che emette una decisione vincolante, soddisfa i criteri sanciti dalla giurisprudenza della Corte per essere considerato come un “organo giurisdizionale di uno degli Stati membri” ai sensi dell’articolo 267 TFUE.

La Grande Sezione della CGUE con sentenza del 6 ottobre 2015⁴⁶, nel delibare, tra le questioni pregiudiziali, sulla natura di organo giurisdizionale del *Tribunal Català de*

⁴⁴ C-377/13

⁴⁵ Cfr. sentenza *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta* (C-377/13, punto 29).

⁴⁶ C-203/14.

Contractes del Sector Públic, faceva proprie le conclusioni dell'Avvocato Generale, soffermandosi su tutti i criteri di qualificazione in senso giurisdizionale dell'organo.

Osservava, in proposito, che era necessario tener conto di tutti gli elementi già dianzi indicati, affermati in diverse pronunce⁴⁷, e che, pur nell'ipotesi in cui il *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* fosse stato considerato in diritto spagnolo un organo amministrativo, ciò non sarebbe stato di per sé scriminante ai fini di tale valutazione.

In particolare, la Corte rilevava che, per quanto riguardava i criteri che si riferiscono al fondamento legale dell'organo di rinvio, al suo carattere permanente, alla natura contraddittoria del procedimento, nonché al fatto che l'organo applichi norme giuridiche, il fascicolo a disposizione della Corte non conteneva alcun elemento atto a mettere in discussione la natura di organo giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, del *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* e che, quanto al requisito dell'indipendenza, sempre dal fascicolo a disposizione della Corte risultava che il *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* si trovava in posizione di terzietà rispetto all'autorità che aveva adottato la decisione oggetto del ricorso principale⁴⁸.

Ne risultava che il *Tribunal* esercitava le proprie funzioni in piena autonomia, senza vincoli gerarchici o di subordinazione nei confronti di alcuno e senza ricevere ordini o istruzioni da alcuna fonte⁴⁹, essendo quindi tutelato da interventi o pressioni dall'esterno idonei a mettere a rischio l'indipendenza di giudizio dei suoi membri⁵⁰. Esso, inoltre, svolgeva le sue funzioni nel pieno rispetto dell'obiettività e dell'imparzialità nei confronti delle parti della controversia e dei loro rispettivi interessi concernenti l'oggetto di quest'ultima. Peraltro, in forza dell'articolo 8, paragrafo 4, del decreto 221/2013 della *Generalitat de Catalunya*, i membri di tale organo erano inamovibili e potevano essere destituiti solo per i motivi ivi espressamente elencati⁵¹.

L'organo di rinvio soddisfaceva pertanto il requisito dell'indipendenza e, per quanto concerneva, infine, l'obbligatorietà della giurisdizione dell'organo di rinvio, ai sensi della giurisprudenza della Corte relativa all'articolo 267 TFUE, occorreva evidenziare che - pur avendo la competenza dell'organo di rinvio, in forza dell'articolo 40, paragrafo 6, del decreto legislativo 3/2011, carattere facoltativo, potendo colui che proponeva un ricorso in materia di appalti pubblici scegliere tra il ricorso speciale dinanzi all'organo del rinvio e il ricorso contenzioso amministrativo - le decisioni dell'organo del rinvio, la cui competenza non dipende dall'accordo delle parti, da un lato erano vincolanti per queste ultime⁵² e, dall'altro, che, come affermato in udienza dal governo spagnolo, in pratica, gli

⁴⁷ Cfr. sentenze Vaassen-Göbbels, 61/65, EU:C:1966:39, nonché *Umweltanwalt von Kärnten*, C-205/08, punto 35 e giurisprudenza citata.

⁴⁸ Cfr. sentenze Corbiau, C-24/92 e Wilson, C-506/04, punto 49.

⁴⁹ Cfr. sentenza Torresi, C-58/13 e C-59/13, punto 22.

⁵⁰ Cfr. sentenze Wilson, C-506/04, punto 51, e TDC, C-222/13, punto 30.

⁵¹ Cfr. sentenze Wilson, C-506/04, punti 52 e 53, nonché TDC, C-222/13, 31 e 32.

⁵² Cfr. ordinanza Merck Canada, C-555/13, punto 18 e giurisprudenza ivi citata, nonché sentenza *Ascendi Beiras Litoral e Alta, Auto Estradas das Beiras Litoral e Alta*, C-377/13, punto 28.

offerenti nelle procedure di aggiudicazione di appalto generalmente non si avvalevano (e non si avvalgono) della possibilità di proporre direttamente un ricorso contenzioso amministrativo, senza aver prima adito il *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic* con il ricorso speciale di cui al procedimento principale. Ne conseguiva che, sostanzialmente, i giudici amministrativi intervenivano quindi, in generale, come giudici di secondo grado, cosicché spettava in primo luogo all'organo del rinvio (cioè al *Tribunal Català de Contractes del Sector Públic*) assicurare, nella Comunità Autonoma di Catalogna, il rispetto del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici. Pertanto, l'anzidetto *Tribunal* soddisfaceva anche il criterio dell'obbligatorietà della sua giurisdizione.

§5-. El Informe sobre la Justicia Administrativa 2019. I dati statistici rilevati con riguardo ai recursos especiales en materia de contratación

Gli effetti derivanti dall'applicazione della nuova disciplina del *recurso especial* in materia di contrattazione pubblica (LCSP 2017), relativamente all'anno 2018, sono stati analizzati e tradotti in dati statistici nell'*Informe sobre la Justicia Administrativa 2019*⁵³. Come già rilevato, la legge del 2017 ha mantenuto il carattere facoltativo del ricorso speciale in materia di appalti, garantendo inoltre la gratuità per i ricorrenti (art. 44.7 LCSP), ma, al contempo, ne ha esteso il campo di applicazione oltre i contratti armonizzati. La soglia di valore indicata ai fini della proponibilità del *recurso special* è superiore ai tre milioni di euro per i contratti di lavori e concessioni (lavori e servizi) e ai centomila euro per i contratti di servizi e forniture. Le stesse soglie si applicano agli accordi quadro e ai sistemi dinamici di acquisizione.

Nell'*Informe 2018* si era dato atto che il 2018 sarebbe stato un anno di transizione, importante per valutare il funzionamento degli organismi investiti dei procedimenti per *recurso especial* sulla base dell'intervenuta novella legislativa.

Nell'*Informe 2019* si constata che, sebbene l'entrata in vigore della LSCP 2017 sia avvenuta dopo il primo trimestre dell'anno, alla data del 15 giugno 2019 non erano ancora disponibili le relazioni sull'attività dell'anno 2018 di un numero significativo di organismi

⁵³ *El Informe sobre la Justicia Administrativa* viene elaborato annualmente, a partire dal 2014, dall'Università Autonoma di Madrid mediante il CIJA (*Centro de Investigación sobre Justicia Administrativa*). Si tratta di una relazione sull'attività della giustizia amministrativa spagnola nell'anno considerato, concepita nella convinzione che sia necessario arricchire la conoscenza dell'ordinamento verificando anche l'impatto che le norme e le decisioni giudiziali hanno sulla realtà. La relazione fornisce, perciò, un monitoraggio annuale di alcuni indicatori della giustizia amministrativa. Sebbene vengano analizzati i dati generali sul funzionamento della giurisdizione contenziosa-amministrativa, rispetto ad altri ordinamenti giurisdizionali, l'*Informe* si concentra su aree specifiche di attività dell'amministrazione selezionate sulla base di diversi motivi, tra cui i seguenti: l'esistenza di uno specifico sistema di controllo amministrativo (tasse, contratti e trasparenza); l'esigenza di proteggere le persone dall'azione dei pubblici poteri pubblico (responsabilità finanziaria e diritti fondamentali); l'esistenza di una speciale relazione con l'amministrazione (personale amministrativo) e la natura innovativa della regolamentazione (protezione dei dati). L'*Informe 2019*, relativo all'anno 2018, è consultabile al seguente indirizzo web: <http://cja-uam.org/informe-sobre-la-justicia-administrativa-2019/>

competente a decidere i *recursos especiales*, elemento sintomatico di un sovraccarico, verosimilmente correlato all'aumento significativo del numero di procedimenti

Peraltro, il maggior volume di attività non è stato accompagnato dal conferimento di maggiori risorse in termini di personale e di attrezzature.

Nel corso dell'anno 2018 si è registrato per tutti gli organismi l'aumento dei ricorsi presentati, più significativi nelle Comunità Autonome più popolose: nel caso dell'Andalusia, ad esempio, si è passati da 304 a 466 nuovi ricorsi nel 2018, che rappresenta un aumento del 53%; così in Catalogna, dove il numero di ricorsi è salito da 241 a 358, pari ad un aumento del 48%; in Estremadura, l'aumento percentuale è stato del 56%, essendo passati da 78 nuovi ricorsi del 2017 a 122 nel 2018

Nessun dubbio che i fattori che hanno determinato questa tendenza siano stati molteplici, ma che, tra tali fattori, abbia assunto carattere preponderante la previsione della gratuità del *recurso especial* è altrettanto indubbio.

Altro fattore di significativo rilievo ai fini dell'incremento del contenzioso dinanzi agli organismi deputati alla decisione sui *recursos especiales* va, poi, individuato, nel volume complessivo delle procedure di gara bandite e degli appalti aggiudicati.

Si tratta, però, di un dato rivelatosi difficilmente reperibile rispetto all'anno 2018, mentre sono disponibili i dati aggregati dell'anno 2017.

Dal confronto di questo dato con quello del numero di *recursos especiales* presentati nel medesimo periodo è possibile inferire che, a fronte di un elevato numero di contratti conclusi in Spagna si registra basso numero di ricorsi proposti.

Nel 2017, infatti, rispetto ad un numero complessivo di 222.298 contratti pubblici conclusi, dei quali sono disponibili informazioni, risultano presentati 2.835 ricorsi dinanzi agli organismi deputati alla decisione sui *recursos especiales* con una percentuale pari all'1,2% dei contratti conclusi. Verosimilmente, nel corso dell'anno 2018, in considerazione del già illustrato significativo incremento percentuale registrato rispetto in termini di ricorsi presentati, pur in assenza del dato aggregato dei contratti di appalto pubblico stipulati, i redattori dell'*Enforme* hanno ritenuto plausibile che la relazione percentuale tra il numero dei contratti stipulati e il numero dei ricorsi speciali presentati sia anch'essa significativamente aumentata, il che lascia presagire un *trend* in crescita anche per gli anni successivi.