

Primo stop (comunitario) alla nuova disciplina del d.l. n. 90/2014 sulla “sospensiva dietro cauzione”.

di Federico Frasca

Data di pubblicazione: 7-8-2014

Tar Lombardia - Milano, Sez. IV, ordinanza 30 luglio 2014, n. 1044

Presidente Giordano, Estensore Fornataro

1. Deve essere disapplicato per incompatibilità comunitaria l'art. 40, comma 1, lett. b), del d.l. 24 giugno 2014 n. 90, nella parte in cui stabilisce l'obbligo di subordinare necessariamente l'efficacia della misura cautelare in materia di appalti pubblici alla prestazione di una cauzione, atteso che tale previsione risulta contrastante con gli artt. 1 e 2 della direttiva comunitaria 2007, n. 66, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee a garantire, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, procedure di ricorso accessibili ed efficaci, senza alcuna discriminazione tra i vari operatori in dipendenza della loro diversa capacità finanziaria.

2. Va sospesa l'efficacia del provvedimento con il quale la P.A. ha esercitato il potere di recesso dal contratto di appalto stipulato con una A.T.I. a seguito della trasmissione di una informativa antimafia a carico della sola mandataria, senza tuttavia interpellare preventivamente le mandanti e senza la previa valutazione dei presupposti per la prosecuzione del rapporto, da svolgere, secondo i criteri generali, nel contraddittorio con gli operatori interessati, così precludendo di fatto a questi ultimi la possibilità di manifestare, nelle forme previste, la volontà di proseguire nel rapporto e di dimostrare il possesso dei necessari requisiti. Va considerato, infatti, che l'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, consente all'Amministrazione, anche nei casi previsti dalla normativa antimafia, di proseguire il rapporto di appalto quando gli operatori non toccati dall'informativa sfavorevole abbiano costituito un nuovo raggruppamento nelle forme delineate dalla norma stessa e dispongano dei requisiti necessari per eseguire le prestazioni residue; la norma precisa che "non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto", sicché introduce una relazione di precedenza tra la verifica delle condizioni e l'esercizio del potere di recesso.

REPUBBLICA ITALIANA**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia****(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2044 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Isi - Italia Servizi Integrati Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Sansone, presso lo studio del quale ha eletto domicilio in Milano, via G. B. Bazzoni, 2;

contro

Azienda Ospedaliera Istituto Ortopedico Gaetano Pini, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenzo Avolio, presso lo studio del quale ha eletto domicilio in Milano, via Gian Galeazzo n. 16;

nei confronti di

Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi Co.Lo.Coop.Soc.Coop., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Luigi Di Tolle, Sara Beretta, con domicilio eletto presso Marco Luigi Di Tolle in Milano, viale Bianca Maria, 21;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- quanto al ricorso principale e al ricorso per motivi aggiunti depositato in data 23 luglio 2014
- della deliberazione n. 218 del 21 maggio 2014 con la quale l'amministrazione ha esercitato il potere di recesso dal contratto stipulato con l'ATI Co.Lo.Coop soc. coop (capogruppo) a seguito della trasmissione di informativa antimafia a carico della sola mandataria Co.Lo.Coop, senza disporre la prosecuzione con le mandanti ISI s.p.a. e CNS- Consorzio Nazionale Servizi

soc. coop.;

- della deliberazione n. 245 del 18 giugno 2014 con la quale l'Azienda Ospedaliera ha indetto una nuova procedura negoziata per l'affidamento dei servizi residui già relativi al contratto oggetto del recesso.

Nonché per la condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Istituto Ortopedico Gaetano Pini e di Consorzio Lombardo Cooperative Produzione Lavoro e Servizi Co.Lo.Coop.Soc.Coop.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2014 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuta la sussistenza dei presupposti per la concessione della tutela cautelare, in quanto:

- l'art. 37 del d.l.vo 2006, n. 163 consente all'amministrazione, anche nei casi previsti dalla normativa antimafia, di proseguire il rapporto di appalto quando gli operatori non toccati dall'informativa sfavorevole abbiano costituito un nuovo raggruppamento nelle forme delineate dalla norma stessa e dispongano dei requisiti necessari per eseguire le prestazioni residue;

- la norma precisa che "non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto", sicché introduce una relazione di precedenza tra la verifica delle condizioni e l'esercizio del potere di recesso;

- nel caso di specie la stazione appaltante ha adottato la determinazione di recesso senza interpellare preventivamente gli operatori interessati e senza la previa valutazione dei

presupposti per la prosecuzione del rapporto, da svolgere, secondo i criteri generali, nel contraddittorio con gli operatori interessati, così precludendo di fatto a questi ultimi la possibilità di manifestare, nelle forme previste, la volontà di proseguire nel rapporto e di dimostrare il possesso dei necessari requisiti;

Ritenuta la sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile derivante dall'esecuzione degli atti impugnati;

Ritenuta l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione di una cauzione, in quanto l'art. 40, comma 1 lett. b), del d.l. n. 90/2014, deve essere disapplicato per incompatibilità comunitaria, nella parte in cui stabilisce l'obbligo di subordinare necessariamente l'efficacia della misura cautelare alla prestazione di una cauzione, atteso che tale previsione risulta contrastante con gli artt. 1 e 2 della direttiva comunitaria 2007, n. 66, che impongono agli Stati membri l'adozione di misure idonee a garantire, per quanto riguarda gli appalti disciplinati dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, procedure di ricorso accessibili ed efficaci, senza alcuna discriminazione tra i vari operatori in dipendenza della loro diversa capacità finanziaria.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

Accoglie la domanda cautelare contenuta nel ricorso principale e nel ricorso per motivi aggiunti e per l'effetto sospende gli atti impugnati.

Compensa tra le parti le spese della fase cautelare della lite.

Fissa per la trattazione del merito l'udienza pubblica del 12 novembre 2014, ad ore di rito.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 29 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Mauro Gatti, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

BREVI ANNOTAZIONI

L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

Con l'ordinanza del 30 luglio 2014, n. 1044, il Tar per la Lombardia ha statuito, in via principale, che il provvedimento di recesso da un contratto d'appalto, basato sulla trasmissione di **un'informativa prefettizia antimafia a carico della sola mandataria di un'A.T.I.**, è illegittimo (almeno in sede di sommaria delibazione del *fumus boni iuris*, tipica della fase cautelare), qualora non vengano coinvolte nella previa fase procedimentale anche le mandanti.

La pronuncia in commento si segnala, tuttavia, per il suo *decisum* incidentale, atteso che sancisce **il primo "arresto" pretorio alle recenti modifiche al rito degli appalti introdotte dal d.l. 24 giugno 2014, n. 90**, il cui art. 40, comma 1, lett. b) è stato disapplicato per contrasto con la direttiva comunitaria 2007/66/CE (c.d. "direttiva ricorsi", recepita con il d.lgs. n. 53/2010), nella parte in cui subordina necessariamente l'efficacia della misura cautelare alla prestazione di una cauzione.

Inevitabili le ripercussioni che la pronuncia in esame avrà (*rectius* sta avendo) sull'*iter* di conversione in legge del d.l. n. 90/2014.

IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

La pronuncia del Tar Lombardia, ad una più attenta analisi, non sorprende: costituisce principio comunitario consolidato, in materia d'appalti, quello che riconosce alla tutela cautelare il carattere di elemento fondamentale del diritto ad una **tutela giurisdizionale rapida ed efficace**.

Lo stesso principio comunitario della generale autonomia dei sistemi processuali nazionali, inoltre, è (almeno dal 1989) fortemente influenzato, in materia di appalti, dalla normativa, cogente sul piano processuale, dell'ordinamento dell'Unione europea, attenta a tutelare la concorrenza ed il mercato tramite il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Gli **artt. 1 e 2 della direttiva 2007/66/CE**, utilizzati dal Tar per la Lombardia come parametri

normativi per la disapplicazione del citato art. 40, sono espliciti poi nell'imporre agli Stati membri condizioni di piena accessibilità ad un "ricorso" giurisdizionale "efficace e, in particolare, quanto più rapido possibile" (art. 1, comma 1), a chiunque "abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione" (art. 1 comma 3), tramite l'esercizio di poteri che permettano di "prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti cautelari" (art. 2, comma 1, lett. a).

Il Giudice amministrativo milanese ha ritenuto, quindi, che la prestazione di una cauzione, da parte del ricorrente, ai fini dell'efficacia della misura cautelare, determini una **discriminante differenziazione delle condizioni d'accesso alla giustizia amministrativa**, in quanto basata sulla capacità finanziaria degli operatori economici e, come tale, in contrasto insanabile con le citate norme e, più in generale, con il principio comunitario di "pienezza" della tutela giurisdizionale in materia d'appalti.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Con l'ordinanza in commento il Tar per la Lombardia esprime un atteggiamento di netta censura della recente novella legislativa di cui d.l. n. 90/2014, almeno limitatamente al citato art. 40. Il Giudice amministrativo si è visto così costretto a garantire la *primauté* del diritto comunitario sulle fonti nazionali di rango legislativo (o primario) contrastanti, tutelando un diritto, quale quello alla difesa giudiziale, sancito esplicitamente anche dalla nostra Costituzione (artt. 24, 103 e 113).

In una recente pronuncia del Tar per la Campania (Napoli, sez. IV, ord. 16 luglio 2014, n. 1199), il Giudice amministrativo, diversamente, aveva "aggirato" il vincolo posto dal citato art. 40 fissando, con l'accoglimento dell'istanza sospensiva, l'ammontare della cauzione in misura pari alla somma che l'amministrazione soccombente avrebbe dovuto versare a titolo di refusione delle spese legali della fase cautelare (€ 500,00).

Una disapplicazione *de facto*, in altre parole.

Con pronuncia in commento è arrivata anche quella *de iure*.

In questa sede, occorre rilevare come la statuizione del Giudice amministrativo milanese confermi ancora una volta il deciso ricorso da parte di quest'ultimo al c.d. sindacato diffuso, come noto, doveroso nei casi in cui in contrasto si pongano norme comunitarie e norme legislative nazionali. Tale rimedio processuale permette al giudicante di disapplicare, sebbene solo *incidenter tantum*, la norma anticomunitaria con un procedimento giurisdizionale immediato, sebbene suscettibile di valutazioni non uniformi da parte dei singoli Collegi.

Non vi è dubbio, invero, che le norme disapplicate ben potevano esser oggetto del sindacato accentrato della Corte Costituzionale, ponendosi in palese contrasto con gli artt. 3, 24, 41 e 97 della Cost.; tale procedimento giurisdizionale, nonostante l'indubbio vantaggio della certezza giuridica della pronuncia, è tuttavia, come noto, ben più lento ed incerto negli esiti, motivo per cui non è stato azionato dal Giudice amministrativo milanese.

Su un piano più strettamente tecnico, la disapplicazione in esame fa emergere, peraltro, un altro non secondario aspetto: la contrarietà alla normativa comunitaria citata, almeno nel giudizio del Tar lombardo, è palese, giacché, se non lo fosse, il medesimo avrebbe avuto l'obbligo di sollevare il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia previsto dall'art. 267 TFUE.

Una pronuncia così *tranchant* e il tenore delle motivazioni che la sorreggono *in parte qua*, non potrà, in definitiva, non avere delle ripercussioni sul processo di conversione del d.l. n. 90/2014.

Difatti, nell'economia di quest'ultimo decreto l'introduzione di una cauzione obbligatoria come condizione per "l'efficacia" della misura cautelare costituisce un'evidente misura dissuasiva nei confronti del ricorrente, a cui si garantisce, in ogni caso e quasi a titolo "compensativo", una rapidissima definizione della controversia (cfr. art. 120, comma 6, c.p.a., come modificato dall'art. 40, comma 1, lett. a) del d.l. n. 90/2014).

Sospensiva con cauzione e sentenza 'lampo', in altre parole, *simul stabunt simul cadent*.

La via che il Parlamento ha intrapreso in sede di conversione, pare tuttavia aver definitivamente separato l'originario binomio delineato dal decreto legge, emendando (sotto il profilo della *non più* obbligatorietà) la novità della *sospensiva dietro cauzione*, così riconducendola nei ranghi comunitari; e limitandosi ad estendere solo di poco i termini di conclusione del processo appalti.

PERCORSO BIBLIOGRAFICO

O. Toriello, *Il nuovo decreto non supera il vaglio di compatibilità comunitaria*, su www.sentenzeitalia.it; M.A. Sandulli, *Il d.l. 24 giugno 2014 e i suoi effetti sulla giustizia amministrativa. Osservazioni a primissima lettura*, su www.federalismi.it; A. Carbone, *Modelli processuali differenziati, legittimazione a ricorrere e nuove tendenze del processo amministrativo nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 2, 423; R. Politi, *Il contenzioso in materia d'appalti: dalla direttiva ricorsi al codice del processo amministrativo*, su giustizia-amministrativa.it; G. Greco, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, su *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1, 3; G. Greco, *La direttiva 2007/66/CE: illegittimità comunitaria, sorte del contratto, effetti collaterali indotti*, su *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 5, 1029.

