

Articolo 10-bis. (Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza).

Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali

Art. 243-bis. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale

- 1. Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.
- 2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

- 3. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.
- 4. La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.
- 5. L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.
- 6. Il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.

Art. 21-octies. (Annullabilità del provvedimento)

- 1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.
- 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

principio del contraddittorio procedimentale

- l'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento nei confronti “dei soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire”;
- “diritto” di prendere visione degli atti, di intervento e presentazione di memorie scritte, con l'obbligo della PA di valutarle ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento

la partecipazione procedimentale assume una duplice valenza

- porre i destinatari dell'azione amministrativa in grado di far valere i propri interessi (contraddittorio);
- consentire all'amministrazione di meglio comparare gli interessi coinvolti e di miglior perseguimento dell'interesse pubblico principale, a fronte degli altri interessi pubblici e privati eventualmente coinvolti (partecipazione).

88 Dlgs. 12 aprile 2006 n.163 “Codice dei contratti di lavori forniture e servizi”

- Prevede per l'esclusione delle offerte anomale sopra soglia un contraddittorio particolarmente rafforzato, articolato oltre che in sede di offerta e di successiva risposta del concorrente alle giustificazioni richieste dalla stazione appaltante per la sospetta anomalia, in una sorta di peculiare “preavviso di esclusione” dalla gara.
- Il Codice introduce così un triplice livello di contraddittorio :
 - anticipato in sede di offerta, se prescritto nel bando di gara, quindi con carattere eventuale, non necessario e comunque mai sostitutivo di quello successivo;
 - successivo alla presentazione dell'offerta a seguito della richiesta di giustificazioni da parte della stazione appaltante sul sospetto di anomalia, di carattere necessario;
 - finale sulla proposta di esclusione mediante audizione dell'offerente.

INTERESSI C.D. PARTECIPATIVI

- PROBLEMA DELLA LORO NATURA GIURIDICA (interessi legittimi ovvero diritti soggettivi?).
- PROBLEMA DELLA LORO TUTELA (parametro dell'effettività imposto dal diritto europeo ex art. 41 Carta europea dei diritti e giurisprudenza CGUE, Caso Dorsch del 1997).

- è oramai consolidato l'orientamento pretorio che sancisce la responsabilità di tipo precontrattuale della PA in presenza di comportamenti procedurali lesivi del dovere di correttezza e buona fede scolpiti dagli art 1337-1338 c.c., a prescindere dalla legittimità o meno del provvedimento finale, essendo la fonte del danno non il provvedimento ma proprio il comportamento scorretto amministrativo se ed in quanto lesivo dell'affidamento incolpevole ingenerato nei confronti dell'interessato.
- Tale orientamento potrebbe essere recepito anche per la tutela risarcitoria degli interessi procedurali, come rimedio al deficit di tutela attuale.

- La riconducibilità del danno non all'attività provvedimentale ma al comportamento determina una relazione qualificata che potrebbe assumere rilievo sul piano risarcitorio, naturalmente sussistendo gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale richiesti dagli art. 1337-38 c.c., tra cui in particolare la lesione di un affidamento incolpevole

- Indipendentemente dalla natura giuridica della responsabilità da lesione di interessi procedurali, la via della tutela risarcitoria possa ritenersi oggi imposta in quanto costituzionalmente orientata al principio di effettività della tutela giurisdizionale di cui all'art. 113 Cost.
- Sebbene l'art 113 Cost. non imponga la tutela demolitoria come unico strumento difensivo contro l'attività illegittima richiamandosi ad una concezione sostanziale di interesse legittimo, devono essere assicurate la generalità e la pienezza della tutela giurisdizionale nei confronti della PA, ponendosi altrimenti l'art 21-*octies* sul piano della incostituzionalità.

Art. 21-octies.

(Annullabilità del provvedimento)

- 1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.
- 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

ART. 30, co. 3
d. lgs. n. 104/2010 (cod. proc. amm.)

- La domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo. Nel determinare il risarcimento il giudice valuta tutte le circostanze di fatto e il comportamento complessivo delle parti e, comunque, esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuti evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti.

NATURA GIURIDICA DEL C.D. PREAVVISO DI RIGETTO

- Pare invece scontato e pacifico in giurisprudenza il carattere endoprocedimentale dell'atto che ne esclude la immediata lesività e l'autonoma impugnabilità, potendosi gravare solo il provvedimento definitivo di rigetto, deducendo il vizio di insufficiente motivazione o di eccesso di potere in caso di diniego per motivi del tutto diversi da quelli indicati nel preavviso.

EFFICACIA DEL C.D. PREAVVISO DI RIGETTO

- L'art 10-*bis* imporrebbe alla PA la definizione già in sede procedimentale della fondatezza della pretesa sostanziale azionata, con una vera e propria consumazione del potere amministrativo di rigetto. Sarebbe precluso alla PA non solo il rigetto finale per motivi non esplicitati nel preavviso, ma anche in sede processuale l'integrazione della motivazione in giudizio.

DIFFERENZA CON GLI ISTITUTI DI PARTECIPAZIONE (artt. 7 ss. L. n. 241/1990).

- L'art. 10 bis restringe il contraddittorio ai soli soggetti istanti, pretermettendo completamente i controinteressati, ai quali non verrà mai consentito di interloquire con la PA nella fase predecisoria in ipotesi di diniego.

RATIO DELL'ART. 10 BIS

- il preavviso di rigetto quale ne sia l'ambito di applicazione, risponda alla *ratio* di deflazione del contenzioso, mirando in chiave difensiva ad un riesame da parte della PA del proprio operato, per errore nella valutazione dei presupposti di diritto o di fatto, o in chiave più strettamente collaborativa ad una scelta finale condivisa, fino all'eventuale accordo sul contenuto discrezionale del provvedimento finale (v. successivo art. 11)

AMBITO DI APPLICAZIONE

- Secondo una parte della giurisprudenza andrebbero escluse la c.d. attività vincolata: rientrerebbero nell'art. 10 bis concessioni e autorizzazioni a carattere discrezionale.
- Appare invece preferibile la tesi contraria, vista la funzione dell'istituto.
- per il rilascio del permesso di costruire o di autorizzazione al mutamento di destinazione d'uso v. art. 20, co. 4 t.u. edilizia
- Ne rimangono esclusi i provvedimenti

Art. 20, co. 4 t.u. edilizia

- *“Il responsabile del procedimento, qualora ritenga che ai fini del rilascio del permesso di costruire sia necessario apportare modifiche di modesta entità rispetto al progetto originario, può, nello stesso termine di cui al comma 3, richiedere tali modifiche, illustrandone le ragioni. L'interessato si pronuncia sulla richiesta di modifica entro il termine fissato e, in caso di adesione, è tenuto ad integrare la documentazione nei successivi quindici giorni. La richiesta di cui al presente comma sospende, fino al relativo esito, il decorso del termine di cui al comma 3.”*

ART. 19 l. n. 241/1990

D.I.A.

- Secondo alcuni Tar l'art. 10 bis prevede un istituto di carattere generale che si applica anche ai provvedimenti rientranti nella D.I.A.
- Secondo il Consiglio di Stato l'istituto *“trova applicazione solo nell'ipotesi di adozione di un provvedimento negativo sull'istanza (di provvedimento positivo) e non nel caso di presentazione di denuncia di inizio attività e successivo ordine o diffida a non iniziare i lavori”*

SECONDO IL CONSIGLIO DI STATO

sez. IV, 12 settembre 2007 n.4828

- aderendo alla tesi che ascrive la d.i.a. a strumento di semplificazione sub specie di titolo tacito provvedimento di assenso:
- a) l'ordine di non iniziare i lavori non coincide con la ipotesi di provvedimento negativo su istanza di parte;
- b) vi è incompatibilità tra onere di preavviso di diniego e termine ristretto entro il quale l'amministrazione deve provvedere, non essendo tra l'altro previste parentesi procedurali produttive di sospensione del termine stesso.

- La speciale disciplina della notifica all'interessato dell'ordine motivato di non iniziare i lavori, contenuta nel c. 6° art 23 TU edilizia, assicura già di per sé una forma di confronto e tutela del privato rispondente a finalità analoghe all'art 10-*bis*, con possibilità per il dichiarante di integrazione della d.i.a. con le modifiche necessarie per renderle conformi alla normativa urbanistica ed edilizia

L'art. 10 bis espressamente
esclude dal suo ambito di
applicazione

- Procedure concorsuali;
- Procedimenti in materia previdenziale e assistenziale “sorti a seguito di istanza di parte” e gestiti dagli enti previdenziali.

PROCEDIMENTI CONCORSUALI

- sussiste un contrasto in giurisprudenza in ordine al concetto di procedura concorsuale, se riferito cioè ai soli concorsi pubblici o in generale a tutti i procedimenti caratterizzati da valutazioni comparative al fine di attribuire vantaggi di rilievo economico, quali gare per l'affidamento di contratti, assegnazione alloggi di edilizia residenziale pubblica, di concessione di contributi economici

TIPICITA' DELLE FATTISPECIE DI ESCLUSIONE

- La questione di fondo è se le fattispecie di esclusione debbano ritenersi tipiche, o se invece sia possibile in base ad una interpretazione logico-sistematica addivenire ad ulteriori ambiti di totale incompatibilità con l'applicazione dell'istituto (in tale ultimo senso la giurisprudenza).

LA GIURISPRUDENZA ESCLUDE L'APPLICABILITA' DELL'ART. 10 BIS PER:

- i procedimenti giustiziali;
- i procedimenti di controllo di nulla osta paesaggistici;
- sussiste un contrasto per quanto riguarda il procedimento di accesso ai documenti amministrativi, pur prevalendo la tesi negativa.

ART. 10 bis e accesso

- Secondo recente giurisprudenza, l'art 10-*bis* “è norma da ritenersi applicabile anche ai procedimenti finalizzati all'accesso agli atti” con conseguente interruzione del termine di 30 giorni previsto dall'art. 25 c.4° l.241 per effetto della comunicazione di preavviso di rigetto.
- Non vi è dubbio che l'accesso ai documenti amministrativi assuma consistenza di procedimento ad istanza di parte, anche se le finalità acceleratorie dello speciale rito camerale codificato dall'art. 25 c.4° l.241 risulterebbero gravemente lese.

ART. 10 BIS E SILENZIO RIFIUTO

- l'emanazione di atto di preavviso di diniego non farà mai venir meno l'attualità dell'obbligo dell'amministrazione di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, non avendo naturalmente il preavviso, quale atto endoprocedimentale non decisorio, alcuna valenza rispetto all'obbligo di concludere il procedimento con provvedimento espresso.
- Rimane quindi intatto l'inadempimento della PA, e la relativa tutela degli interessati mediante azione avverso il silenzio rifiuto.

Art. 10 bis e silenzio significativo

- nelle fattispecie di silenzio significativo si applica integralmente la disciplina procedimentale ordinaria, senza alcuna eccezione - quindi anche in riferimento agli obblighi di partecipazione e comunicazione - fatto salvo la fase decisoria, sostituita *ex lege* dal silenzio
- V. art. 20, co. 5 l. n. 241/1990 per il silenzio assenso.

ART. 10 bis e silenzio diniego

- V. art. 20, co. 4 l. n. 241/1990: le disposizioni del presente articolo non si applicano ai “casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza”

- L'eventuale risposta alla comunicazione genererebbe un contraddittorio procedimentale che potrebbe trovare sbocco soltanto con l'adozione di un provvedimento espresso e motivato anche in relazione all'apporto istruttorio e decisorio fornito

- la sostenuta “cristallizzazione” della volontà dell’amministrazione di segno negativo pur se con atto endoprocedimentale privo di valenza decisoria, pare impedire la formazione del silenzio assenso, con obbligo della PA di definire il procedimento mediante provvedimento espresso e motivato in ordine alle risultanze istruttorie del destinatario del preavviso e degli eventuali controinteressati

EFFETTI DELL'OMISSIONE DI PREAVVISO

- in tutte le ipotesi di silenzio significativo, il vizio di omissione della comunicazione preventiva di rigetto produrrà l'illegittimità del provvedimento finale tacito

PREAVVISO E CONFERENZA DI SERVIZI

- l'applicazione del 10-*bis* al modello procedimentale della conferenza suscita profili di incompatibilità in relazione alle finalità di semplificazione caratterizzanti la conferenza, come d'altronde visto per la d.i.a.

-

- Seguendo l'oramai consolidata tesi che inquadra la conferenza come modello procedimentale, l'obbligo della comunicazione del preavviso di rigetto comporterebbe:
- - l'obbligo per l'amministrazione procedente di adottare la determinazione predecisoria di rigetto ex art 10-*bis*, valutate le specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni prevalenti espresse;
- - l'obbligo per l'amministrazione procedente, ricevute le osservazioni del destinatario, di adottare la determinazione conclusiva ex c. 6 bis art 14 -*ter* con onere motivazionale in relazione alle osservazioni;
- - l'obbligo per l'amministrazione procedente di adottare il provvedimento finale ai sensi del c.9° art 14-*ter*.
-

- La comunicazione dei motivi ostativi andrebbe infatti collocata nella fase predecisoria della determinazione conclusiva della Conferenza, che dovrebbe riesprimersi a seguito delle controdeduzioni sulla proposta di provvedimento.

- a conclusioni parzialmente diverse potrebbe giungersi per le conferenze speciali aventi natura di veri e propri organi straordinari della PA, con comunicazione di preavviso di rigetto deliberata dalla stessa conferenza prima dell'adozione del provvedimento negativo.

- L'art 10-*bis* dovrebbe invece ritenersi applicabile alle ipotesi, invero ad oggi del tutto residuali, di prevista ascrivibilità della competenza ad assumere il provvedimento finale di rigetto di istanza di parte ad organi collegiali, così come del resto pare confermare la giurisprudenza, richiedendo l'obbligo del preavviso in riferimento alle deliberazioni del Consiglio Superiore della Magistratura

Effetti del preavviso

- La comunicazione del preavviso
“interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo”.

“SILENZIO” DEL PRIVATO

- Resta da chiedersi poi se l'inerzia del destinatario della comunicazione possa apprezzarsi in termini di acquiescenza sulla decisione finale di rigetto, precludendo la tutela giurisdizionale amministrativa per inammissibilità del ricorso al TAR.

- La tesi dell'acquiescenza comporterebbe l'obbligo anche per il privato di rispondere all'amministrazione, in un quadro di contraddittorio paritario in cui la tutela del destinatario sarebbe garantita solo in presenza di un suo apporto procedimentale attivo.

-

- Nonostante qualche opinione in senso favorevole,^[142] la tesi assolutamente dominante invalsa presso dottrina e giurisprudenza va nel segno della non configurabilità dell'acquiescenza in un momento antecedente la decisione finale,^[143] nell'ambito di una lettura dell'istituto dell'acquiescenza in termini condivisibilmente rigorosa