

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Roma, 3 maggio 2010

Circolare n. 120/2010

**AI SIG. PRESIDENTE
CONSERVIZI MARCHE
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

OGGETTO: DECRETO LEGISLATIVO 20 MARZO 2010, N. 53 – “ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA 2007/66/CEE CHE MODIFICA LE DIRETTIVE 89/665/CEE E 92/13/CEE PER QUANTO RIGUARDA IL MIGLIORAMENTO DELL’EFFICACIA DELLE PROCEDURE DI RICORSO IN MATERIA DI AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI”.

Sulla G.U.R.I. n. 84 del 12 aprile 2010 è stato pubblicato il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, che dà attuazione alla direttiva 2007/66/CE sulle nuove regole nelle controversie in materia di appalti pubblici.

Il decreto legislativo – entrato in vigore, decorso il termine ordinario di *vacatio legis*, in data 27 aprile u.s. - recepisce, dunque, la citata direttiva Europea dell’11 dicembre 2007, che modifica ed integra - a sua volta - le preesistenti direttive adottate in ambito comunitario per la disciplina delle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici; si tratta della direttiva del Consiglio n. 89/665/CEE, datata 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, servizi e di lavori (c.d. settori ordinari), nonché della direttiva del Consiglio n. 92/13/CEE, datata 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all’applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto (c.d. settori speciali).

L’ambito di riferimento della nuova disciplina è, ovviamente, quello degli appalti disciplinati dalle direttive n. 2004/18/CE e n. 2004/17/CE, entrambe datate 31 marzo 2004, recepite mediante il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture).

Considerata la complessità e la rilevanza della novella, questo Servizio intende fornire, in questa sede, un commento sistematico della nuova disciplina in materia di ricorsi negli appalti pubblici, con particolare riferimento alle disposizioni di più specifico interesse per gli Enti, Aziende e Società aderenti al Servizio.

INDICE DEGLI ARGOMENTI

- 1) La legge delega n. 88/09
- 2) Il decreto legislativo di recepimento
- 3) Le comunicazioni a carico della Stazione appaltante
- 4) L'avviso volontario per la trasparenza preventiva
- 5) L'accesso agli atti del procedimento
- 6) Il termine dilatorio per la stipula del contratto (c.d. "stand-still")
- 7) L'esecuzione d'urgenza delle prestazioni
- 8) Il nuovo rito del precontenzioso: l'informativa sull'intenzione di proporre ricorso
- 9) Le modifiche alla disciplina dell'accordo bonario
- 10) La razionalizzazione dell'arbitrato
- 11) Le nuove procedure di impugnazione degli atti
- 12) La privazione degli effetti del contratto in caso di aggiudicazione illegittima

Considerazioni finali

1. LA LEGGE DELEGA N. 88/09

Con l'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88 – recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva n. 2007/66, dettando nel contempo i principi e criteri direttivi entro i quali doveva essere esercitata la delega.

Proprio in relazione a detti criteri direttivi, la legge n. 88/09, oltre a specificare che il recepimento deve essere correlato alla verifica della coerenza della nuova disciplina con gli istituti processuali vigenti, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale, prevede espressamente la possibilità di inserire nuovi istituti processuali nel sistema, esplicitando l'esigenza che ciò avvenga nel rispetto dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e della ragionevole durata del processo (art. 44, comma 3, lett. a)).

Sempre in relazione ai principi della delega, il legislatore nazionale ha inoltre prescritto (art. 44, comma 3, lett. b)) che il recepimento deve avvenire in modo da assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal Codice degli appalti, ancorchè non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive n. 2004/18/CE e n. 2004/17/CE, realizzando un recepimento unitario delle nuove disposizioni introdotte dalla direttiva 2007/66.

In buona sostanza, il legislatore nazionale ha confermato la scelta già effettuata con il Codice degli appalti, prevedendo una disciplina sostanzialmente uniforme per gli appalti sopra e sotto soglia comunitaria, anche se a questi ultimi non sono immediatamente riferibili le disposizioni introdotte dall'ultima "direttiva ricorsi".

Particolarmente rilevante è la circostanza che il legislatore abbia previsto l'introduzione di un rito speciale in materia di appalti pubblici – nonostante l'art. 23 *bis* della legge n. 1034/1971 già disciplini un rito connotato da meccanismi acceleratori, come la dimidiazione di tutti i termini processuali, salvo quello per la promozione del ricorso – stabilendo che esso si svolga con la massima celerità e immediatezza.

Ad ogni buon conto, i principi di carattere generale contenuti nella legge delega e riferibili ad ogni impugnazione, sono così sintetizzabili:

a) si è previsto il **dimezzamento del termine di impugnazione, riducendolo da 60 a 30 giorni**, con decorrenza dalla ricezione del provvedimento da impugnare, ovvero dalla pubblicazione del bando, qualora l'impugnazione riguardi la *lex specialis* della gara (art. 44, comma 3, lett. f), punto 1);

b) si è poi recepito un consolidato orientamento giurisprudenziale in ordine al momento in cui devono essere impugnati i bandi di gara, in relazione alla immediatezza o meno della loro attitudine lesiva, stabilendo che **i bandi, ove immediatamente lesivi, e le esclusioni sono impugnati autonomamente e non possono essere contestati con l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre tutti gli altri atti delle procedure di affidamento sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva**, fatta comunque salva l'eventuale riunione dei procedimenti (art. 44, comma 3, lett. f), punto 2);

c) si è specificata la necessità che tutti **i ricorsi e gli scritti di parte, nonché i provvedimenti del giudice, abbiano forma sintetica**, aggiungendo che tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento devono essere concentrati nel medesimo giudizio ovvero riuniti, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione (art. 44, comma 3, lett. f), punti 4 e 5);

d) si sono ribadite esigenze generali, stabilendo che **il processo deve svolgersi con la massima celerità ed immediatezza**, nel rispetto del contraddittorio e della prova, prescrivendo che in sede di esercizio della delega il Governo deve razionalizzare ed abbreviare i vigenti termini di deposito del ricorso, di costituzione delle altre parti, nonché i termini afferenti alla proposizione di motivi aggiunti e ricorsi incidentali (art. 44, comma 3, lett. f), punto 3).

In definitiva, viene sancita una generalizzata riduzione dei termini processuali, rispetto a quelli sinora stabiliti dall'art. 23-*bis* della legge 1971 n. 1034, lasciando al legislatore delegato la definizione della durata di questi termini.

Di particolare rilevanza la previsione contenuta alla lett. g) del comma 3 dell'art. 44 che, nel recepire le disposizioni comunitarie relative allo "*stand-still c.d. processuale*" (ovvero la disposizione relativa al **termine dilatorio per la stipulazione del contratto – v. *infra***), introduce ulteriori regole di procedura per il caso in cui il ricorso giurisdizionale sia presentato avverso l'aggiudicazione definitiva, e sia accompagnato da una contestuale domanda cautelare.

Per tale ipotesi, è previsto infatti che:

a) la competenza, sia territoriale che per materia, è inderogabile e rilevabile d'ufficio, prima di ogni altra questione;

b) il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare è di **15 giorni** dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore.

Va sin d'ora anticipato che ulteriori principi direttivi, incidenti sulla struttura del processo, sono stati dettati dalla legge n. 88/09, in relazione ad un altro caso specifico, ovvero qualora si debba decidere della privazione degli effetti del contratto, prevedendo espressamente una "giurisdizione esclusiva e di merito" in relazione a tale ipotesi (v. *infra*).

2. IL DECRETO LEGISLATIVO DI RECEPIMENTO

Il decreto n. 53/2010 ha dato attuazione ai principi direttivi contenuti nella legge n. 88 cit., principalmente mediante gli artt. 8, 9, 10, 11 e 12, diretti, rispettivamente, a modificare l'art. 245 del Codice degli appalti e ad introdurre gli artt. 245 bis, 245 ter, 245 quater e 245 quinquies nel testo del Codice medesimo.

Ne è derivata una sorta di tripartizione delle regole del rito in materia di appalti, molto articolata e complessa, specie in mancanza di specifiche disposizioni di coordinamento.

Nel contempo, è stata introdotta una nuova disciplina finalizzata, nelle intenzioni del legislatore, ad evitare il ricorso alla giustizia amministrativa, previa "risoluzione in autotutela" dell'insorgenza controversia (art. 6 d.lgs. 53/2010).

Si tratta della "informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale", strumento, questo, previsto dal nuovo art. 243 bis del Codice dei contratti.

Significative innovazioni sono state inoltre apportate alla disciplina in tema di accordo bonario e di arbitrato.

E' necessario rilevare che le novità apportate dal decreto 53 dovranno ricevere applicazione non solo in relazione alle procedure di gara ancora da avviare, ma anche a quelle in corso al momento di entrata in vigore della novella.

Si tratta di una soluzione che si giustifica in relazione alla natura essenzialmente procedimentale/processuale delle innovazioni di cui trattasi.

3. LE COMUNICAZIONI A CARICO DELLA STAZIONE APPALTANTE

Il d.lgs. 53/2010 ha introdotto disposizioni che incrementano i doveri di trasparenza delle stazioni appaltanti, in coerenza sia con l'esigenza di assicurare meccanismi che consentano agli interessati di ottenere una tutela giurisdizionale effettiva, sia con i generali principi di pubblicità e *par condicio*.

L'art. 2 del decreto – modificando profondamente l'art. 79 del Codice dei contratti – reca, infatti, una disciplina specifica finalizzata a garantire agli interessati la conoscenza legale ed effettiva degli atti del procedimento di gara.

Occorre premettere che l'art. 2 bis della direttiva 89/665 – come modificata dall'art. 1 della direttiva 2007/66 – prescrive che la comunicazione della decisione di aggiudicazione ad ogni offerente e candidato deve essere accompagnata anche da una relazione sintetica dei motivi pertinenti, di cui all'art. 41, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE.

Parimenti, l'art. 2 *quater* della direttiva 89/665 – come modificata dall'art. 1 della direttiva 2007/66 – nel disciplinare in generale i termini per la proposizione del ricorso avverso una decisione presa da un'amministrazione aggiudicatrice, individua in vario modo la decorrenza del termine stesso, ancorandola in ogni caso alla comunicazione da parte della Stazione appaltante della decisione da impugnare, con la precisazione che la comunicazione è "accompagnata da una relazione sintetica dei motivi pertinenti".

Effetto della disposizione è che **la comunicazione di un provvedimento, non solo di aggiudicazione, ma anche di esclusione dalla gara, deve essere corredata dalla indicazione, seppure in forma sintetica, delle ragioni della determinazione assunta**; in particolare, a seconda dei casi, dovranno essere indicati i motivi per i quali un'offerta è stata respinta e le ragioni per le quali un'altra offerta è stata selezionata, in base alle caratteristiche e ai vantaggi che presenta.

La disposizione è diretta a consentire che il partecipante alla procedura di gara, pregiudicato da una decisione assunta dalla stazione appaltante, sia messo in condizione di conoscere, anche se in modo sintetico, le ragioni di fatto e di diritto che fondano il provvedimento assunto dall'amministrazione, così da potere decidere in modo consapevole se adire o meno l'Autorità giurisdizionale.

Con la introduzione di più ampi doveri di comunicazione d'ufficio, la novella intensifica gli oneri informativi già prescritti dall'art. 79 del d.lgs. 163/06 che, nel recepire il suindicato art. 41 della direttiva 2004/18/CE, imponeva all'amministrazione di comunicare, **solo su richiesta della parte interessata**, i motivi di rigetto di un'offerta o di una candidatura ad ogni offerente escluso, nonché le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'aggiudicatario ad ogni offerente che avesse presentato un'offerta selezionabile.

La novità è chiaramente percepibile se si considera che proprio l'art. 79, comma 5, del Codice degli appalti disponeva, nel testo previgente, che l'amministrazione fosse tenuta a comunicare d'ufficio solo: **a)** l'avvenuta aggiudicazione (stabilendo che la comunicazione dovesse essere effettuata nei confronti dell'aggiudicatario, del concorrente che segue nella graduatoria, dei candidati che avessero presentato un'offerta ammessa in gara, nonché di coloro la cui offerta fosse stata esclusa e che avessero proposto impugnazione avverso l'esclusione, o fossero in termini per presentare detta impugnazione); **b)** l'esclusione (stabilendo che la comunicazione andava fatta ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a 5 giorni dall'esclusione); **c)** la decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro (comunicazione da eseguire nei confronti di tutti i candidati).

Il decreto legislativo recepisce la novella comunitaria, modificando l'art. 79 citato ed incrementando gli obblighi di comunicazione d'ufficio gravanti sulle amministrazioni.

In particolare, il decreto prevede espressamente:

1) gli atti da comunicare d'ufficio:

a) l'**aggiudicazione**, tempestivamente e comunque **entro un termine non superiore a 5 giorni**, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, nonché a coloro la cui offerta sia stata esclusa, se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare detta impugnazione;

b) l'**esclusione**, ai candidati e agli offerenti esclusi, tempestivamente e comunque **entro un termine non superiore a 5 giorni dall'esclusione**;

c) la **decisione**, a tutti i candidati, **di non aggiudicare** un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro;

d) la **data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario**, tempestivamente e comunque **entro un termine non superiore a 5 giorni**, ai soggetti di cui alla precedente lettera a);

2) le **forme delle comunicazioni**, che devono essere:

a) fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o mediante notificazione, o mediante posta elettronica certificata, ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta;

b) accompagnate, nei casi di cui alle lettere a), b) e c), del precedente punto 1), dal provvedimento e dalla relativa motivazione, che deve contenere quantomeno una relazione sintetica circa le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata, con la precisazione che l'onere di sintetica relazione può essere assolto anche mediante l'invio di verbali di gara.

La norma determina peraltro le ulteriori modalità di effettuazione delle comunicazioni, dettando una disciplina estremamente dettagliata, ove ricorrano particolari circostanze.

Si richiama, altresì, la previsione circa **l'onere per le stazioni appaltanti di indicare la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, da inserire nelle comunicazioni relative alla disposta aggiudicazione definitiva o esclusione dalla gara**.

Da segnalare, poi, l'ulteriore onere formale imposto alle stazioni appaltanti, e contenuto al **comma 5 quinquies dell'art. 79**, secondo cui è necessario **prevedere, nei bandi o negli inviti a gara, l'obbligo per il candidato o concorrente di indicare, nella domanda o nell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni**.

In via facoltativa, nel bando o avviso di gara, la S.A. può obbligare il candidato o l'offerente ad indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax cui inviare comunicazioni.

4. L'AVVISO VOLONTARIO PER LA TRASPARENZA PREVENTIVA

L'articolo 3 del decreto 53 introduce il **nuovo articolo 79-bis**, concernente l'"Avviso volontario per la trasparenza preventiva".

Si tratta di una norma particolarmente importante, perché si ricollega a una delle ipotesi in cui **non si applica l'inefficacia del contratto nei casi di "gravi violazioni"**, previste dal diritto comunitario.

In particolare, a norma del novellato **articolo 245-bis, comma 5**, del Codice, l'inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettere a) e b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura:

a) con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento, dichiarato che la procedura indetta senza previa pubblicazione del bando o avviso sulla G.U.C.E. ovvero sulla G.U.R.I. sia consentita dal Codice;

b) *pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella G.U.C.E. ovvero nella G.U.R.I., un avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79 bis, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;*

c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera b).

L'avviso deve contenere le seguenti informazioni:

a) denominazione e recapito della stazione appaltante;

b) descrizione dell'oggetto del contratto;

c) motivazione della decisione della stazione appaltante di affidare il contratto senza la previa pubblicazione di un bando di gara nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I., rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia;

d) denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva;

e) se del caso, qualunque altra informazione ritenuta utile dalla stazione appaltante.

5. L'ACCESSO AGLI ATTI DEL PROCEDIMENTO

La modifica dell'art. 79 del Codice degli appalti prevede anche l'inserimento di ulteriori regole in materia di **accesso agli atti del procedimento**.

In tal senso, l'art. 2 del d.lgs. 53/2010 introduce **nell'art 79** il nuovo **comma 5 quater**, con il quale si stabilisce che, salvi i divieti e i differimenti all'esercizio del diritto di accesso previsti dall'art. 13 del Codice, **l'accesso agli atti del procedimento**, in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione in base alle norme suindicate, **è consentito entro 10 giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi, mediante visione ed estrazione di copia.**

Si precisa, inoltre, che non occorre né la presentazione di un'istanza scritta, né un provvedimento di ammissione per esercitare l'accesso e che le comunicazioni precedentemente esaminate (di aggiudicazione o di esclusione) devono indicare se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, nonché l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato e i relativi orari.

Sul punto, va rilevato, come messo chiaramente in luce anche dal Consiglio di Stato, che la norma in esame non appare coerente con i contenuti della legge delega, posto che quest'ultima non prende in considerazione, in alcun modo, la disciplina dell'accesso ai documenti amministrativi.

Oltre quindi a un probabile superamento dei limiti della legge delega, l'interrogativo più rilevante che emerge dal testo è se il termine di dieci giorni entro cui l'accesso «può» essere esercitato sia posto a esclusivo vantaggio del richiedente (che avrebbe, così, uno strumento in più rispetto all'accesso ordinario, comunque ancora esperibile), ovvero configuri una sorta di decadenza a suo carico; di talchè, decorso detto termine, non sarebbe più possibile inoltrare nuove istanze di accesso o, comunque, potrebbero intervenire preclusioni per l'operatore che non abbia esercitato il proprio diritto.

Altra perplessità riguarda il fatto che il nuovo **comma 5-quater** non contempla la posizione dei soggetti che rivestono, nel sub-procedimento di accesso, la qualità di controinteressati (si pensi all'aggiudicatario).

In buona sostanza, dunque, a meno di non voler ritenere che la stazione appaltante riesca ad ottenere il consenso dei controinteressati in tempo utile per rispettare il brevissimo termine di dieci giorni, sembrerebbe che il mancato coinvolgimento di tali soggetti costituisca un'inevitabile conseguenza della rapidità che contraddistingue il nuovo accesso in materia di appalti.

6. IL TERMINE DILATORIO PER LA STIPULA DEL CONTRATTO

In attuazione della direttiva e della delega, l'art. 1 del d.lgs. 53 apporta alcune modifiche all'articolo 11 del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, nuove regole riguardanti il **termine dilatorio** – o sospensivo – **per la stipulazione del contratto**.

Ai sensi del nuovo comma 10 dell'art. 11 citato, infatti, **“il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79”**.

In pratica, si tratta del c.d. periodo di “*stand-still*”, che va ad incidere inevitabilmente sui tempi dell'attività contrattuale delle SS.AA..

A questo proposito, va precisato che non si tratta di una novità assoluta, perché il Codice dei contratti già prevedeva un termine dilatorio di trenta giorni, senza chiarire, tuttavia, le conseguenze derivanti dall'eventuale inosservanza della regola.

L'intento della nuova disciplina è evidente: la costituzione del vincolo negoziale tra le parti può intervenire solo quando sia possibile stabilire, con un ragionevole grado di certezza, che nessuno dei soggetti potenzialmente interessati intenda contestare gli esiti della procedura di gara.

Dunque, il termine dilatorio è ora fissato in **trentacinque giorni** (leggermente più lungo degli originari trenta giorni), decorrenti dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Il termine indicato risponde sostanzialmente allo scopo, anche se resta una limitata insicurezza collegata all'eventualità che qualcuna delle comunicazioni non sia giunta a buon fine o sia completata con ritardo.

Vi è quindi il rischio che l'amministrazione si veda esposta ad un ricorso notificatole dopo la stipulazione del contratto, regolarmente intervenuta dopo la scadenza del termine di trentacinque giorni, ma tempestivo per il ricorrente al quale la comunicazione sia giunta con ritardo.

Per ovviare a tale possibile inconveniente, è importante che la stazione appaltante utilizzi le opportunità offerte dalla nuova disciplina delle comunicazioni, avvalendosi di strumenti idonei a conseguire, comunque, la certezza delle intervenute comunicazioni.

In coerenza con la direttiva comunitaria, la norma prevede comunque i casi, limitati, in cui il termine dilatorio non si applica.

Al nuovo **comma 10 bis dell'art. 11** è, infatti, stabilito che: *"Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:*

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara, o inoltre degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60".

A stretto rigore, la deroga indicata alla lettera b) introduce un'eccezione più ampia di quelle previste dalla legge delega, ancorchè pienamente compatibile con la direttiva.

Il termine dilatorio per la stipulazione del contratto deve essere ulteriormente prorogato in presenza di un ricorso giurisdizionale con "contestuale" domanda cautelare. Ciò è stabilito dal nuovo **comma 10-ter dell'articolo 11** del Codice:

"Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 245, comma 2-quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare".

L'effetto sospensivo automatico è stabilito nel limite massimo di **venti giorni**. Entro tale termine, infatti, deve intervenire almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado. Tale ultima eventualità si potrà verificare, evidentemente, solo nel caso di decisione di merito adottata in sede di udienza cautelare.

Il termine di venti giorni non è contemplato dalla legge delega, ma non sembra incompatibile con i principi di accelerazione del giudizio stabiliti dall'articolo 44 della legge medesima.

La previsione del limite di venti giorni mira ad evitare che la proposizione del ricorso, senza l'adozione di una decisione cautelare del giudice, possa "bloccare" la stipulazione del contratto per periodi anche relativamente lunghi o indefiniti. La norma, quindi, scoraggia possibili atteggiamenti dilatori od ostruzionistici della parte ricorrente.

7. L'ESECUZIONE D'URGENZA DELLE PRESTAZIONI

Ulteriore, significativa previsione è quella contenuta al **comma 9 dell'art. 11** del Codice, relativa all'ipotesi di esecuzione anticipata del contratto.

In pratica, il legislatore prende in esame il caso in cui **l'amministrazione non stipula formalmente il contratto, ma avvia l'esecuzione delle prestazioni**. La situazione di fatto così creata potrebbe determinare conseguenze addirittura più complicate di quella derivante dalla mera stipulazione del contratto anteriore alla scadenza del termine dilatorio, ma non accompagnata dall'avvio dell'esecuzione.

Per l'effetto, il **comma 9 dell'articolo 11**, è integrato dalla seguente previsione: *"L'esecuzione di urgenza di cui ai periodi che precedono non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari"*.

Dunque, si stabilisce che l'esecuzione anticipata, prima della scadenza del termine sospensivo, sia ammessa solo nei casi tassativi in cui **non è prevista la pubblicazione del bando di gara** (ossia in talune delle stesse ipotesi in cui, secondo il diritto comunitario, è consentita la deroga all'obbligo di rispettare il termine dilatorio).

E' prevista, tuttavia, una fattispecie derogatoria, che rappresenta, nelle intenzioni del legislatore, una sorta di vera e propria "valvola di sicurezza". Si tratta dei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione potrebbe determinare un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

In definitiva, nelle more della stipula del contratto, è ammessa l'esecuzione d'urgenza, là dove ricorrano le seguenti ipotesi:

- a) **grave nocimento all'interesse pubblico**, che può derivare dalla mancata esecuzione immediata della prestazione;
- b) nelle **procedure negoziate**, senza pubblicazione di bando;
- c) **perdita di finanziamenti comunitari**.

Dunque, ogni qualvolta ricorrano i presupposti legislativi per l'utilizzo di una procedura senza necessità di preventiva pubblicazione di bando o per il ricorso al sistema in economia (art. 125 del Codice), non sussiste l'obbligo di rispettare il periodo dilatorio di sospensione.

Pertanto, in tali casi, la S.A. non dovrà attendere il termine perentorio di 35 gg. dall'invio dell'ultima comunicazione circa la disposta aggiudicazione definitiva, per procedere alla stipula del contratto ed alla esecuzione delle prestazioni in esso dedotte.

8. IL NUOVO RITO DEL PRECONTENZIOSO: L'INFORMATIVA SULL'INTENZIONE DI PROPORRE RICORSO

L'art. 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665 - nel testo modificato dall'art. 1 della direttiva 2007/66 - attribuisce agli Stati membri la facoltà di prevedere che il soggetto che intende avvalersi di una procedura di ricorso debba preventivamente informare l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre ricorso, con la precisazione che ciò non può influire sul termine sospensivo previsto dall'articolo 2 *bis*, paragrafo 2, della direttiva stessa, né su qualsiasi altro termine stabilito per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 *quater* della direttiva medesima.

Va subito precisato che la norma non definisce un istituto riconducibile alla categoria dei rimedi giudiziali, ossia un ricorso amministrativo, cui invece fa riferimento il paragrafo 5 dell'art. 1 della direttiva 89/665 - nel testo da ultimo modificato - e in ordine al quale il legislatore nazionale ha optato per il suo non inserimento nel nostro sistema di giustizia.

La disposizione consente, invece, di introdurre nei singoli ordinamenti statuali un particolare onere nel corso della gara, prevedendo una sorta di preavviso di ricorso, da trasmettere alla stazione appaltante, e recante la specificazione delle violazioni che si ritengono compiute nel corso della procedura ad evidenza pubblica.

In generale, si può osservare che l'istituto è coerente con le finalità perseguite dal legislatore comunitario e, in particolare, con l'esigenza di introdurre meccanismi che consentano di intervenire su eventuali illegittimità commesse durante la procedura di gara, in una fase in cui le illegittimità medesime possono ancora essere corrette, senza alcun concreto pregiudizio per l'effettiva soddisfazione dell'interesse pretensivo di cui è portatore il soggetto intenzionato a proporre l'impugnazione.

Ed infatti, l'informativa sull'intenzione del ricorso è idonea a portare rapidamente all'attenzione dell'amministrazione eventuali violazioni commesse, al fine di provocarne la correzione, in esercizio dei poteri di autotutela.

Come precisato, la legge delega n. 88/09 ha stabilito quale criterio direttivo, *ex art. 44, comma 3, lett. d)*, di recepire integralmente l'istituto *de quo*, attribuendo al Governo il compito di prevedere che *"la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela"*.

Il senso della legge delega è quello di assicurare che l'informativa di ricorso non si traduca in un mero adempimento formale da parte del soggetto che intende proporre l'impugnazione e, a tal fine, impone alla stazione appaltante di prendere in esame l'informativa medesima, pronunciandosi su di essa.

In altre parole, la formulazione della norma induce a ritenere che l'informativa non equivalga ad un generico esposto, ma integri un atto determinativo dell'obbligo per la stazione appaltante di provvedere, svolgendo valutazioni correlate alla sussistenza o meno dei presupposti per agire in autotutela, secondo un meccanismo in forza del quale all'amministrazione non è rimessa la scelta sul "se" esaminare l'informativa, ma solo sul contenuto della determinazione da assumere.

L'art. 6 del dlgs. n. 53/10 ha recepito la novella comunitaria, introducendo **l'art. 243 bis** nel testo del Codice degli appalti.

La norma dispone che, nelle controversie, ivi comprese quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di forniture, servizi e lavori, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, **i soggetti che intendono proporre ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti circa la presunta violazione e della loro intenzione di agire nelle sedi competenti.**

L'informativa è senza dubbio facoltativa, ma la relativa, eventuale omissione costituisce comportamento valutabile dal giudice nel successivo giudizio, ai fini dell'eventuale condanna alle spese, nonché ai sensi dell'art. 1227 cod. civ., nell'ambito del giudizio risarcitorio.

Pertanto, nel giudizio di legittimità, l'omessa informativa può determinare per il ricorrente, in caso di accoglimento del ricorso, solamente una compensazione delle spese di giudizio, nonostante la sostanziale vittoria e, in caso di rigetto del ricorso, la sicura condanna alle spese.

L'art. 243 *bis* disciplina le modalità di adempimento dello "obbligo" di informativa e lo svolgimento della procedura precontenziosa.

I profili essenziali della disciplina possono essere così riassunti:

a) in ordine agli aspetti formali della comunicazione del preavviso di ricorso, si precisa che essa deve essere fatta per iscritto e sottoscritta dall'interessato o da un rappresentante, anche con l'assistenza di un difensore, contenente una sintetica indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono eventualmente articolare in sede di giudizio;

b) l'informativa può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale e deve essere indirizzata al R.U.P., ma può essere anche effettuata oralmente ed inserita nel verbale della Commissione di gara, in seduta pubblica. In quest'ultimo caso, il verbale è sottoscritto anche dall'interessato e la Commissione è tenuta ad informare immediatamente il R.U.P.;

c) il R.U.P. è, dunque, investito di poteri istruttori e provvede a formulare le relative deduzioni, indicando se ritiene che si debba o meno adottare un provvedimento di ritiro dell'atto contestato;

d) l'informativa non incide sullo svolgimento del procedimento di gara, nè sul decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, nè sul decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale;

e) la stazione appaltante, entro 15 giorni dalla "informativa" dell'interessato, comunica le proprie determinazioni, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela;

f) il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere non è impugnabile autonomamente, ma può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce, o con motivi aggiunti di ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di 15 giorni.

In buona sostanza, è verosimile ritenere che, all'esito dell'istruttoria del R.U.P., la S.A. e, per essa, il dirigente possa: a) disporre motivatamente il non luogo a provvedere, dandone comunicazione all'interessato, con la precisazione che tale decisione non equivale ad una conferma dei provvedimenti contestati e non è impugnabile; b) adottare il provvedimento di ritiro dell'atto contestato, dandone comunicazione agli interessati; c) avviare il procedimento di autotutela, dandone avviso agli interessati e concludendolo tempestivamente.

In definitiva, la norma ribadisce la doverosità dell'esame ad opera della stazione appaltante dell'informativa trasmessa dal soggetto interessato, anche se la possibilità che tale esame sfoci in un non luogo a provvedere non impugnabile fa dubitare della reale rilevanza dell'istituto, ai fini della deflazione del contenzioso e dell'autocorrezione dell'azione amministrativa.

In termini pratici, è difficile ipotizzare che un operatore sia nelle condizioni di attendere la risposta della stazione appaltante (che può intervenire entro quindici giorni dalla ricezione della comunicazione) prima di promuovere il ricorso; e ciò, soprattutto a causa del ridottissimo termine concesso per la presentazione del ricorso stesso (trenta giorni dalla comunicazione della stazione appaltante, di cui all'articolo 79).

Proprio sulla base di tale considerazione, il Consiglio di Stato aveva suggerito di ridurre quantomeno a dieci giorni il termine a disposizione della stazione appaltante per rispondere alla comunicazione preventiva dell'operatore.

In tale quadro, è ragionevole prevedere che la comunicazione in esame verrà inoltrata al mero fine di evitare le conseguenze previste dal **comma 5 dell'articolo 243-bis** (l'omissione costituisce comportamento valutabile dal Giudice, ai fini della decisione sulle spese di giudizio), senza che possa effettivamente costituire un valido deterrente all'instaurazione di contenziosi.

9. LE MODIFICHE ALLA DISCIPLINA DELL'ACCORDO BONARIO

La legge 88/09, al comma 3, lett. m), ha delegato il Governo ad introdurre genericamente "disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato".

In particolare, ha dettato i seguenti criteri direttivi:

1) incentivare l'accordo bonario;

2) prevedere l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile;

3) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto;

4) contenere i costi del giudizio arbitrale;

5) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale”.

Orbene, in tema di **accordo bonario**, l’art. 4 del decreto in commento modifica l’art. 240 del Codice dei contratti.

In particolare, si prevede un termine più ampio **per la formulazione della proposta di accordo bonario** e si precisano, in modo più rigoroso, i **requisiti soggettivi per il terzo componente della commissione**, con funzioni di presidente.

In particolare, per quanto riguarda il termine per la formulazione della proposta di accordo bonario, si modifica il **comma 5 dell’art. 240**, prevedendo ora che, per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a dieci milioni di euro, il responsabile del procedimento promuove la costituzione di apposita commissione, affinché formuli, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell’organo di collaudo, **entro novanta giorni dalla costituzione della Commissione** (ante, dall’apposizione dell’ultima riserva), proposta motivata di accordo bonario.

Con riferimento alla figura del presidente della commissione, si introduce un nuovo **comma 9-bis all’art. 240**, in virtù del quale *“il terzo componente assume le funzioni di presidente della commissione ed è nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali in possesso dei requisiti richiesti dall’articolo 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale”*.

Si agisce, poi, sulla **misura dei compensi spettanti ai componenti della commissione**, parzialmente ridotta, mediante la modifica del **comma 10**.

La misura massima del compenso è fissata, restrittivamente, **nel limite di un terzo** dei corrispettivi minimi previsti dalla tariffa allegata al d.m. 2 dicembre 2000, n. 398.

Si segnala, peraltro, che ai sensi **dell’art. 15, comma 6, del d.lgs. 53**, le modifiche introdotte all’art. 240 del Codice trovano applicazione solo in relazione ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto 53, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali.

10. LA RAZIONALIZZAZIONE DELL’ARBITRATO

La razionalizzazione dell’arbitrato ad opera del d.lgs. 53/2010 avviene innanzitutto mediante il suo ripristino, sebbene l’istituto sia ammesso solo in via facoltativa.

Pertanto, vengono espressamente abrogate le precedenti disposizioni che ne avevano decretato la soppressione (cfr. art. 15, comma 5, del decreto 53).

Coerentemente, sono da considerarsi abrogate anche le disposizioni relative ai differimenti della soppressione dell'arbitrato, che avevano consentito il mantenimento temporaneo dell'istituto.

L'art. 5 del decreto 53 introduce alcune modifiche all'**articolo 241** del Codice dei contratti, dirette a regolare in modo più chiaro e rapido l'eventuale ricusazione dell'arbitrato, e in particolare:

"1-bis. La stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà, o meno, la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tal caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso".

La disposizione intende rendere più chiaro l'iter riguardante la decisione di sottoporre o meno la controversia al giudizio arbitrale.

Spetta all'amministrazione indicare preventivamente, sin dall'avvio della procedura di gara, la propria intenzione di avvalersi dello strumento arbitrale.

Da parte sua, l'aggiudicatario conserva il potere di decidere liberamente se soggiacere, o meno, al giudizio arbitrale. Tuttavia, l'esercizio di tale facoltà deve intervenire entro tempi molto brevi.

Per individuare la decorrenza del termine per la ricusazione della clausola compromissoria, il nuovo **comma 1-bis dell'art. 241** utilizza la formula "conoscenza dell'aggiudicazione", che dovrebbe essere letta nel senso della necessità di una conoscenza piena ed effettiva dell'aggiudicazione, sul presupposto che la decisione riguardante l'accettazione o la ricusazione della clausola arbitrale richiede la massima "volontarietà" della valutazione dell'interessato.

Al **comma 5 dell'art. 241**, si definiscono in maniera più rigorosa i **requisiti soggettivi degli arbitri**, che devono essere obbligatoriamente prescelti tra soggetti "muniti di precipui requisiti di indipendenza, e comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico. La nomina del presidente del collegio effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'articolo 829, prima comma, n. 3, del codice di procedura civile".

Anche il **comma 12** dell'art. 241 è modificato attraverso la previsione secondo cui "Il collegio arbitrale determina **nel lodo definitivo** ovvero **con separata ordinanza** il valore della controversia e il compenso degli arbitri con i criteri stabiliti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398, e applica le tariffe fissate in detto decreto".

In funzione di contenimento della spesa, si prevede un **tetto massimo** dei compensi arbitrali.

*“Il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell’eventuale compenso per il segretario, **non può comunque superare l’importo di 100 mila euro**, da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministero dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sulla base degli indici dei prezzi al consumo per famiglie e impiegati e operai, accertati dall’Istituto nazionale di statistica”.*

Si prevede, poi, **l’impugnabilità del lodo anche per motivi inerenti il “merito” della controversia, oltre che per nullità**. Conseguentemente, si dettano apposite disposizioni riguardanti il procedimento di sospensione dell’efficacia del lodo.

Il **nuovo comma 15-bis dell’art. 241** prevede ora che *“Il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. L’impugnazione è proposta nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale”.*

Inoltre, ai sensi del successivo **comma 15-ter**, *“Su istanza di parte la Corte d’appello può sospendere, con ordinanza, l’efficacia del lodo, se ricorrono gravi e fondati motivi. Si applica l’articolo 351 del codice di procedura civile. Quando sospende l’efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio è in condizione di essere definito. In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in una udienza da tenersi entro novanta giorni dall’ordinanza di sospensione; all’udienza pronunzia sentenza a norma dell’articolo 281-sexies del codice di procedura civile. Se ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l’assunzione in una udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede ai sensi dei periodi precedenti”.*

La norma corregge gli effetti della recente riforma dell’arbitrato ordinario, che aveva ristretto drasticamente i casi di impugnazione del lodo per nullità, eliminando il caso della violazione delle norme sostanziali applicate al giudizio.

In ogni caso, anche le norme dell’art. 5 del decreto 53/2010 hanno **applicazione differita**, ai sensi e per gli effetti dell’**art. 15, comma 6, del medesimo decreto**.

11. LE NUOVE PROCEDURE DI IMPUGNAZIONE DEGLI ATTI

L’art. 8 del d.lgs. 53, nel modificare **l’art. 245** del Codice degli appalti, detta regole applicabili in generale alle impugnazioni degli atti delle procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture (comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse), ma va sin d’ora precisato che ulteriori regole sono previste dall’art. 9 del decreto, in caso di impugnazione dell’aggiudicazione definitiva.

Il nuovo art. 245, oltre a codificare orientamenti giurisprudenziali, ad esempio in materia di immediata lesività del bando e di termine ultimo per il deposito della prova dell’avvenuta notifica del ricorso, ha in particolare:

a) regolato *ex novo* **il termine di impugnazione**, portandolo a **30 giorni** dalla ricezione della comunicazione del provvedimento, *ex art. 79 del d.lgs. 163/06*, ovvero dalla pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara, *ex art. 66 d.lgs. 163 cit.*;

b) precisato che il **deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale, del ricorso per motivi aggiunti, dell'appello avverso l'ordinanza cautelare**, deve avvenire **entro 10 giorni**;

c) disciplinato *ex novo* i termini per la presentazione del **ricorso incidentale**, che può essere proposto **entro 30 giorni** dal ricevimento della notificazione del ricorso principale;

d) previsto che il **ricorso per motivi aggiunti** può essere proposto **entro 15 giorni** dall'impugnativa principale;

e) stabilito, inoltre, che **l'appello avverso l'ordinanza cautelare** può essere proposto **entro 15 giorni** dalla relativa comunicazione o, se anteriore, notificazione;

f) prevista la fissazione d'ufficio dell'**udienza di merito** del procedimento, da tenersi **entro 60 giorni** dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, con previsione del rinvio a data fissa (60 giorni) in caso di esigenze istruttorie o di integrazione del contraddittorio, accompagnata dalla previsione di scansioni temporali per questi ultimi adempimenti;

g) disposto, in materia cautelare, che – salva la possibilità di chiedere l'adozione di un decreto presidenziale secondo le regole ordinarie, anche *ante causam* e, comunque, salva la necessità di coordinare le disposizioni con il rito di cui all'art. 23 *bis* della legge n. 1034/1971– se è proposta **domanda cautelare**, le parti cui è notificato il ricorso possono presentare **istanze e memorie**, in relazione ad essa, **entro 5 giorni** dalla ricevuta notificazione; se la causa non può essere definita alla prima udienza di merito fissata d'ufficio, nei modi suindicati, e se sussiste un caso di estrema gravità e urgenza, che non consente di attendere la definizione della causa alla successiva udienza di merito, la tutela cautelare viene accordata proprio nell'udienza fissata d'ufficio.

La norma disciplina, inoltre, le ipotesi in cui sia stata **impugnata l'aggiudicazione definitiva, con contestuale domanda cautelare**, e stabilisce ulteriori specifiche regole processuali.

Spicca, in primo luogo, la disposizione che, in relazione a questa particolare ipotesi di impugnazione, stabilisce che **la competenza del T.A.R.** – determinata secondo i criteri previsti dalle vigenti norme processuali – **è inderogabile ed il relativo difetto è rilevato d'ufficio prima di ogni altra questione e pronunciato nella prima udienza, cautelare o di merito**, con la precisazione che l'ordinanza indica il T.A.R. competente, davanti al quale **il processo deve essere riassunto entro 15 giorni** decorrenti da quando diventa definitiva l'ordinanza che declina la competenza.

La norma è innovativa perché configura una competenza inderogabile e rilevabile d'ufficio, anche se suscita perplessità la scelta di non generalizzare tale disciplina, estendendola ad ogni ricorso in materia di appalti, specie considerando che non sempre l'aggiudicazione è il primo atto impugnato, in quanto può accadere che il ricorso sia proposto avverso il bando di gara o l'esclusione o un altro atto della procedura ad evidenza pubblica e poi estesa all'aggiudicazione mediante la presentazione di motivi aggiunti.

In tal caso, però, l'applicazione della nuova disciplina porta a configurare una sopravvenuta competenza inderogabile, nonché la rilevanza d'ufficio della stessa, con evidenti problemi applicativi.

Sempre in relazione alle norme di procedura dettate dal d.lgs. 53/2010, va rilevato che l'art. 245 *bis* stabilisce ulteriori regole processuali in caso di azione volta alla privazione di effetti del contratto già stipulato (v. *infra*).

Un'ultima osservazione va svolta in relazione alla circostanza che l'art. 245 del Codice – nel testo modificato dall'art. 8 del d.lgs. 53 – stabilisce al primo comma che **gli atti delle procedure di affidamento sono impugnabili unicamente mediante ricorso al T.A.R. competente.**

La norma vale ad escludere che avverso gli atti indicati sia possibile proporre ricorso straordinario al Capo dello Stato, in alternativa al ricorso giurisdizionale, in coerenza con l'orientamento tradizionale della giurisprudenza amministrativa, in forza del quale il ricorso straordinario non è ammissibile quando per determinate controversie, devolute al giudice amministrativo o al giudice ordinario, il legislatore ha configurato un rito caratterizzato da elementi di specialità finalizzati ad assicurare la celerità delle decisioni, come accade, ad esempio, per i ricorsi in materia di accesso agli atti amministrativi o per i ricorsi avverso il silenzio dell'amministrazione.

12. LA PRIVAZIONE DEGLI EFFETTI DEL CONTRATTO IN CASO DI AGGIUDICAZIONE ILLEGITTIMA

La direttiva 2007/66/CEE è intervenuta sul tema delle conseguenze che si producono sul contratto, qualora l'aggiudicazione sia annullata in sede giurisdizionale.

La questione va esaminata tenendo presente, in primo luogo, che **l'art. 11 del d.lgs. 2006 n. 163** separa la fase pubblicistica di scelta del contraente, che termina con il provvedimento di aggiudicazione provvisoria e definitiva, dalla fase privatistica, che ha inizio con la stipulazione del contratto, stabilendo espressamente (commi 7, 8 e 9) che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta e diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti, precisando che, una volta divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo il diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire e salva l'ipotesi in cui il differimento sia stato espressamente concordato con l'aggiudicatario.

Il dato normativo supporta la tesi (cui ha aderito anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 401/2007), secondo la quale l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si sviluppa nell'ambito di una struttura bifasica, per la quale al momento tipicamente procedimentale dell'evidenza pubblica segue il momento negoziale.

Orbene, gli artt. 9, 10, 11 e 12 del decreto n. 53/2010 recepiscono e puntualizzano la disciplina in materia di “cessazione degli effetti del contratto”, introducendo nel testo del Codice degli appalti gli **artt. 245 bis, 245 ter, 245 quater e 245 quinquies**.

I profili fondamentali della disciplina dettata dalle suddette norme sono così *prime facie* sintetizzabili:

1) viene confermata, sul piano giurisdizionale, la tesi sviluppata dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, mediante **l'attribuzione alla giurisdizione del giudice amministrativo delle impugnazioni concernenti la privazione degli effetti del contratto e l'applicazione delle c.d. “sanzioni alternative”**;

2) il decreto stabilisce che, al di fuori dei casi tipici, di derivazione comunitaria, di perdita di efficacia del contratto, spetta al giudice amministrativo decidere, previo bilanciamento degli interessi coinvolti, se accordare la privazione degli effetti del contratto, in tal caso fissando la decorrenza della perdita di efficacia, o solo il risarcimento del danno (arg. *ex art. 245 ter*).

La norma specifica che il bilanciamento degli interessi deve essere effettuato dal giudice, tenendo conto dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della conseguente possibilità e interesse reciproco al subentro.

Si tratta di una disposizione innovativa rispetto all'attuale assetto dei poteri del giudice amministrativo, nella parte in cui rimette al giudice la scelta tra privazione degli effetti del contratto e risarcimento per equivalente sulla base della valutazione di tutti gli interessi implicati nella fattispecie;

3) il **comma 1 dell'art. 245 bis** recepisce la disciplina dell'art. 2 *quinquies*, lett. a) e lett. b) della direttiva, individuando casi gravi di privazione degli effetti del contratto correlati, da un lato, alla violazione delle regole di pubblicità, dall'altro, alla violazione dei termini di “*stand-still*”, se accompagnata da violazioni di carattere sostanziale.

In particolare, si prevede che **il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto**:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella GUCE o nella GURI, compresa l'ipotesi in cui l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità;

b) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio di sospensione sostanziale, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto, ovvero senza rispettare il termine dilatorio di sospensione processuale, sempre che l'una o l'altra violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In questi casi, **l'art. 245 bis** rimette al giudice la decisione, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, se disporre la privazione degli effetti retroattivamente o limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo, con la precisazione che il giudizio di bilanciamento comprende anche la valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante. Qualora il giudice opti per la privazione di effetti limitata alle prestazioni ancora da eseguire è prevista l'applicazione delle sanzioni alternative;

4) in relazione ai casi di privazione degli effetti del contratto, di cui al comma 1, nel successivo **comma 2 del citato articolo 245 bis** (sostanzialmente uniformandosi all'art. 2 *quinquies*, comma 3, della direttiva) è prescritto che **il giudice può disporre che il contratto non sia privato di effetti**, se ritiene che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che tali effetti siano mantenuti, ferma restando la necessaria applicazione di sanzioni alternative.

La disposizione precisa, altresì, che tra le esigenze imperative rientrano, a titolo esemplificativo, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, "*tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale*"; in tal modo, la norma, a fronte della genericità del contenuto della corrispondente disposizione comunitaria, collega le esigenze imperative alla necessità di assicurare la completa esecuzione del contratto.

Viceversa, gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo se, in circostanze eccezionali, la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate, con la precisazione che gli interessi economici legati direttamente al contratto (che comprendono, tra l'altro, i costi derivati dal ritardo nell'esecuzione del contratto, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio di operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia) non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale.

In coerenza con l'art. 2 *quinquies*, paragrafo 4, della direttiva, **il comma 5 dell'art. 245 bis esclude che il contratto sia privato di effetti quando la stazione appaltante:** a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella GUCE ovvero nella GURI sia consentita dal Codice; b) abbia pubblicato, rispettivamente, per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella GUCE ovvero nella GURI un avviso volontario per la trasparenza preventiva in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto; c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso *sub b*).

Rispetto poi alle sanzioni applicabili in sostituzione della privazione di effetti del contratto, oppure congiuntamente ad essa, se disposta dal giudice in modo non retroattivo, **l'art. 245 quater** prescrive che spetta al giudice stabilire, in modo alternativo o cumulativo, quali sanzioni, tra quelle individuate dalle norme, debbano trovare applicazione.

Si specifica comunque che la misura delle sanzioni è determinata dal giudice in modo che esse siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione.

L'art. 245-quater indica due tipologie di sanzioni che, a discrezione del giudice, possono essere applicate congiuntamente tra loro o in via alternativa:

a) sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione. Nel caso in cui la sanzione in questione non venga versata all'entrata del bilancio dello Stato entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che la irroga, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica le sanzioni è comunicata, a cura della segreteria, al Ministero dell'Economia e delle Finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;

b) riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento a un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

CONSIDERAZIONI FINALI

Le norme dettate dalla direttiva 2007/66 e dalla legge delega n. 88/2009, nonché dal decreto legislativo 53/2010, sono destinate ad incidere in maniera rilevante nel settore degli appalti pubblici, sia sul piano sostanziale, sia sul piano processuale.

Basti pensare, in relazione al primo profilo, all'incremento degli oneri motivazionali posti a carico delle stazioni appaltanti mediante dettagliati doveri di comunicazione, nonché attraverso la previsione di termini dilatori durante i quali è sospeso il potere privatistico di stipulazione del contratto.

Proprio la disciplina dei termini di "*stand-still*", sostanziale e processuale, nonché delle ipotesi di perdita di efficacia del contratto presenta un'immediata rilevanza sostanziale, incidendo sull'*an*, sul *modus* e sul *quando* dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, comunque funzionalizzata alla realizzazione di interessi pubblici.

Del resto, la previsione di più rigorosi adempimenti a carico delle stazioni appaltanti, seppure ampiamente giustificata dal fine di soddisfare interessi fondamentali di rango comunitario, come la tutela della concorrenza e del mercato, si presta ad incrementare situazioni di responsabilità per le amministrazioni.

In particolare, è ipotizzabile una responsabilità di tipo risarcitorio, in quanto l'inosservanza delle nuove regole di azione può integrare una condotta negligente, rilevante agli effetti dell'art. 2043 del codice civile; inoltre, verranno ad esistere responsabilità collegate all'applicazione delle sanzioni, anche di tipo pecuniario, introdotte dalla nuova disciplina comunitaria e dalle norme interne di recepimento.

Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Parimenti, sul piano processuale, sono state introdotte rilevanti novità. Basti pensare al definitivo superamento della tesi dualistica che, in punto di giurisdizione, attribuiva al giudice amministrativo solo la cognizione degli atti di gara, mentre devolveva al giudice ordinario la cognizione delle controversie afferenti alla sorte del contratto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, così obbligando la parte interessata alla defatigante proposizione di azioni dinanzi ad organi giurisdizionali distinti, con incremento dei costi e pregiudizio per le generali esigenze di concentrazione dei giudizi. E' presumibile ritenere, quindi, che siamo in presenza di una disciplina non ancora compiutamente definita, suscettibile di rilevanti aggiustamenti e che dovrà essere inevitabilmente coordinata con la ormai imminente adozione del Codice sul processo amministrativo.

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

