

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Decreto Legislativo n. 53/2010:

***"Attuazione della Direttiva UE sul miglioramento
dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia
di aggiudicazione degli appalti pubblici"***

ESAME E COMMENTO

Aprile 2010

Sulla Gazzetta Ufficiale n. 84 del 12 aprile 2010 è stato pubblicato il Decreto Legislativo 20 marzo 2010 n. 53 che, in recepimento della nuova Direttiva 2007/66/CE, introduce significative modifiche sia sul piano degli strumenti di tutela nella materia degli appalti pubblici, sia relativamente ad alcune disposizioni di carattere sostanziale previste dal Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. n. 163/2006) in sostanziale aderenza alla delega contenuta nell'art. 44 della Legge Comunitaria 2008 (Legge 7 luglio 2008, n. 88).

Il provvedimento è entrato in vigore il 27 aprile u.s.

Le principali novità del provvedimento sono così riassumibili.

1. La sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto in presenza di ricorsi giurisdizionali – (art. 1 del D.Lgs. n. 53/2010 - art 11, nuovo comma 10-ter, del D.Lgs. 163 del 2006)

Con la novella in commento, viene stabilito che, laddove venga proposto ricorso per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, con contestuale domanda di sospensione cautelare, il contratto non possa essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi 20 giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado ovvero la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado (nel caso di decisione nel merito all'udienza cautelare), o comunque fino alla pronuncia di tali provvedimenti, se successiva (art. 11, nuovo comma 10-ter).

La *ratio* sottesa alla disposizione in esame è chiaramente quella di “cristallizzare” la situazione di fatto in presenza di impugnative giurisdizionali, al fine di non vanificare il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

L'effetto sospensivo connesso alle impugnazioni, tuttavia, non si produce in via generalizzata, in quanto si verifica unicamente al ricorrere delle seguenti condizioni:

- deve trattarsi di ricorsi accompagnati da una contestuale domanda cautelare;
- l'impugnazione deve risultare proposta avverso l'aggiudicazione definitiva, e non avverso altri atti di gara (quali i bandi, gli inviti, le esclusioni).

La scelta effettuata dal legislatore di circoscrivere la preclusione verso la stipula del contratto alla conclusione di un rito processuale particolarmente veloce (qual è quello caratterizzato dalla vicenda cautelare), appare ragionevole, dal momento che rappresenta un equo contemperamento tra l'interesse pubblico alla celere cantierizzazione dell'opera appaltata, rispetto alla quale la sottoscrizione del contratto risulta preordinata, e quello di efficacia della tutela giurisdizionale azionata dalla parte ricorrente.

Ad una prima lettura, sembra potersi affermare che l'effetto sospensivo si possa protrarre anche oltre il predetto termine di 20 giorni, dal momento che, sebbene in maniera non del tutto chiara, viene disposto che la preclusione possa perdurare in ogni caso fino alla pronuncia del giudice, anche laddove successiva.

La sospensione viene comunque a cessare quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice adito:

- si dichiara territorialmente incompetente;
- ovvero fissi con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari;
- o anche rinvii al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti (da intendersi come implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare).

2. Il termine dilatorio (sospensivo) minimo per la stipulazione del contratto (c.d. periodo di "standstill") – (art. 1 del D.Lgs. n. 53/2010 – art. 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163/2006)

Con la nuova disciplina, vengono introdotte talune modifiche al c.d. "standstill period", ossia al lasso di tempo che deve necessariamente intercorrere tra l'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto.

Com'è noto, prima della modifica in commento, l'articolo 11 del D.Lgs. 163/2006 fissava un termine dilatorio (sospensivo) pari a 30 giorni per la stipulazione del contratto, decorrente dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione ai controinteressati; sospensione, questa, da osservare, salva la presenza di motivate ragioni di particolare urgenza che non consentissero all'amministrazione di attendere il decorso del termine.

Tale termine viene ora spostato da 30 a 35 giorni, e decorre dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva agli offerenti/candidati controinteressati.

In tal modo, il legislatore, posticipando il termine per la stipulazione del contratto a quello per la proposizione del ricorso (che viene fissato, come si dirà oltre, in 30 giorni) ha inteso risolvere uno dei maggiori problemi di coordinamento tra disciplina sostanziale e quella processuale, dal momento che, con tale modifica, si avrà che, alla data di presentazione del ricorso, il contratto non è ancora stipulato.

Il termine sospensivo minimo non trova comunque applicazione (con conseguente possibilità di stipula del contratto prima del decorso dei 35 giorni), nelle seguenti ipotesi:

1. nei casi di avvenuta pubblicazione del bando o avviso di indizione, nonché di inoltro degli inviti, quando sia stata presentata o ammessa una sola offerta e non siano state proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, ovvero queste siano già state respinte con pronuncia definitiva;
2. nel caso di un appalto basato su un accordo quadro (art. 59 del Codice dei Contratti) ovvero su un sistema dinamico di acquisizione (art. 60 del Codice dei Contratti).

3. L'esecuzione d'urgenza (art. 1 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 11, comma 9, del D.Lgs. 163/2006)

In tema di esecuzione d'urgenza (ossia anticipata rispetto alla stipula del contratto), viene stabilito che la stessa non possa aver luogo né durante il citato termine di preclusione alla stipula del contratto (ossia il già cennato c.d. "standstill period", pari a 35 giorni decorrenti dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ai controinteressati), né durante il periodo di sospensione automatica, nel caso di previa proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione (art. 11, comma 9).

Ciò posto, l'esecuzione d'urgenza risulta ancora consentita in due ipotesi:

- 1) nei casi i cui la normativa vigente non preveda la pubblicazione del bando di gara;
- 2) quando l'esecuzione immediata della prestazione sia indispensabile per evitare un grave danno all'interesse pubblico che è volto a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

4. Le informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni – (art. 2 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 79 del D.Lgs. 163/2006)

Relativamente alle informazioni da trasmettere ai candidati/offerenti, vengono introdotte significative modifiche all'art. 79 del Codice dei Contratti, volte a valorizzare le modalità attraverso le quali le parti interessate possono conseguire la conoscenza legale ed effettiva degli atti del procedimento di gara.

Tra le varie novità, si vuole evidenziare anzitutto quella concernente la comunicazione dell'aggiudicazione, limitata ora solo quella definitiva (art. 79, comma 5, lett. a).

Quanto ai destinatari, la comunicazione viene estesa anche a coloro che, *medio tempore*, abbiano impugnato il bando di gara o la lettera di invito (e sempre che l'impugnazione non sia ancora stata respinta con pronuncia giurisdizionale definitiva).

Inoltre, diventa onere della stazione appaltante la comunicazione circa la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, da effettuare, nel termine di 5 giorni, agli stessi soggetti cui viene trasmessa l'aggiudicazione definitiva (art. 79, comma 5, lett. b-ter). Tale adempimento dovrebbe essere funzionale a consentire la verifica in merito al rispetto del c.d. "standstill period".

Sul piano delle modalità di trasmissione, viene stabilito che le comunicazioni in esame possano essere inviate, nell'ordine, mediante raccomandata con avviso di ricevimento, con notificazione, per via informatica (posta elettronica certificata) o anche via fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo sia stato espressamente autorizzato dal concorrente (art. 79, comma 5-bis).

Tale disposizione va correlata a quella contenuta nel nuovo comma 5-quinquies dell'art. 79, in cui è fatto obbligo al concorrente, all'atto di presentazione dell'offerta, di eleggere domicilio ai fini della ricezione delle comunicazioni della stazione appaltante, disponendo, altresì, che il bando

possa imporre l'indicazione del numero di fax o di indirizzo di posta elettronica presso cui ricevere le predette comunicazioni.

Quanto poi al contenuto minimo delle comunicazioni, alla stazione appaltante viene richiesto di trasmettere il provvedimento unitamente alla sua motivazione, che dovrà contenere almeno i profili concernenti le caratteristiche ed i vantaggi dell'offerta selezionata, unitamente al nome dell'aggiudicatario del contratto (o, in caso di accordo quadro, di tutte le parti contraenti); viene comunque fatta salva la possibilità di omettere motivatamente talune informazioni, al ricorrere di alcune circostanze (tra le quali, ad esempio, l'eventuale pregiudizio per gli interessi commerciali di operatori economici ovvero per l'interesse pubblico) (art. 79, comma 4).

L'onere della motivazione può essere assolto, quanto ai provvedimenti assunti durante la procedura di gara (aggiudicazioni, esclusioni, decisioni di non aggiudicare), mediante l'invio dei relativi verbali; nel caso della comunicazione relativa alla data di stipulazione del contratto, tale obbligo potrà essere adempiuto mediante richiamo alla motivazione concernente il provvedimento di aggiudicazione definitiva (se già inviata) (art. 79, comma 5-bis, cit.).

Infine, il nuovo comma 5-bis dell'art. 79 introduce l'obbligo per la committenza di spedire contestualmente agli interessati sia le comunicazioni dell'aggiudicazione definitiva e dell'avvenuta stipulazione, sia la notizia della relativa spedizione, a meno che non vi sia un'impossibilità oggettiva di rispettare la contestualità, in ragione di talune comprovate circostanze (tra le quali, ad esempio, l'elevato numero di destinatari, la difficoltà di reperimento degli indirizzi, l'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax).

5. Le nuove previsioni in materia di accesso agli atti. – (art. 1 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 79, comma 5-quater, del D.Lgs. 163/2006)

La normativa prevista dal Codice dei Contratti in materia di diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento subisce talune rilevanti modifiche.

Tra le principali, si vuole evidenziare la previsione che introduce una forma di semplificazione delle modalità attraverso cui l'accesso viene esercitato, dal momento che, ai sensi del nuovo comma 5-quater dell'art. 79, viene consentito all'interessato di presentare anche una semplice richiesta non scritta, cui l'amministrazione può rispondere senza particolari formalità (ciò, fatte sempre salve le ipotesi di esclusione o differimento dell'accesso, attualmente previste dall'art. 13 del Codice dei Contratti).

Quanto ai termini entro i quali esercitare l'accesso, questi subiscono una notevole riduzione.

Si passa infatti dagli attuali 30 giorni a 10 giorni, decorrenti dall'invio delle comunicazioni degli atti delle procedure di affidamento agli interessati.

Sotto questo profilo, va osservato che, ancorché sia condivisibile l'intento acceleratore perseguito dal legislatore, il diritto all'ostensione degli atti potrebbe risultare eccessivamente "compresso", tenuto conto che il termine dei dieci giorni, di per sé molto stringente, decorre dall'invio delle comunicazioni dei provvedimenti, e non dal relativo ricevimento.

Inoltre, non appare chiaro se detto termine debba essere interpretato nell'interesse esclusivo del richiedente (che avrebbe così uno strumento ulteriore rispetto all'accesso ordinario), ovvero nell'interesse dell'amministrazione, indicando in tal caso il limite temporale oltre il quale il diritto di accesso non può essere esercitato.

6. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva –(art. 3 del D.Lgs. n. 53/2010 - nuovo art. 79-bis del D.Lgs. 163/2006)

L'istituto in esame rappresenta un'assoluta novità, riconducibile all'esigenza di dare più ampia attuazione al principio di trasparenza nell'ambito delle procedure di gara.

In base a tale disposizione, viene data facoltà alla stazione appaltante di dare comunque pubblicità alla procedura, anche laddove questa non sia stata preceduta dalla pubblicazione del bando sulla GUUE o sulla Gazzetta Ufficiale (art. 79-bis).

Nell'avviso volontario sono contenuti la denominazione e il recapito della stazione appaltante, la descrizione dell'oggetto del contratto, la denominazione e il recapito dell'operatore economico che ha ottenuto l'aggiudicazione definitiva, ed ogni altra informazione utile secondo la stazione appaltante.

Tale forma di pubblicità assume particolare rilievo per gli effetti in tema di eventuale inefficacia del contratto (come si dirà oltre, nel commento relativo all'art. 245-bis).

7. Le misure in materia di accordo bonario – (art. 4 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 240 del D.Lgs. 163/2006)

Le nuove disposizioni relative all'istituto dell'accordo bonario sono state introdotte con l'intento di rispondere ad una serie di esigenze, fissate dalla legge di delega, quali la valorizzazione di tale strumento conciliativo, la generalizzazione della sua obbligatorietà, la riduzione dei costi del procedimento nonché l'introduzione di più rigorosi criteri di selezione della commissione chiamata a formulare la proposta di accordo bonario.

Ciò posto, le principali modifiche previste dalla novella sono le seguenti.

Quanto alla tempistica procedurale, viene disposto che il termine di 90 giorni previsto per la formulazione della proposta di accordo bonario decorra dalla costituzione della commissione a ciò preposta (commissione prevista, lo si vuole ricordare, in via obbligatoria per gli appalti di importo pari o superiore a 10 milioni di euro e non più dalla data di apposizione dell'ultima riserva (art. 240, comma 5).

Relativamente alla composizione della commissione, il nuovo comma 9-bis dell'art. 240 stabilisce che il terzo componente assuma le funzioni di presidente e possa essere esclusivamente nominato, nell'ordine, tra i magistrati amministrativi o contabili, gli avvocati dello Stato, o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, gli avvocati ed i tecnici con laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali ed in possesso dei requisiti necessari alla nomina.

Circa i compensi dei commissari, viene ridimensionata la relativa determinazione, che può essere stabilita nella misura massima di un terzo dei corrispettivi minimi determinati dal D.M. n. 398/2000, oltre al rimborso spese, e quindi non più nella misura del 50% degli stessi corrispettivi minimi (art. 240, comma 10).

Quanto alla possibilità di adire i collegi arbitrali ovvero l'autorità giurisdizionale ordinaria in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, viene chiarito che la stessa sorge sia quando il predetto fallimento risulti dal rifiuto espresso dalle parti in merito alla proposta, sia in caso di inutile decorso dei termini previsti dal Codice dei Contratti al riguardo.

8. Le nuove disposizioni in tema di arbitrato – (art. 5 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 241 del D.Lgs. 163/2006

Anche l'istituto dell'arbitrato, con la novella in esame, subisce talune innovazioni di rilievo.

Anzitutto, il ricorso all'arbitrato, in linea con la giurisprudenza costituzionale maturata sul punto, viene reso facoltativo.

In particolare, viene previsto che siano le stazioni appaltanti a dover indicare nel bando o nell'avviso di indizione della gara, ovvero nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria (che, com'è noto, consente di ricorrere all'arbitrato in caso di controversie concernenti l'esecuzione dei lavori) (art. 240, comma 1-bis). Nel caso in cui i documenti di gara contengano siffatta previsione, resta comunque in facoltà dell'aggiudicatario rifiutare l'inserimento della predetta clausola nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. In tal caso, la controversia verrà sottoposta al giudice ordinario.

Non risulta invece possibile l'utilizzo del compromesso, che, com'è noto, è il negozio autonomo che consente di deferire agli arbitri la controversia, una volta che stessa sia sorta.

Di particolare importanza sono poi le innovazioni introdotte in tema di requisiti necessari alla nomina al presidente del collegio arbitrale.

Nella specie, viene stabilito espressamente che tale ruolo possa essere svolto unicamente da un soggetto dotato di indipendenza e che non abbia svolto la funzione di arbitro o difensore in giudizi arbitrali nell'ultimo triennio; tale regola subisce un'eccezione nel caso in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di un dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico (come, ad esempio, nel caso di soggetti appartenenti all'Avvocatura dello Stato). La nomina del presidente del collegio, effettuata in violazione di tali prescrizioni viene sanzionata con la nullità del lodo (art. 241, comma 5).

Ai casi, già previsti, di divieto ad assumere la nomina di arbitro viene poi aggiunta la preclusione per coloro che abbiano preso parte al procedimento di definizione delle riserve tramite accordo bonario.

Con riferimento ai profili di efficacia del lodo arbitrale, appare significativa la modifica con cui si stabilisce che il lodo si ha per pronunciato con l'ultima sottoscrizione, diventando poi efficace col

deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici. Tale previsione rappresenta un profilo di diversità rispetto alla disciplina dell'arbitrato come prevista dal Codice di Procedura Civile, ai sensi del quale, infatti, il lodo acquista efficacia della sentenza a far data dalla sua ultima sottoscrizione (art. 241, comma 9).

E' poi disposto che il deposito del lodo in Tribunale, ai fini della sua esecuzione sul territorio nazionale, debba essere preceduto da quello presso la camera arbitrale per i contratti pubblici; tale adempimento viene rimesso alla cura del collegio arbitrale e non più a quella del segretario (art. 241, comma 10).

Circa la problematica concernente gli emolumenti spettanti agli arbitri, le innovazioni più rilevanti, introdotte con la riforma in esame, riguardano la fissazione di un tetto massimo al compenso dell'intero collegio arbitrale, comprensivo anche di quello, eventuale, del segretario, compenso che non può superare comunque l'importo di 100 mila euro. Tale somma è oggetto di rivalutazione, sulla base degli indici Istat, da effettuare ogni triennio (art. 241, comma 12).

Con tali previsioni, pertanto, il legislatore delegato ha inteso dare attuazione ad un preciso indirizzo contenuto nella legge delega, nel senso del contenimento dei costi del giudizio arbitrale.

Un'importante novità attiene all'estensione della possibilità di impugnare il lodo, oltre che per nullità, anche per la violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, ossia di quelle norme che trovano applicazione per definire il merito oggetto del giudizio arbitrale (art. 241, comma 15-bis).

Quanto al regime di impugnazione del lodo, viene stabilito che la stessa debba essere proposta entro il termine di 90 giorni dalla sua notificazione, e non oltre 180 giorni dal relativo deposito presso la Camera arbitrale.

È prevista inoltre, su istanza di parte, la possibilità di sospensione dell'efficacia del lodo, pronunciata con ordinanza dalla Corte d'Appello, per gravi e fondati motivi. Nello stesso giudizio in cui sospende l'efficacia, ovvero in quello in cui conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se sussistono le condizioni per l'eventuale definizione della controversia. In tal caso, può ordinare la discussione orale e pronunciare la sentenza, oltre alla possibilità di disporre incombenti istruttori necessari ai fini della decisione (art. 241, comma 15-ter).

Occorre inoltre sottolineare che le innovazioni in tema di arbitrato "ordinario" si riflettono anche sui contratti riguardanti le infrastrutture strategiche, per i quali è prevista un'apposita disposizione di coordinamento e rinvio (v. *infra* commento su art. 246).

In ultimo, va evidenziato che, in stretta coerenza con le modifiche normative introdotte allo scopo di razionalizzare la disciplina dell'arbitrato, la novella dispone al contempo l'abolizione del divieto di ricorso a tale strumento, di cui all'art. 3, commi 19-21 della legge 24 dicembre 2007, n. 244; divieto, peraltro, mai entrato in vigore per effetto di numerose disposizioni di proroga, ed ora definitivamente rimosso (art. 15 del D. Lgs. n. 53/2010).

Tale abolizione appare pienamente condivisibile in quanto si muove nel giusto presupposto che inquadra l'istituto dell'arbitrato come strumento di giustizia celere ed efficace e, pertanto,

irrinunciabile ai fini della tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti nella realizzazione di opere pubbliche, come da tempo ribadito dall'ANCE in numerose sedi istituzionali.

9. L'informativa preventiva in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 6 del D.Lgs. n. 53/2010 – nuovo art. 243-bis del D.Lgs. 163/2006)

Altra novità di notevole evidenza è quella che introduce l'obbligo, per i soggetti che intendono proporre ricorso giurisdizionale in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture, di informarne preventivamente le stazioni appaltanti (art. 243-bis, comma 1).

La funzione del nuovo istituto è senza dubbio quella di introdurre un meccanismo deflattivo del contenzioso, idoneo cioè a ridurre l'area delle controversie sottoposte alla cognizione del giudice amministrativo.

Infatti, la circostanza che, prima della proposizione del ricorso, il soggetto interessato debba indicare alla stazione appaltante le ragioni di presunta illegittimità del provvedimento sfavorevole pone la stessa in grado di rimediare *sua sponte* agli errori più evidenti, ovvero, in alternativa, di fornire spiegazioni sufficienti a sostenere la legittimità del provvedimento oggetto di contestazione.

L'informativa non ha effetti dilatori, in quanto, per espressa previsione del legislatore delegato, non impedisce l'ulteriore svolgimento della procedura di gara, né influisce sul termine per la stipulazione del contratto ovvero su quello per la proposizione del ricorso giurisdizionale (art. 243-bis, comma 3).

Nell'ottica della più ampia celerità ed informalità della procedura, è previsto che a detta informativa possa provvedere direttamente l'interessato, o un suo rappresentante, fatta sempre salva la facoltà di avvalersi di un difensore (art. 243-bis, comma 2).

Sotto il profilo del contenuto, l'informativa deve contenere una sintetica enunciazione dei vizi e dei motivi che si intendono articolare nel futuro giudizio, e può essere presentata fino alla proposizione del ricorso giurisdizionale.

Quanto ai suoi destinatari, viene stabilito che la comunicazione deve essere indirizzata al responsabile del procedimento; in alternativa, può anche essere rivolta oralmente alla commissione di gara nel corso della seduta pubblica (per poi essere inserita nel verbale e comunicata al responsabile del procedimento in un secondo momento).

Dal momento in cui la riceve, l'amministrazione ha un termine di 15 giorni per comunicare le sue determinazioni in merito ai motivi addotti dal ricorrente, valutando l'adozione di eventuali provvedimenti in autotutela. L'eventuale silenzio serbato dall'amministrazione, equivale al rifiuto di provvedere (art. 243-bis, comma 4).

Viene poi precisato che il provvedimento di diniego, espresso o tacito, non può essere oggetto di autonoma contestazione, potendo semmai essere impugnato insieme all'atto cui si riferisce, ovvero separatamente, con un atto di motivi aggiunti al ricorso principale, da presentarsi nel termine di 15 giorni (art. 243-bis, comma 6).

Infine, va rilevato che la mancata proposizione della comunicazione preventiva nonchè, in caso di presentazione, l'assenza di una determinazione espressa in merito da parte della stazione appaltante, non costituiscono condizioni di improcedibilità del ricorso in sede giurisdizionale.

Infatti, tali inerzie possono tutt'al più costituire comportamenti valutabili dal giudice ai fini della decisione sulle spese di giudizio nonché in termini di responsabilità risarcitoria, ai sensi dell'art. 1227 c.c. (art. 243-bis, comma 5).

10. Le novità in materia di giurisdizione del giudice amministrativo – (art. 7 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 244 del D.Lgs. 163/2006)

Con la novella in commento, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo viene estesa anche alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione, nonché all'irrogazione delle c.d. sanzioni alternative (su cui vedi infra, commento ai nuovi artt. 245-bis, ter e quater del D.Lgs. 163/2006).

In questo modo, in omaggio al principio di concentrazione della giurisdizione, viene conferita al giudice amministrativo la possibilità di decidere sull'intero rapporto sottoposto alla sua cognizione, consentendo al ricorrente di ottenere una tutela ampia e sicuramente più veloce, rispetto al passato, della propria posizione giuridica scaturita dall'illegittimo comportamento dell'amministrazione in gara.

Trova, dunque, soluzione normativa il problema, da lungo tempo discusso, concernente la sorte del contratto in caso di previo annullamento dell'aggiudicazione, la cui delibazione viene definitivamente affidata alla cognizione del giudice amministrativo.

11. Il nuovo rito processuale relativo agli appalti pubblici – (art. 8 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 245 del D.Lgs. 163/2006). Cenni

Il provvedimento in esame introduce modifiche rilevanti in tema di tutela giurisdizionale avverso gli atti delle procedure di affidamento, nonché dei connessi provvedimenti adottati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Il legislatore delegato, in particolare, ha delineato un rito connotato da una scansione molto rapida dei tempi processuali, dando così attuazione ai criteri fissati in tal senso, sia nella cennata legge delega, n. 88/2009, sia, "a monte", nella direttiva 2007/66/CE.

Volendo affrontare in questa sede gli aspetti di maggiore interesse, si segnala, anzitutto, che, con le nuove disposizioni, viene meno la possibilità di utilizzare lo strumento del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, essendo possibile ora ricorrere unicamente al giudice amministrativo (art. 245, comma 1).

La scelta del legislatore tiene verosimilmente conto della difficoltà di coordinamento della disciplina prevista per tale tipo di ricorso (proponibile, lo si ricorda, entro 120 giorni dalla conoscenza del provvedimento), con le nuove regole in materia di sospensione del termine per la stipulazione del contratto (che risulta preclusa, come già detto, nel c.d. "standstill period").

Subiscono poi una notevole accelerazione i termini processuali previsti dalle disposizioni vigenti, che si applicano ora anche ai giudizi di appello innanzi al Consiglio di Stato, revocazione ed opposizione di terzo e diventano:

- a) trenta giorni (e non più 60) per la notificazione del ricorso e la proposizione dei motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli impugnati; decorrenti dalla ricezione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o della stipulazione del contratto, ovvero dalla pubblicazione di bandi e avvisi autonomamente lesivi;
- b) dieci giorni per il deposito del ricorso principale e di quello incidentale, dell'atto di motivi aggiunti, nonché dell'appello avverso ordinanza cautelare;
- c) trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale;
- d) quindici giorni per la proposizione dei motivi aggiunti avverso atti già impugnati;
- e) quindici giorni per l'appello avverso l'ordinanza cautelare, decorrenti dalla sua comunicazione ovvero notificazione, se anteriore (art. 245, comma 2-quinquies).

Tale tempistica processuale ha carattere di specialità rispetto al rito previsto dall'art. 23-bis della L. n. 1034/1971 (c.d. Legge Tar), che, tuttavia, continua ad avere applicazione residuale per le parti non incompatibili con la nuova disciplina (art. 245, comma 2-bis).

Inoltre, in caso di mancata pubblicità del bando, il ricorso non può più essere proposto decorsi 30 giorni dalla pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, a condizione però che quest'ultimo contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza la previa pubblicazione. Nel caso di omissione o di mancata conformità alle previsioni normative degli avvisi o delle informazioni di cui sopra, il ricorso non può essere proposto decorsi sei mesi dalla stipulazione del contratto (art. 245, comma 2).

Si sottolinea infine che la competenza territoriale del Tar assume carattere inderogabile, ed il relativo difetto può essere rilevato anche d'ufficio (art. 245, comma 2-quater).

12. L'inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni – (art. 9 del D.Lgs. n. 53/2010 – nuovo art. 245-bis del D.Lgs. 163/2006)

Con il nuovo art. 245-bis, viene data attuazione al principio, stabilito nella Direttiva 2007/66/CE e contenuto nella legge delega, che abilita il giudice adito per l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva a disporre altresì l'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

La dichiarazione di inefficacia può essere disposta in via retroattiva (*ex tunc*), oppure può essere limitata alle sole prestazioni non ancora eseguite fino alla pubblicazione del dispositivo (*ex nunc*); la scelta operata dal giudice deve basarsi sulla valutazione delle deduzioni delle parti, nonché della gravità della condotta della stazione appaltante oltrechè della situazione di fatto (art. 245-bis, comma 1).

La pronuncia di inefficacia del contratto viene adottata in caso di violazioni particolarmente gravi, che ricorrono quando:

- l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta senza la prescritta previa pubblicazione del bando di gara o avviso, su GUUE o Gazzetta Ufficiale;
- l'aggiudicazione definitiva sia avvenuta con procedura negoziata senza bando, o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, laddove sia stata altresì omessa la prescritta pubblicità;
- la stipulazione del contratto sia avvenuta senza rispettare il termine dilatorio (di sospensione, ossia lo "standstill period") di 35 giorni, quando però la violazione abbia impedito al ricorrente di presentare impugnazione prima della stipulazione del contratto e sempre che, tale violazione abbia influito, insieme ad altri vizi dell'aggiudicazione definitiva, sull'ottenimento dell'affidamento;
- la stipulazione del contratto sia avvenuta senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine di 20 giorni per l'intervenuta proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione, unitamente agli altri vizi del provvedimento, abbia influito sulla possibilità di ottenere l'affidamento.

Ora, va evidenziato che, ancorché ricorrano le ipotesi ora illustrate, il giudice può sempre decidere di conservare l'efficacia del contratto.

Ciò può avvenire anzitutto quando si accerti che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che gli effetti del contratto debbano essere mantenuti. Tra le esigenze imperative vengono fatte rientrare, tra l'altro, 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 (art. 245-bis, comma 2).

In questo contesto, gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduca altresì a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara. Viceversa, non possono costituire esigenze imperative gli interessi economici connessi direttamente al contratto (tra i quali i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, dalla necessità di indire una nuova procedura di gara, dal cambio dell'operatore economico, ecc.)

In secondo luogo, l'inefficacia connessa a difetti di pubblicità non trova applicazione nel caso in cui la stazione appaltante abbia attivato una particolare procedura (art. 245-bis, comma 5) a tenore della quale:

- abbia dichiarato, con atto motivato, la non necessità, ai sensi del Codice dei Contratti, della previa pubblicazione del bando su GUUE o Gazzetta Ufficiale;
- abbia pubblicato in GUUE o Gazzetta Ufficiale, per contratti di rilevanza comunitaria o sotto soglia, un avviso volontario per la trasparenza preventiva, di cui all'art. 79-bis del Codice dei Contratti (sul punto, vedi *infra*) in cui abbia reso nota l'intenzione di concludere il contratto;
- il contratto non sia stato concluso prima di dieci giorni, decorrenti dalla pubblicazione dell'avviso di cui al punto precedente.

Viene, peraltro, disposto che quando il giudice opti per il mantenimento dell'efficacia del contratto nonostante il ricorrere delle ipotesi che darebbero luogo a una pronuncia di inefficacia, sia pure

parziale, trova necessaria applicazione il sistema di sanzioni alternative, di cui si dirà a breve (vedi commento art. 245-quater).

Tali sanzioni si applicano anche nell'ipotesi di violazioni dei termini dilatori che non abbiano però impedito la tutela giurisdizionale e la possibilità di ottenere l'affidamento e non si sommino ad altri vizi del provvedimento (di cui all'art. 245-quater, comma 3).

13. L'inefficacia del contratto negli altri casi – (art. 10 del D.Lgs. n. 53/2010 - nuovo art. 245-ter del D.Lgs. 163/2006)

Al di fuori delle ipotesi delle violazioni di cui ai cennati art. 245-bis e 245-quater, comma 3 cit, resta in facoltà del giudice, adito per l'annullamento dell'aggiudicazione, valutare, caso per caso, se dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato nel frattempo, con decorrenza retroattiva o meno, oppure se mantenerlo in vita (art. 245-ter, comma 1), senza che ciò, tuttavia, faccia altresì scattare l'irrogazione delle sanzioni alternative.

14. Le sanzioni alternative – (art. 11 del D.Lgs. n. 53/2010 – nuovo art. 245-quater del D.Lgs. 163/2006)

Come già accennato, particolare rilievo merita la disposizione che introduce la possibilità per il giudice di pronunciare sanzioni alternative all'inefficacia, anche parziale, del contratto (art. 245-quater).

Tali sanzioni, da applicarsi alternativamente o cumulativamente, sono rappresentate sia da misure di natura pecuniaria, consistenti nel pagamento, a carico della stazione appaltante, di una somma di importo compreso tra lo 0,5% ed il 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione; sia dalla riduzione della durata del contratto, sempre che sia possibile, da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua dello stesso, alla data di pubblicazione del dispositivo (art. 245-quater, comma 1, lettere a) e b).

La determinazione delle sanzioni da parte del giudice avviene sulla base di una valutazione concreta del comportamento dell'amministrazione (anche relativo all'opera svolta per l'eliminazione e attenuazione delle conseguenze della violazione). In ogni caso, l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non viene considerata una sanzione alternativa, e dunque è cumulabile dal giudice con le altre sanzioni alternative (art. 245-quater, comma 2).

15. La tutela in forma specifica e per equivalente – (art. 12 del D.Lgs. n. 53/2010 – nuovo art. 245-quinquies del D.Lgs. 163/2006)

Con la disposizione in esame, viene stabilito che l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione, oltrechè la stipulazione del contratto, è sempre subordinata alla dichiarazione di inefficacia di quest'ultimo (art. 245-quinquies, comma 1).

L'eventuale subentro del ricorrente nel contratto non è possibile, in sostanza, senza la previa dichiarazione di inefficacia di quello già stipulato.

Laddove il contratto resti in vita, il giudice può comunque disporre (su domanda di parte) il risarcimento per equivalente del danno, a favore del solo ricorrente avente titolo per l'aggiudicazione.

Per ottenere il risarcimento, pertanto, occorrerà provare con certezza di avere titolo all'aggiudicazione, con l'esclusione di vedere ristorato il danno da perdita di "chance".

Il legislatore ha comunque dato preferenza ai ricorsi volti a conseguire l'aggiudicazione del contratto piuttosto che il risarcimento del danno per equivalente, dal momento che il comma 2 della disposizione in commento stabilisce che la condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non abbia proposto domanda in tal senso, ovvero non si sia resa disponibile a subentrare nel contratto, viene valutata dal giudice ai sensi dell'art. 1227 del c.c. che, com'è noto, disciplina il concorso colposo del creditore nella produzione del danno lamentato, stabilendo, tra l'altro, che il risarcimento non è dovuto quando il danno si sarebbe potuto evitare usando la normale diligenza (art. 245-quinquies, comma 2).

16. Le modifiche alla disciplina processuale per le infrastrutture strategiche – (art. 13 del D.Lgs. n. 53/2010 - art. 246 del D.Lgs. 163/2006)

Secondo la nuova previsione in esame, le disposizioni in materia processuale introdotte con la riforma in commento si applicano anche ai giudizi che riguardino le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione di infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi, di cui alla parte II, titolo III, capo IV del Codice dei Contratti (art. 246, comma 1).

Va, tuttavia, evidenziato che, nonostante questa innovazione, il quadro normativo delle controversie in materia di infrastrutture strategiche non subisce radicali modifiche.

Quanto alle sorti del contratto, nell'ipotesi di esito favorevole del giudizio per il ricorrente, viene previsto che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comportino la caducazione del negozio nel frattempo stipulato, con la precisazione che tale regola trovi applicazione solo al di fuori dei casi di cui agli articoli 245-bis e 245-quater, i quali, come già ricordato, elencano l'ipotesi in cui, al ricorrere di una serie di gravi violazioni, può comunque essere disposta l'inefficacia del contratto.

In altri termini, resta preclusa la possibilità che la pronuncia di inefficacia del contratto possa essere disposta al di fuori dei casi di cui ai cennati artt. 245-bis e 245-quater (art. 246, comma 4).

17. Gli obblighi di comunicazione ed informazione alla Commissione dell'Unione Europea – (art. 14 del D.Lgs. n. 53/2010 - nuovo art. 251-bis del D.Lgs. 163/2006)

Viene parzialmente riformato il procedimento correttivo che la Commissione europea può avviare, prima della conclusione del contratto, per intervenire sulla procedura di aggiudicazione di un

appalto disciplinata dalle direttive, qualora ritenga si sia verificata una grave violazione delle norme comunitarie in materia.

18. Le abrogazioni, le norme di coordinamento e le norme transitorie – (art. 15 del D.Lgs. n. 53/2010)

Con l'art. 15 della novella in commento, viene regolato il suo coordinamento con il quadro normativo vigente.

Tra le regole di maggiore interesse, viene anzitutto disposta l'abrogazione dell'art. 20, commi 8 ed 8-bis, del D.L. n. 185 del 2008, (cd. Decreto anticrisi), che contiene alcune disposizioni speciali ed acceleratorie in materia di contenzioso relativo agli interventi programmati nell'ambito del Quadro Strategico Nazionale. Tuttavia, il comma 8 continua ad applicarsi limitatamente agli interventi per i quali siano già stati nominati i relativi commissari o vengano nominati entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del D.Lgs. n. 53/2010 (ossia entro il 25 luglio 2010).

Relativamente ai predetti interventi, sottoposti alla disciplina del cennato art. 20, si prevede altresì che gli stessi soggiacciano alle nuove disposizioni concernenti l'introduzione del nuovo termine dilatorio per la stipula del contratto e del termine di sospensione automatica in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale, se l'aggiudicazione definitiva è successiva alla data di entrata in vigore della novella (27 aprile 2010).

Inoltre, viene opportunamente riformulato l'art. 23-bis della legge n. 1034/71, (che, com'è noto, contiene disposizioni relative al processo amministrativo cd. "rapido", applicabile, tra l'altro, anche alle procedure in materia di affidamento degli appalti) stante l'introduzione del nuovo rito veloce in materia.

Come già accennato (vedi commento *infra*), viene definitivamente disposta l'abrogazione del divieto di arbitrato, contenuta nell'art. 3, commi 19, 20 e 21, della legge n. 244 del 2007, divieto peraltro mai entrato in vigore.

Quanto alla disciplina transitoria, viene espressamente previsto che la nuova disciplina prevista in materia di accordo bonario ed arbitrato trovi applicazione con riferimento ai bandi, avvisi di gara ed inviti pubblicati successivamente al 27 aprile 2010, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi ed ai relativi giudizi arbitrali.

Si evidenzia, infine, l'assenza di previsioni concernenti la disciplina transitoria relativa alle altre disposizioni introdotte con la novella. In particolare, manca una disposizione che regoli la sfera temporale di applicazione delle nuove norme in materia processuale, ivi comprese quelle che dispongono la possibilità, per il giudice amministrativo, di decidere per l'inefficacia del contratto, quando ne ricorrano i presupposti.

Ad una prima valutazione, tuttavia, la qualificazione processuale delle nuove disposizioni farebbe propendere per la loro applicazione anche ai giudizi in corso.