

Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto.

SOMMARIO

1. L’attuazione della direttiva n. 66/2007: i cinque punti essenziali della normativa comunitaria e le occasioni offerte al legislatore nazionale per semplificare e rendere efficiente il contenzioso.
2. Le scelte decisive compiute dalla norma di delega (art. 44 della legge n. 88/2009). Qualche “complicazione” non necessaria: il nuovo rito speciale e super-accelerato per gli appalti; una disciplina sistematica della sorte del contratto, incentrata sulla “inefficacia flessibile”.
3. Il decreto legislativo: alcune differenze di contenuto dalle indicazioni della legge delega.
4. Le modifiche del codice dei contratti pubblici. Il programmato “trasferimento” nel futuro codice del processo amministrativo: verso un’attenuazione della specialità delle disposizioni “eterodosse”.
5. La sfera soggettiva ampia di applicazione della nuova normativa. Le prescrizioni della delega.
6. Il criterio generale di delega: la “limitazione” dell’intervento legislativo alle sole disposizioni ritenute “necessarie” per adeguare l’ordinamento interno. L’attuazione “pesante” del decreto legislativo e il difficile coordinamento con il codice del processo amministrativo.
7. Una disciplina unitaria anche per i contratti con aventi rilevanza europea: una scelta opportuna di semplificazione processuale e sostanziale.
8. Il termine dilatorio per la stipulazione del contratto nella delega. Il nuovo regime delle comunicazioni: rilevanza sostanziale o processuale?
9. Il termine dilatorio per la stipulazione del contratto nel decreto legislativo è fissato in trentacinque giorni. La sincronizzazione con il nuovo termine di trenta giorni per la notifica del ricorso. Le deroghe previste.
10. L’ulteriore sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione in seguito alla proposizione di un ricorso giurisdizionale, accompagnato dalla “contestuale” domanda cautelare.
11. L’esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali: un istituto di dubbia legittimità comunitaria. La limitata compatibilità con la nuova disciplina del termine sospensivo.
12. La disciplina delle comunicazioni degli atti di gara: regole dettagliate per determinare la conoscenza legale dei provvedimenti.
13. Le nuove disposizioni in materia di accesso “immediato” e “super-informale” ai documenti della procedura di gara: una normativa destinata ad alimentare incertezze.
14. L’avviso volontario per la trasparenza preventiva: una deroga esplicita all’inefficacia “obbligatoria” del contratto.
15. Gli interventi normativi sul contenzioso relativo all’esecuzione del contratto e l’incentivazione dell’accordo bonario. I limiti delle nuove regole.
16. La “rinascita” dell’arbitrato e la sua “razionalizzazione”. La disciplina transitoria.
17. L’informazione preventiva dell’intento di proporre ricorso e il collegamento con l’autotutela: una scelta della delega non imposta dalla direttiva.
18. L’informazione preventiva nel decreto n. 53/2010: un procedimento complesso di efficacia limitata.
19. La giurisdizione esclusiva amministrativa si estende alla dichiarazione di “inefficacia del contratto” e alle sanzioni alternative. Scompare il riferimento espresso alla giurisdizione di merito.

20. Le norme processuali: un nuovo rito speciale super-accelerato, non imposto dal diritto comunitario. Lo spazio residuale dell'art. 23-bis della legge TAR.
21. La domanda cautelare e l'effetto sospensivo ulteriore: un altro rito "specialissimo"? Le indicazioni della delega e l'attuazione semplificata del decreto legislativo.
22. Il nuovo rito "super-accelerato" in materia di appalti. L'eliminazione del ricorso straordinario. Il termine di trenta giorni per la notifica del ricorso. L'abbreviazione e la rideterminazione della decorrenza degli altri termini.
23. La competenza territoriale inderogabile del TAR, rilevabile di ufficio e le altre regole processuali. I nuovi provvedimenti connessi possono essere impugnati solo con i motivi aggiunti.
24. Il termine massimo per l'impugnazione dell'aggiudicazione.
25. L'inefficacia "flessibile" del contratto e la costruzione "*pan-processuale*" del legislatore nazionale. Il giudice decide, caso per caso, se, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, il contratto deve essere dichiarato inefficace.
26. I presupposti indefettibili della privazione di effetti: l'annullamento dell'aggiudicazione e i tipi di violazioni accertate. La "tripartizione" della delega e la bipartizione semplificata del decreto legislativo. La categoria delle "gravi violazioni".
27. La dichiarazione di inefficacia del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione in caso di "gravi violazioni": esercizio di un potere "sanzionatorio" di ufficio o accoglimento di una specifica domanda di parte?
28. La dichiarazione di inefficacia del contratto può essere pronunciata solo nel giudizio di annullamento dell'aggiudicazione?
29. I poteri di ufficio del giudice. La rilevanza della buona fede del terzo.
30. Considerazioni di sintesi sulla "inefficacia" flessibile del contratto.
31. L'autotutela decisoria dell'amministrazione e l'inefficacia del contratto: un problema non affrontato dal legislatore.
32. La questione della "pregiudiziale di annullamento": gli spunti della direttiva e il problema generale di diritto interno. La prospettiva della legge-delega.
33. L'impostazione dello schema originario del decreto delegato: verso una "super-pregiudiziale biunivoca di annullamento".
34. Le soluzioni del testo definitivo del decreto. La tutela in forma specifica e per equivalente. Il "conseguimento" dell'aggiudicazione è subordinato alla dichiarazione di inefficacia del contratto.
35. La limitazione del risarcimento del danno: una previsione di dubbia legittimità costituzionale e comunitaria.
36. Il rapporto tra tutela in forma specifica e per equivalente.
37. Le sanzioni alternative: un istituto di complessa collocazione sistematica.
38. Le spese di giustizia. Il contributo unificato per i motivi aggiunti e per il ricorso incidentale è dovuto ma solo se tali atti contengono "domande nuove".

1. L'ATTUAZIONE DELLA DIRETTIVA N. 66/2007: I CINQUE PUNTI ESSENZIALI DELLA NORMATIVA COMUNITARIA E LE OCCASIONI OFFERTE AL LEGISLATORE NAZIONALE PER SEMPLIFICARE E RENDERE EFFICIENTE IL CONTENZIOSO.

Il decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 84 del 12 aprile 2010 (quindi, in vigore dal 27 aprile 2010), realizza il definitivo recepimento nell'ordinamento interno italiano della nuova **direttiva ricorsi** n. 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio. La normativa comunitaria modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio, *per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici*.

Nella direttiva, almeno cinque gruppi diversi di disposizioni meritano di essere segnalati, per la loro pesante incidenza sull'ordinamento sostanziale e processuale dei contratti pubblici: termine dilatorio per la stipulazione; privazione di effetti del contratto; possibilità di limitare la tutela dell'interessato al risarcimento del danno; facoltà di introdurre dei meccanismi di *pregiudiziale di annullamento* ai fini della domanda risarcitoria; rilevanza della valutazione dell'interesse pubblico nella decisione cautelare.

a) Anzitutto, si disciplina, analiticamente, l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare un congruo **termine dilatorio** o o sospensivo - fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. Gli Stati membri assicurano che questo termine sia ulteriormente **prorogato** se l'interessato propone un ricorso giurisdizionale o un ricorso in opposizione alla stessa stazione appaltante.

In questo modo, si indica, quindi, uno strumento privilegiato dall'ordinamento comunitario: stabilire dei rimedi preventivi, idonei ad impedire che il contratto produca effetti, piuttosto che traumatiche terapie successive, dirette ad eliminare gli effetti di un contratto già stipulato e o non di rado - almeno in parte eseguito.

b) Si prevedono alcune ipotesi tipiche in cui l'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario deve comportare o obbligatoriamente, salve alcune tassative eccezioni - la **privazione di effetti del contratto** eventualmente stipulato. Per un altro gruppo o anche esso circoscritto o di fattispecie, gli Stati membri possono scegliere, discrezionalmente, se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purché proporzionati e dissuasivi (diversi dal solo risarcimento del danno). Negli altri casi, ancora, il diritto comunitario lascia agli Stati membri la facoltà di decidere, in piena autonomia, le conseguenze delle violazioni delle procedure di gara sulla efficacia del contratto.

c) Si riafferma e sviluppa il principio secondo cui gli ordinamenti nazionali possono decidere di **limitare la tutela dei soggetti lesi dalla violazione della disciplina comunitaria di aggiudicazione degli appalti pubblici al solo risarcimento del danno**, con esclusione dell'annullamento dell'atto di affidamento e della privazione di effetti del correlato contratto.

d) Si contempla, innovativamente, la possibilità, per gli Stati membri, di stabilire che la **domanda di risarcimento dei danni debba essere subordinata alla (tempestiva) richiesta di annullamento** dei provvedimenti ritenuti illegittimi (mediante una formulazione incentrata sul potere del giudice di *ödisporre, anzitutto, l'annullamento dell'attoö*).

e) La direttiva, pur insistendo sulla essenzialità della **tutela cautelare**, autorizza gli ordinamenti nazionali a dettare discipline interne secondo cui il giudice chiamato a pronunciarsi sull'istanza debba tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché **per l'interesse pubblico** e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive. In ogni caso, la decisione di non accordare provvedimenti cautelari non pregiudica gli altri diritti rivendicati dal soggetto che chiede tali provvedimenti (art. 2, paragrafo 5: *öGli Stati membri possono prevedere che l'organo responsabile delle procedure di ricorso possa tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti cautelari per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché per l'interesse pubblico e decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive.ö*

La disposizione, seppure anche essa di carattere meramente facoltativo per gli Stati membri, valorizza il criterio della *öbilateralitàö* del *periculum*, già largamente utilizzato dalla giurisprudenza cautelare, ma espressamente codificato solo nel settore circoscritto delle infrastrutture strategiche.

I cinque aspetti della normativa comunitaria sono strettamente collegati fra loro, nella logica unitaria dell'apprestamento di mezzi di tutela idonei a rendere effettiva l'applicazione del diritto sostanziale di derivazione comunitaria.

2. LE SCELTE DECISIVE COMPIUTE DALLA NORMA DI DELEGA (ART. 44 DELLA LEGGE N. 88/2009). QUALCHE *ö*COMPLICAZIONEö NON NECESSARIA: IL

NUOVO RITO SPECIALE E SUPER-ACCELERATO PER GLI APPALTI; UNA DISCIPLINA SISTEMATICA DELLA SORTE DEL CONTRATTO, INCENTRATA SULLA INEFFICACIA FLESSIBILE.

Il decreto legislativo n. 53/2010 parte dal solco tracciato dalla direttiva, realizzando innovazioni profonde e complesse del sistema: una vera rivoluzione nel settore del contenzioso degli appalti pubblici, soggetto, ormai da molto tempo, a una continua evoluzione, nonostante i ripetuti auspici per la stabilità delle regole e per la codificazione.

Le novità più importanti emergenti dal decreto legislativo n. 53/2010 si sostanziano in due aspetti essenziali:

- a) la creazione di un **nuovo rito speciale SUPER-ACCELERATO per le controversie in materia di aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture**;
- b) una esplicita e sistematica disciplina, sostanziale e processuale, della sorte del contratto (inefficacia) in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, incentrata sulla idea della **INEFFICACIA FLESSIBILE**.

Ma molti altri profili sono investiti dalla riforma. Tra questi, particolare attenzione meritano le disposizioni, peraltro non chiarissime, che toccano i rapporti tra l'azione di annullamento dell'aggiudicazione e la richiesta di risarcimento del danno, richiamando, ancora una volta, il vasto e delicato tema della **pregiudiziale**.

L'attuazione messa a punto della nuova disciplina richiederà uno sforzo interpretativo consistente e il contributo attento di tutti i soggetti coinvolti. Molte sono le certezze raggiunte: per esempio, si afferma con chiarezza la giurisdizione esclusiva amministrativa sulla sorte del contratto. Ma sembrano numerosi anche i nuovi dubbi interpretativi e le questioni aperte, proprio con riferimento alla nuova disciplina dell'inefficacia del contratto.

Per queste ragioni può essere utile svolgere le prime riflessioni à caldo sulla nuova disciplina.

Il recepimento della direttiva, si è svolto secondo il consueto **percorso normativo**, previsto per l'attuazione del diritto comunitario, scandito in due tappe legislative successive:

- a) la previsione, nella legge comunitaria (7 luglio 2009, n. 88, recante disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008), di una specifica disposizione di delega, volta a precisare l'oggetto e i criteri del recepimento (articolo 44);

b) un apposito decreto legislativo di attuazione, dedicato puntualmente alla direttiva n. 66/2007.

Rispetto alla normale sequenza della legge comunitaria, l'ater di formazione del decreto delegato n. 53/2010 è stato arricchito dalla introduzione dell'obbligatorio parere del Consiglio di Stato, il quale, in concreto, ha svolto numerose osservazioni sull'originario schema predisposto dal Governo.

All'interno dell'articolo 44, poi, è inserita una disposizione di delega riferita alla modifica degli istituti dell'**accordo bonario** e dell'**arbitrato**. In questa parte non vi è alcuna significativa connessione, nemmeno indiretta, con la direttiva n. 66/2007. Gli elementi di collegamento possono individuarsi, forse, nella circostanza che si tratta, comunque, di materie comprese nel codice dei contratti pubblici, riferite, in senso ampio, al contenzioso, al pari degli altri settori considerati dall'articolo 44.

Tanto il decreto delegato, quanto la stessa norma di delega, risultano caratterizzati da una notevole complessità di contenuti, che riflettono la straordinaria rilevanza delle regole comunitarie oggetto di attuazione.

Va evidenziato che, in un primo tempo, l'originario testo del disegno di legge della comunitaria, presentato dal Governo al Parlamento, non contemplava alcun criterio specifico di delega per il recepimento della direttiva n. 66/2007. Solo successivamente, attraverso un emendamento governativo, la delega è stata opportunamente arricchita, mediante la previsione di un apposito articolo.

Con riferimento alla direttiva n. 66/2007, la legge delega intende, essenzialmente:

I) individuare le disposizioni a **recepimento facoltativo** che si vogliono inserire nell'ordinamento nazionale;

II) definire le specifiche modalità di adattamento dell'ordinamento nazionale delle disposizioni comunitarie a **recepimento obbligatorio**;

III) stabilire quali disposizioni debbano essere applicate anche ai contratti non aventi rilevanza comunitaria;

IV) utilizzare il veicolo della comunitaria per inserire ulteriori disposizioni correttive del contenzioso disciplinato dal codice dei contratti.

Tutti i punti indicati esigono scelte chiare del legislatore delegante. Infatti, la direttiva n. 66/2007 affronta, per molti aspetti, numerosi temi già esplorati dalla nostra giurisprudenza e, in minima parte, già toccati da precedenti interventi legislativi. Le regole

comunitarie a volte sono decisamente innovative, mentre, in altri casi, sembrano confermare o sviluppare principi già presenti nell'ordinamento italiano.

Alcune prescrizioni della direttiva, poi, risultano formulate con un linguaggio difficilmente esportabile, senza adattamenti, nel nostro ordinamento: si pensi alla stessa formula *«privazione di effetti»* del contratto. Altre disposizioni, invece, si riferiscono a settori del tutto nuovi per la nostra esperienza: basti citare il difficile capitolo delle *«sanzioni alternative»* applicabili alle stazioni appaltanti.

La necessità di una attenta *«mediazione»* del recepimento della direttiva attraverso una corposa e articolata norma di delega è quindi indiscutibile.

In concreto, l'articolo 44 contiene alcune scelte di fondo molto significative e puntuali, che orientano in modo preciso l'attuazione riservata al decreto delegato.

L'intento chiarificatore della norma di delega, tuttavia, non è realizzato sempre in modo omogeneo e convincente. Talvolta la delega disciplina nel dettaglio solo alcuni aspetti particolari della materia, ma tutto sommato marginali rispetto ai contenuti essenziali della direttiva.

In altri casi, invece, la disposizione resta del tutto generica e si limita a menzionare, distintamente, solo i singoli articoli della fonte comunitaria, i quali, a loro volta, non risultano di immediata comprensione.

In sintesi, i dati più significativi emergenti dalla delega sono i seguenti:

1. Si chiarisce che il decreto delegato, quanto meno con riguardo alla disciplina processuale, deve assicurare un trattamento omogeneo per **tutti i contratti** disciplinati dal codice, indipendentemente dalla loro rilevanza comunitaria. La formula utilizzata, peraltro, non fa riferimento agli altri contratti pubblici, diversi da quelli di lavori, servizi e forniture: per questi resta ancora da stabilire quali regole applicare in relazione alla sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione.

2. Senza particolari indicazioni specifiche, si disciplina il **termine dilatorio** tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, individuando una delle deroghe facoltative consentite dalla direttiva.

3. L'**ulteriore termine sospensivo**, collegato alla proposizione del ricorso giurisdizionale, è subordinato alla proposizione di una *«contestuale»* domanda cautelare. La condizione introdotta non è contemplata espressamente dalla direttiva.

4. Si prevede la definizione di nuove e più stringenti regole in materia di **comunicazione** degli atti di gara. Questa parte della disciplina non risulta, in tutti i suoi aspetti, specificamente considerata dalla direttiva (l'art. 2-bis indica quali sono i destinatari della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, e il suo contenuto).

5. Si stabilisce l'obbligo di **informazione preventiva** dell'intento di proporre ricorso, richiamando una disposizione della direttiva meramente facoltativa. La comunicazione, peraltro, è espressamente collegata alla sollecitazione del potere di **autotutela** della stazione appaltante.

6. Con riguardo alla **privazione di effetti** del contratto, si prevede la **giurisdizione esclusiva e di merito** del giudice amministrativo. Non si dettano altri criteri più puntuali riguardanti i caratteri dell'azione e le modalità di accertamento. Non sono fornite ulteriori indicazioni riguardanti la portata sostanziale della *privazione di effetti*: la terminologia utilizzata si limita a copiare l'infelice formula della traduzione italiana della direttiva.

7. Nel rispetto puntuale e letterale della direttiva, si individuano, distintamente, le due separate categorie di casi in cui è **obbligatoria** la dichiarazione di *privazione di effetti* del contratto, salve le eccezioni e i temperamenti indicati.

8. Al di fuori delle ipotesi considerate dalla direttiva, si prevede un'ampia fattispecie generale e *residuale* di casi di *privazione di effetti* del contratto, conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione. In tali ipotesi, peraltro, la *scelta* tra privazione e conservazione degli effetti del contratto è affidata alla valutazione del giudice, sulla base di parametri piuttosto elastici.

9. Si prefigura, quindi, un modello di *inefficacia flessibile* del contratto, basato sull'idea secondo cui la sorte del contratto non discende dal mero verificarsi di determinati eventi, ma rappresenta la conseguenza di un giudizio complesso.

10. Si dettano principi molto generici in materia di **sanzioni alternative** alla privazione di effetti del contratto, con riguardo alla definizione dei limiti edittali minimi e massimi, lasciando ferma, per l'applicazione, la competenza del giudice chiamato a pronunciarsi sulla sorte del contratto.

11. Si introducono **nuove regole processuali** riferite, in generale, al contenzioso dinanzi al giudice amministrativo, in materia di procedure di affidamento dei contratti pubblici, ispirate dall'esigenza di massima celerità del giudizio. Nella delega si prefigura, in

sostanza, un *nuovo rito speciale super-accelerato*, distinto da quello disciplinato dall'articolo 23-bis della legge TAR.

12. Si prevedono ulteriori e dettagliati criteri per la redazione di altre regole super-speciali riferite al caso del ricorso contro l'aggiudicazione, accompagnato dalla domanda cautelare (un rito *super-iper-accelerato*?).

13. Si richiama una delle norme della direttiva a recepimento facoltativo, con l'implicito intento di incidere sulla disciplina della pregiudiziale di annullamento, ai fini della domanda risarcitoria.

14. Si sceglie di recepire una disposizione *facoltativa*, riguardante i limiti temporali per la proposizione della domanda relativa alla privazione di effetti del contratto in determinati casi.

3. IL DECRETO LEGISLATIVO: ALCUNE DIFFERENZE DI CONTENUTO DALLE INDICAZIONI DELLA LEGGE DELEGA.

Il decreto delegato n. 53/2010, nella sua stesura finale, sviluppa compiutamente quasi tutti i punti indicati dall'articolo 44. Vi è però un certo scarto di contenuti, operante in due direzioni opposte: alcuni criteri della delega non risultano pienamente attuati; viceversa, talune disposizioni del decreto non trovano immediata ed esplicita base nella delega. In altri termini, emerge il dubbio che vi sia tanto un eccesso, quanto un *difetto* di delega (questo ultimo, peraltro, non dovrebbe comportare alcuna violazione dell'articolo 76 della Costituzione).

Con riguardo alle parti della delega prive di sviluppo, non trova completa attuazione, anzitutto, l'idea dei due separati riti speciali, poiché, in definitiva, le nuove regole processuali varate dal Governo sono state opportunamente unificate in un solo tipo di processo, in conformità alle indicazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato.

Anche le due separate categorie della privazione di effetti *obbligatoria*, di derivazione comunitaria, sono fuse e ricondotte ad un'unica disciplina.

Lo spunto della *pregiudiziale di annullamento*, contenuto nella delega e ampiamente svolto nella stesura dello schema originario del decreto, non è più utilizzato, in modo espresso, nel testo finale dell'articolato.

La giurisdizione amministrativa sul contratto è qualificata come *esclusiva*, ma non è più segnata, letteralmente, come giurisdizione di merito.

Per contro, il decreto delegato n. 53/2010 contiene diverse disposizioni non immediatamente riconducibili alla delega:

- la nuova regolamentazione dell'esecuzione di urgenza, precedente la stipulazione del contratto;
- l'innovativa disciplina dell'accesso immediato ai documenti di gara;
- l'esclusione del ricorso straordinario al Capo dello Stato;
- l'uso della qualificazione della inefficacia del contratto, in luogo della formula "privazione di effetti";
- la previsione dei limiti dell'azione risarcitoria e la definizione dei suoi rapporti con l'azione diretta alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

4. LE MODIFICHE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI. IL PROGRAMMATO "TRASFERIMENTO" NEL FUTURO CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO: VERSO UN'ATTENUAZIONE DELLA SPECIALITÀ DELLE DISPOSIZIONI "ETERODOSSE".

Il decreto legislativo di recepimento introduce, formalmente, importanti e numerose modifiche al codice dei contratti pubblici, agendo sul piano sostanziale e su quello processuale, seppure in una coerente prospettiva unitaria.

Molte delle disposizioni previste, peraltro, sono fin da ora destinate al trasferimento nel codice del processo amministrativo, ormai in stato di avanzata formazione, secondo le indicazioni del parere del Consiglio di Stato, già prontamente acquisite nello schema del codice trasmesso dalla Commissione Speciale alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La nuova collocazione formale dovrebbe spingere, sul piano interpretativo, a ricondurre le nuove norme (alcune delle quali piuttosto "eterodosse") nell'alveo del sistema generale, attenuandone i caratteri di dichiarata "specialità", se non di vera e propria "separatezza".

Gli aspetti salienti della normativa definitivamente varata possono essere condensati in questo modo:

- a) la previsione di un generale termine dilatorio (sospensivo), fissato in trentacinque giorni, intercorrente tra la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e la stipulazione del contratto, accompagnata da un'articolata individuazione delle conseguenze della sua violazione;

- b) una **ulteriore sospensione obbligatoria** ó o automatica - del termine, nel caso di proposizione di ricorso giurisdizionale, purché accompagnato da una domanda cautelare;
- c) l'elencazione delle limitate ed eccezionali **deroghe** alla regola del termine dilatorio;
- d) l'indicazione puntuale delle conseguenze derivanti dalla violazione dei termini sospensivi: l'inefficacia del contratto o l'applicazione di sanzioni alternative, ma solo in presenza di alcuni requisiti ulteriori, poiché non è reputata sufficiente la sola infrazione del termine;
- e) la ridefinizione dei casi in cui è ammessa l'**esecuzione anticipata** delle prestazioni contrattuali, resa, almeno in parte, coerente con i nuovi termini sospensivi per la stipulazione;
- f) l'attenta e dettagliatissima disciplina integrativa delle **comunicazioni** degli atti di procedura di gara;
- g) la regolamentazione di una particolare modalità di **accesso** ò immediato ò alla documentazione afferente alla procedura di gara;
- h) l'introduzione di alcune modifiche alla disciplina dell'**accordo bonario**, asseritamente finalizzate all'incentivazione dell'istituto;
- i) il ripristino ó a regime - dell'**arbitrato**, accompagnato da alcune regole ò razionalizzatrici ò del rito e delle sue modalità di funzionamento (compensi degli arbitri; impugnazioni; requisiti degli arbitri; modalità di ricusazione della clausola arbitrale);
- j) l'affermazione esplicita della **giurisdizione esclusiva** (ma non espressamente qualificata anche ò di merito ò) amministrativa sulle controversie riguardanti la sorte del contratto conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione;
- k) la disciplina dell'obbligo, in capo alla parte interessata, di comunicare, preventivamente, l'intenzione di proporre un ricorso, accompagnata dalla richiesta di autotutela; la previsione del simmetrico dovere dell'amministrazione di prendere posizione sulla richiesta formulata e sulle violazioni denunciate;
- l) la previsione di **nuove regole processuali speciali** applicabili nelle controversie in materia di appalti, derogatorie rispetto al rito previsto dall'articolo 23-bis della legge n. 1034/1971;

m) l'accurata disciplina dei casi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione determina l'**inefficacia del contratto**, suddivisi in due grandi categorie, in funzione della gravità delle violazioni e del correlato ó ampio - potere del giudice di non pronunciare l'inefficacia del contratto;

n) la regolamentazione delle **«sanzioni alternative»**, applicabili dal giudice in alcune delle ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non determina l'inefficacia del contratto;

o) l'introduzione di apposite disposizioni (peraltro di non agevole lettura) volte a definire il rapporto tra la dichiarazione di inefficacia e la richiesta di **risarcimento** in forma specifica e per equivalente.

5. LA SFERA SOGGETTIVA AMPIA DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA NORMATIVA. LE PRESCRIZIONI DELLA DELEGA.

L'articolo 44, comma 3, della legge delega si preoccupa, anzitutto, di definire l'**ambito soggettivo** di applicazione della disciplina: «Ai fini della delega di cui al presente articolo, per stazione appaltante si intendono i soggetti di cui agli articoli 32 e 207 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, e **ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento di contratti relativi a lavori, servizi o forniture.**»

La norma non è riprodotta, e nemmeno richiamata nel decreto n. 53/2010.

In effetti, la previsione risulta forse superflua, considerando le acquisizioni normative e giurisprudenziali in materia di **sfera soggettiva** di operatività del codice dei contratti pubblici e delle precedenti «direttive ricorsi».

Opportunamente, quindi, il testo definitivo del decreto legislativo omette di intervenire sulla definizione della categoria concettuale di **stazione appaltante**, raccogliendo le critiche esposte dal parere del Consiglio di Stato. Il testo originario del decreto delegato, oltretutto, alimentava la possibile confusione, circoscrivendo la nozione nuova di stazione appaltante al solo sistema del *contenzioso*. In tal modo si creava qualche contraddizione interpretativa rispetto all'effettiva portata delle norme sostanziali ó letteralmente più ristretta - e di quelle numerose discipline «a cavallo» tra il processo e la disciplina sostanziale: basti pensare proprio alla disciplina dell'inefficacia del contratto.

È peraltro opportuno tenere a mente la dizione utilizzata dalla legge delega, quanto meno per la sua **portata ricognitiva di una accentuata ampiezza** del perimetro di operatività della nuova disciplina.

6. IL CRITERIO GENERALE DI DELEGA: LA LIMITAZIONE DELL'INTERVENTO LEGISLATIVO ALLE SOLE DISPOSIZIONI RITENUTE NECESSARIE PER ADEGUARE L'ORDINAMENTO INTERNO. L'ATTUAZIONE PESANTE DEL DECRETO LEGISLATIVO E IL DIFFICILE COORDINAMENTO CON IL CODICE DEL PROCESSO AMMINISTRATIVO.

Nell'articolo 44, poi, la definizione dei **criteri di delega** risulta particolarmente ampia e dettagliata, condizionando molte delle scelte del legislatore delegato. Tuttavia, a volte l'analiticità si accentua dove non sembrerebbe indispensabile, mentre la delega rimane piuttosto generica, se non criptica, in ordine ad altre opzioni essenziali (quali l'inquadramento sistematico e normativo della *privazione di effetti* del contratto).

La lettera a), in termini generali e programmatici, impone di **circoscrivere il recepimento** alle sole disposizioni elencate nello stesso articolo 44. In tal modo, si vuole chiarire che la legge ha già selezionato quali delle prescrizioni della direttiva a carattere facoltativo meritano di essere recepite e quali no.

La stessa lettera richiede di limitarsi a dettare le **sole norme necessarie** per rendere il quadro normativo vigente in tema di tutela giurisdizionale conforme alle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE.

Vi è, quindi, uno specifico invito alla previa verifica della coerenza con tali direttive degli istituti processuali già vigenti e già adeguati, anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e nazionale.

I nuovi istituti vanno, evidentemente, inseriti nell'attuale sistema processuale, nel rispetto del diritto di difesa e dei principi di effettività della tutela giurisdizionale e di ragionevole durata del processo.

Nel suo complesso, infatti, il codice dei contratti pubblici risulta già largamente idoneo a realizzare i principi generali espressi dal diritto comunitario, con riguardo alla tempestività e all'efficacia della tutela.

In sede di attuazione del decreto delegato, peraltro, il programmato obiettivo di *leggerezza* dell'intervento normativo non è poi realizzato in modo del tutto persuasivo. Il

testo, specie nella sua versione approvata, in via preliminare, dal Consiglio dei Ministri, infatti, risulta caratterizzato da una fortissima pervasività e dalla complessità delle nuove regole destinate ad essere innestate ó per ora - nel codice dei contratti pubblici.

La lettera c) della norma di delega, nello sviluppare un ovvio corollario del principio espresso alla lettera a), prescrive di assicurare il **coordinamento** con il vigente sistema processuale, prevedendo le **abrogazioni necessarie**.

Attraverso questo criterio si è operata la scelta di rimodulare la formulazione dell'articolo 23-bis della legge n. 1034/1971.

Ma, probabilmente, non era necessario prevedere un apposito criterio di delega volto all'abrogazione espressa delle norme incompatibili con la nuova disciplina.

Ci si deve chiedere, da ultimo, se il criterio di delega non esprima anche un principio di "assatività", limitando il potere di intervento del legislatore delegato ai soli ambiti espressamente considerati dall'articolo 44.

7. UNA DISCIPLINA UNITARIA ANCHE PER I CONTRATTI CON AVENTI RILEVANZA EUROPEA: UNA SCELTA OPPORTUNA DI SEMPLIFICAZIONE PROCESSUALE E SOSTANZIALE.

La lettera b) dell'articolo 44 prescrive di **assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal codice** di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e operare un recepimento unitario delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE.

Si tratta di un criterio abbastanza scontato nella nostra esperienza di giustizia amministrativa, che, da tempo, sottopone sempre il contenzioso in materia di contratti pubblici ad un unitario regime processuale, indipendentemente dalla dimensione comunitaria della procedura.

Ovviamente, la necessità di realizzare le finalità perseguite dall'ordinamento comunitario impone di spingere tutti i contratti pubblici verso il sistema derivante dalla direttiva europea.

Da notare, che, stando alla lettera della delega, l'esigenza di omogeneizzazione è riferita, testualmente, solo al **regime processuale**, autorizzando il legislatore delegato a

disciplinare in modo differenziato, sotto l'aspetto sostanziale, i contratti non aventi rilevanza comunitaria.

Tuttavia, risulta evidente che anche le nuove norme sostanziali hanno una loro giustificazione solo nella proiezione verso la tutela. Ne deriva l'opportunità di mantenere l'omogeneità delle regole, anche non strettamente processuali, per tutti i contratti.

Va ricordato, infine, che, pur così estesa, la legge riguarda solo i contratti di lavori, servizi e forniture. Non sembra che, quindi, la disciplina possa essere estesa automaticamente - agli altri contratti pubblici. Ci può aspettare, tuttavia, che alcuni spunti della nuova normativa saranno intesi dalla giurisprudenza come espressione di principi generali delle procedure contrattuali di evidenza pubblica.

Coerentemente, quindi, il decreto n. 53/2010 detta una disciplina unitaria, insensibile alla rilevanza comunitaria dei contratti considerati.

8. IL TERMINE DILATORIO PER LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO NELLA DELEGA. IL NUOVO REGIME DELLE COMUNICAZIONI: RILEVANZA SOSTANZIALE O PROCESSUALE?

Il comma 3, lettera e), dell'articolo 44 riguarda il recepimento degli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2-bis e 2-ter, lettera b), della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, fissando un **termine dilatorio** per la stipula del contratto. La norma di delega, in questa parte, sembra limitarsi alla mera riproduzione delle regole comunitarie, individuando le deroghe facoltative da inserire nel nostro ordinamento nazionale.

L'articolo 2 *bis* della direttiva concerne l'obbligo di stabilire un termine dilatorio fra l'aggiudicazione e la stipulazione.

L'articolo 2 *ter* individua, invece, le eccezioni all'obbligo, consentite (ma non imposte) dall'ordinamento comunitario.

La delega sceglie di contemplare una sola deroga, prevista dalla lettera b) (*se l'unico offerente interessato ai sensi dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva è colui al quale è stato aggiudicato l'appalto e non vi sono candidati interessati*).

Poiché, in termini generali, la delega stabilisce che si debbano recepire solo le disposizioni espressamente indicate, è dubbio che, in sede di attuazione, possano essere

inserite anche alcune delle altre eccezioni previste dalla direttiva, ma non contemplate dall'articolo 44.

Il criterio di delega aggiunge, peraltro, l'inciso che prevedendo **termini e mezzi certi per la comunicazione** a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura.

La direttiva non si occupa specificamente del tema delle comunicazioni, prese in esame, solo incidentalmente, come atti idonei a far decorrere il termine dilatorio, nonché in relazione al loro contenuto minimo. Pertanto, la delega amplia sensibilmente l'ambito dell'intervento legislativo.

Da considerare, poi, che la norma di delega inserisce il riferimento alle comunicazioni nell'ambito del criterio pertinente al termine dilatorio per la stipulazione del contratto. A stretto rigore, quindi, la disciplina delle comunicazioni riguarderebbe solo la parte sostanziale afferente alla operatività del termine dilatorio, mentre non si estenderebbe alla conoscenza legale degli atti, rilevante ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso.

Ancora, il riferimento alla comunicazione dei provvedimenti non sembra comprensivo della disciplina dell'accesso ai documenti, introdotta, invece, nel decreto legislativo.

Da notare, infine, che la delega non si sbilancia in ordine alla definizione della **durata** minima del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, né indica con chiarezza il momento della sua **decorrenza**.

9. IL TERMINE DILATORIO PER LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO NEL DECRETO LEGISLATIVO È FISSATO IN TRENTACINQUE GIORNI. LA SINCRONIZZAZIONE CON IL NUOVO TERMINE DI TRENTA GIORNI PER LA NOTIFICA DEL RICORSO. LE DEROGHE PREVISTE.

In puntuale attuazione della direttiva e delle opzioni esercitate attraverso la delega, si dettano, attraverso alcune modifiche all'articolo 11 del codice dei contratti pubblici, le nuove regole riguardanti il **termine dilatorio** o sospensivo - per la stipulazione del contratto.

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 (nuovo comma 10 dell'articolo 11).

Non si tratta di una novità assoluta, perché il codice dei contratti aveva già previsto un termine dilatorio di trenta giorni, senza chiarire, tuttavia, le conseguenze derivanti dall'eventuale inosservanza della regola.

Inoltre, il comma 10, nella sua versione precedente, faceva salve le motivate ragioni di particolare urgenza che non consentono all'amministrazione di attendere il decorso del predetto termine. Detta deroga, peraltro, non si applicava ai contratti relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi.

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.

Per realizzare adeguatamente la finalità occorre delineare, pertanto, un accurato coordinamento tra le fasi sostanziali della procedura di affidamento e di stipulazione del contratto e i tempi della tutela giurisdizionale.

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

In tal modo, il legislatore intende risolvere il delicato problema della piena sincronizzazione tra il termine per la stipulazione del contratto e quello per la proposizione del ricorso (ora stabilito in trenta giorni), assicurando, però, la certezza della tempistica della procedura.

Infatti, è ragionevole prevedere che, nella generalità dei casi, la comunicazione possa pervenire al destinatario entro cinque giorni dall'invio: pertanto, in linea di fatto, il termine per la proposizione del ricorso e quello per la stipulazione del contratto potranno essere sostanzialmente coincidenti, o, quanto meno, coordinati.

È utile sottolineare, peraltro, che, nella prospettiva del legislatore comunitario, non è affatto necessario che il termine dilatorio coincida con quello per la proposizione del ricorso. È sufficiente soltanto che entrambi siano ragionevolmente lunghi, assicurando l'effettività della tutela. Se il termine per la proposizione del ricorso fosse più lungo di

quello dilatorio per la stipulazione del contratto, sarebbe onere della parte interessata attivarsi, prima della eventuale scadenza del termine sospensivo, per la proposizione di un ricorso che possa risultare maggiormente efficace, precedendo la stessa costituzione del rapporto contrattuale.

Il legislatore nazionale, invece, muove dalla preferibile premessa secondo cui l'amministrazione, prima di determinarsi alla stipulazione del contratto, debba essere in grado di avere la certezza (o quanto meno la ragionevole conoscenza) della esistenza, o meno, di contestazioni dell'aggiudicazione.

Il termine di trentacinque giorni risponde essenzialmente 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 un limitato rischio che l'amministrazione si veda esposta ad un ricorso notificato 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 questo 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.

D'altro canto, l'innovativa previsione dell'obbligo di annunciare preventivamente l'intenzione di proporre un ricorso potrebbe consentire all'amministrazione, in determinati casi, di valutare adeguatamente l'opportunità di rinviare comunque la stipulazione del contratto anche dopo la scadenza del termine di trentacinque giorni (eventualmente senza avviare il procedimento di autotutela relativo all'atto di aggiudicazione).

In coerenza con la direttiva, sono previsti i casi, limitati, in cui il termine dilatorio non si applica.

10-bis. 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 inoltro 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.

Come si è detto, a stretto rigore, la deroga indicata alla lettera b) (derivante dai suggerimenti delle commissioni parlamentari) introduce un'eccezione più ampia di quelle previste dalla legge delega, ancorché pienamente compatibile con la direttiva.

10. L'ULTERIORE SOSPENSIONE OBBLIGATORIA DEL TERMINE PER LA STIPULAZIONE IN SEGUITO ALLA PROPOSIZIONE DI UN RICORSO GIURISDIZIONALE, ACCOMPAGNATO DALLA CONTESTUALE DOMANDA CAUTELARE.

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.

*10-ter. 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.

Questo 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.

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.

Le nuove regole processuali introdotte dal decreto, in ogni caso, mirano ad accelerare notevolmente la fase cautelare del giudizio e rendono piuttosto improbabile l'eventualità che il giudice non adotti una pronuncia prima della scadenza del termine di venti giorni.

Resta ferma, peraltro, l'ovvia considerazione secondo cui, in presenza del ricorso, anche dopo lo scadenza del termine (e, addirittura, anche dopo l'adozione di una pronuncia cautelare di rigetto, specie se motivata in ragione dell'assenza di *periculum*), l'amministrazione possa ritenere preferibile attendere la definizione del merito della controversia, prima di procedere alla stipulazione del contratto.

La formulazione letterale della disposizione suggerisce due considerazioni.

A) A stretto rigore, l'effetto sospensivo automatico deriva dalla proposizione della domanda cautelare, anche se la notifica del ricorso sia effettuata dopo la scadenza del termine dilatorio di trentacinque giorni, purché, ovviamente, il contratto non sia già stato stipulato. Ciò potrebbe verificarsi nei (probabilmente molto rari) casi in cui la comunicazione sia pervenuta al destinatario con un ritardo superiore ai cinque giorni dall'invio e l'amministrazione non abbia ancora stipulato il contratto.

B) Secondo la dizione della norma, l'istanza cautelare, per provocare l'effetto sospensivo, deve essere **contestuale** alla proposizione del ricorso. Stando alla lettera della disposizione, quindi, la temporanea preclusione alla stipulazione del contratto non potrebbe discendere da una domanda cautelare proposta *ante causam*.

Inoltre, l'effetto sospensivo non potrebbe derivare da una domanda cautelare notificata dopo la proposizione del ricorso introduttivo del giudizio.

In entrambi i casi, difetterebbe il requisito della contestualità, prescritto dalla norma legislativa in commento, fedele, in questa parte, alle indicazioni contenute nella direttiva.

Questa ricostruzione avrebbe una sua logica, perché diretta a semplificare i presupposti dell'effetto sospensivo: deve esserci tanto la dimostrazione di un *periculum in mora*, quanto la piena articolazione dei motivi di censura dedotti dall'interessato.

Tuttavia, è ragionevole ritenere che, in via interpretativa, l'effetto sospensivo automatico possa essere sganciato da una lettura così rigorosa dell'articolato.

Anzitutto, è possibile ritenere che l'effetto sospensivo sia collegato anche al ricorso cautelare *ante causam*. Del resto, per conservare l'effetto sospensivo, la parte interessata

dovrà comunque azionare tempestivamente una tutela cautelare innestata su un ricorso ordinario, che, comunque, dovrà rispettare il termine dei trenta giorni.

Si deve valutare, poi, se l'effetto sospensivo automatico possa derivare anche da una domanda cautelare non contestuale, ma proposta dopo la notificazione del ricorso di merito.

Sembra ragionevole ritenere che la sospensione operi senz'altro quando la istanza cautelare sia successiva alla proposizione del ricorso principale, ma sia notificata, comunque, entro il termine decadenziale di trenta giorni e, comunque, prima dello scadere del termine dilatorio di trentacinque giorni. L'effetto sospensivo automatico non si dovrebbe verificare invece, nel caso di domanda cautelare successiva all'indicato termine, ancorché l'amministrazione non abbia ancora stipulato il contratto.

Va evidenziato, peraltro, che l'esperienza del contenzioso dimostra come, in materia di contratti pubblici, sia ormai prassi consolidata quella di proporre sempre la domanda cautelare insieme a quella principale.

11. L'ESECUZIONE ANTICIPATA DELLE PRESTAZIONI CONTRATTUALI: UN ISTITUTO DI DUBBIA LEGITTIMITÀ COMUNITARIA. LA LIMITATA COMPATIBILITÀ CON LA NUOVA DISCIPLINA DEL TERMINE SOSPENSIVO.

Il legislatore delegato affronta, con particolare cura, pure il tema dell'esecuzione anticipata del contratto, anche se, a stretto rigore, la delega non ne parla.

La nuova normativa muove dalla esatta constatazione che, in fondo, l'utilizzazione dell'istituto in esame (sconosciuto alla normativa comunitaria) potrebbe rappresentare una sostanziale elusione delle regole in materia di termine dilatorio: l'amministrazione non stipula formalmente il contratto, ma l'esecuzione delle prestazioni inizia comunque a svolgersi. La situazione di fatto così creata può determinare conseguenze addirittura più complicate di quella derivanti dalla mera stipulazione del contratto anteriore alla scadenza del termine dilatorio, ma non accompagnata dall'avvio dell'esecuzione.

D'altro canto, però, si ritiene opportuno confermare la generale ammissibilità dell'esecuzione anticipata, purché rispettosa del termine sospensivo imposto dalla normativa comunitaria.

Pertanto, si stabilisce che l'esecuzione anticipata, prima della scadenza del termine sospensivo, sia ammessa solo nei tassativi casi 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).

Si aggiunge, peraltro, anche una fattispecie derogatoria di più ampio respiro, 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 dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari*.

In particolare, si aggiunge, al comma 9 dell'articolo 11, il seguente periodo.

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.

Va avvertito che su tale deroga il Consiglio di Stato aveva manifestato forti e condivisibili perplessità. Secondo la relazione governativa, peraltro, la norma potrebbe trovare adeguata e ragionevole applicazione solo se **interpretata** in piena coerenza con il diritto comunitario. In quest'ottica, si dice che l'esecuzione delle prestazioni potrebbe essere avviata solo dopo la scadenza del termine minimo di dieci o di quindici giorni dall'aggiudicazione, previsto dalla direttiva n. 66/2007.

La soluzione prospettata nella relazione illustrativa merita senz'altro un attento approfondimento. Va segnalato, peraltro, che la disposizione, nella sua formulazione letterale, non prevede affatto questa particolare condizione, riferita alla necessaria sospensione di quindici giorni. Pertanto, allo stato, restano forti i dubbi di legittimità comunitaria.

Infatti, se è consigliabile che le amministrazioni rispettino comunque tale termine minimo (stabilendolo anche negli stessi atti di gara), gli organi europei potrebbero comunque evidenziare il contrasto fra l'ampia previsione legislativa e la direttiva n. 66/2007, a nulla rilevando l'eventuale diversa prassi delle amministrazioni o l'affermarsi di una giurisprudenza *adeguata*.

L'ultimo inciso, introdotto su richiesta delle commissioni parlamentari, per individuare le ragioni di interesse pubblico legittimanti l'esecuzione anticipata delle prestazioni, fa riferimento alla necessità di evitare la **perdita di finanziamenti comunitari**. Ma questa previsione acuisce i sospetti di illegittimità comunitaria della norma: anzi, nel suo ingenuo richiamo a istituti del diritto europeo, la formula attirerà inevitabilmente l'attenzione della Commissione.

12. LA DISCIPLINA DELLE COMUNICAZIONI DEGLI ATTI DI GARA: REGOLE DETTAGLIATE PER DETERMINARE LA CONOSCENZA LEGALE DEI PROVVEDIMENTI.

L'articolo 2 del decreto reca una disciplina densa e complessa, che opera essenzialmente sul versante sostanziale, ma nella prospettiva di accentuare le modalità attraverso cui le parti interessate possono conseguire la conoscenza legale ed effettiva degli atti del procedimento.

Formalmente, si recano numerose modifiche all'**articolo 79** del codice.

5-bis. Le comunicazioni di cui al comma 5 sono 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. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di

reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

5-ter. Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b) indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

Particolare attenzione, quindi è dedicata alla disciplina delle comunicazioni, che modifica la previgente regolamentazione inserita nel codice dei contratti pubblici, ora profondamente arricchita di nuovi contenuti.

La formula definitiva dell'articolo proposto resta largamente fedele alla sua originaria impostazione, nonostante alcune osservazioni espresse dal Consiglio di Stato, piuttosto critiche sulla opportunità di appesantire il testo legislativo del codice con disposizioni estremamente particolareggiate, meglio collocabili al rango di atti regolamentari.

Resta ferma l'impressione che l'articolo in esame, per il suo fortissimo livello di dettaglio, assuma, per molti versi, la fisionomia delle clausole di un capitolato speciale, piuttosto che la struttura di una norma legislativa generale, inserita in un codice.

Va comunque apprezzato, nei contenuti, l'intento di assicurare la massima certezza nei rapporti comunicativi tra la stazione appaltante e le imprese concorrenti, anche se è inevitabile sottolineare che, quanto più è analitica una disciplina, tanto più è forte il rischio che singoli casi concreti non riescano a trovare adeguata collocazione nella normativa positiva.

Molto utili potrebbero risultare, in particolare, le regole contenute nel nuovo comma *5-quinquies*.

Il bando o l'avviso con cui si indice la gara, o l'invito nelle procedure senza bando, fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni; il bando o l'avviso possono altresì obbligare il candidato o concorrente a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.

Dunque, i bandi devono imporre senz'altro l'elezione di domicilio. Forse sarebbe stato preferibile chiarire - espressamente - che l'obbligo vale per tutti i concorrenti, a pena di esclusione, senza necessità di apposita traduzione in clausole del bando.

L'attuale formulazione, infatti, non sembra consentire una lettura diretta a ipotizzare una sorta di inserzione automatica di clausole.

D'altro canto, la norma legislativa non chiarisce quali conseguenze si riverberino sui bandi contrastanti con la prescrizione in oggetto.

La norma, poi, autorizza espressamente le stazioni appaltanti ad imporre l'utilizzo di indirizzi di fax o di posta elettronica per la trasmissione delle comunicazioni. La prescrizione, essendo finalizzata alla realizzazione di un interesse essenziale dell'amministrazione può essere accompagnata dalla espresa comminatoria della esclusione del concorrente, per il caso di sua violazione.

13. LE NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI ACCESSO “IMMEDIATO” E “SUPER-INFORMALE” AI DOCUMENTI DELLA PROCEDURA DI GARA: UNA NORMATIVA DESTINATA AD ALIMENTARE INCERTEZZE.

Un capitolo a sé merita la nuova disciplina dell'accesso, sensibilmente diversa da quella generale, ma che, peraltro, è largamente modellata sulla normativa introdotta, a suo tempo, per i contratti rientranti nell'ambito del quadro strategico nazionale.

Il parere del Consiglio di Stato aveva segnalato che la norma, pur muovendo da un intento apprezzabile (la regolamentazione del rapporto tra l'accesso e la formazione della conoscenza legale degli atti), era formulata in modo non del tutto chiaro, così da aumentare, anziché ridurre, le incertezze relative alla conoscenza dei provvedimenti.

Il testo definitivo rimane fermo, invece, nell'originaria formulazione, respingendo persino il suggerimento meramente formale - di collocare l'innovazione legislativa nella sua sede naturale, ossia nell'articolo 13 del codice, dedicato all'accesso.

Resta da chiedersi se la scelta di confermare la collocazione della nuova norma nell'articolo 79 possa costituire argomento per affermare che la "messa a disposizione" dei documenti ne determini la conoscenza legale, anche surrogando eventuali difetti (ma non la radicale assenza) della comunicazione.

5-quater. Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo, è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi, mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'articolo 13. Le comunicazioni di cui al comma 5 indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano

l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.

Nell'intento del legislatore delegato, la norma, pertanto, dovrebbe assicurare la certezza della conoscenza degli atti e dei documenti della procedura di gara. Dunque, la norma completa, in un certo senso, il sistema delle comunicazioni obbligatorie.

Sviluppando questa finalità, è plausibile la soluzione interpretativa secondo cui il **termine di dieci giorni** entro cui si può esercitare lo speciale accesso ó immediato e semplificato - è essenzialmente previsto in funzione di tutela dell'amministrazione e mira ad accelerare l'irreversibilità dei provvedimenti.

Ne deriva, allora, che, scaduto il termine di dieci giorni previsto dalla norma, l'interessato **perde il diritto di accesso ai documenti**, quanto meno se il suo esercizio è finalizzato alla proposizione di un ricorso contro gli atti di gara.

Si tratta di una soluzione piuttosto drastica, che potrebbe essere ridimensionata, forse, affermando che la scadenza del termine, senza l'esercizio del diritto di accesso, crea una presunzione assoluta di conoscenza dei documenti, ma rilevante ai soli fini della tutela giurisdizionale (segnatamente, ai fini della proposizione del ricorso e dei motivi aggiunti, ma pure della domanda risarcitoria). Sarebbe davvero ingiustificata una preclusione assoluta e definitiva all'esercizio del diritto di accesso per altri fini.

Ma, ovviamente, per avere un senso, questa conclusione dovrebbe comportare che, scaduto il termine di dieci giorni, resterebbe comunque preclusa all'interessato l'utilizzabilità degli stessi documenti se prodotti in giudizio dalle altre parti o acquisiti dal giudice in sede istruttoria.

Nonostante la lettera della disposizione, poi, la norma non sembra applicabile ai soggetti controinteressati (in particolare all'aggiudicatario), i quali ben potrebbero utilizzare i documenti del procedimento, acquisiti attraverso un accesso effettuato anche dopo lo scadere dei dieci giorni, allo scopo di articolare le proprie difese o proporre un ricorso incidentale (che potrebbe mirare, in ultima analisi, alla mera conservazione dei risultati della gara, anche nell'interesse dell'amministrazione).

Molte perplessità suscita, in ogni caso, la previsione di un termine di soli **dieci giorni**, che decorre, oltretutto, dall'invio della comunicazione: in concreto potrebbe trattarsi

di un lasso temporale davvero esiguo, qualora la comunicazione pervenga al destinatario solo all'approssimarsi della scadenza.

Si deve sottolineare, ancora, che, nella nuova disciplina derivate dalla riformulazione dell'articolo 79 del codice, l'obiettivo della inoppugnabilità dell'atto di aggiudicazione è molto opportunamente perseguito attraverso la previsione di regole piuttosto efficaci in materia di comunicazioni (le quali devono obbligatoriamente indicare la motivazione della decisione adottata).

La conoscenza dei documenti interni della procedura, a ben vedere, non sembra avere riflessi molto importanti sulla decorrenza del termine per la proposizione del ricorso, ma potrebbe riguardare, a tutto concedere, solo l'articolazione dei motivi aggiunti.

Simmetricamente, l'ineadeguatezza e l'incompletezza della comunicazione (che risulterebbe inidonea a far scattare i termini per la proposizione del ricorso) non potrebbe essere sanata dal mancato esercizio del diritto di accesso ai documenti della procedura.

Se si seguisse l'opposta tesi, le stazioni appaltanti potrebbero sentirsi autorizzate ad inviare delle semplici comunicazioni con cui si limitano ad indicare che gli atti della procedura di gara sono a disposizione degli interessati in determinati luoghi.

D'altro canto, questa enfaticizzazione dell'accesso "immediato" potrebbe determinare conseguenze "sfavorevoli" alla stazione appaltante, facendo sorgere il dubbio che, anche a fronte di comunicazioni effettuate correttamente e in modo completo, la decorrenza del termine per la proposizione del ricorso debba "spostarsi in avanti", fino alla scadenza dei dieci giorni dall'invio della comunicazione.

Ulteriore motivo di perplessità deriva dalla circostanza che la norma fa salvi i differimenti e i divieti previsti dall'articolo 13 del codice dei contratti. Dunque, l'accesso "immediato" non si estende ad una parte molto rilevante della documentazione di gara (in particolare, quella riguardante le offerte degli altri concorrenti, in ordine alla quale sono molto rilevanti i casi di differimenti e di divieti).

Sul piano strettamente procedimentale, l'accesso in esame assume la connotazione di un accesso informale "obbligatorio": a quanto sembra, l'amministrazione non ha alcun potere di trasformare il procedimento di accesso in formale, né l'interessato può avvalersi del procedimento ordinario.

Tuttavia, il riferimento agli atti coperti da segreto induce a ritenere che questa particolare modalità di accesso non possa estendersi ai documenti esibiti dai

controinteressati: a questi deve essere garantita la facoltà di partecipare al procedimento di accesso, che pertanto, assumerà la necessaria configurazione dell'accesso formale.

La formula utilizzata, poi, sembra incentrata sulla sola previsione di un termine finale. Ciò potrebbe suggerire l'idea che le stesse modalità debbano essere seguite anche nel corso del procedimento, purché la stazione appaltante abbia effettuato le necessarie comunicazioni. Il riferimento alla salvezza dei differimenti previsti dall'articolo 13, che si riferiscono indiscutibilmente ad atti del procedimento ancora in itinere, avvalorava questa tesi. Ma è forse più ragionevole ipotizzare che l'accesso in questione possa operare solo a partire dall'invio della comunicazione dell'aggiudicazione.

In quanto compatibili, poi, dovranno essere applicate tutte le regole generali previste per l'accesso informale.

14. L'AVVISO VOLONTARIO PER LA TRASPARENZA PREVENTIVA: UNA DEROGA ESPLICITA ALL'INEFFICACIA OBBLIGATORIA DEL CONTRATTO.

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

L'atto 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 Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, 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.

La norma è importante, perché si connette 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 dell'articolo 245-bis del codice, comma 5, 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:

ãa) 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 Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana sia consentita dal presente codice;

b) abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea ovvero nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana 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).ö

15. GLI INTERVENTI NORMATIVI SUL CONTENZIOSO RELATIVO ALL'ESECUZIONE DEL CONTRATTO E L'INCENTIVAZIONE DELL'ACCORDO BONARIO. I LIMITI DELLE NUOVE REGOLE.

L'art. 44 della legge delega n. 88/2009 aveva ritenuto opportuno individuare alcuni interventi concernenti il contenzioso in materia di esecuzione del contratto. Evidentemente, si tratta di un ambito estraneo alla direttiva comunitaria, che si occupa solo degli aspetti relativi al contenzioso della fase di aggiudicazione.

In particolare, la lettera m) indica quale specifico oggetto di delega l'introduzione di disposizioni razionalizzatrici dell'arbitratoö.

Il numero 1 prescrive, genericamente, di incentivare l'accordo bonarioö.

I numeri da 2 a 5 sono più puntuali nella precisazione delle aree di intervento prescelte:

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.ö*

Si agisce, quindi, sull'accordo bonario e sull'arbitrato, ossia i due istituti, che, attraverso vicende piuttosto complesse e sofferte, attualmente assumono la maggiore rilevanza nella sede di definizione del contenzioso afferente all'esecuzione del contratto.

L'articolo 15, comma 6, del decreto in esame precisa che la disciplina introdotta dai due articoli dedicati agli istituti parzialmente riformati (articoli 4 e 5) *si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente alla entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali.*

Dunque, la concreta applicazione della norma è spostata molto in avanti nel tempo. Ciò potrebbe essere giustificato, in particolare, dalla circostanza che il nuovo meccanismo di riacquiescenza del giudizio arbitrale si innesta sulla determinazione compiuta dall'amministrazione in sede di indizione della gara. Se è così, però, è molto singolare che non si preveda l'immediata applicazione delle norme in materia di accordo bonario e delle altre norme riguardanti la razionalizzazione dell'arbitrato.

Nella formula definitiva, le disposizioni innovative in materia di **accordo bonario** risultano, nel complesso, di impatto relativamente contenuto, perché non sono più previste le norme riguardanti la figura del *mediatore unico*, destinate, nell'originaria prospettiva, a rendere più rapida ed efficace la conclusione dell'accordo.

La ragione della mancata introduzione della figura deriva dal possibile costo, necessario per compensare l'attività di tale soggetto. Pertanto, il compito di formulare la proposta motivata di accordo bonario, nelle ipotesi in cui non è costituita apposita commissione, rimane in capo al responsabile del procedimento

Inoltre, a seguito delle osservazioni svolte dal Consiglio di Stato, il testo finale elimina del tutto la disposizione di modifica del comma 12 dell'art. 240, volta ad escludere l'ipotesi di responsabilità amministrativa in caso di accettazione della proposta di accordo bonario;

È stata eliminata anche la disposizione che prevedeva la condanna alle spese nel successivo giudizio (arbitrale o ordinario), in caso di decisione sostanzialmente conforme al contenuto della proposta di accordo bonario rifiutata: secondo le commissioni parlamentari tale previsione risultava limitativa delle strategie difensive delle parti,

La disciplina introdotta dal decreto n. 53/2010 riguarda alcune modifiche riferite all'articolo 240 del codice dei contratti.

In particolare, si prevede un termine leggermente più lungo **per la formulazione della proposta di accordo bonario** e si individua una figura «più autorevole» (in funzione dei rigorosi requisiti soggettivi prescritti) di terzo componente della commissione, con funzione di presidente.

In particolare, per quanto riguarda il termine per la formulazione della proposta di accordo bonario, si modifica l'articolo 5, il quale prevedeva la seguente disciplina.

5. 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 apposizione dell'ultima delle riserve di cui al comma 1, proposta motivata di accordo bonario.**

Ora, invece, il termine per la formulazione della proposta di accordo bonario decorre dalla **costituzione della commissione**. In tal modo, si sgancia il termine dall'apposizione delle riserve e lo si connette alla composizione della commissione.

Con riferimento alla figura del presidente della commissione, si introduce un nuova comma 9-bis.

«9-bis. 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.»

Il riferimento ai «tecnici» deriva dalle osservazioni formulate dalle commissioni parlamentari.

Rispetto alla formulazione originaria del decreto, non si prevede più il potere dell'Autorità di vigilanza di nominare il presidente della commissione, in caso di mancato accordo dei componenti nominati dalle parti. Pertanto, il relativo potere resta attribuito al presidente del Tribunale del luogo dove è stato stipulato il contratto

Si agisce, poi, sulla misura dei compensi spettanti ai componenti della commissione, parzialmente ridotta, mediante la modifica del comma 10, il quale, nella sua formulazione originaria prevedeva che:

10. Gli oneri connessi ai compensi da riconoscere ai commissari sono posti a carico dei fondi stanziati per i singoli interventi. I compensi spettanti a ciascun membro della commissione sono determinati dalle amministrazioni e dagli enti aggiudicatori nella misura massima del 50% dei corrispettivi minimi previsti dalla tariffa allegata al D.M. 2 dicembre 2000, n. 398, oltre al rimborso delle spese documentate.

Ora, invece, 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 riformula, opportunamente, il comma 16 dell'articolo 240: «16. *Possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al comma 12, nonché in caso di inutile decorso dei termini di cui al comma 12 e al comma 13.*»

In tal modo, si chiarisce che lazione può essere proposta anche dinanzi al giudice ordinario (e non solo davanti agli arbitri). Inoltre, nel caso in cui vi sia un rifiuto espresso, lazione può essere proposta senza aspettare la scadenza dei termini previsti dai commi 12 e 13 per pronunciarsi sulla proposta.

Il minore costo per l'amministrazione potrebbe, effettivamente, spingere ad una utilizzazione più ampia dell'istituto, ma resta l'impressione che le modifiche siano di portata troppo modesta per incidere significativamente sulla vitalità dell'istituto.

Non sono riprodotte, infatti, nel testo finale, le altre disposizioni dirette ad accentuare l'effettiva incentivazione dell'istituto.

16. LA RINASCITA DELL'ARBITRATO E LA SUA RAZIONALIZZAZIONE. LA DISCIPLINA TRANSITORIA.

La razionalizzazione dell'arbitrato, anch'essa imposta dalla legge delega, si compie in più direzioni. In sostanza, l'istituto viene ancora una volta ripristinato, ma con alcuni parziali correttivi.

Anzitutto, nell'ormai altalenante valutazione del legislatore degli ultimi anni, si ribadisce, ancora una volta l'ammissibilità dell'arbitrato facoltativo.

Pertanto, vengono ora espressamente abrogate le precedenti disposizioni che ne avevano decretato la soppressione (articolo 15, comma 5: *Eø abrogato l'articolo 3, commi 19, 20 e 21, della legge 24 dicembre 2007, n. 244*).

Coerentemente, sono da considerarsi abrogate anche le disposizioni relative ai differimenti della soppressione dell'arbitrato, che avevano consentito il mantenimento in vita dell'istituto, sia pure con carattere di temporaneità.

Sul versante della migliore **funzionalità dell'istituto**, poi, si introducono alcune modifiche all'articolo 241 del codice dei contratti, dirette a regolare in modo più chiaro e rapido l'eventuale ricusazione dell'arbitrato.

51-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. È 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.

In sintonia con i noti principi costituzionali, l'aggiudicatario, ovviamente, conserva intatto il potere di decidere liberamente se soggiacere, o meno, al giudizio arbitrale. Tuttavia, l'esercizio di tale facoltà deve intervenire entro tempi molto brevi.

Da notare che, in questa norma, il legislatore, per individuare la decorrenza del termine per la ricusazione della clausola compromissoria, utilizza la formula "conoscenza dell'aggiudicazione", quasi dimenticando che l'aggiudicazione è ora sottoposta ad una fitta regolamentazione diretta ad assicurare la massima certezza in ordine alla conoscenza legale di tale atto, attraverso la comunicazione secondo forme e tempi dettagliatamente scanditi.

Questo difetto di coordinamento linguistico fra le diverse disposizioni potrà innescare qualche dubbio applicativo piuttosto rilevante. Infatti, la norma, facendo riferimento alla "conoscenza" potrebbe essere letta nel senso della necessità di una conoscenza piena ed effettiva dell'aggiudicazione. Questo esito sarebbe coerente con l'idea secondo cui, in fondo, la decisione riguardante l'accettazione o la ricusazione della clausola arbitrale richiede la massima "volontarietà" della valutazione dell'interessato.

In senso opposto, però, si potrebbe obiettare che l'aggiudicatario conosce l'intenzione dell'amministrazione sin dall'avvio della procedura di gara, e, pertanto, è in grado di compiere attentamente la propria valutazione. Pertanto, per la decorrenza dei venti giorni, potrebbe essere sufficiente la sola conoscenza dell'intervenuta aggiudicazione in suo favore, senza necessità di avere a disposizione anche gli altri elementi conoscitivi della procedura.

Al comma 5 si definiscono, in modo più rigoroso, 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, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile.»*

In tal modo si definiscono, molto opportunamente, anche le conseguenze della eventuale violazione delle regole in materia di incompatibilità.

Il comma 12 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, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, 2 dicembre 2000, n. 398, e applica le tariffe fissate in detto decreto»*. In tal modo, vi è un'indicazione più precisa dell'atto formale che deve definire la misura del compenso: ciò potrebbe determinare una maggiore trasparenza delle relative determinazioni del collegio arbitrale.

Si modifica, pertanto, la precedente formulazione dell'articolo, secondo il quale, *«Il collegio arbitrale determina il valore della controversia con i criteri stabiliti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, 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 Ministro 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.

15-bis. 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 sessanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoventi giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

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, salve le diverse previsioni della clausola arbitrale o della legge.

Molto significativa e apprezzabile, poi, risulta l'accelerazione impressa al giudizio di impugnazione del lodo.

Le innovazioni in materia di arbitrato ordinario si riflettono, poi, anche sui contratti riguardanti le infrastrutture strategiche. Vi è, al riguardo, un'apposita disposizione di coordinamento e rinvio.

17. L'INFORMAZIONE PREVENTIVA DELL'INTENTO DI PROPORRE RICORSO E IL COLLEGAMENTO CON L'AUTOTUTELA: UNA SCELTA DELLA DELEGA NON IMPOSTA DALLA DIRETTIVA.

Al comma 3, lettera d) dell'articolo 44 si stabilisce di recepire **integralmente** l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 1, paragrafo 4, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE.

In forza di tale disposizione, ogni Stato membro possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell'articolo 2 quater.

Il criterio di delega in esame, peraltro, aggiunge la previsione 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;**

In tal modo, si sceglie di recepire una norma comunitaria **facoltativa**, riguardante la comunicazione preventiva dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale. Significativo, poi, è il previsto collegamento tra l'informativa preventiva e il potere di autotutela, non presente, letteralmente, nella direttiva.

Questa **lettura** della norma della comunitaria risulta forse opinabile, perché l'informativa preventiva non è necessariamente finalizzata ad attivare il potere correttivo dell'amministrazione. Lo scopo potrebbe essere, più semplicemente, quello di consentire alla stazione appaltante di approntare le proprie difese, oppure di rinviare la stipulazione del contratto.

Proprio su questa parte dell'articolato, poi, il parere del Consiglio di Stato aveva manifestato forti dubbi, solo parzialmente superati dal testo definitivo.

È evidente, infatti, che l'informazione preventiva, così come disciplinata nel testo definitivo, potrà svolgere un effetto deflattivo del contenzioso molto marginale, considerando il brevissimo termine previsto per la proposizione del ricorso e per la mancanza di effetti sospensivi derivanti dalla proposizione dell'informativa. È davvero molto difficile l'eventualità che l'amministrazione possa correggere le denunciate illegittimità prima della scadenza del termine di trenta giorni. Ciò potrà avvenire, presumibilmente, nei soli casi in cui vi siano errori evidenti, facilmente eliminabili.

Questa informativa, quindi, potrebbe essere comunque utile per l'amministrazione, sia per consentire una tempestiva articolazione delle proprie difese nell'eventuale giudizio, sia per assumere alcune immediate decisioni sostanziali, compresa quella relativa alla stipulazione del contratto.

Nella tempistica delineata dal legislatore, peraltro, l'informazione preventiva dovrà essere effettuata prima dello scadere del brevissimo termine per la proposizione del ricorso: quindi, salvi casi marginali, essa dovrà effettuarsi in pendenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

In ogni caso, resta fermo l'onere della parte di attivare l'istanza e l'obbligo dell'amministrazione di dare seguito alla richiesta. Le omissioni sono valutabili, sia pure nel contesto della decisione sulle spese processuali e sul risarcimento del danno.

Da notare che nella dettagliata disciplina prevista manca qualsiasi indicazione riguardante l'onere di inviare la comunicazione preventiva anche all'aggiudicatario, che assume il ruolo di parte contro interessata. Sarà dunque cura dell'amministrazione l'avvio di un contraddittorio, certamente necessario nelle ipotesi in cui la stazione appaltante intenda accogliere la richiesta di autotutela.

In realtà, l'esperienza insegna che molto spesso l'amministrazione, a fronte dei ricorsi proposti dalle imprese non aggiudicatarie, raramente corre il rischio di esercitare il potere di autotutela, perché si vedrebbe esposta al "fuoco incrociato" delle eventuali azioni dell'originario aggiudicatario. Oltretutto, l'esercizio dell'autotutela non sempre è davvero appetibile per l'amministrazione, dal momento che potrebbe implicare il riconoscimento della illegittimità del proprio precedente operato, con tutte le conseguenze che ne possono derivare sul piano delle responsabilità, anche individuali, dei funzionari.

Ben più frequente è l'atteggiamento di "attesa": la stazione appaltante ridefinisce l'assetto del rapporto contrattuale e della presupposta aggiudicazione solo sulla base delle statuizioni del giudice. Fino a tale pronuncia, la condotta normalmente più prudente è quella di difendere le determinazioni adottate.

18. L'INFORMAZIONE PREVENTIVA NEL DECRETO N. 53/2010: UN PROCEDIMENTO COMPLESSO DI EFFICACIA LIMITATA.

L'articolo 6 del decreto introduce il nuovo art. 243-bis, concernente l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale

La norma si applica a tutte le controversie in materia di aggiudicazione dei contratti pubblici, di cui all'articolo 244 del codice. Pertanto, il raggio di azione comprende anche le domande meramente risarcitorie.

L'informazione, rivolta alla stazione appaltante, indica la presunta violazione e l'intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

Si precisa, con notevole dettaglio che l'informazione è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio. Peraltro, la stessa disposizione, su suggerimento delle commissioni parlamentari, fa salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.

L'inciso appare superfluo. In linea generale, infatti, l'omissione della comunicazione non impedisce la proposizione del ricorso, ma incide sulle spese processuali e sull'eventuale applicazione dell'articolo 1227 del codice civile. È pertanto ovvio che, a maggiore ragione, l'interessato possa articolare motivi diversi da quelli indicati nell'informativa, ferme restando le conseguenze di tale scelta.

La disposizione aggiunge la previsione, del tutto scontata, secondo cui l'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore.

Si aggiunge, ancora, che la comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. Il carattere intrinsecamente preventivo della comunicazione potrebbe rendere ovvia questa previsione. Si tratta di stabilire, però, se una comunicazione, tardiva, possa determinare, o meno, l'obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi sull'istanza di autotutela. La soluzione più coerente dovrebbe essere quella secondo cui non si applica lo speciale procedimento descritto dalla disposizione, ma la sussistenza dell'obbligo di valutare l'istanza deve essere apprezzata secondo i principi generali.

Sempre nell'ottica di una accentuata analiticità, la norma specifica che l'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.

Il comma 3 prevede che l'informativa non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

Questa regola deriva dalle indicazioni della direttiva, incentrate sulla necessità di impedire la rilevanza dell'informativa nel computo dei termini. Evidentemente, però, la stazione appaltante potrebbe decidere di "sospendere" motivatamente la gara: la norma impedisce solo l'automatismo della sospensione.

È bene avvertire che, sul piano dell'opportunità, la scelta di non consentire alcuna dilazione dei termini per il ricorso in pendenza della decisione della stazione appaltante rende l'istituto scarsamente efficace, trasformandolo, al contrario, in uno strumento di complicazione.

La sperimentazione pratica del nuovo istituto potrà fornire maggiori indicazioni, anche in ordine ai possibili correttivi. Andrebbe comunque approfondita l'interpretazione della direttiva in relazione alla previsione secondo cui l'onere di informativa preventiva può essere stabilito dagli Stati membri solo "a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, o qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso di cui all'articolo 2 quater". Sembra ragionevole ritenere che, per il diritto comunitario, devono essere garantiti i "termini minimi" previsti dalla stessa direttiva, mentre non è impedita la "proroga" degli stessi termini, in connessione con l'informativa preventiva.

Si potrebbe valutare, allora, se prevedere un meccanismo di informativa preventiva meramente facoltativo, accompagnato, però, dalla previsione di una breve proroga del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Per esempio: l'interessato potrebbe formulare l'istanza entro venti giorni dalla conoscenza dell'atto contestato; la stazione appaltante si dovrebbe pronunciare entro i venti giorni successivi; il ricorso dovrebbe essere proposto entro ulteriori trenta (o venti) giorni. In tal modo, l'istituto potrebbe determinare positive conseguenze deflative del contenzioso.

Il comma 4 descrive il procedimento che deve seguire la stazione appaltante: questa, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela.

Molto opportunamente, la disposizione chiarisce che l'inerzia ha un valore legale tipico ed equivale al diniego di autotutela. In tal modo, si esclude che il silenzio possa aprire all'interessato la strada del ricorso ai sensi dell'articolo 21-bis della legge n. 1034/1971

Secondo il comma 5, poi, l'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti valutabili, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

Il comma 6 prende in considerazione il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4 (vale a dire il tacito diniego di autotutela). Tale atto non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni. Da notare che, in questo caso, si deroga alla previsione generale secondo cui il termine per la proposizione dei motivi aggiunti avverso atti connessi è fissato in quindici giorni.

Si tratta di una disciplina ispirata dall'esigenza di evitare che l'attivazione del procedimento possa incidere sul termine per la proposizione del ricorso.

Peraltro, la formulazione finale della norma, incentrata sull'espressione non luogo a provvedere, lascia intendere che la non autonoma impugnabilità riguardi i soli casi di conferma mera (tacita o non motivata). Viceversa, un provvedimento diverso, di conferma motivata, non potendosi risolvere nel non luogo a provvedere, risulta idoneo a determinare la riapertura del termine per la proposizione del ricorso.

In questa prospettiva, allora, l'impugnazione dell'atto di mera conferma, sia pure mediante lo strumento dei motivi aggiunti, non sembra particolarmente utile per l'interessato.

19. LA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA AMMINISTRATIVA SI ESTENDE ALLA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO E ALLE SANZIONI ALTERNATIVE. SCOMPARE IL RIFERIMENTO ESPRESSO ALLA GIURISDIZIONE DI MERITO.

L'articolo 7 del decreto, in attuazione di un preciso criterio di delega, modificando l'articolo 244 del codice dei contratti, prevede la **giurisdizione esclusiva amministrativa** in materia di dichiarazione di inefficacia del contratto, conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione e con riferimento alle sanzioni alternative.

La norma risulta molto chiara nella sua formulazione e pone fine al complesso dibattito sviluppato negli ultimi anni dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

La soluzione del legislatore era stata anticipata, di poco, dal mutato indirizzo giurisprudenziale delle Sezioni Unite, le quali, nell'affermare la giurisdizione esclusiva amministrativa avevano richiamato proprio i contenuti e gli obiettivi della direttiva n. 66/2007.

La chiarezza della disposizione potrebbe lasciare intatti alcuni problemi applicativi nella fase transitoria, considerando che la giurisdizione si determina con riferimento allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della proposizione della domanda.

Inoltre, la formula utilizzata fa riferimento specifico alla dichiarazione di inefficacia del contratto, che potrebbe essere intesa come riferita solo alla nuova normativa introdotta dagli articolo 245-bis e seguenti, senza estendersi alle questioni riguardanti la sorte del contratto nel contesto della previgente disciplina.

Ma va ritenuto che, con buon senso, potranno trovare applicazione i noti principi in materia di giurisdizione sopravvenuta, in relazione alle domande proposte, davanti al giudice amministrativo, prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo (e prima ancora della scadenza del termine di recepimento della direttiva n. 66/2007).

In questo senso, dovrà intendersi in senso ampio il significato della formula dichiarazione di inefficacia del contratto, idonea a comprendere tutte le domande riguardanti le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione, ancorché esse non siano accertate attraverso il particolare iter processuale descritto dalla nuova normativa.

Il dato più significativo emergente dal decreto n. 53/2010, peraltro, riguarda la circostanza che, nel testo dell'articolato, manca qualsiasi riferimento esplicito alla giurisdizione di merito.

Al riguardo, la lettera h) della norma di delega, fa riferimento espresso alla circostanza che ci si trovi nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito. Si sviluppa fino in fondo lo spunto offerto dalla direttiva comunitaria, secondo la quale, per esigenze di certezza, la privazione di effetti deve essere sempre dichiarata dal giudice.

Ora, la norma del decreto n. 53/2010 non contiene alcuna menzione esplicita della giurisdizione di merito, difficilmente compatibile con la cognizione di diritti soggettivi.

**20. LE NORME PROCESSUALI: UN NUOVO RITO SPECIALE SUPER-ACCELERATO,
NON IMPOSTO DAL DIRITTO COMUNITARIO. LO SPAZIO RESIDUALE
DELL'ART. 23-BIS DELLA LEGGE TAR.**

Il comma 3, lettera f), della norma di delega contiene un criterio molto dettagliato, attinente alla definizione degli **istituti più strettamente processuali**.

Le disposizioni introdotte non sembrano richieste dal diritto comunitario e, a ben vedere, rappresentano un'ulteriore complicazione, scarsamente coordinata con le prospettive di razionalizzazione perseguite con il codice del processo amministrativo.

Si prescrivono, con estrema analiticità, anche al di là di quanto richiesto dalla disciplina comunitaria, numerose regole puntuali.

1) I provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro un **termine non superiore a trenta giorni** dalla ricezione e i bandi entro un termine non superiore a **trenta giorni dalla pubblicazione**.

Pertanto, si tocca il punto nevralgico della drastica riduzione del termine per la proposizione del ricorso, in controtendenza rispetto ai principi racchiusi nella quasi coeva delega per il processo amministrativo, che mira, invece, alla omogeneizzazione dei termini per la notifica del ricorso.

2) 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.

Si tratta di un criterio di dubbia utilità, perché sembra limitarsi a cristallizzare indirizzi interpretativi della giurisprudenza sufficientemente consolidati. Anzi, a stretto rigore, la disposizione, sottolineando l'autonomia dell'impugnazione dell'atto di esclusione, sembra sottintendere l'idea secondo cui non è necessaria, comunque, la successiva impugnazione dell'atto di aggiudicazione, come invece affermato dalla giurisprudenza più recente.

Detta disposizione, peraltro, non trova ulteriore sviluppo nel decreto legislativo.

3) Il **rito processuale** davanti al giudice amministrativo si svolge con la massima **celerità e immediatezza** nel rispetto del contraddittorio e della prova, con **razionalizzazione e abbreviazione dei vigenti termini** di deposito del ricorso, costituzione delle altre parti, motivi aggiunti, ricorsi incidentali.

In questa parte, quindi, la delega configura la possibilità di ridefinire tutti i termini interni del processo, considerando inidonea l'attuale disciplina racchiusa nell'articolo 23-bis della legge n. 1034/1971. Non sembra particolarmente pregnante il richiamo a ovvi principi di rango costituzionale, quali il contraddittorio e la prova. La formula utilizzata (il **rito processuale**) indica, comunque, la precisa volontà di creare un vero e proprio nuovo processo speciale.

4) Tutti i ricorsi e scritti di parte e provvedimenti del giudice hanno **forma sintetica**. Questo criterio si connette a problematiche di portata generale ed è affrontato dal codice del processo, che rimette alla regolamentazione delle spese processuali le possibili sanzioni a carico degli Avvocati troppo analitici, senza, peraltro, individuare specifiche conseguenze per le pronunce del giudice eccessivamente lunghe.

5) Tutti i ricorsi relativi alla medesima procedura di affidamento sono **concentrati** nel medesimo giudizio, ovvero **riuniti**, se ciò non ostacoli le esigenze di celere definizione. Si tratta anche in questo caso di un criterio piuttosto scontato, oltre che generico.

A stretto rigore, peraltro, la disposizione potrebbe costituire il presupposto per introdurre apposite norme riguardanti la modifica della competenza per connessione.

Nel decreto n. 53/2010, questo criterio costituisce la base per imporre l'onere di impugnare i provvedimenti connessi con i motivi aggiunti.

21. LA DOMANDA CAUTELARE E L'EFFETTO SOSPENSIVO ULTERIORE: UN ALTRO RITO "SPECIALISSIMO"? LE INDICAZIONI DELLA DELEGA E L'ATTUAZIONE SEMPLIFICATA DEL DECRETO LEGISLATIVO.

La lettera g) della norma di delega, poi, dispone il recepimento dell'articolo 2, paragrafi 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2, paragrafi 3 e 3-bis, della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo l'ulteriore **sospensione della stipulazione del contratto** in caso di proposizione di ricorso giurisdizionale avverso un provvedimento di aggiudicazione definitiva.

3. Qualora un organo di prima istanza, che è indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice, riceva un ricorso relativo ad una decisione di aggiudicazione di un appalto, gli Stati membri assicurano che l'amministrazione aggiudicatrice non possa stipulare il contratto prima che l'organo di ricorso abbia preso una decisione sulla domanda di provvedimenti cautelari o sul merito del ricorso. La sospensione cessa non prima dello

scadere del termine sospensivo di cui all'articolo 2 bis, paragrafo 2, e all'articolo 2 quinquies, paragrafi 4 e 5.

4. Eccetto nei casi di cui al paragrafo 3 e all'articolo 1, paragrafo 5, le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione alle quali si riferiscono.

La norma di delega precisa, però, che il ricorso deve essere **accompagnato da contestuale domanda cautelare e rivolto al giudice competente**

Dunque, la legge delega prende una posizione molto chiara, rispetto alle diverse opzioni offerte dalla direttiva, esigendo la richiesta di tutela cautelare.

Il criterio di delega, a sua volta, si scompone in minuziosi subcriteri, presumibilmente collegati, nell'idea del legislatore delegante, alla necessità di creare un **ulteriore rito accelerato**, velocizzato dalla presenza della domanda cautelare e dalla sua attitudine a precludere, temporaneamente, la stipulazione del contratto.

Infatti, nello schema approvato in via preliminare dal Governo, si distinguevano **due riti speciali**: uno, di portata più ampia, in materia di contratti pubblici, l'altro, più specifico, riguardante i casi in cui vi sia una contestuale domanda di sospensione. In pratica, si tratterebbe di un rito cautelare e di cognizione *super-speciale*.

Tuttavia, all'esito dei pareri del Consiglio di Stato e delle Commissioni Parlamentari, la specificità dei due gruppi di regole processuali è stata, opportunamente, eliminata. In sostanza, i due riti sono stati fusi in un'unica disciplina speciale.

Non sembra che, in tal modo, siano stati violati i criteri di delega, dal momento che, in ogni caso, le esigenze di accelerazione indicate dalla legge n. 88/2009 risultano pienamente rispettate.

Questi sono i criteri di delega specifici.

1) La **competenza**, sia territoriale che per materia, è **inderogabile** e rilevabile d'ufficio prima di ogni altra questione.

Il legislatore delegante, evidentemente, considera particolarmente pericoloso il fenomeno del "turismo cautelare" e, comunque, intende reagire alla possibile dilatazione temporale derivante da una domanda cautelare proposta dinanzi al giudice incompetente e dalla stabilità della decisione di accoglimento, in pendenza della definizione del regolamento di competenza. Peraltro, la disciplina analiticamente descritta dalla delega, non

si coordina puntualmente con le regole semplificatrici previste dal codice del processo. Poco chiaro è, poi, il riferimento alla competenza oper materiaö.

2) La **preclusione alla stipulazione del contratto** opera fino alla pubblicazione del **provvedimento cautelare definitivo**, ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, in udienza o entro i successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare.

In questo caso, l'analiticità della previsione potrebbe creare molte incertezze, poiché non è chiaro il riferimento al provvedimento cautelare ödefinitivoö. Non sembra implausibile la tesi secondo cui si tratti pur sempre della decisione cautelare di **primo grado**, come ritenuto dal legislatore delegato. Ma la questione interpretativa potrà, senz'altro, essere approfondita, perché non è del tutto priva di argomenti l'opposta tesi secondo cui una pronuncia cautelare diventa ödefinitivaö quando siano esauriti gli strumenti ordinari di impugnazione.

Non sembra contrastare con la delega, poi, nemmeno la previsione (adottata dal decreto delegato) di un **termine massimo** entro cui la pronuncia cautelare debba comunque intervenire, pena la cessazione dell'effetto sospensivo: la delega non ne parla esplicitamente, mentre il decreto n. 53/2010 opta per la previsione di un termine finale.

3) Il **termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare** è di quindici giorni dalla sua comunicazione o dall'eventuale notifica, se anteriore. I termini sono dunque strettissimi.

22. IL NUOVO RITO öSUPER-ACCELERATOö IN MATERIA DI APPALTI. L'ELIMINAZIONE DEL RICORSO STRAORDINARIO. IL TERMINE DI TRENTA GIORNI PER LA NOTIFICA DEL RICORSO. L'ABBREVIAZIONE E LA RIDETERMINAZIONE DELLA DECORRENZA DEGLI ALTRI TERMINI.

L'articolo 8 del decreto n. 53/2010, quindi, attraverso la modifica dell'articolo 245 del codice dei contratti, introduce una dettagliata disciplina del **processo** in materia di appalti, seguendo alcune delle indicazioni già cristallizzate nella legge delega.

È evidente l'esigenza perseguita, che risulta quella di accelerare ulteriormente lo svolgimento del processo.

Resta da chiedersi, tuttavia, se fosse davvero necessaria l'introduzione di un ennesimo rito speciale. La singolarità della scelta legislativa deriva anche dalla circostanza

che si abbandona proprio il rito dell'articolo 23-bis della legge n. 1034/1971, concepito, originariamente, per definire il processo più congeniale alla materia dei contratti pubblici, recuperandolo (su indicazione del parere del Consiglio di Stato) solo come normativa di chiusura e residuale.

Le novità più significative sono le seguenti.

Anzitutto, prevedendo che gli atti siano impugnabili unicamente con ricorso al TAR competente, si esclude chiaramente il ricorso straordinario.

L'opzione, che non sembrava imposta dalla delega, risulta comunque coerente con il principio secondo cui quando un rito processuale è costruito come modalità esclusiva di tutela, non vi è spazio per il ricorso straordinario. Al riguardo, si indicano, fra gli altri, i casi del rito in materia di accesso e del processo elettorale, considerati incompatibili con il ricorso straordinario.

Dunque, al di là delle possibili obiezioni sulla opportunità di escludere totalmente il ricorso straordinario, anziché circoscriverne la concreta operatività (per esempio, attraverso una drastica riduzione dei termini per la sua proposizione e per il suo esame; oppure stabilendo che la sospensione automatica del termine per la stipulazione resti fissata nel limite dei trentacinque giorni e che l'ulteriore sospensione derivante dalla proposizione di una domanda cautelare sia subordinata alla tempestiva notifica del ricorso), la norma risulta non incompatibile con i previsti criteri di delega.

Resta da sottolineare, però, l'andamento piuttosto ondivago della recente legislazione in materia. Proprio il codice dei contratti pubblici aveva sottolineato l'esigenza di riconoscere - espressamente - l'utilizzabilità del ricorso straordinario nelle procedure contrattuali. D'altro canto, le innovazioni introdotte dalla normativa in esame, seppure rilevanti nel loro complesso, non sembrano tali da incidere significativamente sulla natura esclusiva del rito. Detta qualificazione avrebbe potuto attribuirsi, in fondo, anche al rito speciale descritto dall'articolo 23-bis.

Realisticamente, però, la disciplina del ricorso straordinario sarebbe risultata di difficile coordinamento con le nuove regole in materia di sospensione del termine per la stipulazione del contratto. Da qui nasce l'opzione semplificatrice di eliminare, tout court, il ricorso straordinario.

Si prevede, ancora, l'onere di **notificazione del ricorso anche presso la sede reale dell'amministrazione difesa dall'Avvocatura dello Stato**. Tale previsione è finalizzata, peraltro, al solo scopo di consentire la produzione dell'effetto sospensivo obbligatorio.

La norma è evidentemente molto utile per le amministrazioni, ma sembra gravare eccessivamente gli oneri della parte. Va rilevato, oltretutto, che il riferimento generico al domicilio reale non semplifica poi molto la conoscenza effettiva del ricorso da parte del responsabile del procedimento, considerando che, nelle amministrazioni centrali, il percorso di un atto giudiziario pervenuto alla sede reale e debitamente protocollato può risultare piuttosto tortuoso e lungo. Forse poteva essere preferibile imporre un onere di comunicazione, semplificata ma tempestiva, del ricorso al responsabile del procedimento.

23. LA COMPETENZA TERRITORIALE INDEROGABILE DEL TAR, RILEVABILE DI UFFICIO E LE ALTRE REGOLE PROCESSUALI. I NUOVI PROVVEDIMENTI CONNESSI POSSONO ESSERE IMPUGNATI SOLO CON I MOTIVI AGGIUNTI.

La norma, poi, regola nel dettaglio la competenza territoriale del TAR. Opportunamente, non si ripete il riferimento, contenuto nella legge di delega, alla competenza per materia.

La disciplina introdotta si distingue sotto numerosi aspetti da quella ordinaria. La competenza è **inderogabile** e il difetto può essere rilevato **di ufficio**.

Il rigore utilizzato dal legislatore delegato (ma già imposto dalla legge delega) non risulta molto persuasivo, anche considerando l'esigenza di regolare la rilevanza dell'incompetenza in modo tendenzialmente omogeneo, in relazione a tutti i tipi di processo.

Molto stringenti sono, poi, i **nuovi termini processuali**, anche essi già definiti, in larghissima misura, dalla legge di delega.

Il nuovo comma 2-quinquies, nella formula proposta dal Consiglio di Stato e recepita dal decreto n. 53/2010 prevede un'elencazione **semplificatrice** dei nuovi termini.

Inutile dire che il decreto n. 53/2010 contraddice apertamente uno dei principi cardine della delega in materia di processo amministrativo, secondo cui i termini devono essere razionalizzati e resi omogenei. Al contrario, nel testo in esame, si ridefiniscono autonomamente i termini interni del processo e la loro decorrenza.

Anche il comma 2-duodecies disciplina ex novo il **procedimento cautelare**, preoccupandosi, essenzialmente, di regolare autonomamente i termini della fase considerata.

Il comma 2-sexies introduce una semplificazione probatoria riguardante la notificazione, peraltro forse già desumibile, senza eccessiva difficoltà, dal diritto vigente e che potrebbe avere portata generale. Evidentemente, però, la chiarezza del testo normativo potrebbe risultare utile.

Particolarmente importante è la nuova previsione secondo cui tutti gli atti attinenti la medesima gara devono essere impugnati con **motivi aggiunti**: ne deriva l'inammissibilità di ricorsi proposti in via autonoma o separata. Si intende, ovviamente, che si tratta delle impugnative proposte dalle stesse parti.

Quanto al termine, in una prima ipotesi di articolato, derivante dal parere del Consiglio di Stato, avrebbe dovuto trovare sempre applicazione il termine di quindici giorni, stabilito, senza distinzioni, tanto per il caso di proposizione di nuove censure, sia per l'ipotesi di impugnazione di atti connessi. Detta soluzione avrebbe potuto suscitare critiche, pur trovando una sicura giustificazione nell'esigenza di concentrare e accelerare i giudizi.

Nel testo definitivo, viceversa, si distingue in funzione dell'oggetto del ricorso per motivi aggiunti: se essi riguardano l'impugnazione di nuovi atti, si applica il termine di trenta giorni previsto per la notifica del ricorso originario (trenta giorni); solo negli altri casi opera il più breve termine di quindici giorni.

Solo per il caso dell'impugnazione del provvedimento di non luogo a provvedere, adottato in esito alla richiesta di informativa, il termine per la proposizione di motivi aggiunti è fissato in quindici giorni.

Viceversa, non vi è alcun onere, per le parti diverse dall'originario ricorrente, di azionare le proprie autonome censure, a pena di inammissibilità, mediante lo strumento del ricorso incidentale.

Ulteriori disposizioni mirano a garantire, sotto altri aspetti, la celerità del giudizio.

Questo deve essere fissato **entro sessanta giorni** dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

La norma, tuttavia, non è accompagnata da alcuna sanzione, per cui il termine ha una valenza meramente sollecitatoria e la sua violazione non comporta alcuna incidenza sulla ritualità del giudizio e della relativa sentenza.

24. IL TERMINE MASSIMO PER L'IMPUGNAZIONE DELL'AGGIUDICAZIONE.

Tra le norme processuali relative ai termini, si segnala la previsione contenuta nel nuovo articolo 245, comma 2, del codice dei contratti pubblici, in forza della quale, nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto.

Si tratta dell'attuazione della lettera i) della norma di delega, la quale stabilisce di recepire l'articolo 2-septies della direttiva 89/665/CEE e l'articolo 2-septies della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, **prevedendo i termini minimi di ricorso di cui al paragrafo 1, lettere a) e b), dei citati articoli 2-septies, e il termine di trenta giorni nel caso di cui al paragrafo 2 dei citati articoli 2-septies.**

La norma comunitaria richiamata riguarda una previsione a recepimento facoltativo, che consente agli Stati membri di individuare un limite oltre il quale il contratto, anche nei casi di violazioni gravissime, correlate alla mancata pubblicazione degli atti di gara, non è più contestabile. La direttiva stabilisce che, in ogni caso, tale termine deve essere di almeno sei mesi o di trenta giorni.

L'imprecisa formulazione della direttiva, peraltro, e l'altrettanto poco chiara dizione della delega, potrebbe far pensare che ci si debba **attestare necessariamente entro il limite massimo di sei mesi o di trenta** giorni. È questa la soluzione seguita dal decreto n. 53/2010.

Più corretta, invece, sembrerebbe la lettura secondo cui il termine di sei mesi (come anche quello di trenta giorni) è quello minimo che, in ogni caso, il legislatore nazionale deve garantire. Problematica, poi, è la compatibilità dei termini decadenziali correlati (in particolare quello di sei mesi) ad un fatto di cui gli interessati potrebbero (anzi, nella generalità dei casi, devono) non essere a conoscenza.

Da notare, poi, che la direttiva disciplina la proposizione di un ricorso diretto a provocare l'inefficacia del contratto, mentre la delega e la sua attuazione fanno riferimento alla proposizione di un ricorso contro l'aggiudicazione.

Peraltro, in questa norma la soluzione sembra esatta, perché l'inefficacia del contratto è collegata necessariamente, secondo la stessa direttiva, all'accertamento di vizi sostanziali della procedura di gara.

25. L'INEFFICACIA FLESSIBILE DEL CONTRATTO E LA COSTRUZIONE PAN-PROCESSUALE DEL LEGISLATORE NAZIONALE. IL GIUDICE DECIDE, CASO PER CASO, SE, IN SEGUITO ALL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE, IL CONTRATTO DEVE ESSERE DICHIARATO INEFFICACE.

Il comma 4, lettera h) della norma di delega affronta il tema centrale della privazione di effetti del contratto (secondo la formula della direttiva, ripresa dall'articolo 44).

La disposizione prevede il recepimento degli articoli 2, paragrafo 7, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, 2-quinquies, 2-sexies e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito.

In questa prima parte, la norma, oltre a richiamare le disposizioni a recepimento obbligatorio della direttiva (riguardanti le due distinte fattispecie in cui, rispettivamente, deve essere sempre dichiarata la privazione di effetti del contratto; oppure, deve essere dichiarata la privazione di effetti del contratto o, in alternativa, applicate le sanzioni alternative, secondo l'opzione prescelta dal singolo ordinamento nazionale), contiene, anzitutto la precisa scelta, già illustrata, della giurisdizione amministrativa sulla sorte del contratto.

La direttiva non detta regole molto dettagliate riguardanti le modalità attraverso cui si determina la privazione di effetti del contratto. Anzi, la fonte comunitaria rinvia, in larga parte, alle legislazioni nazionali, seppure con riferimento alle conseguenze della dichiarazione. È evidente, quindi, la necessità di chiarire gli aspetti sostanziali e processuali della pronuncia di inefficacia del contratto.

La lettera h) del comma 3 dell'articolo 44, quindi, stabilisce, formalmente, quattro specifici criteri di delega:

1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le deroghe e i temperamenti ivi

previsti, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire;

2) nel caso di cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative;

3) fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato;

4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse.

I primi due dei quattro criteri specifici previsti dalla disposizione sono solo formalmente molto articolati, perché, nella sostanza, essi presuppongono tutti il riconoscimento del ruolo centrale del giudice e della sua valutazione in ordine alla prevalenza dell'interesse alla conservazione degli effetti del contratto, in linea con le prescrizioni della direttiva, che sono quasi testualmente riprodotte.

Il terzo criterio accentua ulteriormente ó al massimo grado - il ruolo decisivo del giudice, indicando in modo piuttosto elastico i parametri che devono orientare la scelta di dichiarare ó o meno ó l'inefficacia del contratto.

Il quarto criterio, invece, riguarda solo la generica esigenza di disciplina delle sanzioni alternative, con specifico, espresso riferimento ai soli valori edittali.

Emerge, quindi, l'impressione di una eccessiva sinteticità della norma di delega, a fronte della complessità dei temi dell'inefficacia del contratto, in relazione ai suoi molteplici aspetti.

La disposizione fornisce, comunque, almeno due prime indicazioni molto importanti.

A) La prima riguarda l'opzione di collocare testualmente il tema della sorte del contratto nell'ambito delle **conseguenze processuali dell'annullamento dell'aggiudicazione**. In questa prospettiva, il ruolo decisivo del giudice è fortemente accentuato, nel contesto della dialettica tra le contrapposte posizioni manifestate dalle parti, mentre resta in ombra il profilo strettamente **sostanziale** della õprivazione di effetti.

Vi è, insomma, un'impostazione decisamente *pan-processuale* del problema della inefficacia del contratto.

La connotazione strettamente *giudiziarìa* della *privazione di effetti* potrebbe risultare gravida di conseguenze operative. Basterebbe pensare al problema, che i giudici amministrativi dovranno affrontare subito, della sfera temporale di applicazione della normativa. La qualificazione processuale (o almeno *prevalentemente* processuale) dovrebbe condurre a ritenere immediatamente applicabile la nuova disciplina anche ai **giudizi in corso**.

B) La seconda indicazione riguarda la scelta di seguire *o* puntualmente - la sistematica proposta dalla direttiva, isolando le ipotesi di *obbligatoria* privazione di effetti del contratto, in perfetta coincidenza con la normativa comunitaria.

Al di fuori di questi casi, enumerati dalla direttiva, l'annullamento dell'aggiudicazione, peraltro, può comportare la *privazione di effetti* del contratto, ma, senza alcun automatismo, solo se le circostanze concrete rendono praticabile tale esito (**in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti**).

Nel decreto n. 53/2010, questo specifico criterio è attuato mediante la previsione, nel nuovo articolo 245-ter del codice, della seguente disciplina:

***o*1. Fuori dei casi indicati negli articoli 245-bis e 245-quater, comma 3, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva stabilisce se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto, in particolare, degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta.**

Nessuna delle due indicazioni della legge delega risulta imposta *o* esplicitamente - dalla direttiva n. 66/2007, benché risultino con essa perfettamente compatibili. In tal senso, non sembra sufficiente lo spunto offerto dalla norma comunitaria, secondo la quale, per esigenze di certezza, la privazione di effetti deve essere sempre **dichiarata** dal giudice (*o**Gli Stati membri assicurano che un contratto sia considerato privo di effetti da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice o che la sua privazione di effetti sia la conseguenza di una decisione di detto organo*). Infatti, la pronuncia del giudice ben

potrebbe essere agganciata al riscontro di dati obiettivi e di altri presupposti vincolanti, senza necessariamente innestarsi nel giudizio sulla legittimità dell'aggiudicazione.

Le opzioni seguite dal legislatore delegante e poi sviluppate dal decreto legislativo riflettono una linea di pensiero presente o ma non particolarmente diffusa - nel dibattito degli ultimi anni, incentrata, in ultima analisi, sulla esigenza di collegare la caducazione del contratto ad una valutazione tutta concreta e casistica di ciascuna vicenda contenziosa.

Si potrebbe dire che la norma di delega segua una prospettiva decisamente *panprocessuale* (se non **giudice-centrica**), facendo riferimento espresso alla circostanza che, come si è visto, ci si trovi nell'ambito di una **giurisdizione esclusiva e di merito**.

Sembra implicita, nella disposizione di delega, poi anche l'intenzione di assegnare al giudice forti poteri **di ufficio**, comprendenti o fra l'altro - la valutazione di vera e propria **opportunità** sulla conservazione del contratto. Il potere del giudice, comunque, risulta molto accentuato anche nella stessa decisione di calibrare l'eventuale pronuncia di inefficacia, in relazione al suo carattere retroattivo o meno.

Va sottolineato questo aspetto, perché, forse, esso potrebbe spiegare, almeno in parte, la decisione legislativa di non articolare troppo gli aspetti inerenti al dato più strettamente sostanziale dei presupposti e delle conseguenze derivanti dalla inefficacia del contratto.

Poiché il giudice, in questa prospettiva, avrebbe il potere o amplissimo - di rimodellare l'assetto negoziale derivante dall'aggiudicazione annullata, anche in funzione dell'apprezzamento dell'interesse pubblico, non avrebbe alcuna utilità qualificare o astrattamente la privazione di effetti del contratto, secondo i modelli di istituti già presenti nel nostro sistema. Anzi, l'eventuale richiamo a puntuali regole civilistiche rappresenterebbe un pericolo, determinando una limitazione dei larghi poteri di valutazione del giudice.

Si può notare, al riguardo, che la legge di delega non si preoccupa nemmeno di riformulare l'espressione *privazione di effetti*, utilizzata, in modo piuttosto grossolano, nella traduzione italiana della direttiva, quasi volesse, deliberatamente, evitare qualsiasi inquadramento concettuale negli istituti generali di diritto interno.

Al di là della tripartizione dei casi di privazione di effetti del contratto e del riconoscimento del ruolo centrale della valutazione riservata al giudice amministrativo,

nell'ambito di una penetrante giurisdizione esclusiva e di merito, la delega, quindi, risulta davvero povera di elementi idonei a delineare la fisionomia dell'istituto.

I nuovi articoli 245-bis e 245-ter del codice dei contratti pubblici attuano le indicazioni della delega in materia di **inefficacia del contratto**, conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione.

Il decreto abbandona la formula *«privazione di effetti»*, sostituita dalla locuzione *«inefficacia»*, come suggerito dal Consiglio di Stato. Si tratta di un'espressione maggiormente adeguata al linguaggio del nostro ordinamento. Tuttavia, l'articolato risulta ancora abbastanza avaro di significative indicazioni dirette a meglio spiegare la natura e la concreta disciplina di tale *«inefficacia»*. La formula, del resto, è utilizzata frequentemente con una valenza *«residuale»*, per marcare le differenze da altre ipotesi tipiche (nullità, annullabilità, risoluzione), ma può anche essere intesa come espressione idonea a comprendere tutti i casi in cui un atto giuridico è considerato privo di effetti.

Chi si aspettava una presa di posizione precisa in ordine alle diverse tesi prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza sul tema della *«caducazione del contratto»*, quindi, potrebbe restare profondamente deluso, perché le disposizioni omettono qualsiasi esplicito segnale dal quale possa trapeolare l'adesione all'una o all'altra delle varie costruzioni proposte.

Il *«pragmatismo»* e la concretezza scelti dalla legge presentano, ovviamente, pregi e difetti. Il pregio maggiore consiste nell'affermazione della massima flessibilità delle decisioni riguardanti l'inefficacia del contratto, presumibilmente proiettate verso la realizzazione della più alta *«giustizia sostanziale»* del caso concreto.

Gli svantaggi concernono il forte tasso di incertezza delle soluzioni applicabili alle singole vicende, come meglio sarà spiegato nei paragrafi che seguono. L'imprevedibilità degli esiti delle liti, infatti, potrebbe risultare poco apprezzata dagli operatori economici.

Insomma, si può sostenere che il legislatore abbia optato per un'idea dell'**inefficacia flessibile** del contratto, o a *«geometria variabile»*. È pressoché impossibile stabilire a priori se l'annullamento dell'aggiudicazione del contratto determinerà l'inefficacia del contratto o meno. Ancora più difficile prevedere se l'inefficacia sarà pienamente retroattiva e lascerà salve le prestazioni già eseguite.

La pluralità dei parametri di apprezzamento e il rilevante potere di apprezzamento del giudice (anche prescindendo dalla qualificazione officiosa delle sue facoltà di cognizione e

della sussistenza di una giurisdizione di merito (innominata) accentuano notevolmente l'elasticità della inefficacia del contratto derivante dall'annullamento dell'aggiudicazione.

Nel caso delle violazioni gravi, l'inefficacia flessibile potrebbe meglio definirsi **cedevole**: di norma il contratto resta inefficace, ma è possibile salvarlo, in tutto o in parte.

Nell'eventualità delle violazioni non grave, invece, l'inefficacia potrebbe qualificarsi **facoltativa**: non è conseguenza necessaria, ma nemmeno ordinaria dell'annullamento dell'aggiudicazione.

In entrambi i casi, però, il dato caratterizzante è rappresentato dalla assenza di un vincolato rapporto di consequenzialità tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto.

26.I PRESUPPOSTI INDEFETTIBILI DELLA PRIVAZIONE DI EFFETTI: L'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE E I TIPI DI VIOLAZIONI ACCERTATE. LA TRIPARTIZIONE DELLA DELEGA E LA BIPARTIZIONE SEMPLIFICATA DEL DECRETO LEGISLATIVO. LA CATEGORIA DELLE GRAVI VIOLAZIONI.

La nuova disciplina, pur riconoscendo, seppure con modalità diversificate, il ruolo determinante della valutazione concreta del giudice, individua, comunque, i presupposti indefettibili della dichiarazione di inefficacia del contratto.

In tutti i casi considerati è indispensabile, come si è visto, che sia **annullata l'aggiudicazione**.

Il punto emerge, indirettamente, dal ripetuto riferimento alla formula "il giudice che annulla l'aggiudicazione". In nessun caso, la nuova normativa contempla ipotesi di dichiarazioni di inefficacia sganciate dal preventivo annullamento dell'aggiudicazione.

Si tratta di un profilo importantissimo, che si collega ad alcune delle acquisizioni più consolidate del recente dibattito svolto nell'ambito dell'ordinamento italiano. Il problema della sorte del contratto si pone essenzialmente o anzi, esclusivamente - quale (possibile) conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione.

È appena il caso di evidenziare che, in tal modo, si potrebbe correre il rischio di non colpire proprio i contratti stipulati con affidamenti diretti, non preceduti da alcun procedimento amministrativo (di evidenza pubblica).

Ma la questione potrebbe essere risolta ammettendo un'azione dichiarativa dell'inefficacia del contratto, oppure individuando sempre un atto di aggiudicazione impugnabile nella determinazione con cui l'amministrazione stabilisce di stipulare il contratto.

La normativa di delega descrive, poi, con sufficiente precisione, gli ulteriori presupposti indefettibili della pronuncia di inefficacia del contratto, collegati al tipo di violazione riscontrata: tali requisiti devono comunque sussistere, ma non sono sufficienti per privare di effetti il contratto, poiché resta sempre salvo il potere di una diversa valutazione del giudice.

Nella sistematica della delega sono distinti tre gruppi di ipotesi. I primi due, di gravità decrescente e con trattamento lievemente differenziato, riguardano gli altrettanti casi di privazione di effetti imposta dal diritto comunitario. Invece, il terzo gruppo, di carattere residuale (e di maggiore ampiezza), attiene ad ogni ulteriore ipotesi di privazione degli effetti, conseguente all'annullamento dell'aggiudicazione.

In particolare, il numero 1) prevede la **privazione di effetti del contratto** nei casi di cui all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-quinquies, paragrafo 1, lettere a) e b), della direttiva 92/13/CEE, con le **deroghe** e i **temperamenti** ivi previsti.

Si tratta, anzitutto, delle ipotesi di affidamenti diretti, in cui è sostanzialmente mancata una gara o la sua adeguata pubblicità (se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito a norma delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE).

Si tratta, poi, del caso della violazione dei termini dilatori per la stipulazione del contratto, ma solo qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto.

Dunque, per l'inefficacia, la violazione dei termini deve essere rafforzata dalla presenza di due ulteriori requisiti.

Secondo il diritto comunitario, in tali eventualità la privazione di effetti è la regola, ma, eccezionalmente, è possibile conservare il contratto, applicando sanzioni alternative, qualora **il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti**.

In base alla norma di delega, poi, va lasciata al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del **bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti**, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire.

In modo più diffuso, l'articolo 245-bis, stabilisce che il giudice deve precisare, in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva.

Il numero 2) contempla, poi, la privazione di effetti del contratto nel caso di cui all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 89/665/CEE e all'articolo 2-sexies, paragrafo 1, della direttiva 92/13/CEE.

Si tratta delle altre ipotesi di violazione del termine dilatorio, non contemplate dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera b). In tal caso, *gli Stati membri prevedono la privazione di effetti a norma dell'articolo 2 quinquies, paragrafi 1, 2 e 3, ovvero sanzioni alternative. Gli Stati membri possono prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice decida, dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative.*

Secondo la direttiva, in tali eventualità, quindi, gli Stati membri possono ampliare i casi di conservazione del contratto. La norma di delega intende avvalersi di tale facoltà e espressamente prevede che vada lasciata al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e **sanzioni alternative**.

A ben vedere, nella stessa impostazione della direttiva, la differenza fra le due ipotesi considerate, rispettivamente, ai numeri 1) e 2) è, tutto sommato, circoscritta e la norma di delega non introduce significativi elementi ulteriori di differenziazione.

In sostanza, nell'ipotesi del numero 2), il giudice, per conservare il contratto non deve accertare l'esistenza di **esigenze imperative** (come richiesto al numero 1), ma può limitarsi ad un (più blando) **bilanciamento di interessi**.

Nella stesura definitiva dell'articolo del decreto n. 53/2010, peraltro, i primi due casi, riguardanti le fattispecie di rilevanza comunitaria, sono unificati e accorpati, essendo tutto sommato minima la differenza di trattamento tra le due ipotesi: ciò è coerente con la direttiva e non sembra contrastare con la delega. La terza categoria, riguardante le altre violazioni, è invece rimasta intatta.

Quindi, rispetto alle regole contenute nella direttiva e nella legge delega, il **legislatore delegato**, nella versione definitiva dell'articolo, opportunamente sceglie (in adesione alle richieste formulate dal Consiglio di Stato), una strada di maggiore semplificazione, distinguendo solo **due ipotesi**:

a) la prima concerne le **gravi violazioni** (che accomuna le due categorie distinte, invece, dalla normativa comunitaria); in tali eventualità l'inefficacia è obbligatoria, salvo l'eccezionale potere del giudice di conservare gli effetti del contratto: vi è, quindi, almeno formalmente, un preciso rapporto fra regola (inefficacia) ed eccezione (conservazione);

b) la seconda categoria, invece, attiene, genericamente, agli ***altri casi*** in cui, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, occorre stabilire la sorte del contratto; in tali eventualità il ruolo del giudice nella decisione diretta a dichiarare l'inefficacia del contratto o a conservarne gli effetti è determinante, perché il legislatore colloca le due soluzioni esattamente sullo stesso piano, senza alcuna preferenza per l'una o per l'altra: manca qualsiasi espresso riferimento all'esistenza di un principio e alla sua derogabilità.

A ben vedere, la semplificazione realizzata dal legislatore delegato è, probabilmente, destinata a risultare ancora più accentuata. Infatti, in tutti i casi di annullamento dell'aggiudicazione e, quindi, anche nei casi di violazioni **gravi**, la disciplina risulta sempre incentrata sul determinante potere di valutazione concreta riservato al giudice. Quest'ultimo ha sempre, in concreto, un ampio potere di stabilire se privare di efficacia il contratto, fissandone la decorrenza o decretare la conservazione integrale dei suoi effetti.

Nei casi diversi da quelli contemplati dal diritto comunitario, il legislatore nazionale ha preferito non indicare, rigidamente, i presupposti dell'inefficacia del contratto, lasciando la decisione al giudice, anche sulla base delle deduzioni delle parti.

A quest'ultimo riguardo, poi, la disposizione non precisa se la conservazione degli effetti del contratto presupponga una specifica eccezione o difesa della parte interessata (stazione appaltante o aggiudicatario).

Secondo il numero 3) dell'articolo 44, lettera h), fuori dei casi di cui ai numeri 1) e 2), deve essere lasciata *al giudice che annulla l'aggiudicazione* la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato.

La formulazione letterale del criterio e la sua collocazione sistematica, all'interno di una disposizione che richiama espressamente l'attuazione di determinate norme della direttiva n. 66/2007 potrebbero far sorgere l'equivoco che gli altri casi riguardino, comunque, soltanto le ipotesi di contratti di rilevanza comunitaria; ma va tenuto conto del generale principio di omogeneizzazione della disciplina sostanziale e processuale; pertanto la disciplina attuativa è destinata ad operare in relazione a tutti i contratti pubblici.

Da notare, poi, che, nella previsione del decreto, la distinzione fra le due ipotesi (violazioni *ogravi* e *altri casi*) prescinde dal valore del contratto e dalla sua eventuale rilevanza comunitaria. Quindi, sia pure per una piccola parte, è possibile individuare casi di inefficacia del contratto *obbligatoria* (per il diritto nazionale) relativa a rapporti contrattuali sottratti, per il loro valore, all'applicazione diretta della direttiva n. 66/2007.

In concreto, quindi, stabilire se ci si trovi o meno in presenza dell'ipotesi di *ogravi violazioni* potrebbe sembrare poco importante, perché, nell'uno e nell'altro caso, risulterà decisivo l'apprezzamento delle circostanze di fatto rilevanti nella singola fattispecie, ai fini della pronuncia di inefficacia del contratto.

La distinzione, tuttavia, conserva rilevanza almeno per due ragioni:

a) soltanto nella prima ipotesi, concernente le gravi violazioni, la conservazione del contratto deve essere accompagnata dalla applicazione delle sanzioni alternative;

b) nell'ipotesi delle *ogravi violazioni* l'inefficacia del contratto va comunque considerata la regola; la conservazione richiede un accertamento rigoroso della presenza di opposte esigenze imperative.

Ulteriore conseguenza della distinzione, poi, potrebbe riguardare la definizione degli ambiti in cui è possibile rilevare d'ufficio l'inefficacia. Come sarà chiarito *infra*, secondo una certa linea ricostruttiva, i poteri di ufficio sarebbero riscontrabili solo nelle fattispecie di

gravi violazioni, perché emergerebbe il carattere sanzionatorio dell'inefficacia sancita dal diritto comunitario.

Nel nuovo articolo 245-bis, comma 1, relativo alle gravi violazioni, si precisa, quindi, la seguente regola. In presenza dei casi tassativamente elencati, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva **dichiara l'inefficacia del contratto**, *precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva.*

In base al comma 2, poi, *Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti.*

La norma ha cura di precisare, in sintonia con la disciplina della direttiva, che *tra le esigenze imperative rientrano, fra 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.*

Poco spazio, ai fini della conservazione del contratto, possono avere gli interessi economici. Questi possono essere presi in considerazione come esigenze imperative *solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce 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.*

In ogni caso, poi, *non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono fra l'altro i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto stesso, dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, dal cambio dell'operatore economico e dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.*

La norma esprime indubbiamente un criterio di forte rigore, rafforzando l'idea che l'inefficacia rappresenti il principio, mentre la conservazione può affermarsi solo in seguito all'accertamento puntuale di particolari situazioni di fatto.

Si tratta di verificare, in concreto, se il giudice si attesterà verso un'interpretazione restrittiva dei limiti alla dichiarazione di inefficacia o, al contrario, propenderà verso esiti più flessibili, accentuando la cedevolezza della regola dell'inefficacia.

27. LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO CONSEGUENTE ALL'ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE IN CASO DI GRAVI VIOLAZIONI: ESERCIZIO DI UN POTERE SANZIONATORIO DI UFFICIO O ACCOGLIMENTO DI UNA SPECIFICA DOMANDA DI PARTE?

Nel testo finale del decreto, risulta confermata l'impostazione secondo cui la sorte del contratto è **pronunciata dal giudice** (*Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto*).

Questa formulazione non è presenta un significato univoco ed è certamente destinata ad un'approfondita analisi della dottrina.

Secondo una prima tesi, l'inefficacia non è considerata, letteralmente, come una qualificazione sostanziale del contratto, che si manifesta prima e al di fuori del giudizio. Ciò in un duplice senso. Anzitutto, l'illegittimità, anche gravissima, della procedura di affidamento non può mai riflettersi automaticamente sulla efficacia del contratto: occorre, immancabilmente, una pronuncia costitutiva di annullamento dell'aggiudicazione su cui poggia il contratto. In secondo luogo, anche in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, l'inefficacia deriva da una apposita statuizione del giudice.

La sentenza dichiarativa è il presupposto immancabile dell'inefficacia.

Il punto merita attenta considerazione, perché si colloca nel solco di un'indicazione precisa della direttiva. L'esigenza di certezza perseguita con insistenza dalla normativa europea richiede non solo (e non tanto) una puntuale precisazione dei presupposti sostanziali dell'inefficacia, quanto l'individuazione di un meccanismo di accertamento affidabile in ordine al destino del rapporto contrattuale.

Fino a quando manca una pronuncia del giudice, il contratto, quindi, deve considerarsi ancora produttivo di effetti giuridici.

Ora, anche questo dato si dovrebbe riflettere, in primo luogo, sulla questione riguardante la qualificazione sistematica dell'inefficacia.

Il necessario passaggio attraverso una decisione del giudice potrebbe fornire argomenti importanti a favore della tesi che inquadra l'inefficacia nell'ambito degli istituti

della **risoluzione giudiziale del contratto**: la pronuncia avrebbe, quindi, portata costitutiva (sebbene con effetti potenzialmente retroattivi).

Peraltro, la formula legislativa non risulta così indiscutibilmente attestata sulla tesi della portata costitutiva della pronuncia. La norma è incentrata sulla formula **“dichiara”**, la quale potrebbe indicare anche il valore meramente **ricognitivo** della pronuncia del giudice, confortando tanto le tesi della *caducazione* automatica del contratto, quanto quelle della nullità.

L'idea della nullità (per contrarietà a norme imperative), del resto, potrebbe essere sostenuta anche dalla considerazione del valore sanzionatorio della “privazione di effetti” del contratto, affermato dalla direttiva n. 66/2007, in più di un passaggio (nelle premesse, ma anche nell'articolo 1-*quinquies*, comma 2). La conseguenza sanzionatoria si svolgerebbe attraverso l'accertamento della illegittimità “grave” dell'aggiudicazione.

Ma, ovviamente, il problema della natura giuridica dell'inefficacia e del valore della pronuncia del giudice non è meramente qualificatorio e non impegna solo il dibattito teorico. Si tratta di stabilire, concretamente, quali siano le modalità processuali attraverso cui il giudice può pervenire alla dichiarazione di inefficacia del contratto. Si tratta, poi, di delineare le conseguenze della pronuncia di inefficacia, anche al di là dei limiti, inevitabilmente ristretti, in cui la sentenza potrà “rimodellare” l'assetto di interessi scaturito dal contratto dichiarato inefficace.

La tesi della risoluzione sembra fornire argomenti consistenti per il necessario collegamento con una **domanda di parte**. Al contrario, la tesi della nullità-sanzione accentua il potere officioso del giudice, in coerenza con i principi del codice civile in materia di invalidità negoziali.

La tesi della risoluzione, poi, potrebbe anche giustificare meglio la conclusione secondo cui l'azione di inefficacia è sottoposta a rigorosi presupposti processuali (termini decadenziali stretti, proposizione obbligatoria nell'ambito del giudizio di annullamento dell'aggiudicazione). La qualificazione dell'inefficacia come nullità, invece, potrebbe anche spiegare la proponibilità dell'azione dichiarativa in un termine più lungo, eventualmente anche sganciato dal giudizio concernente l'impugnazione dell'aggiudicazione.

È bene sottolineare, comunque, che non vi è alcuna necessità di risolvere il problema in sede astratta e dogmatica, mediante l'inquadramento della nuova disciplina nell'ambito di istituti “tradizionali” del nostro sistema: nulla impedisce di ritenere che l'inefficacia

disciplinata dal codice dei contratti assuma una fisionomia a sé stante, presentando aspetti, parziali, di altri istituti già presenti nel nostro ordinamento. Insomma, sembra difficile ambire a una qualificazione più precisa della formula inefficacia flessibile, che evidenzia i contorni elastici della disciplina voluta dal legislatore.

Appare invece più importante affrontare i temi concreti della disciplina applicabile.

Il decreto n. 53/2010 non fornisce risposte immediate ed esplicite ad almeno tre domande.

A) La domanda di parte volta alla dichiarazione di inefficacia del contratto è sottoposta a termini decadenziali o ad altre restrizioni processuali? In particolare, deve essere proposta, a pena di inammissibilità, nel giudizio diretto all'annullamento dell'aggiudicazione?

B) Il giudice ha il potere-dovere di dichiarare, anche d'ufficio, l'inefficacia del contratto, tutte le volte in cui, accogliendo il ricorso della parte interessata, annulla l'aggiudicazione?

C) Simmetricamente, il giudice ha il potere officioso di ritenere che non sussistano le condizioni per dichiarare l'inefficacia del contratto?

28. LA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO PUÒ ESSERE PRONUNCIATA SOLO NEL GIUDIZIO DI ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE?

Come si è evidenziato, secondo il decreto in esame, l'inefficacia deve essere pronunciata dal giudice che annulla l'aggiudicazione. Questa disposizione potrebbe rappresentare una delle chiavi di risposta alla prima domanda.

La formula, che presenta molte oscurità, rende astrattamente plausibili diverse letture alternative.

La lettura minimale potrebbe ritenere che la dizione utilizzata ribadisca, semplicemente, la giurisdizione esclusiva amministrativa: la dichiarazione di inefficacia spetta soltanto al giudice amministrativo, ossia al solo giudice titolare del potere di annullamento dell'aggiudicazione, nell'ambito della sua giurisdizione esclusiva e di merito.

Si tratterebbe, però, di una disposizione del tutto superflua, poiché la giurisdizione esclusiva amministrativa è già chiaramente affermata in altra disposizione.

Una diversa esegesi potrebbe assegnare alla norma il significato di una regola sulla competenza territoriale (se non anche per materia o per grado) **“per connessione”**. La cognizione della controversia sulla sorte del contratto spetta esclusivamente al TAR che ha annullato l’aggiudicazione, ancorché o per ipotesi - in violazione delle regole sulla competenza.

Pure questa interpretazione sembra poco persuasiva, dal momento che una disposizione sulla competenza non risulta affatto necessaria, in un contesto caratterizzato dalla rigorosa affermazione di una competenza territoriale inderogabile.

Ancora, la norma potrebbe essere intesa come semplice affermazione del principio secondo cui, in linea meramente orientativa, la questione della sorte del contratto deve essere risolta nell’ambito del giudizio riguardante l’impugnazione dell’aggiudicazione.

Più convincente è invece la tesi secondo cui la norma introduce una precisa **“pregiudiziale”** di annullamento dell’aggiudicazione. L’inefficacia del contratto può essere pronunciata solo in seguito al venir meno dell’atto amministrativo di affidamento.

Potrebbe essere seguita, poi, una ulteriore lettura, secondo la quale la norma andrebbe intesa nel senso che **“con la sentenza che annulla l’aggiudicazione, il giudice dichiara l’inefficacia del contratto”**.

In questo senso, la dichiarazione di inefficacia del contratto potrebbe essere pronunciata esclusivamente in connessione con la decisione sulla legittimità dell’aggiudicazione.

Si tratterebbe di un’interpretazione possibile e coerente con l’idea della concentrazione delle tutele, che pervade anche la legge delega del processo amministrativo n. 44/2009 e la sua attuazione nello schema predisposto dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato.

Se è così, la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto risulterebbe, in sostanza, sottoposta se non ad un vero e proprio termine di decadenza, quanto meno ad un significativo **“condizionamento processuale”**, perché dovrebbe essere necessariamente innestata nel giudizio per l’annullamento dell’aggiudicazione (contestuale al ricorso introduttivo del giudizio o proposta, ove consentito, mediante l’articolazione di motivi aggiunti).

Vero è che questo esito interpretativo risulterebbe piuttosto macchinoso, perché la previsione di un limite decadenziale per far valere l'inefficacia del contratto avrebbe dovuto essere indicata con maggiore chiarezza.

Né va trascurato che l'unico limite insuperabile espressamente previsto dal decreto delegato in ordine alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione diretta a riflettersi sulla inefficacia del contratto riguarda il **termine di sei mesi** dalla stipulazione del contratto.

La tesi prospettata avrebbe, inoltre, conseguenze molto rilevanti in ordine alla legittimazione alla domanda di inefficacia del contratto, che risulterebbe riservata al solo soggetto che impugna l'aggiudicazione, salvi i casi di rilevanza di ufficio.

29. I POTERI DI UFFICIO DEL GIUDICE. LA RILEVANZA DELLA BUONA FEDE DEL TERZO.

L'impostazione **panprocessuale** seguita dal legislatore potrebbe fornire argomenti molto forti per l'affermazione di un potere officioso del giudice nella dichiarazione di inefficacia del contratto, come pure nella opposta decisione di **conservare** il contratto.

Ma i dati forniti dalle nuove norme non sono affatto scontati.

Una ricostruzione plausibile è quella che distingue tra le due ipotesi di inefficacia, disciplinate, rispettivamente, dall'articolo 245-bis e 245-ter.

In particolare, nelle ipotesi di **gravi violazioni**, di derivazione comunitaria, l'inefficacia sembra rappresentare una conseguenza necessaria, correlata anche alla ipotizzata natura *sanzionatoria* della pronuncia.

Quindi, il giudice, anche in assenza di domanda, è tenuto a dichiarare l'inefficacia del contratto, a meno che non accerti la sussistenza di **esigenze imperative** che impongano la conservazione del contratto.

Simmetricamente, in presenza di una domanda volta ad ottenere la pronuncia di inefficacia del contratto, il giudice, anche in assenza di difese o di eccezioni delle parti resistenti e contro interessate, potrebbe stabilire di mantenere in vita il contratto, valutando le diverse componenti della vicenda concreta, in funzione dell'apprezzamento di **esigenze imperative**.

A maggiore ragione, in entrambi i casi, risulta ampio il potere di ufficio del giudice di determinare la decorrenza (retroattiva o non) della inefficacia.

Evidentemente, nell'uno e nell'altro caso, la pronuncia dovrà tenere in debito conto le deduzioni (come anche l'inerzia) delle parti.

La conservazione del contratto dovrà considerarsi pur sempre un'eccezione: pertanto, il potere correttivo del giudice potrà esercitarsi solo in presenza di elementi davvero significativi.

Negli altri casi, concernenti le violazioni non gravi, secondo il diritto comunitario, il potere officioso del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto non sembra trovare la stessa giustificazione sistematica.

L'inefficacia non costituisce sanzione (come è confermato dalla circostanza che non siano previste le sanzioni alternative, per il caso di conservazione del contratto). Ma l'inefficacia non è nemmeno una conseguenza automatica o naturale dell'annullamento dell'aggiudicazione.

Il potere di ufficio del giudice potrebbe fondarsi, allora, solo in base all'argomento che si tratta di una valutazione di merito, incentrata sulla comparazione degli interessi in gioco, finalizzata anche alla realizzazione dell'interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici.

L'ultima esigenza, tuttavia, potrebbe essere adeguatamente soddisfatta, mediante l'affermazione che, se non è domandata nel giudizio riguardante l'annullamento dell'aggiudicazione, l'inefficacia del contratto non è più pronunciabile, con il definitivo consolidamento dell'assetto negoziale. Per maggiore chiarezza, il giudice potrebbe dedicare in ogni caso un capo della decisione a tale aspetto, con una statuizione del seguente tenore: «trattandosi di violazione non grave, ai sensi dell'articolo 245-ter del codice, e non essendo stata chiesta la dichiarazione di inefficacia, il contratto conserva i propri effetti».

In mancanza di domanda, quindi, l'inefficacia non potrebbe essere dichiarata. Resta intatto, peraltro, il potere di interpretare il ricorso: al di là di ogni formalismo letterale, infatti, esso potrebbe contenere l'implicita richiesta di privare di effetti il contratto stipulato.

La distinzione fra le due categorie di violazioni potrebbe essere rilevante anche in funzione della rilevanza della posizione del soggetto terzo aggiudicatario.

Infatti, nel caso delle gravi violazioni, la buona fede del terzo assume carattere decisamente recessivo.

Si potrebbe aggiungere, che, in concreto, la buona fede (intesa in senso oggettivo) del terzo è difficilmente riscontrabile: ci si trova in presenza di affidamenti diretti, oppure di

stipulazioni intervenute prima della scadenza dei prescritti termini dilatori e sospensivi; tutte circostanze agevolmente verificabili dal contraente privato.

Nel caso delle altre violazioni, invece, la posizione del terzo merita di essere considerata con la massima attenzione. La norma fa riferimento al bilanciamento degli interessi. Si tratta di una formula molto ampia e flessibile, che impone di valutare l'eventuale buona fede dell'aggiudicatario, ma senza alcun rigido automatismo.

30. CONSIDERAZIONI DI SINTESI SULLA INEFFICACIA FLESSIBILE DEL CONTRATTO.

È possibile, allora, indicare la ricostruzione dell'inefficacia del contratto che, a prima lettura, corrisponde alla nuova normativa.

a) L'inefficacia del contratto deriva o sempre - da una pronuncia costitutiva del giudice.

b) Il veicolo processuale necessario è rappresentato dal giudizio di impugnazione dell'aggiudicazione.

c) La domanda di inefficacia del contratto è proponibile solo dalla parte che impugna l'aggiudicazione.

d) Il giudice può dichiarare di ufficio l'inefficacia del contratto, nei soli casi di gravi violazioni.

e) La buona fede del terzo aggiudicatario rileva solo nei casi di violazioni non gravi, ma non preclude, automaticamente, la dichiarazione di inefficacia del contratto.

31. L'AUTOTUTELA DECISORIA DELL'AMMINISTRAZIONE E L'INEFFICACIA DEL CONTRATTO: UN PROBLEMA NON AFFRONTATO DAL LEGISLATORE.

Il legislatore non affronta il problema della sorte del contratto, nel caso in cui l'aggiudicazione sia stata annullata dalla stessa amministrazione.

L'eliminazione di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario costituisce un obbligo imperativo per tutte le amministrazioni. Ma non è chiaro come possa coordinarsi questo potere con la necessità imposta dal diritto comunitario - di una pronuncia esplicita di accertamento della privazione di effetti del contratto.

Una soluzione ragionevole potrebbe essere la previsione legislativa ed espressa di un generale potere di autotutela dell'amministrazione, riferito alle violazioni che possono

condurre alla privazione di effetti del contratto, accompagnato, però, dalla esplicita indicazione di un parallelo potere di recesso unilaterale (eventualmente da esercitare, anche esso entro un preciso e breve termine decadenziale, decorrente dalla stipulazione del contratto), che produca le stesse conseguenze della pronuncia giurisdizionale di privazione di effetti del contratto.

32. LA QUESTIONE DELLA "PREGIUDIZIALE DI ANNULLAMENTO": GLI SPUNTI DELLA DIRETTIVA E IL PROBLEMA GENERALE DI DIRITTO INTERNO. LA PROSPETTIVA DELLA LEGGE-DELEGA.

Nella legge delega, si compie un richiamo "mutuo" al recepimento dell'articolo 2, paragrafo 6, della direttiva.

Si tratta di una disposizione comunitaria a recepimento facoltativo, ma di contenuto particolarmente interessante: **Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegittimamente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata.**

È evidente l'intento di gettare le basi per l'affermazione di una "pregiudiziale amministrativa" di annullamento, nel settore del contenzioso disciplinato dal codice dei contratti pubblici.

La normativa comunitaria consente senz'altro alle legislazioni nazionali (ma non lo impone) di prevedere che la domanda risarcitoria debba passare attraverso la previa rimozione del provvedimento di aggiudicazione.

Addirittura, si è ipotizzato che la formulazione letterale della norma possa anche giustificare i poteri officiosi del giudice in ordine all'annullamento della determinazione produttiva del danno lamentato dal ricorrente.

La formula della direttiva non è, per la verità, molto chiara, e non è certamente apprezzabile il modo criptico e indiretto con cui il legislatore delegante sembra volere sfruttare l'occasione per toccare una delle questioni più calde dell'azione per il risarcimento del danno.

Senza dire, poi, che la questione, in termini generali, è stata affrontata e risolta dallo schema del codice del processo (frutto di un confronto tra i rappresentanti delle magistrature superiori, del Foro e dell'Università), il quale, prendendo nettamente le distanze dalla tesi

più rigida della pregiudiziale di annullamento, prevede la sottoposizione dell'azione risarcitoria autonoma al termine decadenziale di sei mesi, senza ipotizzare alcuna deroga per settori particolari del contenzioso.

33. L'IMPOSTAZIONE DELLO SCHEMA ORIGINARIO DEL DECRETO DELEGATO: VERSO UNA “SUPER-PREGIUDIZIALE BIUNIVOCA DI ANNULLAMENTO”.

La formula originaria del decreto attuativo della direttiva, in un'ottica di massima semplificazione della problematica (e attraverso l'estrema valorizzazione del principio di concentrazione delle tutele), aveva ritenuto di imporre, forzatamente, una sincronizzazione totale degli strumenti di protezione giudiziaria offerti all'interessato.

L'intento empirico perseguito risultava abbastanza chiaro, anche se comportante evidenti forzature dei principi operanti nel nostro ordinamento sostanziale e processuale.

Secondo questa iniziale impostazione, la domanda di annullamento dell'aggiudicazione contiene, *implicitamente*, tanto la richiesta di dichiarazione di inefficacia del contratto, tanto quella di risarcimento in forma specifica (l'affidamento del contratto in contestazione): *“La domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intende sempre comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione di effetti del contratto, ove nel frattempo stipulato, anche in difetto di espressa indicazione”*.

Inoltre, nello stesso giudizio deve essere proposta l'eventuale richiesta di risarcimento del danno per equivalente (*“Fuori dai casi stabiliti dai commi seguenti, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, se il contratto sia stato nel frattempo stipulato, decide, previo bilanciamento degli interessi coinvolti, se dichiarare la privazione degli effetti del contratto, fissando in tal caso la decorrenza della privazione degli effetti, ovvero, e in via subordinata, se accordare il risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato”*).

Attraverso questa **concentrazione coattiva** (basata, peraltro, su una *fiction iuris* piuttosto insolita in un sistema processuale saldamente ancorato al principio della domanda), il giudizio riguardante la legittimità dell'aggiudicazione sarebbe destinato a sfociare in una pronuncia potenzialmente idonea a *“chiudere”* ogni questione originata dalla contestazione dell'aggiudicazione, indicando, in ogni caso, con pronuncia destinata ad assumere la forza del giudicato, la **sorte del contratto stipulato**.

Nell'originaria prospettiva del legislatore delegato, quindi, la sentenza, se accerta l'illegittimità dell'aggiudicazione, deve stabilire se il contratto conserva efficacia o meno (indicando anche la relativa decorrenza), se il ricorrente ha titolo al risarcimento in forma specifica o per equivalente, se la procedura di gara debba essere rinnovata, o meno.

Simmetricamente, poi, si dovrebbe dedurre che tutte le domande (di inefficacia del contratto, di risarcimento del danno, di subentro nel contratto) devono essere proposte o a pena di decadenza - all'interno del giudizio diretto a contestare la legittimità dell'aggiudicazione.

Dunque, secondo questa chiave di lettura, l'originaria proposta governativa si incentrava, in ultima analisi sulla previsione di una sorta di **super-pregiudiziale biunivoca di annullamento**:

- a) il previo annullamento dell'aggiudicazione è condizione necessaria per la tutela risarcitoria, in forma specifica o per equivalente;
- b) il previo annullamento dell'aggiudicazione è condizione indispensabile per la dichiarazione di inefficacia del contratto;
- c) la dichiarazione di inefficacia del contratto è condizione indispensabile per disporre l'esecuzione in forma specifica (attribuzione del contratto al ricorrente vittorioso);
- d) il giudice deve comunque pronunciarsi sulla sorte del contratto, decidendo sempre la domanda implicita proposta dalla parte che impugna l'aggiudicazione.

In questa impostazione, poi, la "super-pregiudiziale" assumerebbe carattere necessariamente **biunivoco**, perché, la domanda di risarcitoria, come pure la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, devono essere contestuali alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione (o, quanto meno, innestate, seppure successivamente, nell'ambito dello stesso giudizio). L'eventuale carenza di domanda viene colmata attraverso una sorta di "integrazione automatica" del ricorso.

L'impostazione appena indicata appariva senz'altro interessante e rispondente ad un'esigenza di certezza dei rapporti giuridici: meritevole del massimo apprezzamento, nell'ottica di concentrazione delle tutele e di accelerazione del processo.

Tuttavia, le soluzioni proposte non sembravano coerenti con regole e principi del nostro sistema processuale, con specifico riguardo al rispetto del principio della domanda.

Oltretutto, la disposizione non sembrava ben coordinata con la diversa soluzione generale del tema della "pregiudiziale" fornita dallo schema di codice del processo

amministrativo. Infatti, la parte interessata ha, di regola, il potere di scegliere tra tutela per equivalente e tutela in forma specifica, l'azione risarcitoria per equivalente può essere proposta senza preventiva impugnazione dell'atto lesivo, ma nel termine decadenziale di sei mesi.

La previsione normativa indicata, quindi, viene abbandonata nell'articolato definitivo, nel quale, tuttavia, permangono alcune ampie zone d'ombra.

34. LE SOLUZIONI DEL TESTO DEFINITIVO DEL DECRETO. LA TUTELA IN FORMA SPECIFICA E PER EQUIVALENTE. IL CONSEGUIMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE È SUBORDINATO ALLA DICHIARAZIONE DI INEFFICACIA DEL CONTRATTO.

Il testo finale dell'articolato del decreto, peraltro, non sviluppa in modo compiuto, lo spunto offerto dalla legge di delega, eliminando ogni riferimento esplicito alla pregiudiziale di annullamento.

In questo senso, la disposizione di maggiore interesse è contenuta nel nuovo articolo 245-*quinquies* del codice, riguardante la **tutela in forma specifica e per equivalente**.

Secondo tale disposizione. *1. L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli articoli 245-bis e 245-ter.*

*Se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto dispone, su domanda **e a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione**, il risarcimento per equivalente del danno da questi subito e provato.*

2. La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di cui al comma 1, o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile.

La norma intende affrontare il problema del rapporto tra domanda di risarcimento del danno per equivalente e in forma specifica, anche in relazione alla pronuncia di inefficacia del contratto, rispondendo alle obiezioni prospettate dal parere del Consiglio di Stato.

Dunque, la disposizione contiene ancora qualche elemento dell'originaria impostazione incentrata sul necessario collegamento tra le varie domande (annullamento dell'aggiudicazione, inefficacia del contratto, risarcimento), solo in parte attenuata.

La soluzione della questione non è agevole, perché occorre temperare l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici con il principio della domanda.

Sullo sfondo si agita, poi, il complesso tema della pregiudiziale di annullamento, particolarmente rilevante nel contenzioso in materia di appalti.

Dalla disposizione possono ricavarsi alcuni corollari.

Anzitutto, si afferma la regola secondo cui la richiesta diretta ad ottenere l'aggiudicazione del contratto è in ogni caso subordinata alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

Nella sua accezione immediata, la norma afferma un principio ovvio. Il ricorrente vittorioso non potrebbe ottenere l'affidamento del contratto se prima non sia eliminato dal mondo giuridico il contratto stipulato con l'originario aggiudicatario.

Non c'è bisogno di evidenziare, poi, che la norma, al di là dell'assolutezza apparente della sua formulazione letterale, trova applicazione nei soli casi in cui vi sia stata la stipulazione del contratto con il soggetto contro-interessato.

Inoltre, nonostante la dizione formale della norma, è scontata anche l'affermazione secondo cui la previa dichiarazione di inefficacia del contratto è condizione necessaria pure delle richieste istrumentali, dirette ad ottenere non già l'affidamento del contratto la definizione del potere conformativo della successiva attività dell'amministrazione. Ciò si verifica, in particolare, qualora, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione non sia possibile individuare il soggetto avente titolo all'aggiudicazione, ma occorra il rinnovo delle operazioni di gara. Si tratta dei casi in cui il ricorrente intende provocare il rinnovo della gara: la realizzazione di tale interesse è possibile solo se il contratto stipulato è dichiarato inefficace.

La norma non chiarisce affatto quali siano le conseguenze della mancanza di una domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto proposta dal ricorrente, che intenda ottenere l'aggiudicazione.

Le soluzioni ipotizzabili sono molteplici.

Una prima tesi porterebbe ad affermare che, in mancanza di una domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto, la richiesta di attribuzione del contratto sarebbe, in radice, inammissibile. La domanda di inefficacia del contratto, quindi, rappresenterebbe un onere della parte.

Più ragionevole è la tesi secondo cui la richiesta di attribuzione del contratto implichi sempre (sul piano logico e non già per una forzata presunzione legale) la domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto. Del resto, il potere di qualificazione e di interpretazione della domanda spetta sempre al giudice.

Allo stesso esito si potrebbe pervenire seguendo il diverso percorso argomentativo incentrato sulla sussistenza di un generale potere officioso del giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto. Ma le premesse e gli sviluppi di tale ragionamento risultano meno persuasivi.

35. LA LIMITAZIONE DEL RISARCIMENTO DEL DANNO: UNA PREVISIONE DI DUBBIA LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE E COMUNITARIA.

Il secondo periodo del comma 1, poi, muove da un principio anch'esso ovvio. Se il contratto rimane in piedi, perché il giudice non ne dichiara l'inefficacia, l'interessato non può conseguire la tutela in forma specifica, ma deve accontentarsi della tutela per equivalente.

Probabilmente, però, la disposizione contiene anche il residuo dell'originaria impostazione del legislatore delegato: la decisione sulla sorte del contratto spetta al giudice e non è rigidamente condizionata dalla domanda proposta dal ricorrente.

L'elemento di maggiore criticità della disposizione, tuttavia, è rappresentato dalla circostanza che, letteralmente, il risarcimento del danno spetta solo al ricorrente che avrebbe il titolo all'aggiudicazione.

Si potrebbe ritenere che, in questo modo, la disposizione abbia previsto l'esclusione del risarcimento del danno per mera perdita di *chances* di aggiudicazione.

Se è così, i dubbi sulla legittimità costituzionale e comunitaria della norma sono fin troppo evidenti.

Non si comprende, infatti, quale disposizione della direttiva n. 66/2007 attribuisca agli Stati membri il potere di privare l'interessato di qualsiasi forma di tutela, nel caso in cui il giudice abbia reputato di conservare il contratto e il ricorrente, in base alla violazione accertata, non possa dimostrare di avere titolo all'aggiudicazione.

Sul versante costituzionale, poi, la violazione dell'articolo 24 emerge in modo palese.

Una limitazione del risarcimento del danno subito dal ricorrente, poi, non è in alcun modo contemplata tra i criteri di delega racchiusi nell'articolo 44 della legge n. 88/2009.

In linea di fatto, poi, non si comprende quale sia l'effettiva utilità di siffatta limitazione. Se l'intento è quello di non gravare troppo le amministrazioni, bisogna replicare che la sede naturale della comparazione tra interessi contrapposti delle parti è rappresentata proprio dal giudizio in cui si decide se privare o meno di effetti il contratto. In tali ambiti è possibile verificare quali soluzioni siano suscettibili di pesare maggiormente sull'interesse della stazione appaltante.

Anche in termini puramente economici, poi, è evidente che il riconoscimento del danno da perdita di *chances* a più di un concorrente non determina affatto la moltiplicazione del presumibile utile di impresa fra più soggetti. Al contrario, tale somma complessiva dovrà essere divisa tra i diversi soggetti interessati, che abbiano comprovato ritualmente e tempestivamente il danno subito.

Insomma, è ragionevole ritenere che questa disposizione, se non disapplicata dai giudici amministrativi, è destinata ad essere rapidamente espunta dall'ordinamento.

36. IL RAPPORTO TRA TUTELA IN FORMA SPECIFICA E PER EQUIVALENTE.

Piuttosto chiara è poi la ratio dell'ultimo comma, che tocca il delicato tema del rapporto tra la tutela in forma specifica e il risarcimento per equivalente.

La disposizione sembra riconoscere il potere di scelta della parte interessata, tra la tutela in forma specifica e la tutela per equivalente. Si stabilisce, peraltro, che la mancata richiesta di subentrare nel contratto (considerata come domanda di risarcimento del danno in forma specifica), se ingiustificata, può precludere (o ridurre) il diritto al risarcimento del danno per equivalente.

A ben vedere, la norma non introduce una regola del tutto nuova nel nostro diritto vivente, ma codifica un principio già espresso più volte dalla Cassazione civile. L'autore dell'illecito, convenuto per il risarcimento del danno per equivalente, può sempre offrire di eseguire la materiale attività di ripristino del diritto violato. Il creditore, a sua volta, ha il potere di rifiutare l'offerta, ma solo se ciò non sia contrario alla buona fede.

Probabilmente, allora, la norma potrebbe apparire superflua. Ma, evidentemente, la codificazione del principio è destinata a rendere più certe le applicazioni concrete della regola.

In sostanza, in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, la stazione appaltante ha la facoltà di offrire il "subentro" nel contratto al ricorrente vittorioso. Se questi rifiuta, senza giustificato motivo, perde il diritto al risarcimento del danno per equivalente.

Va aggiunto che, poi, il tema della conservazione di effetti del contratto è comunque destinato ad essere affrontato dalle parti in funzione della decisione del giudice sulla sorte del contratto.

Potrebbe essere opportuno verificare l'incidenza della norma in esame sulla questione della "pregiudiziale di annullamento", ossia sulla facoltà della parte interessata di proporre la domanda di risarcimento per equivalente senza la tempestiva impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.

Come si è detto, la formula definitiva del decreto legislativo supera ogni possibile suggestione diretta alla introduzione di una specifica regola della pregiudiziale (addirittura "rafforzata").

Pertanto, la sequenza delle regole previste dall'articolo 245-quinquies potrebbe determinare, indirettamente (almeno in determinati casi), conseguenze pratiche molto simili a quelle derivanti dalla regola della pregiudiziale.

Infatti, la mancata proposizione della domanda diretta alla dichiarazione di inefficacia del contratto potrebbe precludere il risarcimento del danno per equivalente. A sua volta, però, la domanda per la dichiarazione di inefficacia del contratto presuppone la domanda di annullamento dell'aggiudicazione, da proporre nel brevissimo termine decadenziale di trenta giorni.

In definitiva, la parte che decida di proporre direttamente una domanda risarcitoria per equivalente, senza impugnare tempestivamente l'aggiudicazione, corre il fortissimo rischio di una pronuncia di rigetto, incentrata sulla regola dell'articolo 245-quinquies.

37. LE SANZIONI ALTERNATIVE: UN ISTITUTO DI COMPLESSA COLLOCAZIONE SISTEMATICA.

Al numero 4) dell'articolo 44 della legge n. 88/2009, si prevede, quale criterio di delega, quello diretto a "disciplinare le **sanzioni alternative**", fissando i limiti minimi e massimi delle stesse.

In questa parte, la delega sembra preoccupata, essenzialmente, di determinare i minimi edittali delle sanzioni. Piuttosto singolare è invece la circostanza che non si

definiscano altri aspetti riguardanti gli stessi presupposti oggettivi e soggettivi di applicazione e le modalità processuali di accertamento e applicazione.

La lacuna della legge delega risulta grave, considerando che, a ben vedere, anche la direttiva comunitaria appare davvero povera di indicazioni e contiene elementi di disciplina di difficile lettura.

Non può sfuggire all'interprete che tutta l'impostazione della direttiva in ordine alle sanzioni alternative riesce di faticosa comprensione, anche sul terreno strettamente pratico.

In primo luogo, sembra davvero inusuale la scelta di prevedere sanzioni applicate alle stazioni appaltanti, ossia a soggetti pubblici, finanziati dalla collettività. Quale possa essere il reale valore dissuasivo di sanzioni che, in definitiva, lo Stato (inteso in senso ampio) applica a se stesso (incassando i proventi delle pene pecuniarie che deve pagare) è davvero arduo stabilirlo. La direttiva vorrebbe attenuare questo inconveniente, stabilendo che le sanzioni pecuniarie dovrebbero essere versate a un organo indipendente dalla stazione appaltante.

Il decreto n. 53/2010, del resto, si guarda bene dallo stabilire le conseguenze personali delle sanzioni in capo ai soggetti fisici autori delle violazioni.

Ovviamente, la carenza di norme specifiche non impedirà di attivare i pertinenti procedimenti diretti ad accertare eventuali responsabilità personali dei funzionari e dei responsabili delle gare.

Anche se poi, probabilmente, lo stesso danno erariale derivante dal pagamento delle sanzioni pecuniarie sarà difficilmente configurabile, dal momento che, per l'apparato pubblico complessivo, il pagamento della pena pecuniaria dovrebbe essere finanziariamente neutro.

Ma non è affatto chiara, nel complesso, la *filosofia* del legislatore comunitario: perché prevedere sanzioni alternative solo per le violazioni contemplate dalla direttiva n. 66/2007 e non anche per altre ipotesi di violazioni sostanziali, spesso molto più gravi, delle direttive 17 e 18?

Non solo, ma non è persuasiva la stessa impostazione diretta a configurare l'applicazione di misure pecuniarie come sanzioni alternative alla privazione di effetti del contratto.

Evidentemente, il legislatore comunitario muove dall'idea secondo la quale la privazione di effetti del contratto risponde essenzialmente all'esigenza di colpire una condotta errata dell'amministrazione. La privazione di effetti del contratto è vista come sanzione.

Ma è una prospettiva davvero riduttiva: per un verso, l'inefficacia del contratto incide anche sulla sfera giuridica del terzo aggiudicatario. Per altro verso, nell'esperienza concreta, l'inefficacia del contratto è conseguenza di una violazione, ma proiettata verso la realizzazione dell'interesse del ricorrente vittorioso.

Il decreto n. 53/2010 individua le caratteristiche sostanziali di tali sanzioni e i presupposti applicative.

Il nuovo articolo 245-bis del codice, al comma 4 stabilisce che «Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 245-quater».

Pertanto, le sanzioni alternative si applicano solo nei casi di «gravi violazioni».

L'articolo 245-quater individua la tipologia e i limiti edittali delle sanzioni alternative, «da applicare *alternativamente o cumulativamente*»:

a) la sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante, di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, inteso come prezzo di aggiudicazione, che è versata all'entrata del bilancio dello Stato o con imputazione al capitolo 2301, capo 8 «Mulle, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria» - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga sanzione; decorso il termine per il versamento, 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) la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del dieci per cento ad un massimo del cinquanta per cento della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

Quanto alla competenza, la normativa delegata anche in attuazione dei vincoli derivanti dalla legge delega, prevede che le stesse sanzioni siano applicate dal giudice: «2. Il giudice amministrativo applica le sanzioni, assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che 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. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

Si possono manifestare seri dubbi, però, in ordine alla compatibilità di questo potere con la funzione giurisdizionale.

Parte dei dubbi potrebbe essere superata considerando le diverse condizioni imposte dal decreto n. 53/2010, che mette al centro l'imparzialità del giudice e (in modo meno persuasivo) il carattere processuale delle sanzioni.

Sussistono perplessità anche in merito alla previsione delle sanzioni alternative nei casi in cui sia stato violato il termine dilatorio per la stipulazione del contratto, o quello obbligatorio derivante dalla proposizione del ricorso accompagnato dalla domanda cautelare.

In particolare, il comma 3 dell'articolo 245-quater prevede che *«Il giudice applica le sanzioni di cui al comma 1 anche qualora il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito per la stipulazione del contratto, ovvero è stato stipulato senza rispettare la sospensione della stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, quando la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento»*.

Secondo la norma, quindi, le sanzioni alternative vanno applicate quando la violazione del termine non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento. Tuttavia, è pur sempre necessario che vi sia stata, insieme al mancato rispetto dei termini, una violazione sostanziale di norme contenute nelle direttive n. 17/2004 e n. 18/2004.

Non sembra, peraltro, che la direttiva consenta di limitare l'applicazione delle sanzioni alternative a questi casi soltanto. Al contrario, risulta preferibile l'opinione secondo cui la violazione del termine determini in ogni caso la necessità di applicare la sanzione alternativa (che potrebbe essere opportunamente contenuta nei casi in cui non vi siano anche altre violazioni sostanziali).

Senza considerare, poi, che, in ogni caso, nel meccanismo delineato dal decreto legislativo, l'operatività delle sanzioni alternative è sempre subordinata ad una iniziativa di parte. Non sembra che questa limitazione procedurale sia permessa dal diritto comunitario.

L'articolo 2 sexies della direttiva (rubricato *Violazioni della presente direttiva e sanzioni alternative*) risulta al riguardo molto chiaro, ancorché redatto con la infelice tecnica dei rinvii incrociati.

Infatti, il comma 1 contempla in modo puntuale il *caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2*. Si tratta delle ipotesi di violazione dei termini sospensivi per la stipulazione del contratto. In tali eventualità, gli Stati membri prevedono la privazione di effetti a norma dell'articolo 2 quinquies, paragrafi 1, 2 e 3, ovvero sanzioni alternative. Gli Stati membri possono anche prevedere che l'organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice decida, dopo aver valutato tutti gli aspetti pertinenti, se il contratto debba essere considerato privo di effetti o se debbano essere irrogate sanzioni alternative.

Detta normativa non si applica qualora sussista una violazione del termine che non è contemplata dall'articolo 2 quinquies, paragrafo 1, lettera b). La deroga riguarda il caso molto più grave, in cui, insieme alla violazione del termine, vi sia il duplice requisito della violazione sostanziale e della incidenza sulla possibilità del ricorrente di proporre ricorso prima della stipulazione.

In presenza di tale evenienza, gli Stati membri devono prevedere l'inefficacia del contratto, salva l'eccezionale facoltà, per esigenze imperative, di conservare gli effetti del contratto, applicando sanzioni alternative.

In altre parole, la direttiva impone di colpire comunque anche la mera violazione del termine sospensivo, sia pure mediante l'irrogazione di sanzioni alternative.

La norma di recepimento non risulta conforme alla indicata prescrizione della norma comunitaria.

38. LE SPESE DI GIUSTIZIA. IL CONTRIBUTO UNIFICATO PER I MOTIVI AGGIUNTI E PER IL RICORSO INCIDENTALE È DOVUTO MA SOLO SE TALI ATTI CONTENGONO DOMANDE NUOVE.

L'articolo 15, comma 3 del decreto n. 53/2010, prevede una nuova disciplina in tema di contributo unificato, riguardante il **ricorso incidentale** e i **motivi aggiunti**.

3. Nell'articolo 13, comma 6-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, le parole: «per i predetti ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture» sono sostituite dalle seguenti: «per i ricorsi in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, ivi compresi quelli per **motivi aggiunti e quelli incidentali contenenti domande nuove**».

Il riferimento alle sole «domande nuove» permette di comprendere l'esatta portata della disposizione.

Essa riguarda, anzitutto, i casi di motivi aggiunti volti all'impugnazione di provvedimenti connessi a quello gravato con il ricorso originario. I motivi aggiunti «tradizionali», quindi, non soggiacciono all'obbligo in esame.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale, la formula è senz'altro più problematica. La tesi più plausibile è quella secondo cui la norma si riferisce ai soli casi in cui il ricorrente incidentale mira ad ottenere un risultato sostanziale diverso dalla mera conservazione del vantaggio derivante dal provvedimento impugnato dal ricorrente principale.

Si pensi al frequente caso dell'aggiudicazione impugnata dall'impresa seconda classificata, in una gara con due soli concorrenti. Se il ricorrente principale è rivolto solo alla contestazione dei punteggi attribuiti dalla commissione, il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario resistente mira solo a conservare l'aggiudicazione ottenuta e, pertanto, non dovrebbe soggiacere all'obbligo del contributo unificato.

Viceversa, nella stessa ipotesi di due soli concorrenti, se il ricorrente, secondo classificato contesta l'ammissione alla gara dell'aggiudicatario e questi, a sua volta, con il ricorso incidentale impugna l'ammissione della ricorrente, mirando all'annullamento integrale della procedura, sarà dovuto il contributo unificato anche sul ricorso incidentale.