

Il recepimento della direttiva ricorsi: il decreto legislativo 53/2010. di Ileana Boccuzzi

Sommario: 1. Considerazioni generali sugli appalti pubblici. 2. La Direttiva ricorsi 2007/66/CE. 3. Il recepimento della direttiva. 3.1. Termine dilatorio-sospensivo. 3.2. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva. 3.3. Misure di incentivazione dell'accordo bonario. 3.4. Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato. 3.5. Ricorso giurisdizionale. 3.6. Giurisdizione. 3.7. Le conseguenze sulla sorte del contratto. 3.7.1. Ipotesi di inefficacia del contratto. 3.8. Tutela processuale. 4. Conclusioni.

1. Considerazioni generali sugli appalti pubblici. La tematica degli appalti pubblici è connotata da una certa complessità determinata sia dallo squilibrio soggettivo caratterizzante le parti contraenti sia dalla commistione tra diritto amministrativo e diritto civile come discipline applicabili l'uno, alla fase in cui l'amministrazione esteriorizza il pubblico interesse che intende perseguire, tramite il bando, la selezione dei contraenti, l'aggiudicazione e l'approvazione del contratto, l'altro alla stipula ed esecuzione del contratto.

Premesso che, secondo l'art. 1 della legge n. 241 del 1990 (così riformata dalla legge 15 febbraio 2005 n. 5), l'amministrazione può agire secondo le norme di diritto privato quando non adotta atti di natura autoritativa, comunque, la sua azione è condizionata dal vincolo di scopo dell'interesse pubblico, di cui ne viene riconosciuta la compatibilità con l'utilizzo dello strumento privatistico, costituendo il limite generale dell'*agere* amministrativo. Da un lato, quindi, si assiste all'applicazione dei principi del diritto privato, dall'altro, all'affermazione del diritto pubblico che condiziona la fase di formazione della volontà, integrazione dell'efficacia ed esecuzione del contratto.

Una particolare questione, prodotta, appunto, dalla configurazione bifasica del contratto d'appalto, riguarda il rapporto tra l'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto, che è stata ed è ancora oggetto di opinioni differenti dalla dottrina ma soprattutto dalle posizioni incerte della giurisprudenza sia in merito al giudice competente sia in merito alla tutela dell'aggiudicatario escluso illegittimamente.

Come noto, la materia degli appalti pubblici è stata notevolmente integrata dalla normativa comunitaria di avvicinamento delle legislazioni nazionali. Il divieto di discriminazioni effettuate sulla base della nazionalità, il divieto delle restrizioni alle importazioni, il diritto di stabilimento, la libera prestazione di servizi, il divieto di misure restrittive della concorrenza sono i principi rilevanti, riconducibili all'art. 81 del Trattato, che il diritto comunitario ha ritenuto applicabili alla normativa dei contratti pubblici degli Stati membri, intervenendo in tutte le fasi e tutti gli aspetti delle procedure di aggiudicazione fino all'esecuzione dei contratti stessi. In particolare, il rispetto delle libertà economiche fondamentali e i principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza sono volti a realizzare l'incremento delle opportunità imprenditoriali e, nel contempo, l'aumento per la collettività dei benefici ottenuti in relazione ai costi sostenuti dalle pubbliche amministrazioni prodotto dall'introduzione di adeguate forme di semplificazione e modernizzazione delle procedure¹.

E' stata, soprattutto, la spinta del diritto comunitario e del ruolo della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia che hanno portato all'elaborazione del Codice dei Contratti pubblici relativo a lavori, servizi e forniture, adottato con il d.lgs. 163/2006, che recepisce le direttive

¹ S. CASSESE, *Corso di diritto amministrativo*, Terza ed. Giuffrè, 2009.

17/2004 e 18/2004: un testo unitario che dà spazio ad una normativa prima caratterizzata dalla frammentarietà della disciplina applicabile. Il decreto contiene i principi vigenti sia per la fase dell'aggiudicazione del contratto all'operatore economico prescelto, che la fase dell'esecuzione del contratto stesso, nonché la disciplina dei mezzi di tutela degli interessati per entrambe le fasi.

2. La Direttiva ricorsi 2007/66/CE. Uno dei profili principali che connota la materia degli appalti è costituito dalla problematica dei ricorsi giurisdizionali potenzialmente volti ad assicurare la massima tutela ai vari soggetti portatori di un interesse giuridicamente protetto, la pubblica amministrazione, il privato contraente, originario aggiudicatario dell'appalto, e il concorrente che si definisce illegittimamente pretermesso.

La prima direttiva, in materia, la 89/665/CE, era stata adottata allo scopo di aumentare le garanzie di trasparenza e di non discriminazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici nella Comunità, dotando le imprese di un livello equivalente di garanzie giuridiche in materia di ricorsi in tutti gli Stati membri. In particolare, la disciplina comunitaria ha posto attenzione all'adozione di meccanismi che possano assicurare, nel modo più efficiente possibile, il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di appalti, in particolare in una fase in cui le violazioni possono essere ancora corrette; in altri termini, fare in modo che i mezzi di ricorso siano rapidi ed efficaci in caso di violazioni delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, in modo da bilanciare la duplice esigenza di ovviare alle ingiustizie subite per le imprese non aggiudicatarie attraverso una rapida correzione di quest'ultime e l'esigenza dell'aggiudicatario illegittimo, come anche della stazione appaltante, a rendere certo e stabile il rapporto contrattuale.

Le direttive 89/665/CE e 92/13/CE, riferite rispettivamente ai settori ordinari e ai settori speciali degli appalti, ponevano obiettivi generali con l'auspicio che gli Stati membri adottassero le misure necessarie per garantire che le decisioni prese dagli enti aggiudicatori potessero essere oggetto di un ricorso efficace, e prevedevano che gli Stati membri non dovessero necessariamente esercitare effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione cui si riferiscono; in altri termini, nulla dicevano circa gli elementi che dovevano sussistere perché si avesse responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice. La direttiva 2007/66, invece, interviene *funditus* prescrivendo puntuali rimedi procedurali in materia. Le precedenti direttive, sono state, in ogni caso, decisive per scardinare il dogma dell'irrisarcibilità delle posizioni di interesse legittimo consentendo nella materia degli appalti di conseguire, sia pure attraverso un doppio ricorso innanzi a due giudici, una piena tutela risarcitoria.

La Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, che modifica le citate direttive, è volta al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti, comprendenti gli appalti pubblici, gli accordi quadro, le concessioni di lavori pubblici e i sistemi dinamici di acquisizione. In altri termini, essa vuole ovviare a due questioni di fondo riscontrate nella prassi: la mancanza di ricorsi efficaci contro la pratica degli affidamenti diretti illegittimi di appalti pubblici e la stipula affrettata dei contratti di appalto da parte dei soggetti aggiudicatari tesa a privare gli operatori economici non aggiudicatari della possibilità di proporre ricorsi efficaci prima della conclusione del contratto.

Tali situazioni patologiche hanno trovato riscontro come realtà fattuali a causa di una serie di lacune nei meccanismi di tutela previsti dalle precedenti direttive che non permettevano di garantire il rispetto delle disposizioni comunitarie in materia di aggiudicazione, soprattutto in una fase in cui le violazioni possono essere ancora corrette.

La risposta ai citati interrogativi è offerta, appunto, dalla direttiva *de qua*, che indica espressamente i principi essenziali che gli Stati membri devono osservare per impedire che gli atti

assunti in violazione delle regole primarie sull'affidamento degli appalti pubblici raggiungano comunque il loro effetto.

In particolare, la direttiva prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di rispettare un congruo termine dilatorio-sospensivo (c.d. *stand-still*), di almeno dieci giorni civili o quindici giorni, fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. La conclusione di un contratto, in seguito alla decisione di aggiudicazione di un appalto, disciplinato dalla direttiva 2004/18/CE, non può avvenire prima dello scadere di detto termine. Il termine decorre dalla comunicazione dell'avviso di aggiudicazione a tutti i concorrenti che hanno partecipato alla procedura di evidenza pubblica e deve contenere una relazione illustrativa dei motivi fondativi della propria decisione.

Nello stesso termine, l'interessato può proporre ricorso giurisdizionale (art. 2-*quater*). In definitiva, si tratta dello stesso periodo di tempo che deve trascorrere tra la comunicazione dell'aggiudicazione e la stipulazione del contratto; in questo modo, la direttiva si pone a favore di una piena coincidenza tra il termine dilatorio e il termine per la proposizione del ricorso. In caso di effettiva proposizione del ricorso giurisdizionale, la direttiva prevede un periodo di sospensione automatica della stipula del contratto fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito a scelta degli Stati membri). La citata disposizione è chiaramente volta a tutelare la posizione del soggetto pretermesso in modo da permettere che l'eventuale pronuncia di annullamento degli atti di gara non arrivi troppo tardi, ossia quando ormai il contratto ha già avuto esecuzione.

La *ratio* sottesa all'adozione dei citati meccanismi preferisce impedire che il contratto produca effetti, piuttosto che intervenire successivamente per eliminare gli effetti di un contratto già stipulato ed eseguito.

Alle citate prescrizioni che definiscono l'obbligo di osservanza del termine sospensivo la direttiva contrappone specifiche ipotesi di deroga. Il termine sospensivo, infatti, può non essere rispettato se la direttiva 2004/18/CE non prescrive la previa pubblicazione del bando nella Gazzetta dell'Unione europea o se l'unico offerente interessato è colui al quale è stato aggiudicato l'appalto e non vi siano candidati interessati.

A corredo di tali disposizioni, la normativa prevede un articolato sistema di sanzioni, graduate in base alla gravità della violazione del diritto comunitario, in modo da assicurare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

In particolare, la violazione delle suddette regole comporta, in specifiche ipotesi, riconosciute particolarmente gravi, l'obbligatoria **privazione degli effetti del contratto** eventualmente stipulato (art. 2-*quinqüies*); in primo luogo, si ha privazione degli effetti se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito dalla direttiva 2004/18. La non pubblicità del bando riduce, infatti, i potenziali concorrenti influenzando negativamente sulla concorrenza. Secondo il considerando n. 14 della direttiva, "*la privazione degli effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere*".

Il contratto è, altresì, privo di effetti quando la violazione dei termini sospensivi abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipula del contratto; a ciò si aggiunge la violazione sostanziale di determinate disposizioni della direttiva 2004/18/CE se questa violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto; infine, la privazione è prevista nel caso di un appalto basato su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, qualora vengano violate le prescrizioni sostanziali riguardanti i presupposti per l'utilizzo di tali moduli negoziali.

Per queste fattispecie di violazioni, l'art. 2-*quinqüies*, par. 3, della direttiva prescrive che gli Stati membri hanno la facoltà di prevedere casi in cui l'organo di ricorso possa non considerare un

contratto privo di effetti, sebbene lo stesso sia stato aggiudicato illegittimamente, qualora il giudice rilevi che il rispetto di esigenze connesse ad un interesse generale imponga che gli effetti del contratto siano mantenuti, nel qual caso si applicano le sanzioni alternative.

La direttiva non impedisce agli Stati membri di tipicizzare altre ipotesi di privazione degli effetti. Inoltre, essa lascia agli Stati membri la facoltà di definire le conseguenze di un contratto privo di effetti. Pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere (*ex nunc*). In questo caso, gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni.

Per le violazioni non gravi, invece, spetta al diritto nazionale determinare gli effetti dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto, con espressa previsione di limitare la tutela al solo risarcimento del danno per equivalente, con conservazione del contratto sebbene preceduto da illegittima aggiudicazione.

La direttiva prevede, altresì, ipotesi facoltative di privazione degli effetti del contratto. Si tratta di violazioni formali per le quali la privazione degli effetti potrebbe risultare sproporzionata. In questi casi gli Stati membri possono scegliere se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, diversi dal solo risarcimento del danno, purché proporzionati e dissuasivi che possono consistere o nell'irrogazione alla amministrazione aggiudicatrice di sanzioni pecuniarie, ovvero nella riduzione della durata del contratto.

La sanzione pecuniaria, come quella della riduzione della durata contrattuale, sono alternative alla privazione di effetti del contratto ma presuppongono una decisione di annullamento dell'aggiudicazione e sono compatibili con il risarcimento del danno.

Sotto il profilo processuale, la direttiva prevede che la privazione di effetti obbligatoria non debba essere automatica ma accertata con apposita decisione dell'organo di ricorso. Il comma 1 dell'art. 2-*quinquies*, infatti, afferma che la carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma accertata da un organo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice.

Il diritto comunitario non prende alcuna posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della "privazione di effetti", perché intende lasciarne la soluzione agli Stati membri.

La direttiva contempla, innovativamente, la possibilità per gli Stati membri di stabilire che la domanda di risarcimento dei danni debba essere subordinata alla richiesta di annullamento dei provvedimenti illegittimi. Dunque, l'introduzione della pregiudizialità non sarebbe in contrasto con la direttiva ricorsi.

La *ratio* che sottintende alla normativa è da valutare in un'ottica di dissuasione attuata mediante l'irrogazione diretta di sanzioni alla stazione appaltante in modo da assicurare una tutela di tipo obiettivo in una logica piuttosto sanzionatoria che risarcitoria che guarda più alla violazione del diritto comunitario che agli interessi dei concorrenti². Tale affermazione risulta ancor più comprensibile se inserita nella logica generale della direttiva dove l'impianto mira piuttosto a tutelare l'interesse di ciascun operatore economico a partecipare alla gara pubblica in condizioni di parità che la Pubblica amministrazione la quale, semmai, si configura quale soggetto passivo, obbligato all'osservanza di regole volte all'efficienza e al buon andamento della propria azione³.

In definitiva, possiamo notare come il legislatore comunitario lascia agli Stati membri ampi margini di manovra in sede di recepimento, soprattutto in quelle decisioni peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, quali la pregiudiziale amministrativa, le conseguenze

² S. PELINO, *La nuova direttiva ricorsi e l'impatto con il sistema di giustizia nazionale*, Riv. trim. degli appalti. 2008, fasc. 3.

³ A. PANAGIA, *La sorte del contratto di appalto stipulato a valle di un'aggiudicazione illegittima*, I contratti, 1/2010.

giuridiche del contratto, le sanzioni applicabili, ambiti nei quali è possibile cogliere una certa indeterminazione nelle soluzioni definite.

3. Il recepimento della direttiva. Il 20 marzo 2010 è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri il decreto legislativo n. 53 del 2010, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 84 del 12 aprile 2010, che ha apportato notevoli cambiamenti alla materia complessa degli appalti. Il decreto è stato emanato in attuazione dell'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 80 che conferiva la delega al Governo per l'attuazione della direttiva 2007/66, entro il termine di recepimento inizialmente previsto per il 20 dicembre 2009 (poi prorogato di novanta giorni per effetto della sottoposizione dello schema di decreto al parere delle commissioni parlamentari).

Il legislatore delegato ha preferito non collocare il recepimento della direttiva nell'ambito della riforma del processo amministrativo attualmente *in itinere*, optando invece per l'introduzione di profonde modifiche ed integrazioni del d.lgs. 163/2006, c.d. Codice dei Contratti pubblici. In ogni caso, molte di queste disposizioni confluiranno nel futuro Codice del processo amministrativo.

Il decreto delegato adotta una soluzione unificata per tutte le procedure di ricorso in materia di contratti pubblici estendendo così l'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie senza alcuna distinzione in base al valore dell'appalto ovvero all'appartenenza del contratto ai settori speciali⁴. In questo modo, il legislatore assicura un quadro processuale omogeneo per tutti i tipi di contratti contemplati dal codice dei contratti, ancorchè non aventi rilevanza comunitaria.

Di seguito, cercherò di individuare la portata delle novità principali apportate nel nostro ordinamento dal legislatore a seguito del recepimento della direttiva.

3.1. Termine dilatorio-sospensivo. Il Codice dei contratti già prevedeva all'art. 11, comma 10, anticipando quanto avrebbe disposto la direttiva 2007/66, un termine dilatorio, di trenta giorni, decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione, prima della stipulazione del contratto il cui termine era fissato in sessanta giorni. Questo per consentire ad eventuali ricorrenti di esperire azioni giudiziali. Incerto, al riguardo, si considerava il *dies a quo* da cui far decorrere il termine dilatorio: se il termine di riferimento fosse la comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria o di quella definitiva. Tuttavia, siffatta disposizione, nel caso di sua inosservanza, era sfornita di sanzione.

Come sopra ricordato, la direttiva impone che il termine dilatorio per la stipulazione del contratto sia coordinato con quello di proposizione del ricorso giurisdizionale. Il decreto legislativo, adeguandosi a tale prescrizione, con la sostituzione dell'intero comma 10 dell'art. 11, ha individuato il primo in trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva, mentre il termine massimo per impugnare l'aggiudicazione è di trenta giorni. Si chiarisce, a questo punto, che l'aggiudicazione di riferimento per la decorrenza dei termini è quella definitiva come ribadito dal sistema delle comunicazioni definito dall'art. 79, oggetto di modifiche dal presente decreto⁵.

⁴ L'applicazione del diritto comunitario da parte delle amministrazioni nazionali si arrestava ad una soglia minima, in relazione all'importo economico del contratto, fissata nella direttiva 18/2004.

⁵ È stato inserito il comma 5 bis all'art. 79, in virtù del quale 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 è 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. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione. Le comunicazioni di aggiudicazione definitiva e di

Il termine per la stipulazione del contratto è fissato in misura più lunga rispetto al termine di proposizione del ricorso al fine specifico di evitare gli inconvenienti derivanti dall'esatta sovrapposizione dei due termini; se fosse in tal senso, la notificazione del ricorso potrebbe pervenire alla stazione appaltante dopo il trentesimo giorno e la stazione appaltante potrebbe provvedere alla stipulazione del contratto non avendo ricevuto notificazione del ricorso.

La preclusione consente ai concorrenti non aggiudicatari di valutare se proporre ricorso e, in caso affermativo, di presentarlo prima della sottoscrizione del contratto.

Secondo il comma 10-*bis* dell'articolo 11 del Codice, il termine dilatorio non si applica nei casi in cui, a seguito della pubblicazione del bando è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o se le impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; infine, nel caso di appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60.

Il legislatore delegato affronta la questione delicata dell'esecuzione anticipata del contratto di cui la normativa comunitaria non parla. In tal senso, l'amministrazione non stipula formalmente il contratto, ma l'esecuzione delle prestazioni inizia comunque a svolgersi, comportando potenzialmente conseguenze più complicate di quelle derivanti dalla stipulazione del contratto anteriore alla scadenza del termine dilatorio, non accompagnata dall'esecuzione anticipata⁶.

La previsione legislativa del nuovo comma 9 stabilisce che l'esecuzione di urgenza non è consentita durante il termine dilatorio e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto, 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, compresa la perdita di finanziamenti comunitari. Quest'ultima fattispecie amplia profondamente l'ambito di applicazione delle deroghe all'esecuzione anticipata attribuendo un'ampia discrezionalità all'amministrazione. Dubbia, inoltre, è da considerare la legittimità del riferimento alla perdita dei finanziamenti comunitari.

Fondamentale è la regolamentazione del diritto d'accesso, tratteggiato ai sensi del comma 5-*quater* dell'articolo 79. Secondo tale previsione, l'accesso agli atti del procedimento con cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia. Il decorso di tale termine comporta la decadenza dal diritto d'accesso ai documenti; potrebbe trattarsi di un tempo troppo breve qualora la comunicazione dei provvedimenti arrivi al destinatario solo all'approssimarsi della scadenza.

L'accesso immediato non comprende, tuttavia, una parte importante della documentazione di gara, in particolare, quella riguardante le offerte degli altri concorrenti in ordine alla quale sono molti i casi di differimenti o divieti.

3.2. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva. L'articolo 3 del decreto introduce il nuovo articolo 79-*bis*, che afferma una deroga esplicita all'inefficacia obbligatoria del contratto. La norma si collega, infatti, ad una delle ipotesi in cui non si applica l'inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni previsti dalla direttiva. L'avviso volontario, pertanto, deve contenere la denominazione e recapito della stazione appaltante; la descrizione dell'oggetto del contratto; la

esclusione indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto. L'intento del legislatore è quello di conferire la massima certezza nei rapporti comunicativi tra stazione appaltante e le imprese concorrenti.

⁶ M. LIPARI, *Il recepimento della direttiva ricorsi: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia flessibile del contratto*, www.federalismi.it.

motivazione 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 sottosoglia; la denominazione e recapito dell'operatore economico a favore del quale è avvenuta l'aggiudicazione definitiva.

3.3. Misure di incentivazione dell'accordo bonario. Il legislatore, come individuato nella legge delega 44/2008, è intervenuto in ambiti che non sono di recepimento della direttiva ma che sono volti a favorire la risoluzione accelerata e non giurisdizionale del contenzioso, specie di quello insorto in fase di esecuzione del contratto. Viene, così, modificato l'art. 240 Codice in materia di accordo bonario, che disciplina, per la soluzione amichevole delle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, un apposito procedimento finalizzato al raggiungimento di un accordo bonario – come definito da alcuni – avente natura ed effetti di transazione⁷. In particolare, tale meccanismo opera quando, nel corso dell'esecuzione di contratti, l'importo economico dell'opera, a seguito dell'iscrizione delle riserve, possa variare in misura sostanziale e comunque non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale.

Per quanto riguarda il termine per la formulazione della proposta di accordo bonario, viene modificato l'articolo 5, il quale ora prevede che tale termine decorra dalla costituzione della commissione e non più dall'apposizione dell'ultima delle riserve. A tale commissione è attribuito il compito di formulare una proposta motivata di accordo che dovrà essere sottoposta alla libera valutazione delle parti.

Con riferimento alla figura del Presidente della commissione è stato introdotto il comma 9-*bis* secondo cui il terzo componente della commissione 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 d.lgs. 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.

Il decreto interviene, altresì, nella misura dei compensi da riconoscere ai commissari, mediante la modifica del comma 10; l'intento è quello di ridurre l'ammontare dei compensi dalla misura precedente del 50% alla misura di un terzo dei corrispettivi minimi dalla tariffa allegata al D.M. 2 dicembre 2000, n. 398. In questo modo, il minor costo per l'amministrazione potrebbe costituire un incentivo ad usare più facilmente l'istituto.

3.4. Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato. Il decreto legislativo n. 53 del 2010 opera una razionalizzazione dell'istituto dell'arbitrato. In primo luogo, si ribadisce l'ammissibilità dell'arbitrato facoltativo. Pertanto, vengono espressamente abrogate le precedenti disposizioni che ne avevano affermato la soppressione (art. 3, commi 19, 20 e 21 della legge 24 dicembre 2007, n. 244).

Il decreto interviene per migliorare l'istituto dell'arbitrato modificando l'articolo 241 del Codice dei Contratti. E' stato inserito il comma 1-*bis* con l'intento di rendere più chiaro l'iter riguardante la decisione di sottoporre o meno la controversia al giudizio arbitrale. La stazione appaltante, infatti, deve indicare nel bando o nell'avviso che indice la gara o nell'invito, per le procedure senza bando, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario, ovviamente, può ricusare tale clausola per non inserirla nel contratto mediante

⁷ E. M. BARBIERI, *L'accordo bonario su decisione vincolante della commissione in materia di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Riv. trim. degli appalti, 2008, fasc. 1.

comunicazione alla stazione appaltante entro il termine breve di venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

Al comma 5, si definiscono in modo più rigoroso i requisiti soggettivi degli arbitri in quanto devono essere "muniti di precipui requisiti di indipendenza e, comunque, scelti 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 del diritto di difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico".

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 funzione di contenimento della spesa, si prevede un tetto massimo dei compensi arbitrali che non può superare l'importo di centomila euro.

Introducendo delle deroghe alla disciplina dell'arbitrato prevista dal codice di procedura civile, il decreto stabilisce che il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici, divergendo, in questo modo dall'art. 824-bis c.p.c. che prevede che il lodo acquisti efficacia di sentenza a far data dalla sua ultima sottoscrizione. Come ha rilevato il Consiglio di Stato, nel parere espresso allo schema di decreto⁸, la diversa disciplina rischia di essere foriera di incertezze interpretative in ordine all'esatta natura del lodo pronunciato sulle controversie relative all'esecuzione degli appalti.

Si prevede, inoltre, secondo il comma 15-bis, l'impugnabilità del lodo, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia. L'impugnazione è proposta nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoottanta giorni dalla data di deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Secondo il comma 15-ter, su istanza di parte, la Corte d'appello può sospendere, con ordinanza, l'efficacia del lodo, se ricorrono gravi e fondati motivi. Si applica l'articolo 351 del codice di procedura civile. Quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio è in condizione di essere definito. In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in una udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione; all'udienza pronuncia 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. Le innovazioni in materia di arbitrato "ordinario" si riflettono, poi, anche sui contratti riguardanti infrastrutture strategiche. Vi è, al riguardo, un'apposita disposizione di coordinamento e rinvio.

3.5. Ricorso giurisdizionale. 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; secondo tale

⁸ Parere del Consiglio di Stato, Commissione Speciale del 25 gennaio 2010, n. 368/2010 del 1 febbraio 2010.

disposizione, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante, per i successivi venti giorni. Entro tale termine, tuttavia, deve intervenire almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione di merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. Tale previsione vuole impedire che la proposizione del ricorso, senza l'adozione di una decisione cautelare del giudice, possa bloccare la stipulazione del contratto per periodi troppo lunghi che favorirebbero la parte ricorrente.

In sintesi, 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, purchè il contratto non sia stato già stipulato.

La sospensione opera, invece, senz'altro quando l'istanza cautelare sia successiva alla proposizione del ricorso principale, ma sia notificata entro il termine decadenziale di trenta giorni e, comunque, prima dello scadere del termine dilatorio di trentacinque giorni.

Secondo quanto espressamente consentito dalla direttiva, il decreto legislativo, nel nuovo articolo 243-*bis*, prevede che chi intenda proporre ricorso giurisdizionale, anche domande meramente risarcitorie, ne dia preventiva comunicazione alla stazione appaltante. Tale onere è chiaramente ispirato ad una *ratio* deflattiva del contenzioso: la comunicazione, scritta e sottoscritta dall'interessato o da un suo rappresentante, deve contenere l'individuazione della presunta illegittimità e dell'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, in modo da consentire alla stazione appaltante di valutare la posizione dell'interessato e, ove ne ravvisi i presupposti, di evitare il giudizio revocando tempestivamente la decisione con un provvedimento di autotutela. La comunicazione può anche essere effettuata 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.

La comunicazione, se scritta, può essere inviata sino alla proposizione del ricorso e non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto né il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale: si tratta di una previsione che trae indicazione dalla direttiva incentrata sulla necessità di impedire la rilevanza dell'informativa nel computo dei termini.

Tale previsione incide profondamente sull'utilità del congegno procedurale, in quanto non consente alcuna dilazione dei termini per il ricorso in pendenza della decisione della stazione appaltante.

La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

La comunicazione non rappresenta una condizione di procedibilità dell'azione: la sua assenza, come anche l'inerzia della stazione appaltante, infatti, costituiscono comportamento valutabile dal giudice nel successivo giudizio ai fini dell'eventuale condanna alle spese nonché dell'accertamento della gravità della colpa e dei danni risarcibili ex art. 1227 c.c.

Il meccanismo dell'informativa preventiva può essere letto sia nell'intento del ricorrente di attivare il potere correttivo dell'amministrazione, sia per consentire alla stazione appaltante di preparare le proprie difese o rinviare la stipulazione del contratto.

3.6. Giurisdizione. L'art. 7 del decreto legislativo sembra dare soluzione alla *vexata quaestio* della giurisdizione e della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione. La disposizione, infatti, aggiunge un nuovo periodo all'art. 244 del Codice dei Contratti, secondo cui

“la giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione e alle sanzioni alternative”.

Rimane salva, quindi, la disposizione dell’articolo 246, comma 4, che impedisce la caducazione del contratto a seguito di annullamento o sospensione dell’affidamento in relazione alla realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi.

Come è noto, tale problematica, dai profili delicati, involge le questioni sul riparto di giurisdizione tra giudice ordinario ed amministrativo, di cui si sono occupate prima le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza del 28 dicembre 2007, n. 27169 e successivamente l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 9 del 30 luglio 2008⁹, la cui soluzione influisce sulla tutela effettiva delle posizioni giuridiche dei soggetti coinvolti.

L’annosa questione che ha visto dottrina e giurisprudenza divise sul riparto di giurisdizione trova approdo con la disposizione del decreto che attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione in ordine alla sorte del contratto e alle sanzioni alternative; in tal senso, la domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione viene qualificata come comprensiva della domanda di conseguire l’aggiudicazione e il contratto nonché della domanda di privazione di effetti del contratto, ove *medio tempore* stipulato.

La soluzione dell’attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo è stata anticipata recentemente dalla giurisprudenza, espressa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte con l’ordinanza 2906/2010, che ribalta l’orientamento reiteratamente affermato¹⁰ basato sulla distinzione della fase pubblicistica e della fase privatistica, per cui spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulla domanda volta a conseguire tanto la dichiarazione di nullità quanto quella di inefficacia o annullamento del contratto d’appalto stipulato, a seguito dell’annullamento della delibera di aggiudicazione, adottata all’esito di una procedura ad evidenza pubblica.

Questa posizione muoveva le sue premesse dall’assunto che, indipendentemente dai profili sostanziali che seguono all’annullamento del provvedimento di aggiudicazione (identificati dalla giurisprudenza nell’annullabilità¹¹, nullità¹², caducazione automatica¹³, o inefficacia

⁹ In questa sentenza il Consiglio di Stato aderisce all’orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui deve ritenersi sottratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la domanda volta a far accertare l’avvenuta caducazione del contratto a seguito dell’annullamento della gara; ma ha, altresì, aggiunto come, in sede di ottemperanza, il giudice amministrativo – qualora la PA non dia esecuzione spontanea al giudicato in conformità dell’annullamento dell’aggiudicazione – possa realizzare il contenuto conformativo della sentenza di annullamento, sostituendo, tramite la nomina di un commissario *ad acta*, il concorrente illegittimamente pretermesso nella posizione dell’aggiudicatario quale reintegrazione in forma specifica.

¹⁰ Sentenza SS.UU. 28 dicembre 2007 n. 27169.

¹¹ Tale tesi risulta seguita dalla prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione. *Ex multis* v. Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass. Sez. I, 17 novembre 2000, n. 14901; in dottrina, v. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, 1988. Appoggiano la tesi dell’annullabilità per vizio del consenso della P.A., M. MONTEDORO, *Illegittimità del procedimento ad evidenza pubblica e nullità del contratto d’appalto ex art. 1418, comma 1 c.c.: una radicale “svolta” della giurisprudenza tra luci ed ombre*, in Foro amm. TAR, 2002; in giurisprudenza, v. Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465. Seguono l’annullabilità per sopravvenuta carenza di legittimazione negoziale della P.A., v. GIANNINI, *op. cit. Contra*, in dottrina, *ex multis*, F. CARINGELLA, *Annullamento della procedura di evidenza a monte e sorte del contratto a valle: patologia o inefficacia*, in Corr. Giur., 2004; S. TASSONE, *Illegittimità della procedura di evidenza pubblica e sorte del contratto privatistico medio tempore stipulato*, in Giur. It., 2006.

¹² La tesi della nullità del contratto è sostenuta da V. CERULLI IRELLI, *L’annullamento dell’aggiudicazione e la sorte del contratto*, in Giorn. Dir. Amm., 2002; G. CORAGGIO, *Effettività del giudicato e invalidità del contratto stipulato a seguito di aggiudicazione illegittima*, in Dir. Proc. Amm., 2003. In giurisprudenza, v. Cons. Stato, V, 5 marzo 2003, n. 1218; TAR Veneto, Sez. I, 3 settembre 2003, n. 4608, in Serv. Pubblici e appalti, 2004; TAR Milano, Sez. III, 5 dicembre 2002, n. 4724.

¹³ Cass., Sez. I, 26 maggio 2006, n. 12629; Cass. Sez. Un., 28 novembre 2007, n. 24658. In dottrina, v. L. GAROFALO, *La figura legislativa della caducazione del contratto*, in Urb. App., 2008.

sopravvenuta¹⁴), la controversia in oggetto riguarda il rapporto di esecuzione su cui insistono diritti soggettivi perfetti, e non interessi legittimi, e dal fondamento costituzionale dell'art. 103 che afferma il principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico del criterio di riparto della giurisdizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi (diritto privato e diritto amministrativo). Tale indirizzo appariva, altresì, in linea con la pronuncia della Corte Costituzionale 204/2004, secondo cui, quando la controversia riguarda diritti soggettivi e non si colloca in alcun modo in un'area di rapporti nella quale la Pubblica Amministrazione agisce attraverso l'esercizio di poteri autoritativi, la cognizione della stessa appartiene al giudice ordinario. In virtù del criterio di riparto, provvedimento di aggiudicazione e contratto restano due realtà autonome e le vicende dell'uno non valgono ad ampliare o restringere l'ambito di giurisdizione stabilita.

L'ordinanza 2906/2010, poggiando la sua motivazione sui principi della direttiva 2007/66 che rendono necessario l'attuazione del principio di concentrazione del processo e quello di effettività della tutela giurisdizionale, riconosce una stretta connessione tra la domanda di annullamento dell'aggiudicazione e quella di privazione degli effetti del contratto stipulato tale da poter essere trattate unitariamente davanti al giudice amministrativo. In questo modo, il diritto comunitario incide profondamente nel sistema giurisdizionale interno a favore di una giurisdizione unica del giudice amministrativo.

In realtà, ad un'analisi più attenta, è stato rilevato che non è tanto la direttiva 2007/66 a imporre agli Stati membri un giudice unico delle controversie in materia di appalti pubblici¹⁵. Tale affermazione trae conferma dall'art. 2, par. 2 della direttiva che prevede, infatti, come "i poteri di cui al paragrafo 1 dell'art. 2 e degli articoli 2 *quinquies* e *sexies* (poteri di adozione di provvedimento cautelari, di annullamento delle decisioni illegittime, di accordare il risarcimento del danno, privazione degli effetti e sanzioni alternative) possono essere conferiti ad organi distinti responsabili di aspetti differenti della procedura di ricorso". In altri termini, è irrilevante che i singoli Stati membri deleghino le diverse funzioni previste ad organi giurisdizionali unici o distinti. E' rilevante, invece, secondo la direttiva, che le norme nazionali consentano l'accesso ad una tutela giurisdizionale efficace e quanto più rapida possibile: principi che non apportano alcuna novità all'*acquis comunitarie* in materia di appalti.

3.7. Le conseguenze sulla sorte del contratto. La questione sulla sorte del contratto, in un'ottica squisitamente sostanziale, è stata risolta con l'affermazione dell'**inefficacia** degli effetti del contratto, termine che, secondo il parere del Consiglio di Stato, meglio si attaglia alla locuzione usata dal diritto comunitario, "privazione degli effetti". L'espressione "inefficacia" non è categoria idonea ad individuare la situazione giuridica che la presuppone e la determina, ma è compatibile con la soluzione generica voluta dalla direttiva e con essa si è voluto limitarsi alla sola considerazione di un contratto reso limitato dal sopravvenuto annullamento dell'aggiudicazione i cui effetti possono essere mantenuti attraverso una pronuncia del giudice. Può essere intesa come espressione idonea a comprendere tutti i casi in cui un atto giuridico è considerato privo di effetti.

Già in precedenza, era stata sostenuta la tesi dell'inefficacia sulla considerazione che il vizio che colpisce il contratto non è genetico, ossia non colpisce *ab origine* il contratto come atto, ma è successivo verificandosi solo con la pronuncia di annullamento dell'aggiudicazione ed incide sul momento funzionale del negozio¹⁶. Secondo alcuni, l'annullamento dell'aggiudicazione inciderebbe sull'efficacia del contratto in virtù del nesso inscindibile di connessione che avvince i negozi

¹⁴ Tale tesi è seguita dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria; ex multis v., Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490; TAR Veneto, sez. I, 14 maggio 2007, n. 1461; Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465.

¹⁵ CARDARELLI F., *Commento a Cass. SS. UU. Ordinanza 2906 del 12.01.2010*, www.federalismi.it.

¹⁶ M. G. VIVARELLI, *Le conseguenze dell'annullamento della gara*, Riv. trim. app., 2008, fasc. 1.

collegati in via necessaria. Come nel diritto civile, la perdita di efficacia di uno dei contratti non ingenera un'ipotesi di invalidità degli altri contratti, ma innesca un fenomeno di perdita dell'efficacia di un contratto che non può sopravvivere senza gli altri.

Secondo altri, l'inefficacia è causata dalla carenza di uno dei presupposti propri di efficacia del contratto, ossia l'annullamento dell'aggiudicazione¹⁷.

A prescindere dalle tesi che sottintendono alla scelta dell'inefficacia del contratto, non possiamo non rilevare come la tematica del momento di maturazione del diritto soggettivo nella procedura di gara ha perso ogni rilevanza pratica in seguito all'affermata risarcibilità dell'interesse legittimo. La soluzione a favore dell'inefficacia pare una scelta condivisibile che mette ancor più in rilevanza la crisi delle figure tipiche del diritto privato in materie delicate che involgono centri di interessi sensibili e peculiari.

Con l'inefficacia si è preferito abbracciare una categoria generica che ricompredesse le patologie possibili di natura sostanziale per privilegiare la finalità ultima, ossia la privazione degli effetti del contratto.

3.7.1. Ipotesi di inefficacia del contratto. Il nuovo articolo 245-*bis* disciplina le ipotesi di inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni della normativa. Viene riconosciuto un evidente ampliamento del ruolo del giudice, come precipitato della direttiva. Premessa, infatti, la sua unicità, l'autorità giudicante che annulla l'aggiudicazione dichiara l'inefficacia del contratto con potere di scegliere gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione, la cui scelta varia in funzione della tipologia e della gravità del vizio dell'aggiudicazione, precisando se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva. In tutti i casi è previsto l'annullamento dell'aggiudicazione.

L'inefficacia del contratto rileva nei seguenti casi ritenuti particolarmente gravi: *a)* se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice; *b)* se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e questo abbia omesso l'omissione della pubblicità del bando, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice; *c)* se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'art. 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento; *d)* se il contratto è stato stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale, ai sensi dell'art. 11, comma 10-*ter*, qualora tale violazione, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Pur in presenza delle violazioni di cui al comma 1 dell'art. 245-*bis*, il contratto rimane efficace qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti vengano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano 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. Gli interessi economici possono essere presi in considerazione come esigenze imperative solo in circostanze eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate. Non costituiscono esigenze

¹⁷ In tal senso, v. VARONE, *L'invalidità contrattuale della dialettica fra atto e negozio nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica*, Foro Amm., 2003.

imperative gli interesse economici legati direttamente al contratto, che comprendono 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 derivanti dalla dichiarazione di inefficacia. Orbene, è facilmente riscontrabile un vasto potere del giudice il quale deve assumersi l'arduo compito di valutazione della vera opportunità di conservazione del contratto.

Il comma 4, invece, stabilisce che, nei casi in cui, nonostante le violazioni definite al comma 1, il contratto sia considerato dal giudice efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata, si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 245-*quater*.

In linea con il diritto comunitario, l'art. 245-*ter* ricomprende gli "altri casi" non gravi in cui, a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, resta da stabilire la sorte del contratto. In tali ipotesi, il ruolo del giudice è determinate in quanto conserva la facoltà di dichiarare l'inefficacia o la conservazione del contratto. In questi casi risulterà decisivo l'apprezzamento delle circostanze di fatto rilevanti nella singola fattispecie. La norma esprime indubbiamente l'idea che l'inefficacia rappresenta il principio, mentre la conservazione può affermarsi solo in seguito all'accertamento puntuale di particolari situazioni di fatto.

Secondo il nuovo articolo 245-*quinquies*, affronta la questione della tutela specifica e per equivalente per cui 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. La norma però non chiarisce quali siano le conseguenze derivanti dalla mancanza di una domanda di dichiarazione dell'inefficacia del contratto proposta dal ricorrente che intenda ottenere l'aggiudicazione.

Di dubbia legittimità costituzionale risulta essere il successivo periodo del primo comma, in virtù del quale se il contratto non è dichiarato inefficace, l'interessato non possa conseguire la tutela in forma specifica, ma solo la tutela per equivalente. Peraltro, il risarcimento del danno subito e provato spetterebbe solo al ricorrente che avrebbe "titolo all'aggiudicazione".

Secondo il comma 5 dell'art. 245-*bis*, l'inefficacia del contratto non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia posto in essere la seguente procedura: abbia, con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando sia consentita dal presente codice; abbia pubblicato, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e quelli sottosoglia, nella Gazzetta dell'Unione europea e quella italiana un avviso volontario per la trasparenza preventiva in cui manifesta l'intenzione di concludere un contratto; il contratto non sia concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso.

Le sanzioni alternative, ai sensi dell'art. 245-*quater*, da applicare quando il contratto sia considerato efficace o inefficace temporalmente, consistono nella sanzione pecuniaria nei confronti della stazione appaltante di importo che varia dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, oppure nella riduzione della durata del contratto dal 10% al 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo della pronuncia. Non si tratta di una sanzione amministrativa vera e propria ma di una sanzione processuale irrogata dall'autorità giudiziaria per violazione di norme di diritto pubblico.

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.

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 se 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.

3.8. Tutela processuale. In merito alla tutela processuale delle procedure di affidamento, il decreto modifica l'art. 245, limitando i mezzi di ricorso al solo giudizio innanzi al tribunale amministrativo regionale escludendo espressamente il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica come, invece, previsto dal precedente articolo 245 che aveva preso posizione sull'esperibilità dello strumento dell'ottemperanza per le decisioni che definiscono il ricorso straordinario. L'esclusione di tale rito è spiegata in virtù della specialità del rito in materia di appalti, come i casi del rito in materia di accesso e del processo elettorale incompatibili con il ricorso straordinario.

L'art. 8 del decreto 53/2010 modifica l'articolo 245 del Codice introducendo una analitica disciplina in materia di appalti. La scelta del legislatore risiede nella volontà di definire uno svolgimento accelerato del processo in materia. Le novità più importanti sono le seguenti: il nuovo comma 1 prevede che gli atti delle procedure di affidamento siano impugnabili unicamente mediante ricorso al TAR competente.

La norma, poi, regola, al comma 2-*quater*, nel dettaglio la competenza territoriale del TAR. La disciplina introdotta si distingue sotto numerosi aspetti da quella ordinaria. La competenza è inderogabile e il difetto può essere rilevato di ufficio prima di ogni altra questione e pronunciato con ordinanza in sede di primo esame della domanda cautelare o nella prima udienza di merito.

Vengono dettate le principali norme di procedura per i giudizi di fronte al TAR ed al Consiglio di Stato. Il giudizio è disciplinato sulla scorta dell'attuale art. 23 l. TAR che viene abrogato nella parte in cui include il contenzioso sull'affidamento dei contratti pubblici, con abbreviazioni di tutti i termini processuali e disposizioni volte ad assicurare la massima semplificazione e concentrazione del giudizio.

In particolare, sono previsti trenta giorni per la notificazione del ricorso e per la proposizione dei motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli impugnati; dieci giorni per il deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale, dell'atto contenente i motivi aggiunti, dell'appello avverso l'ordinanza cautelare; trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale mentre quello per la notificazione dei motivi aggiunti è di quindici giorni.

Il processo viene definito in un'udienza fissata d'ufficio da tenersi entro sessanta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente; della data di udienza è dato avviso alle parti almeno venti giorni liberi prima della data d'udienza; il dispositivo della sentenza che definisce il giudizio è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza; la sentenza che decide il ricorso è redatta in forma semplificata.

Tra le norme processuali relative ai termini è compresa la disposizione del comma 2 dell'art. 245 del Codice in ordine al termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione 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, 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 non sono conformi alle prescrizioni, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto”.

4. Conclusioni. Alla luce delle osservazioni sopra riportate, possiamo rilevare quanto siano numerosi i profili di criticità emergenti dal recepimento della Direttiva comunitaria e dalla relativa disciplina.

In primo luogo emerge preponderante il tema della sorte del contratto di appalto, identificata nella categoria dell'inefficacia, definita “flessibile”, a seconda della gravità della violazione¹⁸.

Nelle tradizionali categorie, tipiche del diritto civile, il termine inefficacia viene utilizzato, al pari di quanto avviene nel diritto amministrativo, come la non produzione degli effetti giuridici dell'atto (sia a livello di contratto che di provvedimento amministrativo)¹⁹. Alla luce di queste considerazioni, è agevole ritenere che la non produzione degli effetti sia ovvia conseguenza o della mancanza dei requisiti fondamentali del contratto o dell'atto amministrativo, oppure dell'impugnazione in sede giurisdizionale al fine di chiederne l'annullamento.

Ai nostri fini, il decreto sembra interrogarci sulla natura giuridica del termine inefficacia che emerge dal tessuto letterale del decreto e del valore della pronuncia del giudice, se costitutiva o dichiarativa. In altri termini, è di peculiare importanza stabilire se l'inefficacia sembra rivestire caratteristiche diverse, a sé stanti, rispetto a quelle conosciute, che attribuiscono ad esso un carattere sanzionatorio. Infatti, l'intenzione da parte del legislatore comunitario prima, nazionale dopo, sembra essere stata quella di introdurre un ulteriore rimedio sanzionatorio diverso e dalla nullità e dall'annullabilità. Il problema che emerge a questo punto è quello di ricostruire una disciplina in concreto applicabile che presenti caratteri tipizzanti la nuova fattispecie.

Alcune tesi forniscono argomenti a favore della risoluzione del contratto, in virtù del necessario passaggio attraverso una decisione del giudice e della necessaria domanda di parte²⁰.

Merita, inoltre, adeguata riflessione la scelta a favore dell'unitarietà della decisione del ricorso per l'adozione delle varie misure che scardina la soluzione del doppio binario di giurisdizione ed apre la strada verso la concentrazione delle tutele a vantaggio della rapidità ed efficacia dei ricorsi e a vantaggio di una ampia attribuzione di poteri al giudice, in particolare, nel momento in cui ha il compito di valutare le circostanze del caso concreto per dichiarare o meno l'inefficacia del contratto.

Incerta, risulta, invece, essere la tematica della pregiudiziale amministrativa, questione la cui soluzione è stata lasciata aperta dalla direttiva; mentre, l'impianto della legge delega era costruito per affermare la pregiudizialità della domanda di annullamento sia in riferimento alla dichiarazione di inefficacia sia alla domanda di risarcimento in forma specifica ed anche per equivalente, il testo del decreto toglie ogni riferimento esplicito alla pregiudiziale di annullamento, rimanendo ferma la disposizione dell'art. 245-quinquies, ossia della pregiudizialità della dichiarazione di inefficacia rispetto all'accoglimento della domanda di aggiudicazione.

Altre questioni sarebbero da approfondire soprattutto in ordine all'efficacia o meno delle sanzioni alternative idonee a dissuadere le amministrazioni pubbliche dal compiere violazioni in materia di appalti; come anche il problema della sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione ad opera dell'amministrazione.

Nonostante, il decreto manifesti ancora molte ombre in ordine alla complessa disciplina degli appalti, i cui molti profili procedurali potranno essere risolti una volta emanato il Codice del

¹⁸ M. LIPARI, *op. cit.*

¹⁹ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1986.

²⁰ M. LIPARI, *op. cit.*, p. 57.

processo amministrativo, in ogni caso, la normativa di recepimento nazionale interviene, in linea con il legislatore comunitario, per chiudere alcune questioni, a lungo dibattute, in ordine al regime di tutela, affinché questa sia affermata nel modo più efficace possibile per tutti i soggetti coinvolti in operazioni così delicate come quelle degli appalti pubblici.