

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 04/03/2010

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/29028-il-consiglio-di-stato-in-sede-consultiva-commissione-speciale-del-25-gennaio-2010-parere-numero-368-ha-pubblicato-in-data-2-febbraio-2010-il-proprio-parere-relativamente-allo-schema-di-decreto-le>

Autore: Lazzini Sonia

Il Consiglio di Stato in sede consultiva commissione speciale del 25 gennaio 2010 parere numero 368 ha pubblicato, in data 2 febbraio 2010 il proprio parere relativamente allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2007/66/CE del

Il Consiglio di Stato_ in sede consultiva_ commissione speciale del 25 gennaio 2010_ parere numero 368_ ha pubblicato, in data 2 febbraio 2010_ il proprio parere relativamente allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che 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 d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

Nell'esprimere il presente parere la Commissione ritiene innanzitutto di dover manifestare il più vivo apprezzamento per lo sforzo compiuto dall'Amministrazione proponente nel recepimento di una direttiva le cui scelte per molti versi innovative incidono in modo rilevante su aspetti centrali, e più dibattuti, della giustizia amministrativa: la tutela dell'interesse pubblico – nella specie della concorrenza –, il ruolo del giudice al riguardo, la tutela in forma specifica degli interessi di parte e infine il rapporto fra tali fenomeni ed il risarcimento del danno.

In particolare ciò che appare più qualificante fin dal primo esame è che la normativa comunitaria è chiaramente finalizzata a colpire in modo drastico le violazioni della concorrenza, al punto da chiedere ed anzi ingiungere al giudice di farsi carico di interventi fortemente sanzionatori al di là e anche contro le richieste delle parti.

Essendo questa la prospettiva di fondo, le soluzioni adottate dall'Amministrazione sono apparse alla Commissione in larga parte condivisibili e le osservazioni che si andranno a formulare non mettono in discussione l'impianto dello schema.

Quanto ai criteri seguiti nella stesura del parere, la Commissione ha in primo luogo verificato la coerenza degli articoli dello schema, e della stessa legge delega, rispetto al contenuto della direttiva.

Si è poi cercato di fornire indicazione al fine di semplificare il testo normativo, riducendo il contenuto di alcuni articoli, per i quali viene proposta una riformulazione.

In particolare, le osservazioni formulate sono in parte dirette ad evitare di codificare, con specifico riguardo al settore degli appalti, principi generali, ampiamente consolidati nella giurisprudenza, riguardo ai quali la necessità, o meno, di una codificazione potrà essere valutata in sede di predisposizione dell'emanando Codice del processo amministrativo (art. 44 della legge n. 69/2009).

La formulazione e suddivisione degli articoli è stata effettuata anche al fine di individuare fin da ora le disposizioni solo processuali, che necessariamente si ritiene che debbano confluire nell'emanando Codice del processo amministrativo.

E', infatti, evidente che tutte le norme processuali, che al momento vengono inserite nel Codice dei contratti pubblici, troveranno la loro naturale sede nel Codice del processo amministrativo e si segnala fin da ora l'esigenza di provvedere, dopo il recepimento della direttiva ricorsi, al coordinamento con l'emanando Codice per l'inserimento in quella sede delle disposizioni in seguito indicate.

Inoltre, le osservazioni sono state anche dirette a sottolineare la necessità di limitare allo stretto necessario le deroghe rispetto a istituti generali (ad es, accesso ai documenti amministrativi o autotutela) o rispetto a regimi già speciali (rito processuale ex art. 23-bis della L. Tar).

Con riguardo a tale ultimo profilo, la nuova formulazione delle regole processuali consente di costruire un rito caratterizzato da alcune ulteriori e significative accelerazioni rispetto quello disciplinato dall'art. 23-bis della L. Tar, senza però privilegiare il processo in materia di appalti fino al punto di prevedere sempre un regime talmente celere, da mettere a rischio – proprio per tale generalizzazione, idonea a incidere sui tempi di altre istanze di giustizia – il principio della ragionevole durata del processo, da garantire per ogni tipologia di controversia, non solo di rilevanza economica equivalente al settore degli appalti, ma soprattutto anche per quelle aventi ad oggetto diritti o interessi costituzionalmente protetti.

In ordine infine ai profili più significativi prima evidenziati, si è cercato di trovare un punto di equilibrio fra l'indubbio privilegio dei poteri officiosi del giudice imposto dalla direttiva e il rispetto della volontà delle parti.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Commissione Speciale del 25 gennaio 2010

NUMERO AFFARE 05098/2009

OGGETTO:

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti Ufficio legislativo;

ATTUAZIONE DIRETTIVA 2007/66/CE MIGLIORAMENTO EFFICACIA
PROCEDURE DI RICORSO IN MATERI DI AGGIUDICAZIONE DI
APPALTI PUBBLICI.

LA SEZIONE

Vista la relazione del 18/12/2009 con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul quesito in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi nell'adunanza del 18 gennaio 2010 i relatori Marco Lipari, Roberto Chieppa, Roberto Giovagnoli e Francesco Bellomo e nell'adunanza del 25 gennaio 2010 i relatori ed estensori Marco Lipari, Roberto Chieppa e Roberto Giovagnoli;

Premesso e considerato:

Parte prima - Considerazioni generali

1. Lo schema di decreto legislativo in esame sottopone al parere del Consiglio di Stato il recepimento della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, del Parlamento europeo e del Consiglio, che 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 d'aggiudicazione degli appalti pubblici (c.d. "direttiva ricorsi").

Lo schema è emanato in attuazione dell'art. 44, della legge 7 luglio 2009, n. 80.

Detta disposizione conferisce al Governo la delega per l'attuazione della direttiva entro il termine di recepimento della stessa (20 dicembre 2009); termine prorogato di novanta giorni per effetto della trasmissione dello schema al parere delle Commissioni parlamentari ai sensi dell'art. 1, comma 3, della stessa legge n. 88/2009.

2. I contenuti caratterizzanti della direttiva possono essere così sintetizzati.

A) In primo luogo, al fine di garantire in materia di appalti, una tutela processuale effettiva e celere, che giunga, di regola prima della stipula del contratto, si disciplina, analiticamente, l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare un congruo termine dilatorio – o sospensivo (c.d. *stand-still*) - fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto. Gli Stati membri devono, inoltre, prevedere un ulteriore effetto sospensivo decorrente dalla proposizione del ricorso giurisdizionale e perdurante fino alla pronuncia giurisdizionale (cautelare o di merito a scelta degli Stati membri).

B) Si prevedono (art. 2-*quinquies*) alcune ipotesi tipiche in cui l'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario deve comportare – obbligatoriamente - la integrale "privazione di effetti" del contratto eventualmente stipulato, salve alcune tassative eccezioni che conducono all'applicazione di sanzioni alternative. Tali fattispecie sono riferite, essenzialmente, alla radicale

assenza della procedura concorrenziale o al mancato rispetto di uno dei termini sospensivi per la stipula del contratto.

Per un altro gruppo – anche esso circoscritto – di fattispecie (art. 2-*sexies*, par. 1), 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 ed ulteriori dal risarcimento del danno).

In tali due ipotesi, secondo la direttiva, la scelta circa l'applicazione delle sanzioni alternative può essere stabilita dalla legge nazionale, oppure affidata, di volta in volta, all'Autorità decidente (giudice o altro soggetto imparziale).

Al di fuori dei casi appena menzionati, la tutela della parte interessata è rimessa al diritto nazionale, il quale può anche prevedere che essa sia limitata al solo risarcimento del danno per equivalente.

In sintesi, quindi, la direttiva prevede tre diverse fattispecie: 1) violazioni gravi, in cui la caducazione del contratto è obbligatoria salvo che ricorrano esigenze imperative di interesse generale, nel quale caso si applicano le sanzioni alternative; 2) violazioni sempre gravi (violazione dei termini), non caratterizzate da un concreto effetto sulle possibilità di ricorso e di aggiudicazione dell'appalto, in cui è rimessa agli Stati la scelta tra caducazione e sanzioni alternative; 3) violazioni non gravi, in cui spetta al diritto nazionale determinare gli effetti dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto, con espressa previsione della possibilità di limitare la tutela al solo risarcimento del danno per equivalente, con salvezza del contratto sebbene preceduto da una illegittima aggiudicazione.

C) Sotto il profilo processuale, la direttiva prevede che la privazione di effetti obbligatoria debba essere accertata con apposita decisione.

Secondo il comma 1 dell'art. 2-*quinquies*, 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 di ricorso.

Questa affermazione è ancora più chiara nelle premesse della direttiva (Considerando n. 13): *“La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo”*.

D) Il diritto comunitario non prende alcuna significativa posizione sulla definizione delle conseguenze giuridiche sostanziali della “privazione degli effetti” obbligatoria. Non si tratta di una lacuna “dogmatica”, ma di una meditata scelta, volta ad attribuire, anche in questo campo, un ampio margine di scelta agli ordinamenti nazionali.

In questa prospettiva, il comma 2, dell'articolo 2-*quinquies*, stabilisce che *“le conseguenze di un contratto considerato privo di effetti sono previste dal diritto nazionale. Pertanto, il diritto nazionale può prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali o viceversa limitare la portata della soppressione di quegli obblighi che rimangono da adempiere. In quest'ultimo caso gli Stati membri prevedono l'applicazione di altre sanzioni ai sensi dell'articolo 2 sexies, paragrafo 2.”*.

Secondo le premesse alla direttiva, “nel prevedere che gli Stati membri fissino le norme atte a garantire che un appalto sia considerato privo di effetti, si mira a far sì che i diritti e gli obblighi dei contraenti derivanti dal contratto cessino di essere esercitati ed eseguiti. Ma, in termini più analitici, le conseguenze che derivano dalla privazione di effetti di un contratto dovrebbero essere determinate dal diritto nazionale.”

“Pertanto il diritto nazionale può, ad esempio, prevedere la soppressione con effetto retroattivo di tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o viceversa limitare la portata della soppressione agli obblighi che rimangono da adempiere (*ex nunc*). Ciò non dovrebbe condurre a una mancanza di forti sanzioni se gli obblighi

derivanti da un contratto sono già stati adempiuti interamente o quasi interamente. In tali casi gli Stati membri dovrebbero prevedere sanzioni alternative che tengano conto in che misura il contratto rimane in vigore conformemente al diritto nazionale.”

E) 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.

Secondo il nuovo articolo 2, comma 6, della direttiva n. 665/1989, *“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”*.

Il diritto comunitario dunque chiarisce che una soluzione normativa nel senso dell'introduzione della “pregiudiziale” non sarebbe affatto in contrasto con la direttiva ricorsi e non potrebbe considerarsi limitativa delle garanzie minime di difesa, imposte al livello europeo.

3. Alcune delle scelte che la direttiva rimetteva alla valutazione degli Stati nazionali sono già contenute nella norma di delega (art. 44 legge 7 luglio 2009, n. 88).

In particolare, la delega, che si caratterizza per l'indicazione di criteri direttivi spesso molto analitici e dettagliati, prevede:

a) l'introduzione di un rito speciale in materia di appalti, con razionalizzazione e abbreviazione di tutti i termini vigenti, ivi compreso quello per la proposizione del ricorso che, per espressa previsione, non può essere superiore a trenta giorni;

b) la preclusione alla stipulazione del contratto fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo, ovvero sino alla pubblicazione del dispositivo di primo grado, in udienza o nei successivi sette giorni, se la causa può essere decisa nel merito nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare;

- c) la privazione obbligatoria degli effetti del contratto in presenza delle violazioni molto gravi individuate dal diritto comunitario, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire;
- d) l'attribuzione al giudice, in presenza delle violazioni gravi (anche queste già puntualmente indicate nella direttiva da recepire), della scelta tra privazione degli effetti del contratto (e relativa decorrenza) e sanzioni alternative;
- e) l'attribuzione in tutti gli altri casi al giudice della scelta tra privazione di effetti del contratto ovvero risarcimento per equivalente del danno effettivamente subito e comprovato.

La delega per il recepimento della direttiva ricorsi contiene, inoltre, alcuni criteri in materia di accordo bonario e arbitrato, che sono temi che esulano dall'ambito della direttiva ricorsi, e sui quali non vi sono vincoli comunitari.

4. Lo schema del decreto legislativo si compone di quindici articoli i cui elementi caratterizzanti sono:

- 1) il divieto di stipulare il contratto per trentacinque giorni decorrenti dall'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (art. 2, comma 1, lett. c). Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione al giudice competente con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della ricezione della notificazione del ricorso da parte della stazione appaltante e per almeno venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare collegiale di primo grado, ovvero fino alla pronuncia di detto provvedimento se successiva ovvero fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado di decisione del merito all'udienza cautelare.
- 2) la previsione che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con indicazione dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela (art. 7).

3) l'introduzione di un rito speciale, sensibilmente diverso da quello attualmente previsto in materia di appalti dall'art. 23-*bis* l. n. 1034/1971. Il nuovo rito speciale è caratterizzato da:

- una rapida scansione dei termini processuali;
- il termine di trenta giorni per proporre il ricorso;
- la riduzione di tutti gli altri termini processuali;
- ove possibile la definizione nel merito della lite, nella prima udienza.

Tale rito è inoltre qualificato come esclusivo, al fine di escludere l'impugnazione degli atti di gara mediante il ricorso straordinario al Capo dello Stato.

4) La previsione della giurisdizione amministrativa esclusiva sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative e la contestuale attribuzione al giudice amministrativo del potere di decidere se l'annullamento dell'aggiudicazione determini o meno la privazione di effetti del contratto.

4.1.) L'ipotesi generale in cui non ricorrono le gravi violazioni che impongono la privazione di effetti del contratto è disciplinata dall'art. 10, comma 3, che, in attuazione del criterio di delega n. 3 della lett. h) e del criterio di delega della lett. f), prevede che il giudice, valutate tutte le circostanze, stabilisce se il contratto può essere privato di effetti, ovvero se è possibile solo il risarcimento per equivalente. Si consente la sentenza parziale, in cui il giudice annulla l'aggiudicazione, rinvia alla stazione appaltante per ulteriori provvedimenti, e all'esito decide sulla sorte del contratto e sul risarcimento del danno.

4.2.) I successivi commi 4, 5, 6, e 7 danno attuazione all'art. 2-*quinquies* della direttiva che disciplina i casi di privazione di effetti obbligatoria e i relativi temperamenti. La regola è che in presenza di violazioni gravi, la caducazione del contratto è sempre disposta tranne che il giudice ritenga che esigenze imperative connesse ad un interesse generale impongano il mantenimento degli effetti del contratto.

4.3.) I commi 9 e 10 disciplinano la caducazione del contratto in casi di violazione di gravità intermedia. Il giudice, in questo caso, decide, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, se disporre la caducazione o applicare le sanzioni alternative.

4.4.) I commi 11 e 12 disciplinano le sanzioni alternative (sanzione pecuniarie o riduzione della durata del contratto), stabilendo che il giudice ne determina la misura in modo che siano efficaci, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante, all'opera svolta dalla stazione appaltante per eliminare le conseguenze della violazione.

5. Nell'esprimere il presente parere la Commissione ritiene innanzitutto di dover manifestare il più vivo apprezzamento per lo sforzo compiuto dall'Amministrazione proponente nel recepimento di una direttiva le cui scelte per molti versi innovative incidono in modo rilevante su aspetti centrali, e più dibattuti, della giustizia amministrativa: la tutela dell'interesse pubblico – nella specie della concorrenza –, il ruolo del giudice al riguardo, la tutela in forma specifica degli interessi di parte e infine il rapporto fra tali fenomeni ed il risarcimento del danno.

In particolare ciò che appare più qualificante fin dal primo esame è che la normativa comunitaria è chiaramente finalizzata a colpire in modo drastico le violazioni della concorrenza, al punto da chiedere ed anzi ingiungere al giudice di farsi carico di interventi fortemente sanzionatori al di là e anche contro le richieste delle parti.

Essendo questa la prospettiva di fondo, le soluzioni adottate dall'Amministrazione sono apparse alla Commissione in larga parte condivisibili e le osservazioni che si andranno a formulare non mettono in discussione l'impianto dello schema.

Quanto ai criteri seguiti nella stesura del parere, la Commissione ha in primo luogo verificato la coerenza degli articoli dello schema, e della stessa legge delega, rispetto al contenuto della direttiva.

Si è poi cercato di fornire indicazione al fine di semplificare il testo normativo, riducendo il contenuto di alcuni articoli, per i quali viene proposta una riformulazione.

In particolare, le osservazioni formulate sono in parte dirette ad evitare di codificare, con specifico riguardo al settore degli appalti, principi generali, ampiamente consolidati nella giurisprudenza, riguardo ai quali la necessità, o meno, di una codificazione potrà essere valutata in sede di predisposizione dell'emanando Codice del processo amministrativo (art. 44 della legge n. 69/2009).

La formulazione e suddivisione degli articoli è stata effettuata anche al fine di individuare fin da ora le disposizioni solo processuali, che necessariamente si ritiene che debbano confluire nell'emanando Codice del processo amministrativo.

E', infatti, evidente che tutte le norme processuali, che al momento vengono inserite nel Codice dei contratti pubblici, troveranno la loro naturale sede nel Codice del processo amministrativo e si segnala fin da ora l'esigenza di provvedere, dopo il recepimento della direttiva ricorsi, al coordinamento con l'emanando Codice per l'inserimento in quella sede delle disposizioni in seguito indicate.

Inoltre, le osservazioni sono state anche dirette a sottolineare la necessità di limitare allo stretto necessario le deroghe rispetto a istituti generali (ad es, accesso ai documenti amministrativi o autotutela) o rispetto a regimi già speciali (rito processuale ex art. 23-*bis* della L. Tar).

Con riguardo a tale ultimo profilo, la nuova formulazione delle regole processuali consente di costruire un rito caratterizzato da alcune ulteriori e significative accelerazioni rispetto quello disciplinato dall'art. 23-*bis* della L. Tar, senza però privilegiare il processo in materia di appalti fino al punto di prevedere sempre un

regime talmente celere, da mettere a rischio – proprio per tale generalizzazione, idonea a incidere sui tempi di altre istanze di giustizia – il principio della ragionevole durata del processo, da garantire per ogni tipologia di controversia, non solo di rilevanza economica equivalente al settore degli appalti, ma soprattutto anche per quelle aventi ad oggetto diritti o interessi costituzionalmente protetti.

In ordine infine ai profili più significativi prima evidenziati, si è cercato di trovare un punto di equilibrio fra l'indubbio privilegio dei poteri officiosi del giudice imposto dalla direttiva e il rispetto della volontà delle parti.

Parte seconda - Esame degli articoli

Si può passare all'esame delle singole disposizioni dello schema, su cui sono state svolte osservazioni.

Art. 1 (Ambito soggettivo di applicazione)

1. L'articolo 1 dello schema modifica l'articolo 3, comma 33, del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CEE, di cui al di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, stabilendo, mediante l'aggiunta di un secondo periodo, che *<<Nella parte IV del presente codice, dedicata al contenzioso, l'espressione <<stazione appaltante>> comprende i soggetti di cui agli articoli 32 e 207, nonché ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti relativi a lavori, servizi o forniture.>>*

In tal modo, si introduce una nuova nozione di “stazione appaltante”, più ampia di quella precedente, ma riferita al solo ambito delle regole formalmente racchiuse nella parte riguardante il contenzioso.

Secondo la relazione, la scelta è giustificata dalla circostanza che la parte IV del codice si applica, indistintamente, tanto ai “soggetti a cui possono essere affidati i

contratti pubblici”, elencati dall’articolo 34, quanto agli enti aggiudicatori nei settori speciali di cui all’articolo 207, quanto, infine, ai “soggetti comunque tenuti al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica previsti dal diritto comunitario, dal presente codice o da altre leggi statali, regionali o provinciali”.

È opportuno valutare l’utilità e la coerenza di una nozione limitata alla sola parte IV, in relazione alla complessa disciplina prevista dallo schema del decreto in esame, che non ha portata solo processuale.

Infatti, per un verso gli articoli 244 e seguenti definiscono un ambito di applicazione soggettivo delle regole processuali già riferito, con la massima ampiezza, all’obbligo di rispettare la normativa dell’evidenza pubblica, con una dizione formalmente più larga di quella racchiusa nel vigente articolo 3, comma 33.

Dall’altro lato, poi, alcune delle disposizioni più significative, introdotte dal decreto, non sono collocate formalmente nella parte IV, pur avendo un’indubbia rilevanza, quanto meno indiretta, nell’ambito del contenzioso (si pensi alla disciplina delle comunicazioni, che si riflette sulla decorrenza del termine per la proposizione del ricorso; ma si consideri, anche, la normativa riguardante il termine dilatorio per la stipulazione del contratto e la sua sospensione obbligatoria derivante dalla proposizione del ricorso). A ciò deve aggiungersi la circostanza che, secondo quanto più diffusamente illustrato in prosieguo, alcune delle innovazioni previste dall’articolato in esame, seppure proposte come modifiche della disciplina del contenzioso, devono trovare più appropriata collocazione al di fuori dell’ambito della parte IV (per esempio, le regole in materia di accesso ai documenti, che vanno inserite nell’articolo 13).

Pertanto, si suggerisce di valutare attentamente se non sia preferibile generalizzare la portata, più estesa, della nuova nozione di stazione appaltante, individuando i casi in cui singole disposizioni del codice abbiano un diverso perimetro soggettivo di applicazione.

Art. 2 (Termine dilatorio per la stipulazione del contratto)

1. Nella disposizione compare, per la prima volta, il termine “*preclusione*” alla stipulazione del contratto, utilizzato, poi, in altri articoli dello schema. L’espressione intende definire le conseguenze derivanti dalla proposizione del ricorso contro l’aggiudicazione, accompagnata dalla “contestuale” domanda cautelare. La disciplina introdotta dallo schema, prevede, in coerenza con le prescrizioni della direttiva, un’ulteriore sospensione obbligatoria (o “automatica”) del termine per la stipulazione del contratto, fino all’adozione di una pronuncia del giudice.

La formula “preclusione” è contenuta nella legge delega ed ha un significato non sempre univoco nel linguaggio comune. Tuttavia, poiché la locuzione è utilizzata, generalmente, per indicare il fenomeno della decadenza – definitiva - da un potere o da una posizione giuridica di vantaggio (spesso nel contesto del processo), potrebbe essere preferibile utilizzare un’altra dizione, quale, per esempio, quella di “sospensione automatica – od obbligatoria - del termine per la stipulazione del contratto”, od altra ritenuta più idonea: in tal modo si chiarirebbe meglio che la stipulazione del contratto non è definitivamente “preclusa”, ma solo temporaneamente sospesa, o impedita, fino alla scadenza dei termini indicati dalla nuova disciplina.

La norma proposta prevede, correttamente, che anche l’esecuzione di urgenza prevista al comma 9 dell’articolo 11, non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione automatica del termine per la stipulazione del contratto conseguente alla proposizione del ricorso.

La norma aggiunge, poi, due deroghe al divieto di esecuzione anticipata. La prima, pienamente coerente con le espresse previsioni della direttiva, riguarda il caso *“in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara”*.

La seconda deroga, invece, concerne *“i casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all’interesse pubblico che è destinata a soddisfare”*.

La formula, oltre a risultare eccessivamente generica, perché basata sul concetto elastico di danno grave al pubblico interesse, non risulta in linea con la disciplina comunitaria, che indica con chiarezza le tassative ed eccezionali situazioni in cui può derogarsi alla regola del termine dilatorio.

La circostanza che la direttiva non contempli affatto l’evenienza di un’esecuzione precedente la stessa stipulazione del contratto, infatti, non sembra poter avallare, dal punto di vista comunitario, l’esecuzione delle prestazioni dedotte nel contratto prima della scadenza del termine. Anzi, la condotta esecutiva, iniziata prima ancora della stessa formale stipulazione, rappresenta una violazione spesso più grave del principio secondo cui deve intercorrere un congruo termine sospensivo tra l’aggiudicazione e la stipulazione del contratto.

La relazione illustrativa indica correttamente, in linea generale, i rischi di elusione insiti nell’esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali. Tuttavia, secondo la stessa relazione, *“l’esecuzione anticipata d’urgenza resta consentita quando non è elusiva del diritto comunitario (ad es., decorsi i termini sospensivi comunitari, quando il contratto può ormai essere stipulato, l’esecuzione anticipata resta possibile se vi sono ostacoli di diritto nazionale ad una tempestiva stipulazione, p.es. ritardi dovuti all’esigenza di acquisire certificazione antimafia)”*.

Ma l’articolato proposto prevede la deroga al divieto di esecuzione anticipata senza stabilire alcun termine dilatorio minimo, astrattamente conforme alla disciplina comunitaria. In ogni caso, quindi, la lettura interpretativa proposta dalla relazione

dovrebbe tradursi in una disposizione esplicita, perché non sembra sufficiente il richiamo ai principi riguardanti la diretta e obbligatoria applicabilità delle direttive comunitarie, anche in mancanza di esplicito recepimento.

Non risulta persuasivo, poi, il riferimento alla presenza di “ostacoli” alla stipulazione derivanti dal diritto nazionale, che potrebbero consentire l’esecuzione anticipata anche in pendenza del termine sospensivo. Il termine dilatorio, infatti, è riferito alla stipulazione del contratto, indipendentemente dalla disciplina comunitaria o nazionale applicabile.

D’altro canto, l’esplicita deroga alla regola del termine dilatorio, prevista dal diritto comunitario, riguardante le ipotesi di affidamenti senza previa pubblicazione del bando, si riferisce proprio ai casi in cui il possibile nocimento all’interesse pubblico collegato all’esecuzione delle prestazioni contrattuali risulta più evidente.

In definitiva, quindi, le esigenze generali sottese alla previsione della deroga proposta possono essere adeguatamente soddisfatte mediante la puntuale applicazione della disciplina stabilita dalla direttiva.

Si richiede, quindi, di eliminare l’ultimo parte del periodo aggiunto al comma 9 dell’art. 11 del Codice dei contratti pubblici: *“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”*.

2. Si suggerisce, poi, di semplificare, ove possibile, la formulazione del nuovo comma 10-*bis*, unificando, le due lettere, secondo la seguente riformulazione:

“10-bis. Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara, ovvero di 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-invito, o queste impugnazioni, risultano già respinte con decisione definitiva.”

Art. 3 (Forma, termini e destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva)

1. L'articolo in esame contiene una disciplina molto ricca di contenuti e presenta un rilievo centrale nella attuazione della direttiva.

Per esigenze di migliore comprensione delle nuove regole, destinate ad avere un impatto molto forte nelle prassi operative dei soggetti pubblici e privati direttamente coinvolti (oltre che nell'ambito del contenzioso) potrebbe essere utile un generale alleggerimento dalle disposizioni, una loro suddivisione in due o più articoli, diversamente collocati nell'ambito del codice.

In una prospettiva generale, poi, si deve valutare se tutta la disciplina proposta richieda di essere così dettagliata, anche considerando il livello legislativo della fonte. Si richiama l'attenzione, in particolare, sulle minuziose regole previste in materia di comunicazioni via fax o con mezzi informatici, le quali potrebbero essere opportunamente ridimensionate, ove occorra mediante qualche precisazione ritenuta indispensabile, nell'ambito delle regole generali del codice, dei suoi allegati, o del regolamento attuativo.

Va sottolineato, poi, che l'articolo, pur formalmente riferito alle "comunicazioni" di determinati atti, in sintonia con il linguaggio della normativa comunitaria, incide significativamente sul contenuto della "motivazione" dei provvedimenti delle procedure di gara, toccando aspetti sostanziali nevralgici degli atti inseriti nella sequenza procedimentale.

È vero che, da un punto di vista generale, la motivazione di provvedimenti rivolti a destinatari determinati ha una necessaria proiezione comunicativa, essendo, per definizione, finalizzata a consentire la migliore espressione e comprensione del significato dell'atto. Tuttavia, nella sistematica del nostro ordinamento, sembra più

appropriato regolare il contenuto della motivazione nel contesto della disciplina sostanziale dell'atto.

In questa cornice ricostruttiva, allora, si invita l'amministrazione proponente a verificare la percorribilità di una diversa collocazione delle regole strettamente attinenti alla motivazione. Per esempio nell'articolo 11, comma 7, potrebbero essere disciplinati i requisiti essenziali della motivazione dell'aggiudicazione definitiva, mentre nelle norme sulle comunicazioni potrebbe essere richiamato il contenuto dell'atto reso conoscibile.

2. Nel dettaglio, si suggerisce, sul piano formale, di sintetizzare la rubrica: "Comunicazione dell'aggiudicazione definitiva", nonché di riformulare la numerazione dei commi aggiunti, all'articolo 79, dopo il comma 5.

Al comma 7 (opportunamente rinumerato), per maggiore semplificazione del testo, è sufficiente prevedere che *"Le comunicazioni di cui al comma 5, lettere a) e b) indicano la data di scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto."*

Infatti, non sembra necessario richiamare le norme del codice o della legislazione speciale che prevedono il termine. Potrebbe essere utile, poi, che la comunicazione indichi con chiarezza la data a partire dalla quale il contratto potrà essere stipulato, in modo da evitare che i destinatari delle comunicazioni debbano esercitarsi nel computo dei termini.

In ogni caso, nella modifica apportata all'art. 79, comma 5, lett a) l'inciso *"o sono in termini per presentare dette impugnazioni"*, è preferibile inserirlo dopo le parole *"se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione"*, non dovendo essere riferito anche a contestazioni del bando ancora non proposte.

3. La previsione del comma 8 riguarda alcune innovazioni riferite alla disciplina dell'accesso ai documenti. Le proposte racchiuse nello schema incidono su una materia particolarmente delicata sul piano della ricostruzione sistematica degli

istituiti della trasparenza, e presentano molteplici ricadute “pratiche” sulle condotte delle stazioni appaltanti e degli operatori.

A giudizio della Commissione speciale, le disposizioni in esame presentano alcune criticità, che potrebbero consigliarne l'espunzione dal testo o il radicale ridimensionamento.

In primo luogo, è dubbio che le legge di delega contempli tra i propri oggetti anche quello della disciplina dell'accesso ai documenti, a meno che non si voglia dire che l'unico profilo disciplinato dall'articolato in esame sia quello inerente alla proiezione dell'accesso verso la conoscenza dei provvedimenti lesivi e, quindi, verso la tutela giurisdizionale. In altri termini, secondo una possibile interpretazione, le regole proposte sarebbero finalizzate solo a definire una delle modalità attraverso cui realizzare la “conoscenza piena” dei provvedimenti lesivi e dei connessi documenti, ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del ricorso.

Ma anche questa prospettiva lascerebbe intatte le perplessità sul rispetto della delega, dal momento che il riferimento alla accelerazione del giudizio e alla sua semplificazione processuale non risulta idoneo a comprendere, in modo così diretto, il tema degli strumenti attraverso cui è possibile realizzare la conoscenza (presunta o effettiva) dei documenti.

L'intento di segnare, con la massima chiarezza, il momento di decorrenza del termine di impugnazione dei provvedimenti amministrativi, armonizzandolo con le regole sull'accesso ai documenti, va sicuramente apprezzato. Ma il tema richiede un approfondimento molto attento e deve trovare adeguata risposta nel quadro della disciplina generale del processo amministrativo.

Qualora si superasse la prima obiezione preliminare, riguardante la conformità alla delega, sotto il profilo della collocazione formale e della chiarezza, la normativa proposta potrebbe essere meglio inserita nell'ambito dell'articolo 13 del codice, che

disciplina in modo sistematico la materia dell'accesso ai documenti nelle procedure di gara.

Per quanto riguarda l'aspetto strettamente contenutistico, la disposizione persegue, come si è detto, il condivisibile scopo di rendere effettivo il principio di trasparenza nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Del resto, è un dato ormai assodato che la conoscenza, come pure la mera conoscibilità, degli atti genera effetti positivi nei rapporti tra l'amministrazione e i soggetti interessati, riducendo le occasioni di contenzioso.

Ciò posto, la relazione illustrativa afferma che la nuova disciplina proposta mira, più specificamente, ad incidere sulle modalità attraverso cui determinare la conoscenza degli atti della stazione appaltante, definendo il momento di decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso (*"Tale disciplina è strumentale all'obiettivo imposto dalla delega di garantire termini certi di conoscenza degli atti e termini certi di impugnazione"*).

Come si è accennato in precedenza, peraltro, la delega, indica, all'articolo 44, comma 3, lettera a) il seguente criterio: *"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 disciplina delle comunicazioni dei provvedimenti di gara, opportunamente incentrata sulla previsione di modalità puntuali di trasmissione degli atti, riguarda, però, profili diversi dalla conoscenza "certa" dei "documenti", correlata, nell'articolato, allo spirare del brevissimo termine entro il quale i concorrenti potrebbero esercitare il diritto di accesso.

In ogni caso, la Commissione dubita che l'articolato in esame, così come formulato, possa realizzare concretamente lo scopo indicato dalla relazione illustrativa. In effetti, nel contesto complessivo dello schema, la decorrenza del termine decadenziale per l'impugnazione degli atti delle procedure contrattuali è sostanzialmente – ancorché non esplicitamente - ancorata al momento in cui si

perfezionano le comunicazioni previste dal nuovo articolo 79. Dette comunicazioni, a loro volta, si riferiscono a provvedimenti necessariamente arricchiti di alcuni elementi ulteriori, che coincidono, in ultima analisi, con la necessità di enunciare il contenuto motivazionale minimo dell'atto.

La comunicazione, quindi, conforme alla nuova disciplina, rappresenta la condizione sufficiente per realizzare la conoscenza piena del provvedimento lesivo. Una volta che la stazione appaltante abbia puntualmente osservato le prescrizioni in materia di comunicazioni degli atti, risulta realizzata la "conoscenza piena" del provvedimento lesivo, idonea a far decorrere il termine decadenziale per la proposizione del ricorso, a nulla rilevando che la parte interessata ignori, ancora, i documenti (interni) del procedimento.

Al riguardo, va ricordato che la giurisprudenza attuale non è unanime nella individuazione del concetto di "piena" conoscenza del provvedimento, ai fini della decorrenza del termine per proporre ricorso. Alla corrente interpretativa più tradizionale, incentrata sulla rilevanza della "portata lesiva" dell'atto, correlata alla sua parte dispositiva, si contrappone un altro indirizzo, da taluno definito maggiormente "garantista" delle posizioni del destinatario dell'atto, che ritiene indispensabile la conoscenza della motivazione, almeno nei casi in cui essa esprima (o dovrebbe esprimere) le ragioni della scelta discrezionale o tecnica dell'amministrazione.

La linea più garantista, tuttavia, non si è mai spinta fino alla tesi estrema, secondo cui la conoscenza piena dell'atto lesivo si verificherebbe solo quando l'interessato abbia ottenuto la cognizione di tutti i documenti versati nel procedimento. È quindi pacifica la tesi secondo cui la conoscenza di atti del procedimento, prima ignorati dall'interessato, non potrebbe riaprire i termini per la proposizione del ricorso, la cui decorrenza è inderogabilmente collegata alla conoscenza del provvedimento lesivo.

La conoscenza sopravvenuta dei documenti potrebbe, semmai, incidere sul termine per la proposizione dei motivi aggiunti, ma sempre nell'ambito di un giudizio promosso con ricorso principale notificato tempestivamente, sulla base della conoscenza piena del provvedimento finale e della sua motivazione.

Va ancora evidenziato, peraltro, che, per realizzare coerentemente tale scopo più circoscritto, bisognerebbe chiarire – ciò che allo stato non risulta evidente - che il mancato esercizio del diritto di accesso, nel breve termine di dieci giorni decorrenti dalla comunicazione, determini sempre una preclusione insuperabile alla proposizione dei motivi aggiunti. Tale decadenza resterebbe ferma anche nei casi in cui la conoscenza effettiva dei documenti derivi dalle acquisizioni effettuate in seguito all'istruttoria disposta dal giudice o dal deposito effettuato dall'amministrazione o dalle altre parti del giudizio.

Ma una eventuale previsione di questo genere sembrerebbe difficilmente compatibile con i principi processuali consolidati.

Anche nella prospettiva più limitata della disciplina del diritto di accesso, non appare chiaro se il termine di dieci giorni debba essere letto come previsto nell'interesse esclusivo del richiedente (che in tale termine sarebbe abilitato ad esercitare il proprio diritto nelle agili forme della norma ma che comunque potrebbe sempre proporre istanza di accesso secondo le regole generali) ovvero nell'interesse dell'amministrazione e avrebbe in tal caso una portata sostanziale, indicando il limite temporale entro cui il diritto di accesso può essere esercitato.

Da ultimo, la norma lascia aperte diverse problematiche, attinenti al coordinamento con il sistema vigente. Anzitutto, è poco chiaro il rapporto tra questo nuovo "tipo" di accesso e il procedimento di accesso informale (anch'esso caratterizzato dall'assenza di un provvedimento esplicito di ammissione e dall'immediatezza della soddisfazione della richiesta formulata dall'interessato); né è considerata la disciplina dell'accesso nei casi in cui emerga l'esigenza di valutare la

posizione procedimentale dei soggetti controinteressati, i quali dovrebbero avere diritto di partecipare al procedimento.

In definitiva, la Commissione ritiene che occorra una profonda riflessione sulla utilità della disposizione, nella sua attuale espressione.

In alternativa, la norma potrebbe essere riformulata e semplificata, prevedendo che le comunicazioni degli atti previste dall'articolo 79 debbano indicare le concrete modalità di esercizio del diritto di accesso (preferibilmente richiamando l'istituto dell'accesso informale) agli atti del procedimento, per un congruo periodo, in modo da consentire un'effettiva ostensibilità dei documenti.

In base ai principi generali (quindi senza necessità di espressa previsione nell'articolato), nei casi concreti, poi, il giudice potrà decidere se l'omissione dell'accesso ad atti messi efficacemente a disposizione degli interessati, costituisca o meno comportamento valutabile, anche ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile o della ripartizione dell'onere delle spese del giudizio.

Una formula adeguata alle osservazioni sopraindicate potrebbe essere la seguente.

“Le comunicazioni di cui all'articolo 79 indicano le modalità mediante le quali gli interessati possono esercitare, nei dieci giorni successivi, il diritto di accesso agli atti e ai documenti del procedimento, specificando espressamente quelli che risultano, anche solo temporaneamente, sottratti all'accesso.”

Art. 4 (Modifiche formali alla parte IV del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163)

L'articolo 4 si limita a suddividere la parte IV del Codice dei contratti in due nuovi titoli: <<Titolo I – Strumenti di definizione delle liti diversi dal processo giurisdizionale>> e <<Titolo II – Giurisdizione e norme processuali>>.

Si ritiene che questa classificazione non sia utile e che possa far emergere dubbi interpretativi, anche avuto riguardo alla natura giuridica dell'arbitrato e del lodo,

inseriti tra le forme di definizione della lite non giurisdizionale, che è tutt'altro che pacifica.

Si può prescindere, quindi, da osservazioni attinenti le denominazioni dei nuovi titoli, che non appaiono del tutto corrette, come, ad esempio, il termine << processo giurisdizionale >>.

Si propone quindi di eliminare l'articolo 4.

Art. 5 (Misure di incentivazione dell'accordo bonario)

1. La delega contiene uno specifico criterio direttivo finalizzato ad incentivare l'accordo bonario.

Si tratta di un tema che esula dalla direttiva ricorsi e sul quale, quindi, non vi sono vincoli comunitari.

In attuazione di tale criterio direttivo, lo schema di decreto legislativo all'art. 5 prevede:

- una riduzione dei costi del procedimento (viene, infatti, modificato il comma 10 dell'art. 240 d.lgs. n. 163/2006, prevedendo come compenso massimo dei membri della Commissione il 30% (anziché l'attuale 50%) dei corrispettivi minimi previsti dalla tariffa allegata al d.m. n. 398/2000;

- l'introduzione della figura del mediatore unico, che sostituisce il responsabile del procedimento nella formulazione della proposta di accordo bonario. Il mediatore unico viene nominato in due ipotesi, nelle quali, in base alla vigente disciplina, la proposta di accordo bonario è demandata al responsabile del procedimento: 1) La prima ipotesi ricorre quando il soggetto che ha formulato le riserve non provveda alla nomina del componente di sua scelta e non sia quindi possibile costituire la commissione prevista dal comma 6 dell'art. 240. La disciplina ora vigente prevede che in tal caso la proposta di accordo bonario sia formulata dal responsabile del

procedimento; lo schema di decreto, innovando sul punto, dispone, invece, la nomina di un mediatore unico. 2) La seconda ipotesi è quella prevista dal comma 15 dell'art. 240 per gli appalti e le concessioni di importo inferiore a dieci milioni di euro, ove non venga promossa la costituzione della commissione.

- una rigorosa selezione del mediatore unico e del presidente della commissione: lo schema di decreto, in particolare, prevede che il mediatore unico e il presidente della commissione siano scelti tra soggetti particolarmente qualificati, indicando specificamente le possibili categorie di appartenenza (magistrati amministrativi o contabili, avvocati dello Stato, componenti del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, dirigenti di prima fascia che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni). La nomina del mediatore unico e del presidente della commissione viene, inoltre, affidato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e non più al Presidente del Tribunale del luogo in cui è stipulato il contratto.

- la condanna alle spese nel successivo giudizio (arbitrale o ordinario) se la sentenza è sostanzialmente conforme al contenuto della proposta di accordo bonario che era stata rifiutata (art. 5 lett. l)

- l'esenzione da responsabilità amministrativa in ogni caso di accettazione integrale della proposta motivata di accordo bonario formulata alle parti dalla commissione o dal mediatore unico.

2. Le norme introdotte dal decreto delegato, pur essendo coerenti con il criterio della delega finalizzato ad incentivare l'accordo bonario, si prestano, tuttavia, ad alcune osservazioni.

In primo luogo, la Commissione richiede di valutare se la sostituzione del responsabile del procedimento con il mediatore unico possa determinare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica (in contrasto con quanto dispone l'art. 15 dello schema di decreto). L'art. 5, comma 1, lett. f) del decreto riconosce,

infatti, al mediatore unico lo stesso compenso stabilito per il membro della commissione; tale compenso, in base alla disciplina attualmente vigente, non spetta, invece al responsabile del procedimento che formuli la proposta di accordo bonario. In tal modo, l'introduzione del mediatore unico in luogo del responsabile del procedimento potrebbe comunque avere anche un effetto disincentivante dell'accordo bonario a causa dell'aumento dei costi, in contrasto con quanto previsto dalla delega.

In secondo luogo, si rileva come la dettagliata indicazione delle categorie tra le quali può essere scelto il mediatore unico o il presidente della Commissione (art. 5, comma 1, lett. c) rischia di non essere del tutto coerente con la finalità, scolpita nella legge delega, di incentivare l'accordo bonario: tale significativa restrizione alla libertà di scelta di cui oggi le parti dispongono, oltre a non apparire coerente con la natura transattiva (e quindi certamente negoziale) dell'accordo bonario (art. 240, comma 18, d.lgs. n. 163/2006), potrebbe scoraggiare, anziché incentivare, l'utilizzo di questo istituto, anche perché nel caso che le questioni controverse siano caratterizzate da preminenti profili tecnici preclude, o comunque restringe, l'ambito dei soggetti tra cui può essere scelto il presidente della Commissione o il mediatore unico.

Il parere della Commissione è, quindi, nel senso di conservare alle parti la più ampia libertà di scelta, demandando alle stesse la valutazione, caso per caso, circa l'opportunità di attingere o meno da una delle categorie "qualificate" indicate dalla norma in esame.

3. Un altro profilo sul quale la Commissione ritiene di doversi, sia pur brevemente, soffermare è quello relativo all'esenzione dalla responsabilità amministrativa in caso di accettazione della proposta motivata di accordo bonario.

Sul punto si segnala, innanzi tutto, una discrasia tra il testo dello schema di decreto delegato e il testo del codice appalti con le disposizioni novellate. In particolare,

l'art. 5, comma 1, lett. e) dispone *“In ogni caso l'accettazione integrale della proposta motivata di accordo bonario formulata alle parti dalla commissione o dal mediatore unico non può dar luogo a responsabilità amministrativa”*, mentre il testo del codice appalti novellato contiene, sotto l'art. 240, comma 12, la seguente disposizione *“In ogni caso di accettazione integrale della proposta motivata di accordo bonario formulata alle parti dalla commissione o dal mediatore unico, è esclusa la gravità della colpa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20.”*

Tra le due formulazioni è senz'altro da preferire la prima, che limita l'esenzione della responsabilità soltanto alle parti che accettano la proposta di accordo bonario. La seconda disposizione, al contrario, potrebbe dare luogo ad interpretazioni strumentali volte ad estendere l'esclusione della colpa grave anche agli altri soggetti che partecipano al procedimento di accordo bonario (responsabile del procedimento, direttore dei lavori, etc.). Per questi ultimi, l'esenzione della responsabilità risulterebbe ingiustificata, anche alla luce di quanto segnalato dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con la determinazione 30 maggio 2007, n. 5.

In tale determinazione, l'Autorità ha denunciato il serio pericolo di un'applicazione distorta dell'accordo bonario che, pur essendo, nelle previsioni del legislatore, istituto di carattere eccezionale destinato a risolvere situazioni di particolare criticità, viene spesso strumentalmente utilizzato dalle imprese per pervenire, in tempi brevi, al riconoscimento di determinate richieste economiche e/o per correggere la formulazione di offerte non pienamente ponderate in sede di appalto o, comunque, per recuperare parte del ribasso offerto. L'Autorità espressamente si riservava di segnalare alla competente procura della Corte dei conti i profili di danno per il pubblico erario di volta in volta accertati.

Sempre al fine di venire incontro alle esigenze più volte segnalate dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici risulterebbe opportuno, nel momento in cui si incentiva e si valorizza il procedimento di accordo bonario, richiamare, comunque l'attenzione dei responsabili del procedimento, prima di attivare il procedimento dell'accordo bonario sulla necessità:

- di valutare la fondatezza delle riserve ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell'importo contrattuale, avvalendosi anche di supporti professionali appropriati quando la specificità tecnica o giuridica delle riserve lo richieda;
- di procedere, quando le riserve attengano a circostanze imprevedibili o ad errori o omissioni nella redazione del progetto, che impongono la modifica o integrazione dello stesso, a richiedere alle competenti figure istituzionali (progettista e direttore dei lavori) la redazione di una perizia di variante, essendo questa – e non l'accordo bonario - lo strumento normativo previsto in tali circostanze (art. 132 del D.lgs. 163/2006);
- di impedire che l'accordo bonario possa essere strumentalmente utilizzato dall'appaltatore per ottenere maggiori compensi per oneri già contemplati in sede di gara, alterando di fatto le condizioni economiche definite dalla gara stessa.

A tal fine, si indicano le seguenti modifiche normative.

Il comma 4 dell'art. 240 potrebbe essere riformulato come segue:

Il responsabile del procedimento valuta, avvalendosi anche di supporti professionali appropriati quando la specificità tecnica o giuridica delle riserve lo richieda l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore.

Dopo il comma 4 potrebbe essere inserito un comma 4 bis del seguente tenore:

4 bis - Quando le riserve attengano a circostanze imprevedibili o ad errori o omissioni nella redazione del progetto, che impongono la modifica o integrazione dello stesso, non si procede ad accordo bonario e il responsabile del procedimento richiede alle competenti figure istituzionali la

redazione di una perizia di variante ai sensi dell'art. 132. L'accordo bonario non può comunque essere utilizzato per ottenere maggiori compensi per oneri già contemplati in sede di gara.

4. L'attuazione delle delega potrebbe, inoltre, rappresentare l'occasione per introdurre alcune modifiche al testo vigente dell'art. 240 d.lgs. n. 163/2006.

In particolare:

a) il comma 5 dell'art. 240 dovrebbe essere modificato prevedendo che il termine a disposizione della Commissione per formulare la proposta di accordo bonario decorra non già dall'apposizione dell'ultima riserva, ma dalla costituzione della Commissione stessa. Ciò anche al fine di evitare il rischio che il termine possa iniziare a decorrere ancor prima che la Commissione venga costituita. La nuova decorrenza del termine potrebbe, peraltro, giustificare anche una sua abbreviazione, al fine di rendere più celere l'intero procedimento;

b) si potrebbe estendere a tutti gli appalti e concessioni la previsione dell'avvio obbligatorio del procedimento (cioè a prescindere da ogni valutazione in merito al 10%) sulle riserve presenti in contabilità a fine lavori, previsione che oggi sembrerebbe operante solo per gli appalti inferiori a 10 milioni di euro, vista la collocazione nell'ambito del comma 14 dedicato a tali appalti, stabilendo altresì che il termine di 30 giorni a disposizione del responsabile del procedimento per promuovere la costituzione della commissione decorre dal ricevimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione o dall'avvenuto decorso del termine per la loro emissione.

A tal fine, si suggerisce di aggiungere:

- al comma 14 dell'art. 240, secondo periodo, dopo la parola "*indipendentemente*" il seguente inciso "*dal valore dell'appalto e della concessione è*";

- dopo il comma 20 il seguente comma:

20 bis. Nel caso residuo riserve ancora da definirsi a lavori ultimati, il termine di 30 giorni a disposizione del responsabile del procedimento per promuovere la costituzione della commissione

decorre dal ricevimento da parte dello stesso del certificato di collaudo o di regolare esecuzione o dall'avvenuto decorso dei termini di cui al comma 21.

Si segnala, infine, che il comma 1, lett. a) dell'articolo 5 dello schema di decreto delegato, nel modificare le indicazioni normative tra parentesi collocate dopo la rubrica dell'art. 240 del codice dei contratti pubblici reca un riferimento non corretto al comma 2 (anziché al comma 3), lett. m), n. 1, l. n. 88/2009.

Art. 6 (Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato)

1. In materia di arbitrato, la legge delega contiene quattro criteri direttivi:

- 1) prevedere l'arbitrato come rimedio alternativo al giudizio civile;
- 2) prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizio della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto;
- 3) contenere i costi del giudizio arbitrale
- 4) prevedere misure acceleratorie del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

L'art. 6 dello schema di decreto delegato dà attuazione ai criteri in esame prevedendo:

- la facoltatività dell'arbitrato per entrambe le parti e dunque la facoltà della p.a. di indicare, sin dal bando, se nel contratto sarà o meno inserita la clausola compromissoria, e la facoltà per l'aggiudicatario di rifiutare l'inserimento della clausola compromissoria nel contratto;
- più rigorosi criteri selettivi per l'arbitro presidente;
- una riduzione dei termini per l'impugnazione del lodo (30 gg. dalla notifica e comunque non entro 120 gg. dalla data dell'ultima sottoscrizione);
- una significativa accelerazione del giudizio di appello avverso il lodo;

- il contenimento dei costi del giudizio arbitrale mediante la conferma delle disposizioni di riduzione dei compensi arbitrari previste dall'art. 29, comma 1-quinquiesdecies del d.l. n. 207/08, convertito dalla l. n. 14/2009;
- coerentemente con tale razionalizzazione dell'arbitrato, viene abolito il vigente divieto, peraltro mai divenuto efficace.

2. Le principali novità introdotte dallo schema di decreto risultano coerenti con le previsioni della legge delega.

L'abolizione del divieto di arbitrato, in particolare, è una conseguenza proprio della legge delega che, prevedendo la razionalizzazione dell'istituto e dettando criteri direttivi a ciò finalizzati, ne presuppone inevitabilmente la sopravvivenza anche nell'ambito delle controversie relative all'esecuzione di appalti pubblici.

Pur condividendo le principali modifiche introdotte alla disciplina dell'arbitrato, anche qui in gran parte necessitate alla luce delle puntuali indicazioni contenute nella legge delega, si formulano, tuttavia, le seguenti osservazioni.

In primo luogo, la Commissione ritiene di formulare alcune osservazioni in merito alla disciplina dei compensi degli arbitri. Sul tema, l'art. 6, comma 1, lett. h) del testo del decreto contiene uno specifico rinvio al d.m. 2 dicembre 2000, n. 398.

La tecnica normativa utilizzata solleva alcune perplessità: si tratta, infatti, di un rinvio fisso o recettizio al decreto ministeriale n. 398/2000, al quale viene così attribuito rango legislativo. In altri termini, la determinazione e l'aggiornamento delle tariffe vengono sottratti alla competenza ministeriale e trasferiti al potere legislativo

Questa forma di "legificazione" di uno specifico decreto ministeriale, rischia di essere foriera di notevoli inconvenienti pratici, in quanto preclude la modifica o l'aggiornamento delle tariffe senza passare per una modifica legislativa del testo normativa

La fissazione delle tariffe, al contrario, considerando le periodiche esigenze di aggiornamento e il contenuto eminentemente tecnico delle competenze richieste, rappresenta un potere tipicamente ministeriale, che trova la sua naturale sede di disciplina nella fonte secondaria.

Al riguardo, allora, la Commissione propone di sostituire il rinvio fisso al d.m. 2 dicembre 2000, n. 398, con un rinvio mobile (o non recettizio) alla fonte regolamentare. In tal modo, le tariffe potrebbero essere aggiornate direttamente in sede ministeriale, senza la necessità di dover, ogni volta, porre mano alla norma legislativa.

A tal fine, la norma potrebbe essere formulata nel modo che segue:

“Il collegio arbitrale determina nel lodo definitivo ovvero con separata ordinanza il valore della controversia e il compenso degli arbitri sulla base di quanto stabilito con decreto adottato dal Ministro delle infrastrutture dei trasporti, di concerto con il Ministro della giustizia secondo criteri di riduzione delle tariffe professionale”.

Ovviamente il richiamo al d.m. 2 dicembre 2000, n. 398 andrebbe sostituito, nelle norme che ad esso fanno rinvio, con il riferimento al decreto di cui all’art. 241, comma 12.

3. Venendo agli altri aspetti dell’arbitrato, il testo del decreto delegato introduce (o, in qualche caso, conserva) alcune significative deroghe rispetto alla disciplina che il codice di procedura civile dedica all’istituto.

In particolare, mentre l’art. 824-bis c.p.c. (introdotto dall’art. 23, comma 1, d.lgs. n. 40/2006) prevede come regola generale che il lodo acquisti l’efficacia della sentenza a far data dalla sua ultima sottoscrizione, l’art. 6 dello schema prevede che il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione, ma che diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici. Il deposito presso la camera arbitrale è anche condizione per ottenere l’efficacia esecutiva del lodo, in quanto, ai sensi del nuovo comma 10 dell’art. 241 il deposito

del lodo effettuato ai sensi dell'art. 825 c.p.c. è preceduto dal suo deposito presso la camera arbitrale.

Considerata la portata sistematica dell'art. 824 bis c.p.c. – introdotto dall'art. 23 d.lgs. n. 40/2006 all'esito di una complessa evoluzione giurisprudenziale e normativa per togliere ogni dubbio in ordine alla natura "giurisdizionale" del lodo (al quale, prima della modifica in questione, la Corte di cassazione aveva riconosciuto efficacia negoziale) – la diversa disciplina contenuta nello schema di decreto rischia di essere foriera di incertezze interpretative in ordine all'esatta natura del lodo pronunciato sulle controversie relative all'esecuzione degli appalti. Inoltre, la sottoscrizione (pur non rilevando ai fini dell'efficacia del lodo) viene poi presa in considerazione dal nuovo comma 16 dell'art. 241 (come modificato dallo schema di decreto) quale momento a partire dal quale inizia a decorrere il termine di 120 giorni per l'impugnazione del lodo. Il rischio è in capo alle parti possa sorgere l'onere di impugnare un lodo che, in assenza di deposito presso la camera arbitrale, non sarebbe ancora efficace.

Per i motivi esposti, la Commissione ritiene che l'attribuzione di così rilevanti effetti al deposito presso la camera arbitrale rappresenti una deroga ingiustificata ai principi generali in materia di arbitrato. Si propone, quindi, una riformulazione delle norme volte a ridurre gli aspetti di diversità con la disciplina dettata dal c.p.c.

Art. 7 (Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale)

1. L'articolo 7 dello schema attua una delle disposizioni a recepimento facoltativo previste dalla direttiva.

Lo scopo dichiarato della norma è quello di introdurre un meccanismo idoneo, in qualche misura, a ridurre l'area delle controversie sottoposte alla cognizione del

giudice, attivando meccanismi preventivi di risoluzione delle controversie, incentrati sull'esercizio del potere di autotutela.

In effetti, la circostanza che, prima della proposizione del ricorso, il soggetto interessato debba indicare le ragioni di illegittimità del provvedimento sfavorevole, provocando una risposta della stazione appaltante, è potenzialmente molto utile. L'amministrazione potrebbe rimediare, in autotutela, agli errori più evidenti; in alternativa, la stazione appaltante potrebbe fornire spiegazioni sufficienti per convincere l'interessato dell'assenza dei vizi denunciati.

In ogni caso, poi, l'amministrazione, in seguito all' "allarme" provocato dalla comunicazione preventiva, potrebbe già attrezzarsi per tempo ad affrontare il successivo contenzioso, anche di tipo cautelare, attivando tempestivamente i propri uffici legali o assumendo le pertinenti determinazioni correlate alla successiva esecuzione del contratto.

Ciò chiarito, l'articolato proposto, anche in funzione dei condizionamenti derivanti dalla legge delega (la quale ha compiuto le scelte generali di impostazione) e da alcuni passaggi non chiarissimi della direttiva, desta alcune perplessità.

In primo luogo, nel contesto di una nuova disciplina che prevede il brevissimo termine di trenta giorni per la proposizione del ricorso, la comunicazione preventiva dell'intenzione di proporre ricorso è oggettivamente e realisticamente destinata a giocare un ruolo molto marginale in funzione deflattiva del contenzioso.

La ristrettezza dei termini riduce infatti drasticamente la concreta operatività del meccanismo, ciò che peraltro discende dalla previsione della direttiva, secondo cui l'obbligo di comunicazione preventiva dell'intenzione di avvalersi degli strumenti di tutela giurisdizionale, eventualmente introdotto dalla disciplina nazionale, non potrebbe incidere sul termine per la proposizione del ricorso.

2. Ferme restando queste premesse generali, il testo dell'articolato potrebbe essere, comunque, notevolmente semplificato.

Sembra superfluo ribadire che la comunicazione non ha effetti sospensivi sul termine dilatorio per la stipulazione del contratto, né sul termine per la proposizione del ricorso. Viceversa, non è opportuno affermare che la comunicazione non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, perché, in tal modo, si genera l'equivoco che sia sempre precluso l'esercizio dei poteri cautelari in autotutela. Pertanto, la Commissione propone di espungere dal testo la previsione contenuta nella proposta di articolato.

Sembra poco opportuno regolare nel dettaglio i passaggi interni dell'istanza nell'ambito delle strutture della stazione appaltante. Il termine per la determinazione dovrebbe essere ragionevolmente contenuto in dieci giorni, considerando la brevità del termine per il ricorso. D'altronde, proprio l'articolo proposto contempla l'eventualità di una risposta sostanzialmente interlocutoria, mediante la quale l'amministrazione comunica il mero avvio del procedimento formale di autotutela. La deliberazione della comunicazione dell'interessato, pertanto, non dovrebbe essere superiore ai dieci giorni.

Non sembra utile la definizione delle diverse opzioni che ha l'amministrazione a fronte della comunicazione, ma è sufficiente affermare che si tratta di prendere posizione sui motivi prospettati dall'interessato, assumendo le opportune determinazioni in materia di esercizio del potere di autotutela.

D'altro canto, il ventaglio delle tre soluzioni, indicato dalla norma, desta notevoli perplessità, sia perché non sembra esaurire le opzioni offerte alla stazione appaltante, sia perché le formulazioni proposte risultano difficilmente inquadrabili nei principi del sistema.

Non convincente, al riguardo, è il riferimento alla sola "conferma motivata". Non vi è ragione, infatti, di escludere, a priori, la possibilità di un atto di conferma

espresso, ma non motivato (in coerenza con i principi dell'atto meramente confermativo, certamente legittimo a fronte di istanza ritenuta infondata).

Da altra angolatura prospettica, poi, non è persuasiva la previsione dell'obbligo di motivare la conferma, accompagnata, però, dalla esplicita regola della non impugnabilità del nuovo atto, in contrasto con principi interpretativi consolidati.

La conferma "motivata", infatti, è, pacificamente considerata quale nuovo atto, autonomamente lesivo, idoneo a riaprire i termini per la proposizione del ricorso.

Sconsigliabile, poi, è la previsione esplicita di atti di autotutela da adottare "senza contraddittorio", che sembra contrastare apertamente con i principi generali dell'azione amministrativa: è evidente che la partecipazione al procedimento potrà essere in concreto ridotta, anche drasticamente, ma questo potrà avvenire solo in puntuale applicazione delle regole fissate dagli articoli 7 e seguenti della legge n. 241/1990.

Poco chiaro, poi, è il riferimento alla determinazione interlocutoria dell'avvio del procedimento di autotutela. Probabilmente, nello schema proposto, in questa ipotesi soltanto (e non nelle altre) il provvedimento conclusivo (quale che sia il suo contenuto), adottato all'esito del procedimento – formalmente avviato - di autotutela, diventa autonomamente impugnabile. Pertanto, a fronte della determinazione interlocutoria di questo contenuto, le parti potrebbero decidere di non proporre ricorso, attendendo il provvedimento conclusivo. Tuttavia, in assenza di un'esplicita indicazione in tal senso, sembra improbabile un significativo effetto deflattivo. Non va dimenticato, poi, che la determinazione di avvio del procedimento, se non accompagnata da atti cautelari della stazione appaltante, potrebbe indurre comunque l'interessato a proporre un ricorso giurisdizionale per ottenere una tutela interinale di urgenza.

A ben vedere, però, l'autotutela scaturente dalla comunicazione preventiva dovrebbe essere ricondotta ai principi generali dell'istituto, a meno che non si vogliano dettare puntuali e chiare regole procedimentali e sostanziali derogatorie.

Particolarmente delicato è il tema delle conseguenze della mancanza della comunicazione preventiva della lite o della determinazione espressa della stazione appaltante.

Una volta compiuta la scelta di non configurare la comunicazione preventiva come condizione di procedibilità dell'azione, va condivisa la proposta di stabilire effetti incidenti solo sulla ripartizione dell'onere delle spese e sul giudizio di responsabilità risarcitoria.

Le stesse conseguenze, peraltro, devono essere annesse all'eventuale inerzia dell'amministrazione. A tale riguardo, peraltro, potrebbe essere utile chiarire che il silenzio, assumendo la fisionomia tipica del diniego di agire in autotutela, alla stregua di una conferma mera dell'atto, non è impugnabile e non è contestabile con il rito speciale in materia di silenzio.

Pertanto, si propone la seguente riformulazione dell'articolato.

“Comunicazione preventiva dell'intento di proporre ricorso”.

“1. Nelle controversie di cui all'articolo 244, comma 1, il soggetto che intende proporre un ricorso, ne informa preventivamente la stazione appaltante, mediante una comunicazione scritta, diretta al responsabile del procedimento, recante una sintetica indicazione dei motivi. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente, nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara.

2. La stazione appaltante, entro dieci giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela e non è autonomamente contestabile.

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

Art. 8 (Tutela processuale),

Art. 9 (Ulteriori disposizioni processuali in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva),

Art. 11 (Ulteriori disposizioni processuali in caso di azione volta alla privazione di effetti del contratto già stipulato).

1. Gli articoli dello schema di decreto delegato che si occupano del processo in materia di appalti sono gli artt. 8, 9 e 11.

L'art. 8 disciplina il rito applicabile a tutte le impugnazioni avverso gli atti di gara diversi dall'aggiudicazione definitiva.

I principali elementi di specialità possono essere così sintetizzati:

- 1) il termine per ricorrere è ridotto a 30 gg. e il termine per il deposito a 5 gg. Gli stessi termini sono previsti per il ricorso incidentale.
- 2) il termine per la costituzione delle parti è di 15 giorni dalla notificazione del ricorso principale.
- 3) il termine per proporre motivi aggiunti è di 15 giorni dall'accesso agli atti e comunque dalla piena conoscenza di essi
- 4) la fissazione dell'udienza di merito avviene d'ufficio entro 30 gg. dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti;
- 5) la decisione sulla domanda cautelare viene pronunciata solo se la causa non può essere decisa nel merito alla prima udienza, e sempre che sussista un caso di estrema gravità e urgenza.

L'art. 9 disciplina un rito in parte diverso che trova applicazione nel caso in cui venga impugnata l'aggiudicazione definitiva con contestuale istanza cautelare.

In questo caso, i principali elementi di diversità rispetto al rito di cui all'art. 8 sono i seguenti:

- 1) la competenza del Tar diviene inderogabile e rilevabile anche d'ufficio prima di decidere sulla domanda cautelare
- 2) si prevede un termine perentorio di cinque giorni dalla notifica della domanda cautelare entro il quale le parti possono presentare memorie
- 3) la domanda cautelare è sempre trattata, alla prima udienza utile dopo la scadenza del predetto termine di 5 gg
- 4) la proposizione del ricorso accompagnato da domanda cautelare preclude la stipula del contratto fino al provvedimento giurisdizionale (venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga il provvedimento cautelare collegiale di primo grado o il dispositivo della sentenza di merito di primo grado).

Vi è poi una terza norma processuale (l'art. 11 che inserisce nel codice dei contratti pubblici il nuovo art. 245-*quater*) che prevede un diverso regime dei termini per impugnare l'aggiudicazione definitiva nel caso in cui il contratto sia già stato stipulato e l'aggiudicazione sia avvenuta senza previa pubblicazione del bando, nei casi in cui questa è prescritta oppure il contratto sia stato stipulato in violazione dello *stand-still*.

Se è mancata la dovuta pubblicazione del bando si prevede che il ricorso non possa comunque essere proposto decorsi trenta giorni, decorrenti dal giorno successivo alla 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 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.

Nel caso in cui la stazione appaltante non abbia rispettato la preclusione alla stipula del contratto (e questo abbia impedito all'interessato di impugnare l'aggiudicazione definitiva prima della stipula del contratto nel rispetto dei termini di cui all'art. 245), il termine per l'azione è di trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data in cui la stazione appaltante ha informato l'interessato della stipulazione del contratto, a condizione che tale informazione contenga una sintetica relazione dei pertinenti motivi, ai sensi dell'articolo 79, comma 2, e fatte salve le disposizioni dell'articolo 79, comma 4.

Se sono mancati gli avvisi precedenti, il termine è di sei mesi decorrenti dal giorno successivo alla data di stipula del contratto.

Si prevede, infine, che il termine decorra comunque, anche in questi casi, dalla piena conoscenza dell'aggiudicazione o del contratto, anche se tale piena conoscenza è anteriore agli eventi prima indicati.

2. Queste tre norme creano un regime processuale molto complesso, con il rischio di problematiche interferenze nel caso in cui, come spesso accade, ad un ricorso principale proposto avverso atti diversi all'aggiudicazione (ad es. una clausola del bando o il provvedimento di esclusione) faccia seguito la proposizione di motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione definitiva.

Verificandosi tale ipotesi, si passerebbe, infatti, dal rito disciplinato dall'art. 8 a quello disciplinato dall'art. 9, e il differente regime processuale potrebbe essere fonte di inconvenienti pratici significativi.

Ad esempio, l'eventuale incompetenza del T.a.r. di fronte al quale pende il ricorso avverso il bando e avverso l'eventuale esclusione diventerebbe, una volta impugnata l'aggiudicazione definitiva, rilevabile d'ufficio.

La domanda cautelare, che nel primo caso viene decisa solo se non è possibile definire il merito alla prima udienza da fissarsi entro 30 gg., nel secondo caso andrebbe sempre decisa.

Per evitare questi possibili effetti negativi, la Commissione suggerisce di introdurre un unico rito processuale riunendo in un articolo unico le previsioni contenute negli artt. 8, 9 e 11.

Anche la competenza inderogabile, la cui introduzione, (pur se in controtendenza rispetto a quanto previsto nello schema dell'emanando codice del processo amministrativo), risulta necessitata alla luce del puntuale criterio direttivo contenuto nell'art. 44, comma 3, lett. g), n. 1, non può che essere estesa a tutti i ricorsi avverso gli atti di gara e non solo (come prevede il testo del decreto delegato all'art. 9) ai ricorsi avverso i provvedimenti di aggiudicazione definitiva accompagnati da domanda cautelare. Sono evidenti, infatti, gli inconvenienti pratici che deriverebbero da un regime della competenza variabile a seconda dell'oggetto del ricorso.

La delega prevede come criterio direttivo anche quello della rilevabilità d'ufficio della competenza. La Commissione ritiene che la regola della rilevabilità d'ufficio non sia incompatibile con la previsione di termini decadenziali posti sia alle parti per eccepire il difetto di competenza sia al giudice per rilevarlo d'ufficio. In tal senso depone inequivocabilmente la disciplina dell'incompetenza inderogabile contenuta nel codice di procedura civile. L'art. 38 c.p.c. (recentemente modificato ad opera della l. n. 69/2009) prevede che l'incompetenza (anche quando è rilevabile d'ufficio) è eccepita a pena di decadenza nella comparsa di risposta tempestivamente depositata (comma 1) e il giudice può rilevarla d'ufficio "non oltre l'udienza di cui all'art. 183" (comma 3).

La Commissione suggerisce pertanto di introdurre preclusioni temporali per eccepire o rilevare d'ufficio l'incompetenza inderogabile anche nel rito speciale in

materia di appalti. Ciò al fine di contenere gli effetti negativi che altrimenti potrebbero derivare dalla rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza (basti pensare, per fare solo un esempio, al dispendio di energie processuali e all'allungamento dei tempi processuali che potrebbero verificarsi ove l'incompetenza non venga rilevata in sede di esame della domanda cautelare e venga poi rilevata in sede di giudizio di merito).

Il testo del decreto delegato prevede che sulla competenza il giudice si pronunci con sentenza. Anche questa scelta è in contrasto con quanto previsto nell'emanando Codice del processo amministrativo che prevede, invece, l'ordinanza. Anche sotto questo profilo, per ragioni di coerenza sistematica, la norma andrebbe modificata.

E' opportuno, inoltre, prevedere, uno specifico regime di impugnazione dell'ordinanza che si pronuncia sulla competenza, sul modello di quello già approntato in sede di redazione del codice del processo. Le relative norme hanno la funzione di colmare transitoriamente il vuoto normativo che altrimenti si verrebbe a creare nel periodo di tempo che separa l'entrata in vigore del presente decreto dal codice del processo.

Dall'art. 8 andrebbero, inoltre, tolte tutte quelle disposizioni le quali si limitano a ribadire principi processuali consolidati in materia di impugnazione degli atti amministrativi (immediata impugnabilità dell'atto lesivo; nozione di bando immediatamente lesivo, impossibilità di dedurre i vizi di atti presupposti non tempestivamente impugnati, etc.); infatti, pur trattandosi in alcuni casi di previsioni contenute nella delega, si osserva che ciò non rende necessario codificare, con specifico riferimento a tale settore, principi o interpretazioni ampiamente consolidate e, quindi, vigenti.

3. Con particolare riferimento all'abbreviazione dei termini, si svolgono le seguenti osservazioni.

La legge delega già prevede il termine di 30 gg. per la proposizione del ricorso principale e quello di cinque giorni per il deposito. Per esigenze sistematiche e per rispettare il principio di parità delle parti analoghi termini devono essere previsti per la notifica e il deposito del ricorso incidentale.

Alla luce della previsione di un termine di 30 gg. per proporre il ricorso principale le evidenti esigenze di celerità giustificano la previsione di un termine di quindici giorni (dimezzato rispetto a quello per il ricorso principale) per proporre motivi aggiunti. Il termine per il deposito dei motivi aggiunti andrebbe a sua volta fissato in cinque giorni, così come accade per il ricorso principale.

La Commissione inoltre suggerisce, considerate le esigenze di concentrazione particolarmente rilevanti nel contenzioso in materia di appalti, di prevedere come obbligatoria l'impugnazione degli atti connessi mediante motivi aggiunti, perché altrimenti la riduzione a quindici giorni del termine per i motivi aggiunti sarebbe vanificata dalla possibilità di optare – nel più ampio termine di trenta giorni – per la proposizione di un ricorso autonomo.

In sostanza, si ritiene:

- che vadano limitate al minimo le deroghe rispetto alla già vigente disciplina speciale ex art. 23-*bis* L. Tar, riportando – per chiarezza - in unico comma i termini diversi da quelli disciplinati dal 23-*bis* e limitando le deroghe a quanto strettamente necessario;
- che l'esigenze di accelerazione del giudizio vadano condivise ma non fino al punto di prevedere per tutti i processi in materia di appalto un'udienza di merito in un termine molto breve, anche perché non sempre tali esigenze sussistono in concreto e una accelerazione generalizzata rischierebbe di compromettere il rispetto del principio del giusto processo in relazione ad altre tipologie di controversie, altrettanto importanti sotto il profilo economico o più rilevanti con riguardo a interessi e diritti in gioco, anche costituzionalmente garantiti;

- che ogni questione che possa essere risolta sulla base di norme o principi generali, anche contenuti nell'emanando codice del processo amministrativa non vada codificata in questa sede; che per garantire celerità e concentrazione dei giudizi vada previsto l'obbligo di impugnare i nuovi atti con motivi aggiunti, e non con ricorso autonomo;
- che il regime dell'incompetenza inderogabile (imposto dalla delega) vada esteso a tutti i giudizi in materia di appalti, introducendo però preclusioni temporali per l'eccezione di parte e il rilievo d'ufficio;
- che non sia necessario introdurre una deroga al regime ordinario della notificazione degli atti processuali quando la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, onerando la parte anche della notificazione del ricorso presso la sede reale della stazione appaltante, in quanto se un soggetto è rappresentato dall'Avvocatura dello Stato, spetterà a quest'ultima comunicare prontamente la ricezione di atti che incidono sull'esercizio dell'attività amministrativa (in alternativa, si potrà prevedere che il ricorrente comunichi anche in via informale alla stazione appaltante l'avvenuta notificazione del ricorso presso L'Avvocatura dello Stato);
- che sia necessario identificare le norme che saranno poi trasfuse nel codice del processo, limitandone il contenuto ad aspetti solo processuali.

4. Si potrebbe invece lasciare in un articolo separato, anche da collocare nella parte sostanziale del Codice, la disciplina della sospensione della stipulazione del contratto in caso di ricorso (con istanza cautelare) avverso l'aggiudicazione definitiva. La preclusione alla stipula del contratto è, infatti, un effetto sostanziale del ricorso (non un effetto processuale), il che rende consigliabile una disciplina separata.

Sotto questo profilo, la Commissione avverte il rischio che una protrazione dell'effetto sospensivo operante sino al giudicato cautelare possa essere fonte di

notevoli inconvenienti pratici, primo fra tutti la possibilità che si faccia un uso distorto del ricorso giurisdizionale (e della tutela cautelare) solo al fine di bloccare la stipula del contratto per qualche mese. Il ricorso potrebbe allora essere proposto anche pretestuosamente per ottenere la sospensione ex lege alla stipula, magari da parte dell'impresa uscente che, in tal modo, può vedersi prorogato lo svolgimento del servizio o dei lavori fino alla stipula del nuovo contratto.

Si condivide, quindi, la scelta operata nello schema di prevedere che il termine preclusivo operi solo per venti giorni, e sempre che entro tale termine intervenga un provvedimento cautelare collegiale. I venti giorni rappresentano del resto un termine sufficiente che consente di ottenere sia l'ordinanza cautelare in primo grado sia, in molti casi, un provvedimento in appello, quantomeno monocratico.

Va però precisato che l'effetto sospensivo sulla stipulazione del contratto cessa nel caso in cui, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si limiti a fissare entro trenta giorni l'udienza di merito, senza sospendere gli atti impugnati; tale pronuncia, infatti, pur fondandosi sulla sussistenza di profili di fumus, non comporta la concessione di misure cautelari, o meglio costituisce un accoglimento parziale della domanda cautelare ai soli fini della fissazione del merito, con reiezione (anche implicita) della richiesta di sospensione degli atti impugnati e ciò determina la cessazione dello *stand-still*. Analoga cessazione dell'effetto sospensivo si dovrebbe avere in caso di rinvio al merito, con il consenso delle parti, dell'esame della domanda cautelare, integrando tale ipotesi una implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare, incompatibile con il permanere dello *stand-still*.

5. Una considerazione a parte meritano le disposizioni contenute nell'art. 11 dello schema di decreto delegato.

L'art. 11 prevede, un diverso regime dei termini per ricorrere ove sia mancata la dovuta pubblicazione del bando oppure ove il contratto sia stato stipulato senza rispettare la preclusione.

Dalla lettura della norma emerge, tuttavia, che il principale effetto innovativo dalla stessa introdotto consiste nella previsione di termini massimi per impugnare comunque non superabili (sei mesi dalla stipula del contratto e trenta giorni dalla pubblicazione degli avvisi richiamati dalla stessa norma). La scadenza di tali termini ha effetto preclusivo a prescindere dalla piena conoscenza del provvedimento.

Anche in questo caso, appare opportuno inserire questa norma (con una formulazione semplificata, che si limiti a contenere le sole norme derogatorie ai principi generali) nell'ambito dell'unico articolo dedicato al processo.

Inoltre, sempre in relazione all'art. 11 si osserva che il regime speciale dei termini, se appare giustificato nel caso in cui sia mancata la obbligatoria pubblicazione del bando, suscita invece perplessità in relazione all'ipotesi di contratto stipulato senza rispettare il divieto di preclusione. Tale evento, infatti, in sé considerato, non incide sulla possibilità dell'impresa che ha partecipato alla gara di venire a conoscenza dell'aggiudicazione definitiva e non dovrebbe, quindi, giustificare una deroga al regime ordinario dei termini per proporre il ricorso.

Presenta senz'altro aspetti di criticità la previsione di un termine massimo di sei mesi (dalla stipula del contratto) decorso il quale il ricorso è definitivamente precluso. Tale norma è stata introdotta in attuazione di un preciso criterio della legge delega: l'art. 44, comma 3, lett. i) prevede, infatti, il recepimento “[del] *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*”.

L'art. 2-*septies* della direttiva a sua volta prevede che “*gli Stati membri possono stabilire che la proposizione di un ricorso a norma dell'art. 2 quinquies, paragrafo 1, debba avvenire [...] in ogni caso prima dello scadere di un periodo di almeno sei mesi a decorrere dal giorno successivo alla data di stipula del contratto*”.

La direttiva, quindi, lasciava agli Stati facoltà di prevedere un termine preclusivo decorso il quale il ricorso proposto ai sensi dell'art. 2-*quinquies* paragrafo 1 (cioè nel caso in cui sia mancata la obbligatoria pubblicità del bando) non può comunque essere più proposto, a prescindere dal fatto che ci sia stata o meno la piena conoscenza degli atti lesivi. Ove lo Stato avesse deciso di avvalersi di tale facoltà, il diritto comunitario lasciava agli Stati una ulteriore scelta in merito alla durata del termine, stabilendo solo che doveva essere di “almeno sei mesi” (quindi non inferiore a sei mesi).

La legge delega ha esercitato tutte le scelte: non solo ha introdotto il termine preclusivo, ma ne ha anche predeterminato la durata, vincolando il Governo a prevedere i termini minimi di ricorso previsti dalla norma comunitaria (cioè, nel caso di specie, sei mesi).

Alla luce di un criterio direttivo così puntuale, l'introduzione della corrispondente norma nel testo del decreto delegato risulta quasi necessitata.

Ciò nonostante la Commissione ritiene che la norma in esame susciti più di una perplessità, in quanto introduce nel nostro ordinamento un termine massimo preclusivo per la proposizione del ricorso che opera a prescindere da qualsiasi conoscenza che il soggetto leso possa avere avuto degli atti illegittimi e da qualsiasi forma di pubblicità. La norma, in tal modo, introducendo una vistosa deroga a principi giuridici consolidati in materia di impugnazione degli atti amministrativi, risulta del tutto estranea al nostro sistema processuale.

L'effetto di tale preclusione è ancora più rilevante se si considera che essa è destinata ad operare in presenza di situazioni caratterizzate da una particolare

violazione delle regole, riconducibili alle fattispecie di affidamento diretto senza gara e senza pubblicità. E' serio, quindi, il rischio che questa disposizione consenta il consolidamento a situazioni di macroscopica illegittimità, rendendo inattaccabili contratti stipulati senza alcuna gara.

6. Un'ultima considerazione merita la limitazione della tutela al solo ricorso al T.A.R. con esclusione della possibilità di proporre ricorso straordinario al Capo dello Stato.

La Commissione ritiene che la scelta di escludere il ricorso straordinario sia coerente con l'accentuata specialità che connota il nuovo rito in materia di appalti. Come il Consiglio di Stato ha in più occasioni rilevato, infatti, l'ammissibilità del ricorso straordinario deve escludersi in tutti quei casi in cui il giudice amministrativo (o anche quello ordinario) sia destinatario, in certe materie, di norme processuali speciali volte ad una più rapida definizione del contenzioso, tali da dare la stura a competenze da taluni reputate "funzionali", ossia non suscettibili di alternative che ne frusterebbero la ratio di accelerazione (specie se si considera il più lungo termine per la proposizione del ricorso straordinario). In questi casi, la giurisdizione del giudice amministrativo si reputa assoluta e quindi tale da non ammettere alternative.

Proprio valorizzando la specialità del rito, il ricorso straordinario è stato ad esempio escluso in materia di accesso ai documenti amministrativi: in quel caso si è ritenuto che il processo speciale previsto dall'art. 25 l. n. 241/1990 è caratterizzato da criteri di urgenza e celerità incompatibili con il lungo termine previsto per la proposizione del ricorso straordinario; inoltre, il potere di ordinario all'Amministrazione un facere consistente è stato ritenuto precluso in sede di ricorso straordinario, che consente solo l'eliminazione dell'atto.

E' vero che con riferimento all'art. 23-*bis* l. n. 1034/1971 il Consiglio di Stato ha, in passato, ritenuto che la specialità del rito non fosse incompatibile con il ricorso

straordinario. Tale considerazione non vale, tuttavia, a mettere in discussione la scelta ora fatta del decreto delegato, in quanto il nuovo rito speciale in materia di appalti risulta ora caratterizzato (anche ove venissero recepite le osservazioni del presente decreto) da elementi di specialità senz'altro più marcati rispetto a quelli che caratterizzano il rito descritto dall'art. 23-*bis*.

Si fa riferimento non solo alla consistente abbreviazione di tutti i termini processuali (in primo luogo quelli per la proposizione e per il deposito del ricorso, portati rispettivamente a 30 e 5 gg.), ma soprattutto all'attribuzione al giudice amministrativo di consistenti poteri in ordine alla sorte del contratto e all'eventuale applicazione di sanzioni alternative, che vanno ben al di là della pronuncia meramente caducatoria che caratterizza invece il ricorso straordinario.

Né vale obiettare che in tal modo l'impresa illegittimamente pretermessa in sede di gara perde la possibilità di agire in sede di ricorso straordinario per ottenere una tutela solo risarcitoria.

Al riguardo, infatti, deve rilevarsi che secondo l'indirizzo prevalente la struttura impugnatoria del rimedio giustiziale esclude la possibilità di avanzare in tale sede domande risarcitorie.

In ogni caso, anche aderendo all'indirizzo, allo stato minoritario, secondo cui l'azione risarcitoria è ammissibile anche in sede di ricorso straordinario, deve rilevarsi che il testo del decreto delegato non esclude di per sé tale possibilità: l'art. 8, infatti, testualmente riserva al binario giurisdizionale i soli ricorsi volti all'impugnazione degli atti di gara, lasciando quindi aperta la questione dell'ammissibilità in sede di ricorso straordinario di una domanda risarcitoria in materia di appalti.

7. Alla luce delle considerazioni che precedono, le disposizioni in esame potrebbero essere riscritte nei seguenti termini:

ART. 8. Tutela processuale (art. 44, comma 3, lett. a), b), c), f) l. n. 88/2009; art. 2-quater, direttiva 89/665/CEE e art. 2-quater, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

1. Nell'articolo 245 del decreto legislativo n. 163 del 2006 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) dopo la rubrica dell'articolo, nelle indicazioni tra parentesi, dopo le parole <<l. n. 80/2005>>, sono aggiunte le parole <<; art. 44, comma 3, lett. a), b), c), f), l. n. 88/2009; art. 2-quater, direttiva 89/665/CEE e art. 2-quater, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE>>, e sono soppresse le parole << art. 23-bis, L. n. 1034/1971;>>;

b) il comma 1 è sostituito come segue:

<< Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'articolo 244, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.

c) il comma 2 è sostituito dai seguenti:

<< 2. Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla 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 dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.

2-bis. Salvo quanto previsto dal presente articolo e dagli articoli seguenti si applica l'art. 23 bis della legge n. 1034/1971.

2-ter. La competenza territoriale del tribunale amministrativo regionale è inderogabile e il relativo difetto è rilevato, anche d'ufficio, prima di ogni altra questione, e pronunciato, con ordinanza in sede di primo esame della domanda cautelare ovvero, in mancanza di questa, nella prima udienza di merito. L'ordinanza indica il tribunale amministrativo regionale competente, davanti al quale il processo deve essere riassunto entro quindici giorni decorrenti da quando diventa definitiva l'ordinanza che declina la competenza. L'ordinanza del giudice adito che dichiara la propria incompetenza è impugnabile nel termine di quindici giorni dalla comunicazione o notificazione con il regolamento di competenza. Il regolamento può essere altresì richiesto d'ufficio alla prima udienza dal giudice indicato come competente dal tribunale adito. La questione di competenza inderogabile può comunque essere fatta valere anche con il regolamento di competenza.

2-quater. I termini processuali sono stabiliti in:

- a) trenta giorni per la notificazione del ricorso, decorrenti dalla ricezione della relativa comunicazione ai sensi dell'articolo 79 o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8.*
- b) cinque giorni per il deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale, dell'atto contenente i motivi aggiunti, dell'appello avverso l'ordinanza cautelare;*
- c) trenta giorni per la proposizione del ricorso incidentale, decorrenti dalla notificazione del ricorso principale;*
- d) quindici giorni per la proposizione dei motivi aggiunti, anche se riguardanti atti connessi;*
- e) quindici giorni per l'appello avverso l'ordinanza cautelare decorrenti dalla sua comunicazione o, se anteriore, notificazione.*

2-quinques. In luogo della prova della notificazione può essere depositata la prova che il ricorso è stato consegnato per le notifiche o spedito; la prova delle eseguite notifiche va depositata appena è disponibile e comunque entro l'udienza o camera di consiglio in cui la causa è discussa.

2-sexies. I nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti.

2-septies. Il dispositivo della decisione di merito è pubblicato entro sette giorni dalla data dell'udienza.

2-octies. Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, in forma semplificata.

Si formula poi il seguente articolo sulla sospensione della stipula del contratto, che potrà essere inserito – come già detto – nella parte sostanziale del Codice dei contratti (o come comma 10-bis dell'art. 11 o come art. 11-bis)

Art. 10, comma 10-bis o art. 11-bis. Sospensione della stipula del contratto derivante dalla proposizione di ricorso giurisdizionale.

1 Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della ricezione della notificazione dell'istanza cautelare da parte della 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 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.

Art. 10 (Privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative).

1. L'art. 10 contiene l'intera disciplina di tutte le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto e sulle posizioni giuridiche dei soggetti contraenti. In primo luogo, viene attribuita al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative (comma 1) e 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 nel frattempo stipulato, anche in difetto di espressa indicazione (comma 2).

In coerenza con la scelta fatta nella delega la c.d. "privazione di effetti del contratto" è resa possibile in relazione ad ogni tipo di vizio dell'aggiudicazione, e non solo per i vizi più gravi per i quali l'art. 2-quinques, comma 1, della direttiva impone agli Stati membri in via obbligatoria di introdurre la privazione di effetti, seppur temperata da alcune deroghe.

Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sono, pertanto, rimessi alla scelta del giudice e i suoi presupposti variano in funzione della tipologia e della gravità del vizio dell'aggiudicazione:

a) per le già citate violazioni gravi è rimessa al giudice la scelta tra privazione di effetti del contratto retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire, con possibilità di sola applicazione delle sanzioni alternative in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti (commi 4, 5 e 6);

b) per la violazione dei termini dilatori che non abbia inciso sulla possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso e sulle opportunità di ottenere l'affidamento è anche prevista la scelta da parte del giudice tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza e sanzioni alternative, sempre che l'aggiudicazione sia illegittima per vizi propri (commi 9 e 10);

c) in tutti gli altri casi viene sempre affidata al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato (comma 3).

Il comma 7 prevede la non applicazione della privazione di effetti quando la stazione appaltante segue una determinata procedura, caratterizzata da un avviso volontario per la trasparenza preventiva, disciplinato al comma 8.

Nei commi 11 e 12 sono disciplinate le sanzioni alternative, che sono quelle previste dalla direttiva: a) sanzione pecuniaria; b) riduzione della durata del contratto.

Con il comma 13 sono disciplinati i rapporti tra privazione di effetti e risarcimento del danno.

2. Una prima osservazione riguarda la scelta di accorpate in un unico articolo profili che, pur nell'inevitabile connessione, presentano caratteri eterogenei.

Si ritiene preferibile suddividere la disciplina in più articoli (di seguito, riformulati) anche per rendere chiara ed evidente la differenza tra le diverse ipotesi.

3. Come già detto il primo comma dell'art. 10 prevede che *“Il giudice amministrativo ha giurisdizione in ordine alla privazione di effetti del contratto e alle sanzioni alternative, nei casi previsti dal presente Titolo.”*

Si osserva che la previsione della giurisdizione del giudice amministrativo sulla c.d. privazione di effetti del contratto è corretta, in quanto l'intera impostazione della direttiva è nel senso di attribuire ad un unico “organo di ricorso indipendente” il compito di conoscere delle illegittimità delle procedure di gare e di accertare la carenza di effetti del contratto.

In coerenza con la direttiva la legge delega ha previsto la giurisdizione del giudice amministrativo sulla sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione, qualificando tale giurisdizione come esclusiva (art. 44, comma 3, lett. h).

Del resto, la necessità di concentrare davanti ad un unico giudice le controversie aventi ad oggetto l'aggiudicazione e la sorte del contratto ha reso obbligata la scelta del legislatore delegante, derivando la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti delle procedure di evidenza pubblica dal criterio di riparto di giurisdizione di cui all'art. 103 della Costituzione, prima ancora che dalle norme primarie che attribuiscono al giudice amministrativo tale tipologia di controversie (art. 244 del

Codice dei contratti). Si tratta, infatti, di procedimenti di natura amministrativa, rispetto ai quali le posizioni dei privati assumono consistenza di interesse legittimo al corretto svolgimento della procedura.

La necessaria estensione di tale giurisdizione alla cognizione circa la sorte del contratto costituisce una tipica ipotesi di presenza di posizioni giuridiche differenziate di interesse legittimo e di diritto soggettivo, che rende necessario qualificare tale giurisdizione come esclusiva, come in effetti fa la stessa legge di delega (art. 44, comma 3, lett. h).

Si ritiene, quindi, che vada esplicitato il carattere esclusivo della giurisdizione sulla sorte del contratto, in relazione al quale le posizioni giuridiche hanno la consistenza di diritto soggettivo e si ritiene inoltre che la sede naturale della disposizione sia l'art. 244 del Codice dei contratti, che contiene le diverse ipotesi di giurisdizione esclusiva nella materia.

Si richiede, pertanto, di modificare l'art. 244 del D. Lgs. n. 163/2006, aggiungendo al comma 1 il seguente periodo: *“La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell’aggiudicazione e alle sanzioni alternative”* (per l'utilizzo del termine declaratoria di inefficacia, vedi le osservazioni svolte di seguito).

4. Va, invece, condivisa la scelta effettuata nello schema di non attribuire al giudice amministrativo anche una giurisdizione di merito, benché la delega consenta tale possibilità.

La previsione di una ipotesi di giurisdizione di merito presuppone che la legge autorizzi il giudice amministrativo a “sostituirsi” all'amministrazione, effettuando in luogo di questa scelte discrezionali conformi a regole non giuridiche di buona amministrazione, che attengono ai profili di opportunità e di convenienza del provvedimento amministrativo, che può essere adottato dal giudice o da un suo ausiliario in sostituzione, appunto, dell'amministrazione.

Tale carattere della giurisdizione, peraltro in fase di contrazione (v. l'art. 44, comma 2, lett. b), n. 2), mal si attaglia a controversie aventi ad oggetto aspetti, di natura civilistica, inerenti l'effetto dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto già stipulato.

Pur potendo essere prevista in tali casi la scelta da parte del giudice tra più rimedi, tale scelta non costituisce l'esercizio di un potere di merito, ma l'esito di valutazioni effettuate in sede giurisdizionale sulla base di presupposti predeterminati dal legislatore.

Va, quindi, mantenuta la scelta di non prevedere nello schema una giurisdizione di merito del giudice amministrativo.

5. Prima di affrontare le specifiche previsioni contenute nell'art. 10, si devono svolgere alcune considerazioni sul termine utilizzato nello schema per denominare l'intervento da parte del giudice sul contratto.

La traduzione italiana della direttiva e la legge delega hanno utilizzato il termine "privazione di effetti" e lo schema non si è discostato dal tale locuzione.

Tuttavia, si osserva che non si tratta di una scelta obbligata, sia perché le direttive comunitarie spesso volutamente usano termini generici idonei ad essere adattati ai singoli ordinamenti degli Stati membri, sia perché la traduzione in altre lingue della stessa direttiva 2077/66 non è esattamente coincidente con il termine "privazione di effetti".

In primo luogo, deve ritenersi che il termine "privazione di effetti" del contratto sia volutamente generico proprio perché destinato ad incidere su ordinamenti, ispirati a principi anche molto diversi fra loro su tale materia.

Inoltre, i testi della direttiva tradotti in altre lingue fanno riferimento all'inefficacia: nella versione spagnola si utilizzano le parole "*declare la ineficacia*"; in quella inglese "*is considered ineffective*"; in quella francese, invece, si dice "*déclare dépourvu d'effets*".

Nella versione francese si parla però anche di “*absence d’effets*”, in quella spagnola, nel considerando, “*falta de efectos*” e anche nella direttiva tradotta in italiano – al considerando 13 – si fa riferimento all’accertamento da parte del giudice della carenza di effetti.

In tale situazione, appare preferibile recepire la direttiva, utilizzando termini e istituti che il nostro ordinamento ha già approfondito e sperimentato con riguardo proprio alla questione della sorte del contratto all’esito dell’annullamento dell’aggiudicazione.

Senza avere la pretesa di approfondire in questa sede i vari orientamenti giurisprudenziali sviluppatisi sul punto, ci si limita a ricordare che la tradizionale tesi dell’annullabilità del contratto in seguito all’annullamento dell’aggiudicazione sia stata superata da orientamenti tendenti ad una caducazione automatica del contratto, che hanno sviluppato in vario modo le tesi della nullità e soprattutto della inefficacia (a partire da Cons. Stato, VI, n. 2332/2003).

Tale ultimo sviluppo giurisprudenziale appare maggiormente coerente con la ratio della direttiva comunitaria, che mira a colpire, soprattutto in caso di violazioni gravi, il contratto stipulato in base ad una aggiudicazione viziata.

In particolare, l’inefficacia meglio si presta a correggere il difetto di una locuzione atecnica e generica, quale è la “privazione di effetti” e a comprendere le diverse possibilità di incidere sul contratto con effetti *ex tunc* o *ex nunc*.

E’ noto che la categoria dell’inefficacia non è disciplinata dal codice civile, che però se ne occupa con riferimento a istituti di carattere sia generale (ad es. la condizione *ex art. 1353 c.c.*), che particolare (ad es. azione revocatoria *ex artt. 2901 e ss.*).

Spetta al legislatore disciplinare i presupposti e le condizioni perché possa essere dichiarata l’inefficacia e, con riferimento alla materia qui in esame, la declaratoria di inefficacia presuppone l’accertamento del vizio dell’aggiudicazione e dell’assenza

degli elementi, che sotto diversi profili – nei limiti di quanto previsto dalla direttiva – possono determinare che il contratto resti efficace.

Si ritiene, quindi, maggiormente coerente con il nostro ordinamento, oltre che compatibile con la direttiva e con la legge delega, che il termine “privazione di effetti” sia sostituito con il riferimento alla dichiarazione di inefficacia del contratto.

6. L'art. 10 dello schema introduce il nuovo art. 245-*ter* nel Codice dei contratti, accomunando in una unica disposizione le varie ipotesi di privazione di effetti del contratto (*rectius*, inefficacia);

L'articolo può risultare di difficile lettura, oltre che rendere complicata la distinzione tra le varie ipotesi e, pertanto, si consiglia di suddividere la disciplina in più articoli.

Una prima previsione attiene ai casi in cui obbligatoriamente la direttiva prevede che sia attribuito al giudice il potere di dichiarare il contratto inefficace e la norma che di seguito si riformula può essere rubricata come “inefficacia del contratto in caso di violazioni gravi”.

Tali casi corrispondono alle violazioni considerate più gravi dal diritto comunitario:

a) l'affidamento diretto di un appalto senza previa pubblicazione del bando; b) la violazione dei termini sospensivi per la stipula del contratto che abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

In tali casi, la regola è l'inefficacia del contratto con decorrenza *ex tunc* o *ex nunc* e l'eccezione è costituita dalla conservazione degli effetti del contratto con applicazione delle sanzioni ulteriori.

La riformulazione dell'articolo che si propone di seguito segue l'impostazione dello schema, ferma restando l'inclusione nell'articolo della sola fattispecie

dell'inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni e la sostituzione del termine "privazione di effetti".

Inoltre, per specificare i casi eccezionali in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate è inserito un riferimento alla valutazione da parte del giudice anche dell'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.

L'obbligo di trasmissione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie delle sentenze che in presenza di violazioni gravi non dichiarano l'inefficacia del contratto è stato previsto in termini generali, al fine di rendere possibile l'adempimento anche in assenza di specifico ordine nella parte dispositiva delle sentenze.

Viene, infine, specificata l'ipotesi di non applicazione della inefficacia quando la stazione appaltante segue la procedura, prevista dagli articoli 2-quinques, comma 4 e 3-bis della direttiva, caratterizzata da un avviso volontario per la trasparenza preventiva,

Si ritiene, pertanto, di dover riformulare nel seguente modo la disposizione:

Dopo l'articolo 245 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è inserito il seguente articolo:

«245-bis. Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni

1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, 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:

a) se l'aggiudicazione definitiva è avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica 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 determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea o nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice;

c) se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo 11, comma 10, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

d) se il contratto è stato stipulato senza rispettare la preclusione alla stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, ai sensi dell'articolo 245-bis, qualora tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

2. 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. 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. 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, 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. 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 privazione di effetti.

3. A cura della segreteria, le sentenze che provvedono in applicazione del secondo comma sono trasmesse alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie.

4. 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'art. 245-quater.

5. La inefficacia del contratto prevista dal comma 1, lettera a) e lettera b), non trova applicazione quando la stazione appaltante abbia seguito la seguente procedura:

a) abbia con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso con cui si indice una gara nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea sia consentita a norma della direttiva 2004/18/CE ovvero della direttiva 2004/17/CE, ovvero la procedura senza previa pubblicazione del bando 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 di tale avviso.

7. L'avviso per la trasparenza preventiva, menzionato nell'ultima parte dell'articolo che precede è norma di carattere sostanziale, e non processuale e, di conseguenza, anche in vista dell'inserimento delle sole norme processuali nell'emanando Codice del processo amministrativo, appare preferibile inserire il seguente comma in altra disposizione nella parte sostanziale del Codice dei contratti, avendo la disposizione

ad oggetto prescrizioni che le stazioni appaltanti devono rispettare in sede amministrativa.

Si propone, quindi, di inserire la seguente disposizione quale art. 79-bis del Codice dei contratti:

1. L'avviso volontario per la trasparenza preventiva il cui formato è stabilito, per i contratti di rilevanza comunitaria, dalla Commissione europea secondo la procedura di consultazione di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 89/665/CE e di cui all'articolo 3-ter, paragrafo 2, della direttiva 92/13/CE, contiene 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.».

8. Coerentemente con quanto detto in precedenza circa la necessità di suddividere in articoli separati le varie fattispecie prese in considerazione dalla direttiva comunitaria, si propone di inserire un autonomo articolo, avente ad oggetto l'inefficacia del contratto negli altri casi, ovvero nei casi diversi dalle violazioni gravi.

I presupposti per la valutazione del giudice sono stati in parte modificati rispetto allo schema, al fine di dare rilievo anche in questo caso alla situazione di fatto e alla situazione processuale, che, come meglio illustrato al punto 10, potrebbe essere caratterizzata da scelte processuali, che non rendono possibile il subentro nel

contratto o non consentono al giudice di esaminare una domanda risarcitoria, non (ancora) proposta.

Questa la riformulazione dell'autonomo articolo:

Dopo l'articolo 245-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, inserito dal presente decreto, è inserito il seguente articolo:

«245-ter. Inefficacia del contratto negli altri casi.

1. Fuori dei casi indicati nell'articolo 245-bis e nell'art. 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».

9. Autonomo rilievo merita anche la disposizione sulle sanzioni alternative.

Si ricorda che si tratta di due sanzioni (sanzione pecuniaria e riduzione della durata del contratto), previste in alternativa alla totale inefficacia del contratto.

In coerenza con la delega lo schema rimette al giudice la scelta tra inefficacia e sanzioni alternative.

Si potrebbe dubitare della coerenza con il nostro ordinamento della previsione di un potere d'ufficio del giudice di irrogare sanzioni alternative, in assenza di uno specifico contraddittorio, rispetto alle quali le parti potrebbero trovarsi nell'impossibilità di controdedurre (ad esempio, nell'ipotesi di sanzioni applicate con la decisione di appello).

Tuttavia, si rileva che l'art. 2-sexies, comma 2, della direttiva richiama le sanzioni alternative con specifico riferimento alle valutazioni dell'organo di ricorso e ciò rende la soluzione individuata nello schema coerente con la direttiva, rispetto ad altre soluzioni in astratto ipotizzabili, quale, ad esempio, la attribuzione della

competenza ad irrogare le sanzioni all'Autorità di vigilanza a seguito della trasmissione delle sentenze da parte del giudice amministrativo.

Con riguardo alle sanzioni alternative va evidenziato un ulteriore aspetto, in cui lo schema non appare del tutto coerente con la direttiva.

L'art. 245-ter, comma 9, introdotto dall'art. 10 dello schema, disciplina l'ipotesi della violazione dei termini dilatori che non abbia inciso sulla possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso e sulle opportunità di ottenere l'affidamento, prevedendo anche in questo caso la scelta da parte del giudice tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza e sanzioni alternative ed aggiungendo *“sempre che l'aggiudicazione sia illegittima per vizi propri”*.

Questa ultima aggiunta significa che la mera violazione dei termini dilatori assume rilievo solo se accompagnata da altro vizio della aggiudicazione e tale soluzione non è in linea con la norma della direttiva, cui la disposizione pretende di dare attuazione secondo quanto riportato nella relazione (art. 2-sexies).

L'art. 2-sexies, comma 1, della direttiva disciplina la sola violazione del termine dilatorio, anche in assenza di altri vizi e del concreto effetto della violazione sulle possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto.

La lettura del comma 1 può risultare non agevole a causa di una serie di richiami ad altre disposizioni: i primi richiami sono alle violazioni dei due termini sospensivi per la stipula del contratto (quello successivo alla comunicazione dell'aggiudicazione e quello in caso di proposizione di ricorso) e il secondo richiamo esclude che si ricada nel caso dell'art. 2-quinques, paragrafi 1, 2 e 3, che sono i casi in cui la violazione dei termini ha avuto un effetto concreto sul soggetto pregiudicato dalla violazione.

In tal modo, la direttiva ha inteso sanzionare anche il caso della violazione dei termini che non abbia condotto ad un concreto pregiudizio per altri soggetti, mentre la soluzione individuata nello schema consente l'intervento del giudice solo

se la violazione del termine è accompagnata da altra violazione sostanziale, introducendo una ipotesi che poco si differenzia da quelle precedenti.

Si ritiene, invece, che la direttiva vada attuata prevedendo una conseguenza anche per la mera violazione dei termini e che la ratio sia l'esigenza comunitaria di dissuadere le stazioni appaltanti da violazioni ritenute gravi perché idonee a compromettere le reali possibilità di avere tutela.

L'art. 2-*sexies*, comma 1, della direttiva rimette in questi casi agli stati la scelta tra la possibile privazione di effetti o l'alternativa delle sanzioni per il solo fatto della violazione di uno dei termini dilatori e si potrebbe ipotizzare di individuare quale unica conseguenza l'applicazione da parte del giudice delle sanzioni alternative.

Ciò si può verificare ad esempio, quando venga accertata la sola violazione del termine sospensivo per la stipula del contratto, mentre vengono respinte le ulteriori censure avverso l'aggiudicazione.

In questo caso la limitazione delle conseguenze alle sanzioni alternative è coerente con la direttiva e anche compatibile con la delega, che prevede l'alternativa tra inefficacia e sanzioni alternative (art. 44, comma 3, lett. h), n. 2) solo nell'ipotesi, che qui non ricorre, del giudice che annulla l'aggiudicazione.

Infine, è stato eliminato il riferimento alla cognizione del giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, delle questioni relative alla mancata esecuzione, in tutto o in parte, del capo di sentenza che irroga le sanzioni, in quanto tale previsione potrebbe essere intesa quale limitazione della tutela al solo giudizio di ottemperanza, con esclusione delle azioni esecutive disciplinate dal codice di procedura civile, esperibili anche per le sentenze del giudice amministrativo di condanna al pagamento di una somma di denaro.

Si propone la seguente formulazione della norma sulle sanzioni:

Dopo l'articolo 245-ter del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, inserito dal presente decreto, è inserito il seguente articolo:

«245-quater. Sanzioni alternative.

1. Nei casi di cui all'articolo 245-bis, comma 4, il giudice amministrativo individua le seguenti 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 – 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.

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.

3. 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 opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

10. I commi 2 e 13 dell'art. 245-ter, come previsti dall'art. 10 dello schema, impostano l'esame delle diverse domande che possono accompagnare l'azione di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto.

Si tratta indubbiamente di un passaggio fondamentale della disciplina, in cui emergono tutti quei profili problematici che sono stati evidenziati nelle considerazioni preliminari (al punto 5).

Le disposizioni proposte prevedono in particolare che 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 (comma 2) e che la scelta tra inefficacia e risarcimento del danno spetti solo al giudice, senza specificare la necessità di una domanda di parte (comma 3).

Inoltre, vi è la previsione della risarcibilità dei soli danni diversi da quello da mancata aggiudicazione, in caso di omessa richiesta di annullamento dell'aggiudicazione e di privazione di effetti del contratto.

Le soluzioni adottate trovano non pochi argomenti – come si è già rilevato sempre al paragrafo 5 – nella direttiva che privilegia in modo evidente la tutela dell'interesse comunitario alla concorrenza, cosicché è senz'altro condivisibile l'opzione, del resto già confermata nella riformulazione dell'articolo 245-bis, di prescindere da una domanda di parte quanto alla privazione di effetti: la pronuncia che si chiede al giudice ha infatti una portata sanzionatoria (non a caso alternativa ad altre sanzioni) a fronte della quale la proposizione del ricorso svolge una funzione sostanzialmente strumentale.

Può suscitare invece perplessità l'ulteriore affermazione della "presunzione" che la domanda di annullamento si debba intendere comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione. Già dal punto di vista tecnico il ricorso ad una "finzione" rende sconsigliabile tale formulazione, ma è sotto il profilo sostanziale che la soluzione, pure apprezzabile nella materia specifica, appare in dissonanza con la disciplina del nuovo istituto dell'azione di adempimento che costituisce la novità più interessante del codice processuale che si sta varando.

La Commissione ritiene pertanto di dover consigliare una modifica della disposizione nel senso della necessaria rilevanza della domanda di subentro: ciò che comunque non appare in contrasto con la direttiva che solo nel primo caso impone di prescindere dall'iniziativa di parte.

Peraltro le scelte compiute dalla parte in proposito non possono essere senza riflesso sul risarcimento del danno per equivalente, dovendosi tener conto del fatto che la sua iniziativa ha messo in moto un meccanismo che conduce alla paralisi dell'azione amministrativa, con innegabile danno dell'interesse pubblico e in violazione del principio di buona fede da parte di un soggetto che rifiuta all'amministrazione – e , si direbbe meglio, alla collettività – quella collaborazione cui si era impegnato partecipando alla gara.

A ciò si aggiunga la preoccupazione per un uso strumentale e distorto dell'azione, preoccupazione non certo infondata a giudicare dall'entità abnorme del contenzioso nella materia, rispetto agli altri paesi dell'Unione.

E' evidentemente alla luce di tali considerazioni che si spiega la soluzione proposta dall'amministrazione in ordine al risarcimento del danno, soluzione che introduce una sorta di "pregiudizialità" quando al comma 13 limita il risarcimento ai danni diversi da quelli derivanti dalla mancata aggiudicazione non impugnata.

Tale soluzione non trova un ostacolo nella direttiva che, come si è osservato, non ritiene l'istituto incompatibile con i principi della tutela delle situazioni soggettive,

tuttavia va osservato che la delega non trascura questo aspetto della disciplina e al comma 3 (lettera h, punto 3) attribuisce in sostanza al giudice l'opzione fra la tutela in forma specifica e quella per equivalente, in tal modo inserendosi nell'alveo della scelta comunitaria di valorizzazione del ruolo del giudice quale garante dell'interesse pubblico.

Si ritiene pertanto che sia più coerente con il criterio di delega in questione la seguente formulazione che, da una parte, conferma la indispensabilità della domanda ai fini del subentro nel contratto, dall'altra impone di valutare le conseguenze sul risarcimento per equivalente di una diversa opzione della parte.

Conclusivamente si propone la seguente formulazione della norma:

Dopo l'articolo 245-quater del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, inserito dal presente decreto, è inserito il seguente articolo:

«245-quinques. Tutela in forma specifica e per equivalente.

1. Insieme alla domanda di annullamento può essere proposta la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto. Il suo accoglimento, in presenza degli altri presupposti, è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi del precedente articolo 245-quater.

2. La mancanza della domanda di conseguire l'aggiudicazione del contratto non giustificata preclude il risarcimento del relativo danno per equivalente”.

11. Un'ultima osservazione sull'articolo riguarda il fatto che lo schema non disciplina cosa succede in caso di inefficacia del contratto ex tunc con riguardo alle prestazioni eseguite. Al riguardo il considerando 21 della direttiva prevede, in caso che gli obblighi derivanti dal contratto siano stati già in parte adempiuti, che “il diritto nazionale dovrà determinare inoltre le conseguenze riguardanti il possibile recupero delle somme eventualmente versate nonché ogni altra forma di possibile restituzione, compresa la restituzione in valore qualora la restituzione in natura non sia possibile”.

Si rimette tale aspetto, peraltro non oggetto di un specifico criterio di delega, alle valutazioni dell'amministrazione richiedente, richiamando l'attenzione sull'opportunità di limitarsi al rinvio alle regole civilistiche.

Art. 12 (Modifiche alla disciplina processuale per le infrastrutture strategiche)
e art. 14 (Abrogazioni, norme di coordinamento e norme transitorie).

1. Nella relazione allegata allo schema si evidenzia di aver proceduto alla modifica dell'art. 246 del Codice dei contratti, perché la previsione che vieta la caducazione del contratto è – per la sua portata generale e senza eccezioni – in contrasto con le direttive comunitarie.

Si ritiene corretta la scelta di lasciare la previsione che nell'attuale art. 246 esclude la caducazione del contratto in tutti i casi diversi dalle violazioni gravi, applicandosi per queste ultime le previsioni dell'art. 245-*bis*. Negli altri casi è, infatti, nella disponibilità degli stati membri disciplinare la sorte del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione e si condivide l'interpretazione della legge delega illustrata nella relazione.

Peraltro queste stesse argomentazioni conducono a dubitare della compatibilità con le direttive del mantenimento a regime dell'attuale art. 20, comma 8 e la questione non può ritenersi risolta con il richiamo dell'espresso criterio di delega che fa salva tale disposizione. E', infatti, noto come amministrazioni e giudici debbano disapplicare le norme interne contrastanti con il diritto comunitario e tale principio dovrebbe valere anche per la norma di delega.

Si rappresenta, comunque, che nella maggior parte dei casi i contratti resteranno ex lege efficaci e che – nelle sole ipotesi di violazioni gravi – vi sarà la possibilità della declaratoria di inefficacia, subordinata tuttavia a valutazioni inerenti le esigenze imperative.

Infine, nella nuova formulazione della norma è opportuno anche abrogare l'art. 246, comma 5, che richiama i casi dell'art. 140 del Codice (fallimento dell'aggiudicatario e risoluzione per inadempimento), che non riguardano opere di particolare importanza e non hanno rilievo tale da giustificare il loro mantenimento quale estensione della disciplina in deroga rispetto ai nuovi principi derivanti dal recepimento della direttiva comunitaria.

Si propone pertanto la seguente formulazione della modifica all'articolo 246 del Codice dei contratti:

1. Nell'articolo 246 del decreto legislativo n. 163 del 2006 sono apportate le seguenti modificazioni:

a) nella rubrica dell'articolo dopo le parole <<insediamenti produttivi>> sono aggiunte le parole << e alle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale>>;

b) dopo la rubrica dell'articolo, nelle indicazioni tra parentesi, dopo le parole <<l. n. 80/2005>>, sono aggiunte le parole <<; art. 4, co. 3, lett. h), legge delega; art. 2, par. 7, direttiva 89/665/CEE e art. 2, par. 6, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE>>;

c) nel comma 1 dopo le parole <<titolo III, capo IV>> sono aggiunte le parole <<o procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale ai sensi dell'articolo 20 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2>> e le parole <<le disposizioni di cui all'articolo 23-bis, legge 6 dicembre 1971, n. 1034 si applicano per quanto non espressamente previsto dai commi 2, 3, 4 del presente articolo>> sono sostituite dalle parole <<oltre alle disposizioni del presente Titolo si applicano le previsioni del presente articolo>>.

d) il comma 2 è abrogato;

e) nel comma 4, prima delle parole <<La sospensione>> sono inserite le seguenti parole: <<Ferma restando l'applicazione dell'articolo 245-bis e la possibilità di valutare il carattere

strategico dell'opera ai fini della verifica della sussistenza delle esigenze imperative di cui all'articolo 245-bis, comma 2, in ogni altro caso non si applica l'articolo 245-ter e la sospensione>>.

f) il comma 5 è abrogato.

2. Con riguardo all'articolo 14, relativo alle abrogazioni, alle norme di coordinamento e alle norme transitorie, si propone di eliminare il riferimento alla motivazione dell'abrogazione (*"In considerazione della disciplina introdotta dall'articolo 2 del presente decreto, è abrogato ..."*) e di limitarsi a prevedere che *"1. A decorrere dall'entrata in vigore del presente decreto legislativo sono o restano abrogate le seguenti disposizioni normative:"*, facendo seguire l'elenco.

Quanto poi alla mancata abrogazione del comma 8 dell'articolo 20 del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, peraltro limitata agli interventi per i quali siano già stati nominati i relativi commissari, e quindi di portata transitoria, si rimette la problematica alla attenta valutazione dell'Amministrazione alla stregua delle considerazioni svolte.

Art. 13 (Obblighi di comunicazione e di informazione alla Commissione dell'Unione europea da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, in ordine alle procedure di ricorso e all'attuazione delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE come modificate dalla direttiva 2007/66/CE).

All'articolo 13 si suggerisce di verificare se non sia possibile uno snellimento dell'articolato, anche con riferimento alla indicazione delle competenze attribuite al Dipartimento delle politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio, dal momento che la delega si limita a richiedere l'individuazione del *"Ministero competente e il procedimento"*.

La rubrica dell'articolo 13, così come quella del nuovo articolo 251-bis potrebbe essere semplificata come segue: *“Obblighi di comunicazione e di informazione alla Commissione dell'Unione europea”*.

Va attentamente curato, poi, l'aspetto formale della redazione dell'articolo, con riguardo, fra l'altro, all'uso delle abbreviazioni, alla presenza della congiunzione “o” tra le lettere b) e c) del comma 2.

Si potrà valutare, poi, se l'articolato proposto non possa essere opportunamente alleggerito, eliminando le previsioni espressive di principi generali in materia di istruttoria procedimentale e di leale collaborazione tra istituzioni pubbliche, nonché le norme che potrebbero essere opportunamente collocate in atti regolamentari o in provvedimenti generali.

Norme da inserire nel Codice del processo amministrativo.

Infine, sulla base delle considerazioni svolte nella parte generale sulla necessità del successivo inserimento nell'emanando Codice del processo amministrativo delle disposizioni processuali in materia di appalti, si indicano i seguenti articoli del Codice dei contratti pubblici ai fini di tale inserimento: artt. 244 (per l'inclusione nell'elenco delle materie di giurisdizione esclusiva), 245, 245-bis, 245-ter, 245-quater, 245-quinques e 246.

P.Q.M.

La Commissione esprime il parere nei sensi di cui in motivazione.

L'ESTENSORE

Marco Lipari, Roberto Chieppa, Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE

Giancarlo Coraggio

IL SEGRETARIO

Massimo Meli