

**SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE ATTUAZIONE 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 RISORSO IN MATERIA D'AGGIUDICAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI.**

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Visti gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

Vista la 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 per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici;

Vista la legge 7 luglio 2009, n. 88, recante <<Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008>> e, in particolare, gli articoli 1, 2 e 44;

Vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del ...

Udito il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'adunanza del ...

Acquisiti i pareri delle competenti commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

Vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri adottata nella riunione del ...

Sulla proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro per le politiche europee e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri degli affari esteri, della giustizia e dell'economia e delle finanze;

Emana

il seguente decreto legislativo

**ART. 1**

*Ambito soggettivo di applicazione  
(art. 44, co. 3, primo periodo, l. n. 88/2009)*

1. Nell'**articolo 3, comma 33**, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni e integrazioni, recante il <<codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CEE e 2004/18/CEE>> è aggiunto, in fine, il seguente periodo:

<<Nella parte IV del presente codice, dedicata al contenzioso, l'espressione <<stazione appaltante>> comprende tutti 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.>>.

2. Nella rubrica dell'articolo 3 del decreto legislativo n. 163 del 2006, nelle indicazioni tra parentesi, dopo le parole <<l. n. 62/2004>> sono aggiunte le parole <<; art. 44, co. 3, primo periodo, l. n. 88/2009>>.

## ART. 2

### *Termine dilatorio per la stipulazione del contratto*

(art. 44, co. 3, lett. b) ed e), l. n. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

1. All'**articolo 11**, 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 <<art. 109, d.P.R. n. 554/1999>>, sono aggiunte le parole <<; art. 44, co. 3, lett. b) ed e), l. n. 88/2009; artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE>>;

b) Alla fine del comma 9 è aggiunto il seguente periodo: <<L'esecuzione di urgenza di cui ai periodi che precedono non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma **10** e durante il periodo di preclusione alla stipulazione del contratto previsto **dall'articolo 245-bis, comma 3**, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara, **ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata determinerebbe un grave nocumento all'interesse pubblico.**>>.

c) il **comma 10** è sostituito dai seguenti:

<<**10.** Il contratto non può comunque essere stipulato prima di **trentacinque** giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'**articolo 79**.

**10-bis.** Il termine dilatorio di cui al **comma 10** non si applica nei seguenti casi:

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

b) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara, o inoltre degli inviti nel rispetto del presente codice, pur essendo state presentate più offerte, è stata ammessa una sola offerta che è risultata aggiudicataria, e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando, o della lettera-invito, o dei provvedimenti di esclusione degli altri concorrenti, o queste impugnazioni, se proposte, risultano già respinte con decisione giurisdizionale definitiva.>>.

## ART. 3

### *Forma, termini e destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva*

(art. 44, co. 3, lett. b) ed e), l. n. 88/2009; artt. 2-bis, 2-quater, 2-septies, par. 1, lett. a), secondo trattino, direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis, 2-quater, 2-septies, par. 1, lett. a), secondo trattino, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

1. L'**articolo 79** del decreto legislativo n. 163 del 2006 è così modificato:

a) dopo la rubrica dell'articolo, nelle indicazioni tra parentesi, dopo le parole <<art. 24, co. 10, l. n. 62/2005>>, sono aggiunte le parole <<; art. 44, co. 3, lett. b) ed e), l. n. 88/2009; artt. 2-bis, 2-

quater, 2-septies, par. 1, lett. a), secondo trattino, direttiva 89/665/CEE e artt. 2-bis, 2-quater, 2-septies, par. 1, lett. a), secondo trattino, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE>>;

b) il comma 5, lettera a), è così sostituito:

<<l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, nonché a coloro che hanno impugnato il bando, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva, o sono in termini per presentare dette impugnazioni;>>;

c) nel comma 5, dopo la lettera b-bis) è inserita la seguente lettera b-ter):

<<b-ter), la data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, ai soggetti di cui alla **lettera a) del presente comma.**>>.

d) dopo il comma 5 sono inseriti i seguenti commi:

<<**6.** Le comunicazioni di cui al **comma 5** sono fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o mediante notificazione, o mediante posta elettronica certificata, ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata, nei casi di cui al **comma 5, lettere a), b), e b-bis)**, dal provvedimento e dalla **relativa motivazione**; la motivazione deve contenere quantomeno una relazione sintetica circa le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata, ai sensi del **comma 2, lettera c)**, e fatta salva l'applicazione del **comma 4; l'onere di sintetica relazione può essere assolto anche mediante l'invio dei verbali di gara.** Nel caso di cui al **comma 5, lettera b-ter)** la comunicazione è accompagnata da una relazione sintetica circa le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata, ai sensi del **comma 2, lettera c)**, e fatta salva l'applicazione del **comma 4**; è sufficiente richiamare la sintetica relazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. Il bando o avviso con cui si indice la gara, o l'invito nelle procedure senza bando, fissano l'obbligo del candidato o concorrente di indicare, all'atto di presentazione della candidatura o dell'offerta, il domicilio eletto per le comunicazioni, l'indirizzo di posta elettronica e il numero di fax, e di specificare se autorizza l'invio delle comunicazioni di cui al comma 5 al numero di fax. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento oggettivo e comprovato.

**7.** Le comunicazioni di cui al **comma 5, lettere a) e b)** indicano la durata e decorrenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, ai sensi dell'**articolo 11, comma 10**, del presente codice, o di eventuali disposizioni di leggi speciali.

**8.** Fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'**articolo 13**, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo, è consentito entro dieci giorni lavorativi dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi, mediante visione ed estrazione di copia. Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso

adottati ai sensi dell'**articolo 13**. Le comunicazioni di cui al **comma 5** indicano se ci sono atti per i quali l'accesso è vietato o differito, e indicano l'ufficio presso cui l'accesso può essere esercitato, e i relativi orari, garantendo che l'accesso sia consentito durante tutto l'orario in cui l'ufficio è aperto al pubblico o il relativo personale presta servizio.>>.

#### ART. 4

*Modifiche formali alla parte IV del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163  
(art. 44, co. 3, lett. b), l. n. 88/2009)*

1. Nella parte IV del decreto legislativo n. 163 del 2006, rubricata <<Contenzioso>> sono apportate le seguenti modificazioni:

a) prima dell'**articolo 239** è inserita la segue rubrica <<Titolo I – Strumenti di definizione delle liti diversi dal processo giurisdizionale>>;

b) prima dell'**articolo 244** è inserita la seguente rubrica <<Titolo II – Giurisdizione e norme processuali>>.

#### ART. 5

*Misure di incentivazione dell'accordo bonario  
(art. 44, comma 3, lett. m), n. 1, l. n. 88/2009)*

1. Nell'articolo 240 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 <<d.P.R. n. 554/1999>>, sono aggiunte le parole <<; art. 44, comma 2, lettera m), n. 1), l. n. 88/2009>>;

b) al comma 9 le parole "il presidente del tribunale del luogo dove è stato stipulato il contratto" sono sostituite dalle seguenti: "l'Autorità di cui all'articolo 6";

c) dopo il comma 9 è inserito il seguente:

"9-bis. Il terzo componente assume le funzioni di presidente della commissione ed è nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, ovvero tra avvocati in possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale. Per i pubblici dipendenti l'accettazione dell'incarico è obbligatoria."

d) nel comma 10, la parola <<del 50%>> è sostituita dalle parole <<di un terzo>> e le parole "allegata al D.M. 2 dicembre 2000, n. 398", sono sostituite dalle seguenti: "approvata ai sensi dell'articolo 241, comma 12";

e) al comma 12 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "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.";

f) al comma 13 le parole "la proposta di accordo bonario è formulata dal responsabile del procedimento, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di

collaudo, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine assegnato all'altra parte per la nomina del componente della commissione”, sono sostituite dalle seguenti: “in luogo della commissione di cui al comma 5 è nominato un mediatore unico, scelto d'intesa tra le parti o, in difetto, nominato ai sensi del comma 9, in ogni caso tra soggetti appartenenti alle categorie di cui al comma 9-bis. Nei sessanta giorni dalla nomina il mediatore unico, acquisita relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dell'organo di collaudo, formula motivata proposta di accordo bonario. Al mediatore unico spetta lo stesso compenso stabilito ai sensi del comma 10 per il membro della commissione.”;

g) al comma 15 le parole “la proposta di accordo bonario è formulata dal responsabile del procedimento, ai sensi del comma 13”, sono sostituite dalle seguenti: “è nominato il mediatore unico ai sensi del comma 13, il quale negli stessi termini ivi previsti formula motivata proposta di accordo bonario.”;

h) al comma 15-bis, dopo le parole “ovvero della commissione”, sono inserite le seguenti: “o del mediatore unico”; e dopo la parola “perde” è sostituita dalle seguenti: “o il mediatore unico perdono”.

i) il comma 16 è così sostituito: <<Possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al comma 12, nonché in caso di inutile decorso dei termini di cui al comma 12 e al comma 13.>>;

l) al comma 20 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Tuttavia, se il provvedimento che definisce il giudizio arbitrale o quello ordinario è sostanzialmente conforme al contenuto della proposta motivata di accordo bonario formulata alle parti dalla commissione o dal mediatore unico, il collegio arbitrale o il giudice escludono la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato tale proposta e, se la parte soccombente aveva dichiarato di accettare la proposta, condannano la parte vincitrice a rimborsare le spese a quella soccombente. In tal caso, in deroga al comma 10, sono poste a carico della parte che non ha accettato la proposta anche le spese per i compensi dei componenti della commissione o del mediatore unico.”;

## ART. 6

### *Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato (art. 44, co. 3, lett. m), nn. 2, 3, 4, 5, l. n. 88/2009)*

1. Nell'articolo 241 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 <<1. n. 266/2005>>, sono aggiunte le parole <<; art. 44, comma 2, lettera m), n. 2, 3), 4) e 5), l. n. 88/2009>>;

b) dopo il comma 1, è inserito il seguente:

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

c) al comma 5, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “muniti di precipui requisiti di indipendenza, e comunque tra coloro che nell’ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di difensore o di arbitro di parte in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo. La nomina del presidente del collegio effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell’articolo 829, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile”;

d) al comma 6 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “, anche ai sensi dell’articolo 240”;

e) il comma 9 è sostituito dal seguente:

“9. Il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici. Entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo va corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti una somma pari all’uno per mille del valore della relativa controversia. Detto importo è direttamente versato all’Autorità.”;

f) il comma 10 è sostituito dal seguente:

“10. Il deposito del lodo effettuato ai sensi dell’articolo 825 del codice di procedura civile è preceduto dal suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici. Il deposito del lodo presso la camera arbitrale è effettuato, a cura del collegio arbitrale, in tanti originali quante sono le parti, oltre a uno per il fascicolo d’ufficio. Su richiesta di parte il rispettivo originale è restituito, con attestazione dell’avvenuto deposito, ai fini degli adempimenti di cui all’articolo 825 del codice di procedura civile.”;

g) il comma 11 è abrogato;

h) il comma 12 è sostituito dai seguenti:

“12. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro della giustizia, emanato entro il 30 giugno 2010 ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti i criteri per la determinazione del valore dei giudizi arbitrali di cui al comma 2, le tariffe professionali applicabili agli stessi giudizi, nonché il compenso per onorari di difesa dovuto dalle stazioni appaltanti che siano amministrazioni aggiudicatrici ai propri difensori nel giudizio arbitrale. I compensi e le tariffe di cui al presente comma sono determinati in misura non inferiore al quaranta e non superiore al settanta per cento delle corrispondenti previsioni delle tariffe professionali vigenti e possono prevedere, altresì, l’esclusione o la limitazione degli incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate, all’effettivo lavoro svolto o a ogni altro motivo. I criteri di determinazione del valore della controversia possono tenere conto anche dell’entità della condanna contenuta nel lodo arbitrale. Il decreto di cui al presente comma è aggiornato entro sei mesi dall’entrata in vigore di nuove tariffe professionali. L’articolo 24 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, si interpreta come non applicabile a quanto disciplinato ai sensi del presente comma.

12-bis. Il valore della controversia ed il compenso degli arbitri sono determinati in applicazione dei criteri stabiliti dal decreto di cui al comma 12, dal collegio arbitrale nel lodo definitivo, ovvero con separata ordinanza. L’ordinanza di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, costituisce titolo per l’ingiunzione di cui all’articolo 633 del codice di procedura civile.

12-ter. Salvo quanto previsto dall’articolo 92, secondo comma, del codice di procedura civile, il collegio arbitrale, se accoglie parzialmente la domanda, compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell’accoglimento. Resta fermo quanto previsto dall’articolo 240, comma 20.”;

i) il comma 13 è sostituito dal seguente:

<<13. Il compenso del consulente tecnico e di ogni altro ausiliario nominato dal collegio arbitrale è liquidato, dallo stesso collegio, ai sensi degli articoli da 49 a 58 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, nella misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.>>;

l) dopo il comma 15 sono inseriti i seguenti commi:

<<16. L'impugnazione per nullità è proposta nel termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoventi giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione.

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

2. Nell'articolo 243 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. 266/2005>>, sono aggiunte le parole <<; art. 44, co. 2, lett. m), n. 4), l. n. 88/2009)>>;

b) nel comma 5 le parole "allegata al D.M. 2 dicembre 2000, n. 398", sono sostituite dalle seguenti: "approvata ai sensi dell'articolo 241, comma 12";

c) nel comma 7 le parole <<nomina il segretario>> sono sostituite dalle parole <<nomina, se necessario, il segretario>>;

d) nel comma 9 sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: <<, con i criteri di cui all'articolo 241, comma 13>>.

3. All'articolo 82 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo il comma 4 è aggiunto il seguente:

"5. Se la stazione appaltante ha previsto, ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 241 che il contratto contenga la clausola compromissoria, i concorrenti che nella domanda di partecipazione rinunciano ad esercitare la facoltà di declinare detta clausola possono indicare, separatamente, un'ulteriore percentuale di ribasso sul ribasso offerto ai sensi del comma 2, non superiore al cinquanta per cento di quest'ultimo, in ragione dei minori oneri finanziari derivanti dalla maggiore celerità di risoluzione delle eventuali controversie relative all'esecuzione del contratto. Tale ribasso ulteriore non rileva ai fini della individuazione della soglia di sospetta anomalia, ai sensi dell'articolo 86, comma 1."

4. All'articolo 83 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo il comma 5 è aggiunto il seguente:

"6. Se la stazione appaltante ha previsto, ai sensi del comma 1-bis dell'articolo 241, che il contratto contenga la clausola compromissoria, i concorrenti che nella domanda di partecipazione rinunciano

ad esercitare la facoltà di declinare detta clausola possono indicare, separatamente, una percentuale di ribasso sul prezzo indicato ai sensi del comma 1, lettera a), in ragione dei minori oneri finanziari derivanti dalla maggiore celerità di risoluzione delle eventuali controversie relative all'esecuzione del contratto. Tale ribasso non rileva ai fini della individuazione della soglia di sospetta anomalia, ai sensi dell'articolo 86, comma 2.”

5. All'articolo 87 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo il comma 4 bis è inserito il seguente:

“4 ter. Se è richiesta, ai sensi dell'articolo 86, comma 3, la giustificazione dell'ulteriore ribasso di cui agli articoli 82, comma 5, e 83, comma 6, l'offerente presenta una motivata previsione relativa ai minori oneri finanziari che, in caso di contenzioso, deriverebbero dalla applicazione della clausola compromissoria di cui all'articolo 241, comma 1 bis, rispetto al giudizio ordinario.”

## ART. 7

### *Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale*

(art. 44, co. 3, lett. b) e d), l. n. 88/2009; art. 1, par. 4, direttiva 89/665/CEE e art. 1, par. 4, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

1. Nel decreto legislativo n. 163 del 2006, dopo l'articolo 243 è inserito il seguente articolo **243-bis**:  
<< 243-bis. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale  
(art. 44, co. 3, lett. b) e d), l. n. 88/2009; art. 1, par. 4, direttiva 89/665/CEE e art. 1, par. 4, direttiva 92/13/CEE come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

**1.** Nelle materie di cui all'**articolo 244, comma 1**, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso giurisdizionale.

**2.** L'informazione di cui al **comma 1** è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento.

**3.** L'istanza può anche essere fatta inserire in un verbale della commissione di gara in seduta pubblica, quale quello con cui si ammettono o escludono taluni concorrenti o si dichiara l'aggiudicazione provvisoria. In tal caso il verbale è sottoscritto dall'interessato o da un suo rappresentante. La commissione di gara ne informa immediatamente il responsabile del procedimento.

**4.** L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'**articolo 11, comma 10**, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

**5.** Il responsabile del procedimento, entro i successivi dieci giorni lavorativi:

- a) acquisisce, se necessario e senza formalità, informazioni e documenti dalla commissione di gara;
- b) può sentire l'interessato e gli altri concorrenti;
- c) formula le proprie deduzioni al competente dirigente, indicando se ritiene che si debba o meno adottare un provvedimento di ritiro dell'atto contestato.

**6.** Il competente dirigente, entro i successivi dieci giorni lavorativi, alternativamente:

- a) dispone motivatamente il non luogo a provvedersi, dandone comunicazione all'interessato;
- b) adotta il pertinente provvedimento di ritiro dell'atto contestato, ove sia possibile senza le garanzie del contraddittorio, dandone comunicazione agli interessati;

c) avvia il procedimento di autotutela, dandone avviso agli interessati, e lo conclude tempestivamente.

7. L'omissione dell'informativa di cui al presente articolo costituisce comportamento valutabile dal giudice nel successivo giudizio, ai fini dell'eventuale condanna alle spese, nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile, nell'ambito dell'eventuale giudizio risarcitorio. L'omesso riscontro dell'informativa da parte della stazione appaltante, ai sensi del **comma 6**, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini dell'eventuale condanna alle spese e dell'eventuale risarcimento del danno.

8. Il provvedimento di cui al **comma 6), lett. a)**, non costituisce conferma dei provvedimenti contestati e non è impugnabile.>>.

## 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 pubblici lavori, servizi o forniture, posti in essere da 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, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente. In caso di impugnazione dei provvedimenti indicati nel presente comma, nonché in caso di impugnazione di provvedimenti dell'Autorità congiuntamente ad essi, anche se per vizi propri, si applicano le disposizioni dei commi successivi e, per quanto non disposto nel presente articolo si applicano le disposizioni dettate per il processo ordinario davanti al giudice amministrativo, in quanto compatibili.>>.

c) il **comma 2** è sostituito dai seguenti:

<<**2.** I provvedimenti delle procedure di affidamento sono impugnati entro trenta giorni dalla ricezione della relativa comunicazione ai sensi dell'**articolo 79**, fatta eccezione per i bandi o avvisi con cui si indice una gara, che sono impugnati entro trenta giorni dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, se autonomamente lesivi. Entro il suddetto termine di trenta giorni il ricorso è notificato alla stazione appaltante e ad almeno un controinteressato; in caso di intervenuta aggiudicazione provvisoria o definitiva, il ricorso deve essere notificato, oltre che alla stazione appaltante, almeno all'aggiudicatario.

**2-bis.** I bandi e avvisi con cui si indice una gara, ove immediatamente lesivi, nonché i provvedimenti di esclusione, sono impugnati autonomamente nel termine di cui al **comma 2**, e non possono essere contestati in sede di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva. I vizi dell'aggiudicazione definitiva di illegittimità derivata da vizi del bando, dell'avviso con cui si indice una gara, o del provvedimento di esclusione, possono essere dedotti solo nel caso di autonoma e tempestiva impugnazione dei bandi o avvisi che siano immediatamente lesivi ovvero

del provvedimento di esclusione. I bandi o avvisi con cui si indice una gara che non sono immediatamente lesivi, e tutti gli altri atti delle procedure di affidamento, ivi compresa l'aggiudicazione provvisoria, sono impugnati con l'aggiudicazione definitiva. I bandi o avvisi con cui si indice una gara sono immediatamente lesivi quando prescrivono requisiti o condizioni che impediscono oggettivamente la partecipazione alla gara del soggetto che li contesta. Il giudice riunisce i ricorsi proposti da soggetti diversi avverso la medesima procedura di gara, ovvero i ricorsi proposti dal medesimo soggetto avverso atti diversi della medesima procedura nei casi consentiti dal presente comma; ove la riunione ostacoli le esigenze di celere definizione, è assicurato, ove possibile, quantomeno che i ricorsi siano trattati nelle medesime udienze, se non sia di ostacolo alla immediata o celere definizione di taluni dei ricorsi.

**2-ter.** Il ricorso principale va depositato presso il Tar entro cinque giorni dall'ultima notificazione; 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 non oltre l'udienza di discussione. Le altre parti si costituiscono entro quindici giorni dalla notificazione del ricorso principale; entro trenta giorni dalla ricevuta notifica possono proporre ricorso incidentale; il ricorso incidentale va depositato con le modalità e termini previsti per il ricorso principale e le altre parti possono presentare documenti e memorie di replica entro quindici giorni dalla notificazione. I motivi aggiunti possono essere proposti entro quindici giorni dall'accesso agli atti o comunque dalla piena conoscenza di essi e vanno notificati e depositati con le modalità previste per il ricorso principale, nel domicilio eventualmente eletto per il giudizio, se già pendente.

**2-quater.** Tutti gli atti di parte devono essere sintetici. Il ricorso principale, quello incidentale e i motivi aggiunti recano i motivi di ricorso con titolo e numerazione progressiva e indicano, alla fine, la graduazione dei motivi e le conclusioni. Le memorie possono solo illustrare, con argomenti ulteriori, le conclusioni già prese, senza ripetere il contenuto di atti già depositati.

**2-quinquies.** Il processo viene definito ad una udienza da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente, ovvero, se a detta data quest'ultimo non sia ancora costituito, nella data utile immediatamente successiva alla sua costituzione. L'udienza è fissata di ufficio anche in difetto di istanza di parte. Della data di udienza è dato avviso alle parti a cura della segreteria, anche a mezzo fax o posta elettronica, almeno venti giorni liberi prima della data dell'udienza; la copia dell'avviso con la copia della prova del suo invio sono, a cura della segreteria, inseriti nel fascicolo di ufficio, e i relativi estremi sono annotati sulla copertina del fascicolo; le parti possono depositare memorie e documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza; il dispositivo della sentenza deve essere pubblicato in udienza o al più tardi entro sette giorni da essa; la sentenza è redatta, ordinariamente, in forma semplificata.

**2-sexies.** In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, l'udienza di cui al **comma 2-quinquies** viene rinviata a data fissa, con l'ordinanza collegiale che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa. L'ordinanza fissa una data di udienza entro quindici giorni dalla scadenza del termine assegnato per gli adempimenti istruttori, l'integrazione del contraddittorio, il soddisfacimento delle esigenze di difesa. Il termine per gli adempimenti istruttori non può di norma eccedere i sessanta giorni; il termine per l'integrazione del contraddittorio e quello per il soddisfacimento delle esigenze di difesa vengono fissati non superando i pertinenti termini previsti nel presente articolo.

**2-septies.** Se è proposta domanda cautelare e la causa non può essere definita alla prima udienza di merito fissata ai sensi del **comma 2-quinquies**, e se sussiste un caso di estrema gravità e urgenza che non consente di attendere la definizione della causa alla successiva udienza di merito, la tutela cautelare viene accordata, nell'udienza fissata ai sensi del **comma 2-quinquies**, con ordinanza collegiale secondo le vigenti disposizioni relative al giudizio cautelare nel processo amministrativo ordinario. L'ordinanza cautelare è pubblicata in udienza o entro il giorno feriale successivo, è immediatamente comunicata a cura della segreteria a tutte le parti, e conserva effetto fino alla

pubblicazione del dispositivo, ovvero fino alla data della successiva udienza fissata ai sensi del **comma 2-sexies**. L'eventuale appello avverso l'ordinanza cautelare è notificato entro quindici giorni dalla sua comunicazione o, se anteriore, notificazione, è depositato entro cinque giorni dalla scadenza del termine di notificazione; non si applica il termine lungo di cui all'articolo 327 c.p.c.; l'appello cautelare diventa improcedibile se nel frattempo è pubblicato il dispositivo o la sentenza di primo grado. Resta ferma la possibilità di chiedere la tutela cautelare da erogarsi con decreto presidenziale monocratico, secondo le vigenti disposizioni relative al giudizio cautelare nel processo amministrativo ordinario; la misura eventualmente concessa conserva efficacia fino all'udienza di merito di cui al **comma 2-quinquies**, nella quale viene confermata, modificata o revocata con il dispositivo di sentenza, ovvero con l'ordinanza cautelare collegiale di cui al presente comma.

**2-octies.** Tutti i termini processuali diversi da quelli specificamente indicati nel presente articolo, sono dimezzati rispetto ai termini del processo ordinario davanti al giudice amministrativo.

**2-nonies.** Le disposizioni dei commi che precedono si applicano anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato, proposto avverso la sentenza o avverso l'ordinanza cautelare, e nei giudizi di revocazione o opposizione di terzo. La parte può proporre appello avverso il solo dispositivo al solo fine di ottenerne la sospensione. Il termine per l'appello avverso la sentenza, o avverso il solo dispositivo, o avverso la motivazione dopo l'impugnazione del dispositivo, è di trenta giorni dalla notificazione. In difetto di notificazione, si applica il termine lungo di sei mesi di cui all'articolo 327 del codice di procedura civile, ridotto a metà. Il termine è di trenta giorni anche per la proposizione della revocazione o dell'opposizione di terzo avverso la sentenza di primo grado o di appello, con le decorrenze previste per tali rimedi dalle vigenti disposizioni processuali.>>

d) il **comma 8** è così sostituito: <<Le disposizioni recate dai commi da 3 a 7 del presente articolo non si applicano ai giudizi davanti al Consiglio di Stato, per i quali le istanze cautelari restano disciplinate **dai restanti commi del presente articolo** e dalle vigenti disposizioni relative al giudizio cautelare nel processo amministrativo ordinario in quanto da detti commi richiamate.>>.

## ART. 9

*Ulteriori disposizioni processuali in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (art. 44, comma 3, lett. a), b), g), l. n. 88/2009; art. 2, parr. 3 e 4, direttiva 89/665/CEE e art. 2, parr. 3 e 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)*

1. Dopo l'articolo 245 del decreto legislativo n. 163 del 2006, è inserito il seguente **articolo 245-bis**:

<<245-bis. Ulteriori disposizioni processuali in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva (art. 44, comma 3, lett. a), b) g), l. n. 88/2009; art. 2, parr. 3 e 4, direttiva 89/665/CEE e art. 2, parr. 3 e 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)

**1.** Nel caso di ricorso avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva accompagnato da contestuale domanda cautelare, oltre alle disposizioni dell'articolo **245**, si osservano le disposizioni del presente articolo.

**2.** La competenza del tribunale amministrativo regionale, determinata secondo i criteri previsti dalle vigenti norme processuali, è inderogabile e il relativo difetto è rilevato d'ufficio prima di ogni altra questione, e pronunciato nella prima udienza, cautelare o di merito. La sentenza indica il tribunale amministrativo regionale competente, davanti al quale il processo deve essere riassunto entro trenta giorni decorrenti da quando diventa definitiva la sentenza che declina la competenza. Se davanti al medesimo giudice pendono altri ricorsi, della stessa parte o di altre parti, relativi ad altri provvedimenti della medesima procedura di affidamento, e ne è indispensabile una trattazione

unitaria con il giudizio relativo all'aggiudicazione definitiva, la declaratoria di incompetenza deve essere estesa, con la medesima o con altra sentenza, a tali ricorsi.

**3.** Se il ricorso è proposto 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 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 in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. Il termine per l'impugnazione del provvedimento cautelare è quello fissato dall'articolo 245, comma 2-septies. Se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della preclusione alla stipulazione del contratto.

**4.** Ferma la fissazione dell'udienza di merito ai sensi dell'articolo 245, comma 2-quinquies, e i relativi termini di costituzione, le parti a cui è notificato il ricorso possono presentare istanze e memorie, in relazione alla domanda cautelare, entro cinque giorni dalla ricevuta notificazione. La domanda cautelare è comunque trattata alla prima udienza utile, decorso il predetto termine di cinque giorni. Il giudice, se competente, decide in ogni caso sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali. La preclusione alla stipulazione del contratto cessa in caso di rinuncia, anche tacita, alla domanda **cautelare**.

**5.** Dopo la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, o l'inutile decorso del termine di impugnazione del provvedimento cautelare di primo grado, o, in difetto, dopo la pubblicazione del provvedimento cautelare reso in appello, il contratto può essere stipulato se detti provvedimenti giurisdizionali respingono il ricorso ovvero la domanda cautelare proposti avverso l'aggiudicazione definitiva. Il provvedimento cautelare, se respinge la domanda sulla base di considerazioni limitate al pericolo di pregiudizio per l'interesse pubblico può imporre alla stazione appaltante il versamento di adeguata cauzione, che in esito al giudizio può essere devoluta, in tutto o in parte, al ricorrente a titolo di risarcimento del danno.

**6.** Il provvedimento cautelare che accoglie la domanda, può imporre al ricorrente il versamento di adeguata cauzione, che in esito al giudizio può essere devoluta, in tutto o in parte, alla stazione appaltante e all'aggiudicatario controinteressato, a titolo di ristoro del danno quando ricorrono i presupposti dell'articolo 96, comma 1 e comma 2, del codice di procedura civile.>>.

## ART. 10

### *Privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative*

*(art. 44, comma 1, lett. f) e lett. h), l. n. 88/2009; artt. 2, parr. 6 e 7, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665/CEE e artt. 2, parr. 1 e 6, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE; 23° considerando, direttiva 2007/66/CE)*

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

#### **<<245-ter. Privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative**

*(art. 44, comma 1, lett. f) e lett. h), l. n. 88/2009; artt. 2, parr. 6 e 7, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665/CEE e artt. 2, parr. 1 e 6, 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE; 23° considerando, direttiva 2007/66/CE)*

**1.** Il giudice amministrativo ha giurisdizione in ordine alla privazione di effetti del contratto e alle sanzioni alternative, nei casi previsti dal presente **Titolo**.

2. La domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intende sempre comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione di effetti del contratto, ove nel frattempo stipulato, anche in difetto di espressa indicazione.

3. Fuori dai casi stabiliti dai commi seguenti, il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva, se il contratto sia stato nel frattempo stipulato, decide, previo bilanciamento degli interessi coinvolti, se dichiarare la privazione degli effetti del contratto, fissando in tal caso la decorrenza della privazione degli effetti, ovvero, e in via subordinata, se accordare il risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato. In detto bilanciamento il giudice tiene conto, esemplificativamente, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della conseguente possibilità e interesse reciproco al subentro. E' consentita la sentenza parziale, con cui il giudice annulla l'aggiudicazione definitiva, contestualmente assegna un congruo termine alla stazione appaltante per rideterminarsi sull'aggiudicazione e sugli effetti del contratto, e rinvia la decisione giurisdizionale sulla sorte del contratto e sulla domanda di risarcimento del danno per equivalente ad una udienza successiva a tale termine. In tale successiva udienza il giudice decide tenendo conto dei provvedimenti eventualmente adottati dalla stazione appaltante.

4. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dispone la privazione di effetti del contratto nei seguenti casi e con le prescrizioni e le deroghe indicati rispettivamente nei **commi 5, 6 e 7**:

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.

5. Nei casi di cui al **comma 4** il giudice decide, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, se disporre la privazione degli effetti retroattivamente o limitatamente alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo. Il bilanciamento è operato con i criteri di cui al **comma 3** e inoltre valutando la gravità della condotta della stazione appaltante. Nel caso di privazione di effetti limitata alle prestazioni ancora da eseguire si applicano le sanzioni alternative di cui ai **commi 11 e 12**.

6. Il giudice, nonostante le violazioni di cui al **comma 4**, può disporre che il contratto non è privato di effetti, quando ritiene che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale impone che gli effetti del contratto siano mantenuti. In tal caso si applicano le sanzioni alternative di cui ai **commi 11 e 12**. Tra le esigenze imperative rientrano, a titolo esemplificativo, le esigenze imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutorie attuale. Gli interessi economici possono a tal fine essere presi in considerazione come esigenze imperative solo se in circostanze eccezionali la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate. Tuttavia, gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse

generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti. Le sentenze che provvedono in applicazione del presente comma recano, nel dispositivo, l'ordine che a cura della segreteria la sentenza sia trasmessa alla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie.

7. La privazione di effetti prevista dal **comma 4, 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 del **comma 8**, 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.

8. 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.

9. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva valuta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, se disporre la privazione di effetti del contratto, retroattivamente o limitatamente alle prestazioni da eseguire, o se applicare sanzioni alternative ai sensi dei **commi 11 e 12**, se il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'**articolo 11, comma 10**, ovvero 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**, e sempre che, in entrambe le ipotesi, l'aggiudicazione sia illegittima per vizi propri, quando:

- a) la violazione dell'articolo **11, comma 10**, non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto;

b) la violazione dell'articolo **11, comma 10**, ovvero la violazione dell'articolo **245-bis**, pur sommandosi ad un vizio proprio dell'aggiudicazione, non abbia influito sulle opportunità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

**10.** Nel caso di cui al **comma 9** il bilanciamento degli interessi coinvolti è operato con i criteri di cui al **comma 3** e al **comma 6**, e inoltre valutando la gravità della condotta della stazione appaltante.

**11.** Nei casi in cui, ai sensi del presente articolo, devono trovare applicazione sanzioni alternative, esse sono individuate dal giudice tra quelle di cui al **comma 12**, alternativamente o cumulativamente. Il giudice 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 concessione del risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative. Il giudice conosce, in sede di giudizio di ottemperanza, delle questioni relative alla mancata esecuzione, in tutto o in parte, del capo di sentenza che irroga le sanzioni.

**12.** Le sanzioni alternative sono le seguenti:

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 “Multe, 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; detta sentenza è allo scopo comunicata al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione; decorso il termine per il versamento, si applica una maggiorazione pari ad un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo;

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.

**13.** La privazione di effetti del contratto non esclude il risarcimento per equivalente degli ulteriori danni. Nel caso in cui sono impugnati atti delle procedure di affidamento diversi dall'aggiudicazione, senza richiesta di annullamento dell'aggiudicazione e di privazione di effetti del contratto, l'eventuale risarcimento è accordato per i danni diversi da quello da mancata aggiudicazione.>>.

#### ART. 11

*Ulteriori disposizioni processuali in caso di azione volta alla privazione di effetti del contratto già stipulato*

*(art. 44, comma 3, lett. i), l. n. 88/2009; art. 2-septies, direttiva 89/665/CEE e art. 2-septies, direttiva 92/13, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)*

**1. Dopo l'articolo 245-ter, d.lgs. n. 163 del 2006, inserito dal presente decreto, è inserito il seguente articolo 245-quater:**

**<<245-quater.** Ulteriori disposizioni processuali in caso di azione volta alla privazione di effetti del contratto già stipulato

*(art. 44, comma 3, lett. i), l. n. 88/2009; art. 2-septies, direttiva 89/665/CEE e art. 2-septies, direttiva 92/13, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)*

**1.** Il ricorso giurisdizionale può essere proposto al giudice amministrativo, allo scopo di conseguire la privazione di effetti del contratto già stipulato, mediante impugnazione dell'aggiudicazione definitiva se non già impugnata, nel rispetto dei termini di cui al presente articolo anziché dei

termini per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva previsti dall'articolo **245**, nei seguenti casi:

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, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, quando tale pubblicazione è prescritta dal presente codice, se tale omissione abbia impedito l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva prima della stipulazione del contratto nel rispetto dei termini di cui all'articolo **245**;

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, rispettivamente per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, se tale omissione abbia impedito l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva prima della stipulazione del contratto nel rispetto dei termini di cui all'articolo **245**;

c) nel caso in cui il contratto è stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio stabilito dall'articolo **11, comma 10**, e sempre che tale violazione abbia impedito all'interessato di impugnare l'aggiudicazione definitiva prima della stipulazione del contratto nel rispetto dei termini di cui all'articolo **245**;

d) nel caso in cui 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**.

**2.** Nei casi di cui al **comma 1, lettere a) e b)**, il termine per l'azione è di 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.

**3.** Nel caso di cui al **comma 1, lettere c) e d)**, 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**.

**4.** Nei casi di cui alle **lettere a), b), c) e d) del comma 1**, se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui ai **commi 2 e 3**, o essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il termine per l'azione è di sei mesi decorrenti dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.

**5.** I termini di cui ai **commi 2, 3, e 4**, decorrono comunque dalla piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione ovvero della stipulazione del contratto, se anteriore agli eventi indicati nei citati **commi 2, 3 e 4.>>**.

## ART. 12

### *Modifiche alla disciplina processuale per le infrastrutture strategiche*

*(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)*

1. Nell'articolo 246 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. 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 >>;

b) nel comma 1 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>>.

c) il comma 2 è abrogato;

d) nel comma 4, prima delle parole <<La sospensione>> sono inserite le seguenti parole: <<Ferma restando l'applicazione dei **commi da 4 a 12 dell'articolo 245-ter**, al di fuori dei casi in essi contemplati non si applica il **comma 3** del citato **articolo 245-ter**; la sospensione>>.

### 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*

*(art. 44, co. 3, lett. l) l. n. 88/2009; artt. 3 e 4, direttiva 89/665/CEE e artt. 8 e 12 direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)*

1. Dopo l'articolo 251 del d.lgs. n. 163 del 2006 è inserito il seguente:

*<<251-bis. 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*

*(art. 44, co. 3, lett. l) l. n. 88/2009; artt. 3 e 4 direttiva 89/665/CEE e artt. 8 e 12 direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE)*

**1.** La Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie riceve dalla Commissione europea la notifica prevista dall'articolo 3, par. 2 della direttiva 89/665/CEE e dall'articolo 8, par. 2 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE.

**2.** Entro ventuno giorni civili dalla ricezione della notifica di cui al comma 1, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, comunica alla Commissione europea:

a) la conferma che alla violazione sia stato posto rimedio;

b) una conclusione motivata per spiegare perché non vi sia stato posto rimedio ; o

c) una notifica che la procedura di affidamento del contratto relativo a lavori, servizi o forniture è stata sospesa dalla stazione appaltante di propria iniziativa oppure da parte del competente organo a cui è stato proposto il ricorso.

**3.** Una conclusione motivata comunicata a norma del comma 2, lettera b), può anche fondarsi sul fatto che la violazione denunciata costituisce già l'oggetto di un ricorso. In tal caso la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie informa la Commissione europea dell'esito del ricorso non appena ne viene a conoscenza.

**4.** In caso di notifica che una procedura di affidamento del contratto relativo a lavori, servizi o forniture è stata sospesa conformemente al comma 2, lettera c), la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie notifica alla Commissione europea la cessazione della sospensione o l'avvio di un'altra procedura di affidamento in parte o del tutto collegata alla procedura precedente. Tale notifica deve confermare che alla violazione presunta

sia stato posto rimedio o includere una conclusione motivata per spiegare perché non vi sia stato posto rimedio.

**5.** Al fine dell'esercizio delle competenze di cui ai commi che precedono, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie, chiede le notizie utili alla stazione appaltante e può chiedere notizie sullo stato del procedimento di ricorso alla segreteria dell'organo presso cui pende. La richiesta è formulata per iscritto, e trasmessa con mezzi celeri. La risposta è resa per iscritto, con la massima tempestività e comunque non oltre sette giorni dalla ricezione della richiesta, e trasmessa con mezzi celeri.

**6.** La Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie fornisce alla Commissione europea le informazioni sul funzionamento delle procedure nazionali di ricorso, richieste dalla stessa Commissione nell'ambito del Comitato Consultivo per gli appalti pubblici. A tal fine può chiedere le occorrenti informazioni ai Presidenti dei Tribunali amministrativi regionali e al Presidente del Consiglio di Stato, anche sulla base di eventuali protocolli d'intesa, nonché, all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e alle stazioni appaltanti.

**7.** La Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per le politiche comunitarie comunica ogni anno alla Commissione il testo di tutte le decisioni, con le relative motivazioni, adottate dai propri organi di ricorso conformemente all'articolo **245-ter, comma 6**.

#### ART. 14

##### *Abrogazioni, norme di coordinamento e norme transitorie (art. 44, co. 3, lett. c), e co. 4, l. n. 88/2009)*

**1.** In considerazione della disciplina introdotta dall'articolo **2 del presente decreto**, è abrogato l'articolo 20, comma 8-bis, del decreto legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2; l'articolo **11, commi 10, 10-bis, 10-ter** del decreto legislativo n. 163 del 2006, come novellati dall'articolo **2 del presente decreto**, si applicano anche ai contratti di cui all'articolo 20, comma 8, del citato decreto legge n. 185 del 2008, se l'aggiudicazione definitiva sia successiva all'entrata in vigore del presente decreto.

**2.** In considerazione della disciplina introdotta dall'articolo **9 del presente decreto**, nell'articolo 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e successive modificazioni e integrazioni sono apportate le seguenti modifiche e abrogazioni:

a) sono abrogate le lettere a) e c) del comma 1;

b) la lettera b) del comma 1 è così sostituita: <<i>provvedimenti relativi alle procedure di occupazione e di espropriazione delle aree destinate alla realizzazione di opere pubbliche o di pubblica utilità;>>.

**3.** In considerazione della disciplina introdotta dall'articolo **9 del presente decreto**, nell'articolo 13, comma 6-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, le parole <<per i predetti ricorsi in materia di affidamento di lavori, servizi e forniture>> sono sostituite dalle parole <<per i ricorsi in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, disciplinati dalla parte IV del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni>>.

**4.** Resta ferma la disciplina di cui all'articolo 20, comma 8, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, limitatamente agli interventi previsti nel citato articolo 20, per i quali siano già stati nominati i relativi commissari alla data di entrata in vigore del presente decreto.

**5.** In considerazione della disciplina introdotta dall'articolo **6 del presente decreto**, è abrogato l'articolo 3, commi 19, 20 e 21 della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

**6.** La disciplina introdotta dagli **articoli 5 e 6** si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente alla entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla

base di essi e ai relativi giudizi arbitrali. Negli altri casi, il decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398, e il decreto legge 30 dicembre 2008, n. 207, come modificato dalla legge di conversione 27 febbraio 2009, n. 14, continuano ad applicarsi, rispettivamente, ai procedimenti arbitrali il cui collegio è stato costituito successivamente alle relative date di entrata in vigore.

#### ART. 15

##### *Norma finanziaria*

1. Dall'attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.
2. Le amministrazioni interessate provvedono ai compiti di cui al presente decreto con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Il presente decreto, munito del sigillo dello Stato, sarà inserito nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque di osservarlo e di farlo osservare.



## RELAZIONE ILLUSTRATIVA

### **Art. 1 - *Ambito soggettivo di applicazione***

L'art. 44, co. 3, primo periodo, l. delega n. 88/2009, definisce l'ambito soggettivo della disciplina processuale, utilizzando una nozione di <<stazione appaltante>> più ampia rispetto a quella utilizzata dall'art. 3, co. 33, d.lgs. n. 163/2006. Infatti, secondo il citato art. 3, co. 33, per stazione appaltante si intendono solo i soggetti di cui all'art. 32, codice, e dunque non anche i soggetti aggiudicatori nel settore delle infrastrutture strategiche e non anche gli enti aggiudicatori dei settori speciali. Invece, la nozione di stazione appaltante ai fini del contenzioso, abbraccia tutte tali categorie soggettive.

Si è pertanto reso necessario chiarirlo mediante novella dell'art. 3, co. 33, del codice: infatti, nell'ambito della parte IV dedicata al contenzioso, ci sono disposizioni che riguardano solo alcuni soggetti, e segnatamente solo le amministrazioni aggiudicatrici (per esempio, le regole procedurali in tema di transazione), altre che sono di generale applicazione. Sicché, quando si vuole che una norma processuale sia di generale applicazione, si può adoperare l'espressione <<stazione appaltante>> che acquisisce, in virtù della nuova definizione inserita nell'art. 3, co. 33, codice, valenza onnicomprensiva.

### **Art. 2 - *Termine dilatorio per la stipulazione del contratto***

Nel presente articolo viene data attuazione al criterio di delega di cui all'articolo 44, comma 2, lett. e), prima parte, l. n. 88/2009, laddove si richiede di recepire gli artt. 2-bis e 2-ter, lett. b), direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE (come modificati dalla direttiva 2007/66/CE), e in particolare di fissare un termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

A sua volta l'art. 2-bis delle citate direttive dispone che a seconda dei casi il termine dilatorio non può essere inferiore a dieci o quindici giorni decorrenti dal giorno successivo all'invio della comunicazione dell'aggiudicazione.

L'art. 11, co. 10, codice appalti, già nel testo finora vigente prevede un termine dilatorio per la stipulazione del contratto, decorrente dalla comunicazione dell'aggiudicazione, da farsi con le forme e termini dell'art. 79, codice. Il codice, infatti, ha anticipato, rispetto alla direttiva comunitaria 2007/66/CE, l'introduzione del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

Tuttavia, la vigente previsione non è del tutto in linea con la direttiva e con la legge delega, in quanto:

- a) è indispensabile omogeneizzare il termine dilatorio per la stipulazione del contratto con il termine di proposizione del ricorso giurisdizionale, per assicurare che al momento della proposizione del ricorso giurisdizionale non sia ancora scaduto il termine di stipulazione del contratto;
- b) le due direttive comunitarie consentono deroghe al termine dilatorio di stipulazione del contratto, ma di tali deroghe la legge delega impone di recepire solo quella dell'art. 2-ter, lettera b); tale deroga non è contenuta nel testo vigente, e viene inserita con il presente recepimento;
- c) il vigente testo consente in casi urgenti l'esecuzione anticipata rispetto alla stipulazione; le due direttive comunitarie non contemplano tale possibilità, e tale possibilità consentita dal diritto nazionale potrebbe essere elusiva del termine dilatorio di stipulazione potendo in fatto essere letta come una violazione indiretta dei principi comunitari.

In relazione al punto a), va considerato che la legge delega n. 88/2009 prescrive un termine, per il ricorso giurisdizionale, non superiore a trenta giorni. Entro il trentesimo giorno deve partire la notificazione del ricorso; ma va considerato che la notificazione potrebbe pervenire alla stazione appaltante destinataria dopo il trentesimo giorno. Inoltre, potrebbero esservi una pluralità di impugnazioni, che pervengono alla stazione appaltante in date diverse. Si impone, allora, di allineare il termine dilatorio di stipulazione del contratto con il termine di impugnazione. Se si

fissano entrambi in trenta giorni, potrebbe succedere che al trentunesimo giorno la stazione appaltante provveda alla stipulazione del contratto non avendo ancora ricevuto la notificazione del ricorso, che sopraggiunge in data successiva ancorché partita entro il trentesimo giorno. Questo creerebbe seri problemi, posto che secondo la legge delega la <<proposizione del ricorso>>, che va intesa come notifica in partenza da parte del ricorrente, sortisce l'effetto sospensivo automatico della stipulazione del contratto.

Per ovviare a tali inconvenienti occorre fissare il termine dilatorio per la stipulazione del contratto in misura adeguatamente più lunga rispetto al termine di proposizione del ricorso giurisdizionale. Si stima congruo uno scarto di cinque giorni tra termine dilatorio di stipulazione e termine di ricorso giurisdizionale, infatti, al trentacinquesimo giorno dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante può essere ragionevolmente certa che non sono state proposte impugnazioni.

Una volta notificato il ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva, accompagnato da domanda cautelare, al termine dilatorio per la stipulazione del contratto si aggiunge o si sostituisce l'effetto sospensivo automatico, ossia la preclusione alla stipulazione del contratto, fino ad un momento che la legge delega individua nella pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado ovvero nella pubblicazione del provvedimento cautelare definitivo.

Va aggiunto che rispetto al testo finora vigente, sono state fatte due puntualizzazioni: la prima è che il termine decorre non astrattamente dalla <<comunicazione>> dell'aggiudicazione, ma dall'ultima delle comunicazioni. Infatti, l'aggiudicazione va comunicata ad una pluralità di destinatari, ed è vero che mediante novella all'art. 79 del codice, da parte del presente decreto, viene imposta la comunicazione contestuale, cioè l'invio nella stessa data di tutte le comunicazioni, tuttavia potrebbe succedere in concreto che per disguidi o errori le comunicazioni partano in date diverse. Perciò il termine dilatorio deve decorrere dall'invio dell'ultima comunicazione, per evitare che si stipuli mentre è ancora in corso un termine di impugnazione.

Inoltre, viene precisato che il termine dilatorio decorre dalla comunicazione dell'aggiudicazione <<definitiva>>, essendo questo, e non l'aggiudicazione provvisoria, il provvedimento oggetto di comunicazione.

Il co. 10-bis attua la deroga al termine dilatorio consentita dalle direttive e prescritta dalla legge delega.

Nella nuova formulazione dell'art. 11, co. 9, rimane l'attuale previsione che consente di anticipare l'esecuzione del contratto rispetto alla stipulazione del contratto, ma si vieta comunque l'esecuzione del contratto durante il termine di stand-still e durante il termine sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale. Sicché, 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).

Si introduce una deroga al divieto di esecuzione anticipata:

- a) nei casi di procedure senza bando, per le quali il diritto comunitario consente di non osservare lo stand still;
- b) nei casi in cui l'esecuzione immediata è indispensabile per evitare un grave nocumento per l'interesse pubblico.

### ***Art. 3 - Forma, termini e destinatari della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva***

Nel presente articolo viene data attuazione al criterio di delega di cui all'articolo 44, comma 2, lett. e), seconda parte, l. n. 88/2009, laddove si richiede di recepire l'art. 2-bis, direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificate dalla direttiva 2007/66/CE, e in particolare di prevedere <<termini e mezzi certi per la comunicazione a tutti gli interessati del provvedimento di aggiudicazione e degli altri provvedimenti adottati in corso di procedura>>.

A sua volta l'art. 2-bis delle citate direttive, oltre a disciplinare il termine dilatorio per la stipulazione del contratto, indica quali sono i destinatari della comunicazione del provvedimento di aggiudicazione, e il contenuto della comunicazione.

Giova osservare che l'art. 79 del codice è già in buona misura adeguato alle prescrizioni delle direttive, prevedendo un termine per la comunicazione dell'aggiudicazione e i relativi destinatari.

Pertanto si interviene meglio specificando le forme e il contenuto della comunicazione, in modo da assicurare, in conformità alla delega, termini e mezzi certi, e in conformità all'art. 2-bis, par. 2, comma 4, che la comunicazione rechi la motivazione del provvedimento, e la precisa indicazione del c.d. termine sospensivo, ossia il termine dilatorio per la stipulazione del contratto di appalto.

Il livello di dettaglio raggiunto dall'articolato nell'indicare forme e termini di comunicazione, e contenuto della comunicazione, mira a dare puntuale attuazione al criterio di delega che richiede termini e mezzi certi di comunicazione. Dal contenzioso giurisdizionale si evince, infatti, che molte questioni vengono sollevate proprio in relazione alla forma della comunicazione e relativa data, e alla conseguente ricevibilità del ricorso giurisdizionale.

Pertanto, la fase della comunicazione dei provvedimenti, richiede una particolare attenzione da parte delle stazioni appaltanti, al fine di assicurare una conoscenza certa dei provvedimenti in capo a tutti i destinatari. Si tratta di elemento essenziale per poter acquisire certezza in ordine alla data in cui il contratto può essere stipulato senza incorrere in responsabilità o in rischio di caducazione del contratto.

L'art. 2-bis delle citate direttive non contempla espressamente anche un obbligo di comunicazione dell'avvenuta stipulazione del contratto. Tuttavia, dall'art. 2-septies, par. 1, lett. a), secondo trattino, delle citate direttive, si desume un onere di comunicazione anche del fatto dell'avvenuta stipulazione, con indicazione sintetica dei motivi. Pertanto, si inserisce nel presente articolo anche tale obbligo di comunicazione, con la precisazione che, qualora si comunicano provvedimenti di esclusione, di aggiudicazione, di decisione di non aggiudicare a nessuno, occorre trasmettere anche i provvedimenti completi di motivazione, invece, quanto alla stipulazione del contratto, va comunicato il fatto dell'avvenuta stipulazione, ma non va anche trasmesso il contratto, essendo sufficiente una relazione sintetica sui motivi della stipulazione, anche *per relationem* ai motivi dell'aggiudicazione.

Si interviene anche operando sulle modalità dell'accesso agli atti e relativi termini, secondo quanto già fatto, in un peculiare settore, dall'art. 20, co. 8, d.l. n. 185/2008, in modo da garantire certezza quanto alla tempestiva conoscenza degli atti di gara e al decorso dei termini per i ricorsi.

In dettaglio, rispetto al già vigente co. 5, lett. a), vengono recate lievi modifiche volte a chiarire che oggetto di comunicazione è l'aggiudicazione definitiva, e a meglio individuare i soggetti <<interessati>> destinatari della comunicazione obbligatoria, quali si desumono dall'art. 2-bis, par. 2, commi 2 e 3 delle direttive.

Viene poi aggiunto un comma 6 che indica le forme della comunicazione e il relativo contenuto, esigendo la trasmissione anche della motivazione dei provvedimenti, secondo quanto richiesto dall'art. 2-bis, par. 2, comma 4, primo trattino, delle direttive.

Viene altresì richiesto, salve motivate deroghe, che le comunicazioni a tutti i destinatari partano lo stesso giorno, in modo da assicurare una unica decorrenza del termine dilatorio di stipulazione del contratto.

Il co. 7 impone di indicare in sede di comunicazione dell'aggiudicazione definitiva o dei provvedimenti di esclusione quale è il termine dilatorio per la stipulazione del contratto secondo la legge italiana, come richiesto dall'art. 2-bis, par. 2, comma 4, secondo trattino, delle direttive.

Il co. 8 disciplina i termini e modalità dell'accesso agli atti del procedimento sfociato nei provvedimenti oggetto di comunicazione. Tale disciplina è strumentale all'obiettivo imposto dalla delega di garantire termini certi di conoscenza degli atti e termini certi di impugnazione.

#### **Art. 4 - Modifiche formali alla parte IV del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163**

La legge delega n. 88/2009 esige che il recepimento sia circoscritto a quanto necessario per rendere il già vigente quadro processuale coerente con la direttiva, previa verifica degli istituti processuali già vigenti e della loro coerenza comunitaria. Sul piano formale si richiede che la nuova disciplina sia inserita coerentemente nel vigente sistema processuale (art. 44, co. 3, lett. a, l. n. 88/2009).

Ciò posto, va osservato che gli istituti processuali e precontenziosi specifici per i pubblici appalti sono stati inseriti nel codice dei contratti pubblici n. 163 del 2006, e segnatamente nella parte IV.

Pertanto, il recepimento della direttiva ricorsi avviene mediante novella della parte IV del codice e di altri punti rilevanti del codice medesimo.

Attraverso tale tecnica, si dà anche attuazione al criterio di delega di cui alla lett. b) del comma 3, dell'articolo 44, l. n. 88/2009, che esige un quadro processuale omogeneo per i settori ordinari e speciali, nonché per tutti i contratti di lavori servizi e forniture soggetti al d.lgs. n. 163/2006, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie.

Invero, la parte IV del codice è strutturata come di generale applicazione, sul piano oggettivo (settori ordinari e speciali, tutti i contratti a cui si applica il codice, anche se sono sotto soglia comunitaria) e sul piano soggettivo (tutti i soggetti tenuti all'osservanza del codice, salvo specifiche norme che si applicano solo a taluni soggetti).

Attualmente la parte IV del codice contiene pochi articoli e non è suddivisa in titoli, capi, sezioni. La novella rende la parte IV più corposa e giustifica, per migliore lettura, una sua suddivisione interna.

#### ***Art. 5 - Misure di incentivazione dell'accordo bonario***

Il presente articolo dà attuazione al criterio di delega finalizzato ad incentivare l'accordo bonario.

Si prevede:

- una riduzione dei costi del procedimento;
- una generalizzazione della sua obbligatorietà;
- un più rigoroso criterio di selezione della commissione o del mediatore unico chiamati a formulare la proposta di accordo bonario;
- la condanna alle spese nel successivo giudizio (arbitrale o ordinario), se la decisione è sostanzialmente conforme al contenuto della proposta di accordo bonario che era stata rifiutata.

#### ***Art. 6 - Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato***

Il presente articolo dà attuazione al criterio di delega finalizzato a razionalizzare l'arbitrato.

Si prevede:

- 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;
- la facoltà, per i concorrenti che rinunciano alla facoltà di rifiutare la clausola compromissoria, di presentare un ulteriore ribasso rispetto al ribasso base dell'offerta, commisurato ai minori costi della definizione arbitrale, anziché giurisdizionale, di un eventuale contenzioso;
- più rigorosi criteri selettivi per l'arbitro presidente;
- un rigoroso regime di impugnazione del lodo;
- una significativa accelerazione del giudizio di appello avverso il lodo;
- una riduzione dei costi del giudizio arbitrale mediante previsione di un decreto ministeriale, da vararsi dopo l'entrata in vigore del presente decreto delegato, che fisserà le nuove tariffe arbitrali in sostituzione di quelle vigenti;
- coerentemente con tale razionalizzazione dell'arbitrato, viene abolito il vigente divieto, peraltro mai divenuto efficace.

#### ***Art. 7 - Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale***

L'art. 44, co. 3, lett. d), l. n. 88/2009 chiede di recepire <<integralmente>> l'art. 1, par. 4) delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE come novellate dalla direttiva 2007/66/CE.

Il citato articolo delle direttive dispone che <<gli Stati membri possono esigere che il soggetto che desidera avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l'amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo per la stipulazione del contratto o su qualsiasi altro termine per la proposizione del ricorso>>.

La legge delega indica poi, come criterio di delega, in aggiunta all'obbligo di recepimento integrale del citato articolo delle direttive, la previsione che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela.

In attuazione di tali criteri di delega, si è previsto l'inserimento nel codice n. 163/2006 di un articolo 243-bis, che si colloca a chiusura del titolo I della parte V, dedicata agli strumenti precontenziosi, e prima della parte II, che riguarda le norme processuali vere e proprie.

E, invero, l'informativa preventiva e la possibile autotutela sono uno strumento precontenzioso di chiusura della lite.

Viene specificato, in coerenza con l'ambito di applicazione delle direttive comunitarie e della legge delega, che tale informativa va data non in relazione a qualsivoglia contenzioso, ma solo in relazione a quello sulle procedure di affidamento (infatti le direttive ricorsi e la legge delega non si occupano del contenzioso relativo alla fase di esecuzione del contratto). Pertanto, nel comma 1 dell'articolo, si fa rinvio alle materie dell'articolo 244, comma 1, del codice, che indica appunto il contenzioso sulle procedure di affidamento.

Il comma 2 dettaglia forma, contenuto, destinatario e termini di presentazione dell'informativa. Si è ritenuto che l'informativa possa essere proposta fino alla notifica del ricorso giurisdizionale. Il destinatario dell'informativa è stato individuato nel r.u.p.

Il comma 3, ispirato alla massima celerità e informalità, consente che l'informativa possa essere formalizzata in una delle sedute pubbliche della commissione di gara: si pensi alla seduta di ammissione o esclusione dei concorrenti, o a quella in cui viene dichiarata l'aggiudicazione provvisoria.

Il comma 4 attua il criterio di delega, stabilendo che l'informativa non impedisce il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto e il decorso del termine di ricorso giurisdizionale. Aggiunge che l'informativa non pregiudica neppure l'ulteriore corso del procedimento di gara: infatti, la contestazione potrebbe riguardare il bando, o un atto di ammissione o esclusione di concorrenti, e dunque collocarsi in una fase in cui non c'è ancora aggiudicazione e dunque decorso del termine di stipulazione del contratto.

I commi 5 e 6 scandiscono l'iter procedimentale per le valutazioni della stazione appaltante quanto all'eventuale intervento in autotutela. Si ipotizza una rapida e informale istruttoria da parte del r.u.p., che si conclude con una proposta al competente dirigente. Si ipotizza poi, da parte del dirigente: o il non luogo a provvedere se l'informativa è infondata; o l'immediato ritiro del provvedimento contestato, laddove esso sia ritenuto illegittimo e non occorra seguire un procedimento di autotutela, ad es. per il ritiro del provvedimento di esclusione del candidato che ha sollevato la contestazione; o l'avvio del procedimento di autotutela, ove occorra seguire garanzie del contraddittorio, ad es. se occorre annullare l'ammissione in gara di un altro concorrente, o l'aggiudicazione in favore di altro concorrente.

Nulla si dice in ordine alle conseguenze della mancata attivazione del r.u.p. o del dirigente, né in ordine alle conseguenze dell'atto di autotutela in relazione al processo giurisdizionale eventualmente nel frattempo instaurato, perché tali conseguenze si traggono dal vigente ordinamento mediante interpretazione (sanzioni per l'inerzia, quali la responsabilità disciplinare e contabile; sospensione, rinvio, improcedibilità, del processo giurisdizionale).

E' appena il caso di sottolineare che il meccanismo volto a sollecitare l'esercizio di autotutela sulla gara è cosa del tutto diversa dalle procedure conciliative in materia di servizi pubblici, introdotte dall'art. 30, Legge 18 giugno 2009, n. 69 ("Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile"), che impone anche ai

soggetti operanti nelle materie di cui al codice appalti di adottare schemi tipo di conciliazione. Infatti la conciliazione riguarda situazioni giuridiche soggettive, e dunque gli utenti di servizi pubblici erogati tramite opere pubbliche o concessioni di pubblici servizi. La procedura conciliativa non può invece riguardare il contenzioso di gara, che afferisce a interessi legittimi, non disponibili, e considerato che il concorrente non è un utente di servizi pubblici. Perciò vi è piena compatibilità tra i due istituti, che hanno ambito oggettivo e soggettivo differente.

L'ultimo comma dell'articolo mira a impedire che sul provvedimento di non luogo a provvedere si innesti un nuovo contenzioso, con motivi aggiunti, che ritardi la celere definizione del processo già pendente.

### **Art. 8 - Tutela processuale**

La legge delega chiede di recepire la direttiva 2007/66/CE introducendo le misure necessarie da coordinarsi con il quadro processuale già vigente, previa verifica se già coerente con il sopravvenuto diritto comunitario, o se necessitante di modifiche. Chiede inoltre un quadro processuale omogeneo sia sopra che sotto soglia comunitaria, e in tutti i settori. Chiede che si introduca un processo ispirato al contempo al diritto di difesa e alla ragionevole durata del processo, connotato da:

- una rapida scansione dei tempi processuali;
- un termine di trenta giorni per proporre il ricorso;
- la riduzione di tutti gli altri termini processuali;
- ove possibile un giudizio immediato;
- precisa indicazione di atti impugnabili e momento dell'impugnazione;
- concentrazione processuale.

Si chiede inoltre l'abrogazione delle disposizioni incompatibili.

In attuazione di tali criteri, si è reso necessario disegnare un rito speciale, che in parte si discosta da quello dell'art. 23-bis, l. Tar, essendo connotato da una più rapida scansione processuale e da immediatezza, ove possibile, della definizione della lite nel merito, sin dalla prima udienza.

Si è reso pertanto necessario espungere dal rito speciale dell'art. 23-bis, l. Tar, la materia dei lavori servizi e forniture, con le pertinenti abrogazioni, e disciplinare nel codice il nuovo rito speciale. Nei casi, non infrequenti, in cui i provvedimenti dell'Autorità vengono impugnati congiuntamente agli atti delle procedure di affidamento, quali atti presupposti connessi o conseguenti, anche se per vizi propri (tipico caso: impugnazione del provvedimento di esclusione da una gara e impugnazione del conseguente provvedimento dell'Autorità di iscrizione del provvedimento di iscrizione nel casellario informatico, ovvero del provvedimento sanzionatorio dell'Autorità, irrogato nel caso di esclusione per difetto di requisiti in sede di controllo a campione), si è imposta la regola dell'estensione del rito speciale per gli appalti anche ai provvedimenti dell'Autorità. Nulla cambia, invece, se i provvedimenti dell'Autorità vengono impugnati con autonomo ricorso.

Il comma 1 dell'art. 245 del codice è stato, pertanto, novellato per delineare l'ambito applicativo, che, si noti, riguarda tutti i contratti relativi a pubblici lavori, servizi, forniture, posti in essere da soggetti tenuti al rispetto delle procedure di evidenza pubblica o in virtù del diritto comunitario, o in virtù del codice appalti, o anche in virtù di qualsivoglia altra legge statale, regionale, provinciale.

I principi di delega sono stati interpretati anche come volti a introdurre lo speciale rito come <<esclusivo>> nel senso che la tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo, per le sue peculiarità sia di rito che di poteri processuali, non ammette come alternativa il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. Infatti questo rimedio ha tempi più lunghi e incompatibili, e non contempla poteri di condanna e poteri di merito, quali sono quelli necessari per disporre la privazione di effetti del contratto o irrogare sanzioni alternative.

I commi 2 e seguenti disciplinano il rito immediato, secondo i criteri di delega affrontando le questioni relative agli atti impugnabili, termini e relativa decorrenza, termini processuali, immediatezza del giudizio, tutela cautelare, appello e altre impugnazioni.

Il comma 8 dell'art. 245 del codice viene novellato a fini di coordinamento formale.

**Art. 9 - Ulteriori disposizioni processuali in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva**

L'art. 44, comma 3, lett. f) e g), legge delega, vanno letti nel senso che viene ipotizzato un rito processuale immediato/abbreviato comune a tutti i provvedimenti delle procedure di affidamento, quali bandi, avvisi, esclusioni, aggiudicazione (lett. f); vengono poi dettate disposizioni processuali specifiche per il solo caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, con contestuale domanda cautelare (lett. g).

Nell'ambito delle disposizioni processuali specifiche che si applicano quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, la legge delega detta i criteri per il recepimento dell'art. 2, paragrafi 3 e 4, della direttiva 89/665/CEE e dell'art. 2, paragrafi 3 e 3-bis della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE.

Si tratta di disposizioni chiave, cui le direttive affidano la chiave di volta dell'effettività della tutela giurisdizionale.

Il diritto comunitario annette alla impugnazione dell'aggiudicazione un effetto cautelare automatico (meccanismo noto al diritto comunitario anche in altri settori, quale quello dei provvedimenti riguardanti il soggiorno di cittadini comunitari). Infatti per effetto dell'impugnazione dell'aggiudicazione, alla stazione appaltante è preclusa la possibilità di stipulare il contratto. Tale effetto sospensivo automatico dura, secondo il diritto comunitario, fino ad un momento che deve essere individuato dagli Stati membri in sede di recepimento, e che può essere, a loro scelta, quello dell'adozione del provvedimento cautelare o della sentenza di merito. Aggiunge il diritto comunitario che al di fuori del caso di impugnazione dell'aggiudicazione, in cui si produce l'effetto sospensivo automatico, le procedure di ricorso non devono necessariamente avere effetti sospensivi automatici sulle procedure di aggiudicazione.

Sulla base di tali coordinate comunitarie, la legge delega:

- a) annette l'effetto sospensivo automatico alla sola impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, e non anche all'impugnazione di altri provvedimenti, quali bandi, inviti, esclusioni;
- b) annette l'effetto sospensivo automatico non alla sola impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, ma a tale impugnazione accompagnata da contestuale domanda cautelare: e, invero, da un lato, se la parte non chiede la tutela cautelare, dimostra di non avere interesse a conseguire l'aggiudicazione e il contratto, ma di avere, evidentemente, solo interesse al risarcimento per equivalente; dall'altro lato, potendo il legislatore nazionale far durare l'effetto sospensivo automatico fino al provvedimento giurisdizionale cautelare, e considerato che in virtù del principio della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato il giudice non adotta provvedimenti cautelari se non c'è istanza di parte, se ne desume che è indispensabile che una domanda cautelare vi sia;
- c) fa durare l'effetto sospensivo fino alla pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado, laddove vi sia la concreta possibilità di definire la lite nel merito alla prima udienza, ovvero fino al provvedimento cautelare definitivo.

L'articolo in commento dà attuazione a detti principi, chiarendo cosa si intende per provvedimento cautelare definitivo e regolando il meccanismo della competenza inderogabile e del suo rilievo.

In particolare, al comma 3 si prevede che la preclusione alla stipula del contratto decorre dalla ricezione della notifica del ricorso da parte della stazione appaltante, e fino ad un termine di venti giorni da tale notifica, se entro tale termine interviene (come dovrebbe ordinariamente accadere), il provvedimento cautelare collegiale di primo grado.

Ordinariamente, il provvedimento cautelare di primo grado, da rendersi alla prima udienza utile dopo il deposito del ricorso, interviene prima dello scadere di tali venti giorni. In tale ipotesi, l'effetto sospensivo dura comunque fino allo scadere dei venti giorni, al fine di dare modo alla parte di proporre una eventuale impugnazione del provvedimento cautelare.

Se, in ipotesi, il provvedimento cautelare collegiale di primo grado interviene dopo detto termine di venti giorni (ipotesi da ritenere residuale), in ossequio al diritto comunitario l'effetto sospensivo si

prolunga fino all'adozione di tale provvedimento cautelare (infatti il diritto comunitario impone di far durare l'effetto sospensivo o fino al provvedimento cautelare o fino alla sentenza di merito).

Nel rispetto del diritto comunitario, non si può non far durare l'effetto sospensivo automatico quantomeno fino al provvedimento giurisdizionale cautelare di primo grado. Si sono tuttavia previsti accorgimenti per far sopraggiungere il prima possibile tale provvedimento cautelare: abbreviazione dei termini di deposito del ricorso (dal termine ordinario di trenta giorni a quello di cinque) fissazione del ricorso alla prima udienza utile, obbligo del giudice di decidere sempre sulla domanda cautelare, cessazione dell'effetto sospensivo se il ricorrente rinuncia, anche tacitamente, alla domanda cautelare. Si ritiene che un caso di tacita rinuncia alla domanda cautelare sia quello, frequente nella pratica, in cui viene richiesto, nel corso dell'udienza cautelare, l'abbinamento della domanda cautelare alla trattazione del merito ad altra udienza.

Viene inoltre meglio disciplinata la portata del provvedimento cautelare, ai fini della sospensione della stipulazione del contratto, e viene valorizzata, come misura cautelare, la cauzione, già prevista dall'art. 21, l. Tar, ma scarsamente utilizzata dalla pratica, in difetto di puntuali indicazioni normative in ordine alla sua funzione e al suo utilizzo in esito al giudizio.

Alla luce delle previsioni del presente articolo e del precedente, è possibile fare una proiezione dei tempi del processo e della durata della preclusione alla stipulazione del contratto.

Durata della preclusione alla stipulazione del contratto: ricorso principale, decisione della domanda cautelare alla prima udienza utile: calcolati 30 giorni per la notifica del ricorso e 5 per il suo deposito, e ipotizzata la prima udienza utile nell'arco dei successivi 10 giorni, si ha una preclusione alla stipulazione del contratto, derivante dalla proposizione del ricorso, che va dai 40 ai 45 giorni, sovrapponendosi con lo standstill successivo all'aggiudicazione, ed in linea con i tempi ordinariamente intercorrenti tra la aggiudicazione e stipulazione.

Durata del processo:

1^ ipotesi: ricorso principale, definizione del merito alla prima udienza: 30 giorni per il ricorso; 5 per il deposito; 15 giorni per la costituzione delle altre parti, termine che assorbe quello di 5 giorni per la costituzione; 30 per l'udienza; 7 al massimo per il dispositivo, totale max. 82 giorni.

2^ ipotesi: ricorso principale, ricorso incidentale, definizione del merito alla prima udienza: 30 giorni per il ricorso principale; 30 giorni per il ricorso incidentale; 5 per il suo deposito; 15 giorni per le repliche delle altre parti, termine che assorbe quello di 5 giorni precedente; 30 per l'udienza; 7 al massimo per il dispositivo, totale max. 112 giorni.

3^ ipotesi: ricorso principale, ricorso incidentale, motivi aggiunti, definizione del merito alla prima udienza: 30 giorni per il ricorso principale; 30 giorni per il ricorso incidentale; 5 per il suo deposito; 15 giorni per le repliche delle altre parti, termine che assorbe quello di 5 giorni precedente; 15 giorni per i motivi aggiunti; 5 giorni per il loro deposito; 15 giorni per repliche; 30 per l'udienza; 7 al massimo per il dispositivo, totale max. 147 giorni.

4^ ipotesi: esigenze istruttorie in aggiunta a tutte e tre le ipotesi precedenti; senza tutela cautelare, e rinvio ad altra udienza da tenersi entro 15 giorni dall'adempimento istruttorio; ipotizzando una media di sessanta giorni per l'istruttoria, totale max. 222 giorni.

5^ ipotesi: esigenze istruttorie in aggiunta alle prime tre ipotesi, con ordinanza cautelare non appellata: 30 giorni per il ricorso principale; 30 giorni per il ricorso incidentale; 5 per il suo deposito; 15 giorni per le repliche delle altre parti, termine che assorbe quello di 5 giorni precedente; 30 per l'udienza; 1 giorno per l'ordinanza cautelare; 15 giorni per il passaggio in giudicato; totale max 91 giorni.

6^ ipotesi: esigenze istruttorie in aggiunta alle prime tre ipotesi, con ordinanza cautelare appellata: 30 giorni per il ricorso principale; 30 giorni per il ricorso incidentale; 5 per il suo deposito; 15 giorni per le repliche delle altre parti, termine che assorbe quello di 5 giorni precedente; 30 per l'udienza; 1 giorno per l'ordinanza cautelare; 15 giorni per l'appello cautelare; 5 giorni per il deposito dell'appello cautelare; 5 giorni per le memorie delle altre parti, termine che non si cumula al precedente; decisione cautelare di appello alla prima udienza utile successiva, si ipotizzi entro 10 giorni; totale max 141 giorni.

Si tratta, comunque, di termini massimi, potendo nel concreto atteggiarsi della dinamica processuale pervenirsi al dispositivo o all'ordinanza cautelare definitiva ben prima, con cessazione della preclusione alla stipula del contratto.

#### **Art. 10 - Privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative**

Il presente articolo attua l'art. 44, co. 3, lett. h), che chiede di recepire l'art. 2, par. 7, gli artt. 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 89/665, l'art. 2, par. 6, gli artt. 2-quinquies, 2-sexies, 3-bis, direttiva 92/13.

Il presente articolo attua anche l'art. 44, co. 3, lett. f), limitatamente all'obbligo di recepire l'art. 2, par. 6, direttiva 89/665 e l'art. 2, par. 1, direttiva 92/13. I restanti obblighi di recepimento imposti dall'art. 44, co. 3, lett. f) sono assolti in altro articolo del presente schema di decreto legislativo.

Il richiamo all'art. 2, par. 6, direttiva 89/665/CEE e all'art. 2, par. 1, direttiva 92/13/CEE, mira a regolare i rapporti tra domanda di annullamento dell'aggiudicazione con conseguente privazione di effetti del contratto e domanda di risarcimento del danno per equivalente.

Secondo le richiamate norme delle direttive, gli Stati membri possono prevedere che se viene domandato un risarcimento dei danni conseguenti a un provvedimento illegittimo, per prima cosa l'organo competente annulli il provvedimento.

Si consente, cioè, agli Stati membri, di dare priorità alla c.d. tutela di annullamento, in virtù della quale, rimossa l'illegittima aggiudicazione, il ricorrente trova ristoro nella possibilità di conseguire l'aggiudicazione. Tale meccanismo pone le stazioni appaltanti al riparo dal rischio di dover pagare il medesimo appalto una pluralità di volte, da un lato all'esecutore, dall'altro lato ai concorrenti che, impugnando l'aggiudicazione, non chiedono l'aggiudicazione e il contratto per sé, ma solo il risarcimento del danno.

Tale meccanismo autorizza, in definitiva, gli Stati membri a dettare imperativamente una priorità delle domande giurisdizionali, sottraendola alla disponibilità delle parti. Sicché, l'impugnazione degli atti di gara e dell'aggiudicazione va sempre interpretata, anche in difetto di espressa indicazione, come domanda volta a conseguire l'aggiudicazione e il contratto.

Tutto questo viene esplicitato nel comma 2 del presente articolo.

Dispone l'art. 44, co. 3, lett. h), che vanno recepiti gli articoli 2, paragrafo 7, *2-quinquies*, *2-sexies*, *3-bis*, direttiva 89/665/CEE e gli articoli 2, paragrafo 6, *2-quinquies*, *2-sexies*, e *3-bis*, direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, nell'ambito di una giurisdizione esclusiva e di merito, con i seguenti criteri:

- 1) prevedere la privazione di effetti del contratto nei casi di cui all'articolo *2-quinquies*, paragrafo 1, lettere a) e b), delle citate direttive, con le deroghe e i temperamenti ivi previsti, lasciando al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, secondo i casi concreti, tra privazione di effetti retroattiva o limitata alle prestazioni da eseguire;
- 2) nel caso di cui all'articolo *2-sexies*, paragrafo 1, delle citate direttive, lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, secondo i casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, e sanzioni alternative;
- 3) fuori dai casi di cui ai numeri 1) e 2), lasciare al giudice che annulla l'aggiudicazione la scelta, in funzione del bilanciamento degli interessi coinvolti nei casi concreti, tra privazione di effetti del contratto e relativa decorrenza, ovvero risarcimento per equivalente del danno subito e comprovato;
- 4) disciplinare le sanzioni alternative fissando i limiti minimi e massimi delle stesse.

Il comma 1 attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sulla sorte del contratto e sulle sanzioni alternative.

Quanto al concreto modo di operare della privazione di effetti del contratto, sia dalla direttiva comunitaria che dalla delega si evince una gradualità di ipotesi, nel senso che nei casi più gravi la regola è la privazione di effetti del contratto, salvo deroghe tassative. Fuori dai casi più gravi, spetta al diritto nazionale disciplinare la privazione di effetti del contratto.

L'ipotesi generale in cui non ricorrono le gravi violazioni che impongono la privazione di effetti del contratto, è disciplinata dal co. 3 del presente articolo, in attuazione del criterio di delega n. 3 della citata lett. h) e del criterio di delega della lett. f) (recepimento dell'art. 2, parr. 6 e 7, direttiva 89/665; dell'art. 2, par. 1 e 6, direttiva 92/13). 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 gli ulteriori provvedimenti, e all'esito decide sulla sorte del contratto e sul risarcimento del danno. Questo, perché spesso la portata dell'annullamento giurisdizionale è tale da consentire il riesercizio del potere, e dunque non si può ex ante prevedere se il ricorrente, formalmente vittorioso, ha effettivamente titolo all'aggiudicazione e al risarcimento.

Nel bilanciamento degli interessi coinvolti e al fine della decisione sulla privazione degli effetti del contratto e relativa decorrenza, il giudice terrà conto dei motivi dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguirla, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità tecnica di subentro di altro esecutore, e del conseguente interesse della stazione appaltante alla sua efficacia, dei costi per la stazione appaltante, nonché dell'effettivo interesse del ricorrente a conseguire la stipulazione del contratto in suo favore.

I successivi commi 4, 5, 6, 7, danno puntuale attuazione all'art. 2-quinquies delle due direttive, disciplinando i casi di privazione di effetti obbligatoria, nonché i temperamenti e deroghe. Nell'individuare le esigenze imperative che giustificano il mantenimento del contratto il giudice terrà conto di quanto esemplificativamente indicato nel 23° considerando della direttiva 2007/66/CE ed in particolare delle esigenze imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale.

Il comma 8 attua l'art. 3-bis delle citate direttive, relativo all'avviso per la trasparenza preventiva.

I commi 9 e 10 attuano il criterio di delega di cui alla lett. h) n. 3) e dunque l'art. 2-sexies delle due direttive, disciplinando i casi di violazioni meno gravi di quelle che determinano la necessaria privazione di effetti del contratto, in cui il giudice sceglie tra privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative.

I commi 11 e 12 disciplinano le sanzioni alternative.

Vengono fissati i principi in tema di sanzione (proporzionalità ed efficacia) e vengono richiamate solo alcune disposizioni della l. n. 689/1981 (quelle in tema di solidarietà e di imputazione dell'illecito), mentre viene espressamente esclusa l'applicazione di tutte le altre disposizioni della l. n. 689/1981. Queste, infatti, non sono calzanti né sul piano dei principi regolatori (per la sanzione amministrativa occorre la colpa o il dolo, la sanzione prevista dalla direttiva comunitaria prescinde dall'elemento soggettivo della condotta), né sul piano del procedimento (le sanzioni amministrative sono impugnabili davanti al giudice ordinario). Si tratta, nella specie, non di sanzione <<amministrativa>>, in senso proprio (irrogata dall'autorità amministrativa per violazione di norme di diritto pubblico), ma di una sanzione <<processuale>> irrogata dall'autorità giudiziaria, per violazione di norme di diritto pubblico, violazione che ha avuto conseguenze sul piano della tutela processuale della controparte.

Per questo si stabilisce anche che i mezzi di impugnazione di tali sanzioni non sono quelli di cui alla l. n. 689/1981, ma quelli propri della sentenza che le irroga.

Vengono poi fissati i principi in tema di modalità di pagamento, di destinazione e di utilizzo dei proventi delle sanzioni.

Il comma 13 chiarisce che la privazione di effetti del contratto non esclude il risarcimento per equivalente degli ulteriori danni che non trovano ristoro con la prima misura. Chiarisce inoltre che nel caso in cui non sia stato chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione (ad. es. quando si impugna solo la propria esclusione), il danno ristorabile è quello diverso dal danno da mancata aggiudicazione: p.es. danno emergente (costi di partecipazione alla gara) e quello non patrimoniale (es. danno all'immagine professionale, derivante da una ingiusta esclusione per asserita falsa dichiarazione), mentre non si può aspirare al risarcimento per equivalente del lucro cessante

(possibilità di conseguire l'aggiudicazione), atteso che non si può accordare tale ristoro a chi non ha impugnato l'aggiudicazione e non ha chiesto di divenire aggiudicatario.

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

Il presente articolo dà attuazione al criterio di delega di cui all'art. 44, comma 3, lett. i), l. n. 88/2009, che a sua volta impone di recepire gli artt. 2-septies, direttiva 89/665/CEE e 2-septies, direttiva 92/13, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE.

Si tratta del caso in cui, essendo mancata la dovuta pubblicità del bando di gara, l'aggiudicazione non poteva essere impugnata tempestivamente, o essendo avvenuta la stipula del contratto senza rispettare i termini, la parte non ha potuto utilmente impugnare l'aggiudicazione definitiva.

**Art. 12 - Modifiche alla disciplina processuale per le infrastrutture strategiche**

Nell'opera di coordinamento degli istituti processuali, è stato ritoccato l'art. 246, che nel testo anteriore al presente intervento reca poche disposizioni processuali per il contenzioso in tema di infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi.

Il comma 1 richiama l'art. 23-bis, l. Tar; essendo stato ridisegnato il rito per i lavori pubblici, si è reso necessario modificare tale rinvio, operandolo alle disposizioni processuali inserite nel codice.

Il comma 2 dispone che non occorre istanza di fissazione dell'udienza e sono fissati i termini per la definizione del merito. Entrambi tali profili sono inseriti nel nuovo rito processuale, di qui l'inutilità della previsione.

Il comma 4 vieta la caducazione del contratto e dispone che il risarcimento è accordato solo per equivalente.

Tale previsione, nella sua portata generalissima e senza eccezioni, è in contrasto con le direttive comunitarie, che impongono, in determinati casi, la caducazione necessaria del contratto. Tali ipotesi devono essere fatte salve.

Per il residuo caso in cui il diritto comunitario non impone la caducazione del contratto, ma lascia ai legislatori nazionali la scelta tra caducazione del contratto e tutela risarcitoria, si pone un problema di corretto recepimento della legge delega: infatti, la legge delega demanda in generale al giudice il compito di scegliere tra caducazione del contratto e risarcimento, al di fuori dei casi in cui la caducazione è necessitata. Tanto la legge delega fa in generale, senza eccezioni. Sembrerebbe perciò che tale regola riguardi pure le infrastrutture strategiche. Tuttavia la legge delega chiede di recepire l'art. 2, par. 7, direttiva 89/665, che lascia spazio per la tutela risarcitoria solo per equivalente, e chiede di non toccare gli istituti processuali già vigenti e adeguati al diritto comunitario

Si deve perciò ritenere che l'attuale disciplina di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 246 del codice appalti possa rimanere in vita, siccome trova il suo fondamento nell'art. 2, par. 7, direttiva 89/665, con la precisazione che restano fermi i casi di caducazione del contratto necessitati secondo il diritto comunitario.

**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**

Il presente articolo attua l'art. 44, co. 3, lett. l) l. n. 88/2009, che chiede di recepire gli artt. 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE e gli artt. 8 e 12 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE.

Quest'ultima introduce alcune modifiche alla disciplina già prevista nelle precedenti direttive, in ordine al meccanismo correttivo che la Commissione europea può richiedere di apporre ad una procedura di aggiudicazione di un appalto disciplinata dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17 /CE, prima della conclusione del contratto, qualora ritenga che vi sia stata una grave

violazione della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici. La Commissione europea notifica allo Stato membro i motivi per cui ritiene che sia stata commessa una grave violazione e ne chiede la correzione con provvedimenti appropriati.

Trattandosi di una procedura analoga a quella che precede l'apertura di una procedura d'infrazione, l'articolo individua la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie quale amministrazione di riferimento cui la Commissione europea notifica le motivazioni di cui sopra e quale amministrazione competente per la comunicazione alla stessa Commissione europea di tutte le informazioni da essa richieste relative alla procedura di aggiudicazione oggetto di esame.

Il comma 5 disciplina il necessario coordinamento tra il Dipartimento per le politiche comunitarie e gli organi depositari delle notizie (stazione appaltante e organo di ricorso).

Il comma 6 recepisce il par. 1 dell'art. 4 della direttiva 89/665/CEE e dell'art. 12 della direttiva 92/13/CEE, che autorizza la Commissione europea a chiedere agli Stati membri di fornirle informazioni sul funzionamento delle procedure nazionali di ricorso, adeguate rispetto all'obiettivo perseguito, coinvolgendo il Comitato Consultivo per gli appalti pubblici nella determinazione della portata e della natura di tali informazioni. Ciò al fine di valutare correttamente l'impatto delle misure introdotte dalla legislazione comunitaria negli ordinamenti nazionali.

Il Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri che rappresenta l'Italia al Comitato Consultivo per gli appalti pubblici, è individuato quale amministrazione di riferimento per lo scambio di informazioni.

Il comma 7 recepisce il par. 2 dell'art. 4 della direttiva 89/665/CEE e dell'art. 12 della direttiva 92/13/CEE, che impone agli Stati membri di comunicare annualmente alla Commissione europea tutte le decisioni, complete di motivazione, adottate dagli organi di ricorso nazionali in merito alle deroghe all'inefficacia previste dall'art. 2 quinquies, par.3 (facoltà attribuita al giudice del ricorso di non considerare privo di effetti un contratto, qualora sussistano esigenze imperative connesse ad un interesse generale). Alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie è affidato il compito di provvedere alla suddetta comunicazione alla Commissione europea. A tal fine viene fissato l'obbligo per il giudice che ha adottato una decisione ai sensi dell'articolo 2 quinquies, paragrafo 3 della direttiva 2007/66/CE (trasfuso nell'art. 245-ter, comma 6, del codice appalti) di disporre la trasmissione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie.

#### **Art. 14 - Abrogazioni, norme di coordinamento e norme transitorie**

Si è ritenuto di elencare in un unico articolo le abrogazioni, le norme di coordinamento, le norme transitorie rese necessarie dalle abrogazioni.

Il comma 1 è strettamente connesso all'articolo 2 dello schema che disciplina il termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

L'attuazione della direttiva comunitaria, che impone la previsione di un termine dilatorio per la stipulazione del contratto, impone l'abrogazione dell'art. 20, co. 8-bis, d.l. n. 185/2008 che ha invece introdotto una deroga a tale termine dilatorio. Siffatta deroga non è in linea con le direttive e va pertanto abrogata. E' appena il caso di sottolineare che l'art. 44, co. 4, l. n. 88/2009, fa salvo solo il comma 8 dell'art. 20 del citato d.l. n. 185/2008, ma non anche il comma 8-bis, nell'evidente consapevolezza che la deroga al termine dilatorio per la stipulazione del contratto non può essere mantenuta dopo la scadenza del termine di recepimento della direttiva 2007/66/CE.

Il comma 1 dell'articolo in commento reca, pertanto, tale abrogazione e detta il regime transitorio.

I commi 2 e 3 sono strettamente connessi all'articolo 9 del presente schema, e dunque alla introduzione di un nuovo rito speciale per i pubblici appalti.

Nell'art. 23-bis, l. Tar, vengono apportate le pertinenti abrogazioni e modificazioni.

L'espunzione del rito appalti dall'art. 23-bis, l. Tar, per inserirlo nel codice appalti, ha reso necessaria anche una modifica di coordinamento nell'art. 13, comma 6-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, in tema di contributo unificato.

Il comma 4 dà attuazione all'art. 44, co. 4, l. delega n. 88/2009, che fa salvo il rito speciale di cui all'art. 20, co. 8, d.l. n.185/2008, <<nei limiti temporali ivi previsti>>. Si è perciò inteso ribadire che le disposizioni processuali di cui al citato articolo 20 trovano giustificazione in una situazione emergenziale, e si è pertanto limitata l'applicazione di tali disposizioni processuali ai soli interventi per i quali siano già stati nominati i relativi commissari alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Il comma 5 reca l'abolizione del vigente divieto di arbitrato, in connessione con la nuova disciplina sull'arbitrato recata dal presente decreto.

Il comma 6 reca la disciplina transitoria connessa con la nuova disciplina dell'arbitrato.

### **Art. 15 - Norma finanziaria**

Trattasi della consueta norma di invarianza della spesa.

Dal presente decreto non derivano maggiori oneri per la finanza pubblica, anzi, ci si attende una riduzione degli oneri risarcitori derivanti dal contenzioso sugli appalti pubblici. Infatti la preclusione alla stipulazione del contratto prima di una decisione giurisdizionale dovrebbe fare sì che il contratto venga aggiudicato all'avente diritto, sicché dovrebbero evitarsi quasi sempre le situazioni oggi piuttosto frequenti, in cui: a) stipulato il contratto e annullata l'aggiudicazione, il contratto viene mantenuto e vengono risarciti i danni alla parte vittoriosa in giudizio, sicché l'appalto viene, in parte, pagato due volte; b) ovvero, annullata l'aggiudicazione e caducato il contratto, si fa subentrare in corso d'opera la parte vittoriosa, con aggravio di tempi e costi.

Pertanto i casi in cui il contratto è già stato stipulato quando si arriva alla sentenza definitiva, dovrebbero essere residuali e dovuti:

- a) o a fenomeni patologici in cui la stazione appaltante omette la pubblicazione del bando di gara o viola il termine di stand-still;
- b) o a dinamiche processuali, in cui il giudice della fase cautelare o quello di primo grado non sospende l'aggiudicazione, e il giudice di merito, o di appello, ribalta tale esito annullando l'aggiudicazione.

In tali residui casi, la scelta affidata al giudice, se caducare il contratto o accordare il risarcimento solo per equivalente, non si discosta dall'attuale prassi processuale in cui caso per caso si valuta in ordine alla sorte del contratto.

La previsione di sanzioni a carico delle stazioni appaltanti non costituisce aggravio di oneri per la finanza pubblica, atteso che il gettito delle sanzioni è destinato al M.E.F., sicché al maggior onere per la stazione appaltante corrisponde una entrata pubblica.

*De jure condendo*, il Parlamento potrà valutare se intervenire con legge sulla misura del risarcimento del danno da liquidare in caso di annullamento dell'aggiudicazione senza caducazione del contratto. Il tema esula dall'ambito della delega di cui all'art. 44, legge comunitaria, per cui non viene affrontato nel presente schema.

Si segnala che nell'attuale prassi giurisprudenziale il danno viene riconosciuto nella misura del mancato utile, e liquidato non di rado forfetariamente nella misura del 10%.

Da un lato, si potrebbe prevedere che il danno vada commisurato all'utile effettivo e provato, secondo il generale criterio dell'onere della prova che governa le liti sui diritti soggettivi, tesi che ha seguito una parte della giurisprudenza (Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143; Cons. St., Sez. V, n. 2967/2008).

Dall'altro lato, un intervento più radicale potrebbe essere quello di qualificare espressamente la responsabilità della p.a. per mancata aggiudicazione e stipulazione come responsabilità precontrattuale (quale sembra essere, atteso che secondo l'art. 11, d.lgs. n. 163/2006, l'aggiudicazione non equivale a contratto), sicché il risarcimento sarebbe dovuto nei limiti del c.d. interesse negativo (le spese per la trattativa e la perdita di favorevoli occasioni), escluso l'interesse

positivo (l'utile che si sarebbe conseguito con la stipula del contratto). Anche tale tesi incontra un certo seguito in giurisprudenza, pur essendo, ad oggi, minoritaria (Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143). La giurisprudenza prevalente sembra infatti distinguere, al fine del titolo di responsabilità della p.a. in relazione alle procedure di evidenza pubblica, tra scorrettezze comportamentali e illegittimità provvedimentali. Nel primo caso il titolo di responsabilità è ritenuto precontrattuale nel secondo aquiliana. Nel diritto privato, invece, la mancata stipula del contratto dà sempre luogo a responsabilità precontrattuale.