

LE DIROMPENTI MODIFICHE APPORTATE DAL D.LGS. 20 MARZO 2010, N. 53 AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE: PRIME ISTRUZIONI PER LA LORO IMMEDIATA APPLICAZIONE

*Francesca Mazzonetto - Davide Volpe **

Sommario: 1. Introduzione – 2. Analisi del d.lgs. n. 53/2010 mediante esempi concreti – 2.2. Primo esempio – 2.3. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 6 del d.lgs. n. 53/2010) – 2.4. Secondo esempio – 2.5. Termine dilatorio per la stipulazione del contratto e sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione in seguito a proposizione di ricorso giurisdizionale (art. 11 del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 53/2010) – 2.6. Inefficacia del contratto e sanzioni alternative (artt. 245-bis, 245-ter, 245-quater del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dagli artt. 9, 10 e 11 del d.lgs. n. 53/2010) – 2.7. Terzo "esempio": disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato (art. 241 del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 5 del d.lgs. n. 53/2010) – 3. Conclusioni – Tabelle riassuntive delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 53/2010 al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

1. Introduzione

Il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, recante “Attuazione della direttiva 2007/66/CE 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” e con il quale è stato ampiamente modificato il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss. mm. ii.), è immediatamente entrato in vigore il 27 aprile 2010 ⁽¹⁾ e contiene disposizioni che, almeno sulla carta, dovrebbero avere un forte effetto

* Il testo dell'articolo è opera dell'avv. Francesca Mazzonetto. Le tabelle riassuntive finali sono opera dell'avv. Davide Volpe.

⁽¹⁾ Tale d.lgs. non contiene, nei fatti, disposizioni c.d. transitorie. Infatti, solo con riguardo alle modifiche apportate alla disciplina dell'accordo bonario (art. 240 d.lgs. n. 163/2006 ss. mm. ii., come modificato dall'art. 4 d.lgs. n. 53/2010) e dell'arbitrato (art. 241 d.lgs. n. 163/2006 ss. mm. ii., come modificato dall'art. 5 d.lgs. n. 53/2010), l'art. 15, comma 6, d.lgs. n. 53/2010 dispone: “La disciplina introdotta dagli articoli 4 e 5 si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente alla entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali”. L'art. 15, peraltro, contiene altre disposizioni normative di abrogazione e di coordinamento.

innovativo e comportare addirittura un cambio di mentalità da parte di coloro che ne saranno i principali destinatari.

In ragione di ciò, ora più che in altre occasioni, è necessario comprendere quale sia il senso di tutto ciò. Ci si occuperà, in particolare, delle disposizioni normative che introducono le maggiori novità, non senza avere prima segnalato, sul piano formale, che siamo in presenza di una *novella legislativa*, che modifica il Codice dei contratti pubblici in relazione alle fasi delle procedure di affidamento (art. 11), alle informazioni circa i mancati inviti, le esclusioni e le aggiudicazioni (art. 79), all'accordo bonario (art. 240), all'arbitrato (art. 241) e, infine, in relazione al processo (amministrativo) in materia di contratti pubblici (artt. 244 ss.) ⁽²⁾.

Come si è detto, il d.lgs. n. 53/2010 recepisce, in attuazione della delega conferitagli dall'art. 44 della legge 7 luglio 2009, n. 88 (legge comunitaria 2008), la direttiva n. 2007/66/CE, concernente il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tuttavia, disposizioni alquanto significative sono pure quelle riguardanti istituti in ordine ai quali non vi era obbligo di recepimento della normativa comunitaria: ci si riferisce, in particolare, all'art. 6 del d.lgs. n. 53/2010, che ha introdotto nel Codice dei contratti pubblici l'art. 243-bis, rubricato "*Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale*", nonché all'art. 5 del d.lgs. stesso, che modifica l'art. 241 del Codice dei contratti pubblici, introducendo disposizioni volte a razionalizzare l'arbitrato in materia di contratti pubblici al fine di incentivarne l'utilizzo.

Si deve evidenziare, in particolare, che la nuova disciplina dell'arbitrato e l'informativa dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale traggono spunto da quanto avviene nella pratica e sono

⁽²⁾ Con riguardo al processo amministrativo, oltre alle modifiche di cui agli artt. 244 (*Giurisdizione*), 245 (*Strumenti di tutela*) e 246 (*Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi*) d.lgs. 163/2006, si deve segnalare l'aggiunta di una serie di disposizioni normative, che saranno meglio esposte in seguito (specialmente nelle tabelle riassuntive): artt. 245-bis (*Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni*), 245-ter (*Inefficacia del contratto negli altri casi*), 245-quater (*Sanzioni alternative*), 245-quinquies (*Tutela in forma specifica e per equivalente*).

A ciò si devono aggiungere, poi, i nuovi artt. 79-bis (*Avviso volontario per la trasparenza amministrativa*) e, soprattutto, 243-bis (*Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale*).

finalizzate alla disciplina di situazioni frequenti, tentando di correggere alcune lacune che il legislatore ritiene non permettano di utilizzare in tutta la loro potenzialità sia il ricorso all'annullamento in autotutela (o d'ufficio, a mente dell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 e ss. mm. ii.), sia l'arbitrato (due sistemi, dunque, di risoluzione alternativa delle controversie) ⁽³⁾.

2. Analisi del d.lgs. n. 53/2010 mediante esempi concreti

Al fine di spiegare (o, per meglio dire, fornire le prime istruzioni per l'uso di) quelle che paiono essere le tre disposizioni di maggior rilievo contemplate dal d.lgs. n. 53/2010, si ritiene opportuno (oltreché utile) procedere da tre esempi concreti.

2.2. Primo esempio. Il secondo classificato in una gara di appalto per i lavori di costruzione della sede di un ente pubblico impugna l'aggiudicazione definitiva di fronte al T.A.R. (giudice amministrativo), chiedendo la sospensione degli atti impugnati, nonché la concessione del c.d. decreto cautelare monocratico *inaudita altera parte* (e cioè senza il contraddittorio e prima dell'udienza di sospensiva) ⁽⁴⁾ per scongiurare la stipula del contratto.

L'aggiudicataria e la stazione appaltante, nelle more della pronuncia del decreto cautelare, depositano una memoria nella quale, da un lato contestano la fondatezza dei motivi di doglianza, dall'altro, esibendo il contratto di appalto già stipulato, eccepiscono l'inammissibilità

⁽³⁾ Si ricorda che recentemente (20 marzo 2010) è entrato in vigore il d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, recante “Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali”.

⁽⁴⁾ L'art. 21, comma 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 dispone: “Prima della trattazione della domanda cautelare, in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, contestualmente alla domanda cautelare o con separata istanza notificata alle controparti, chiedere al presidente del tribunale amministrativo regionale, o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie. Il presidente provvede con decreto motivato, anche in assenza di contraddittorio. Il decreto è efficace sino alla pronuncia del collegio, cui l'istanza cautelare è sottoposta nella prima camera di consiglio utile. Le predette disposizioni si applicano anche dinanzi al Consiglio di Stato, in caso di appello contro un'ordinanza cautelare e in caso di domanda di sospensione della sentenza appellata”.

della misura cautelare a contraddittorio differito, essendo evidente che non vi è interesse a chiedere la sospensione della stipula di un contratto già sottoscritto.

Il T.A.R. (*rectius* il Presidente del T.A.R.) respinge sia l'istanza di decreto cautelare monocratico *inaudita altera parte*, sia, in esito all'udienza di sospensiva, l'istanza di sospensione degli atti impugnati.

Un tanto premesso, si deve fare un passo indietro.

Il secondo classificato, come spesso avviene, prima di proporre il ricorso al T.A.R., si era rivolto direttamente all'ente, chiedendogli di annullare in autotutela l'aggiudicazione definitiva e di aggiudicare l'appalto in suo favore, e questo per le stesse ragioni che ha poi fatto valere dinanzi al T.A.R. Sennonché, la stazione appaltante, confermando un atteggiamento alquanto diffuso fra le pubbliche amministrazioni, né ha provveduto, né ha risposto, avendo ritenuto che fosse preferibile che sulla vertenza si pronunziasse il giudice amministrativo

Ebbene, dal 27 aprile 2010, la pubblica amministrazione non può più agire così: il legislatore, infatti, ha ritenuto che rimettere sempre la soluzione della controversia al giudice amministrativo nei casi in cui vi sarebbe, invece, la possibilità di definirla in sede amministrativa rappresenti una decisione *rischiosa e costosa* (e, pertanto, nella generalità dei casi, antieconomica). E' una decisione rischiosa, perché vi è sempre un rischio nel rimettere ad un terzo una decisione; è una decisione costosa, perché attivare la tutela giurisdizionale rappresenta comunque un costo.

2.3. Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 6 del d.lgs. n. 53/2010). Sulla scorta del suddetto esempio, ben può essere analizzato uno degli strumenti di definizione stragiudiziale (*rectius* con cui si tenta la definizione stragiudiziale) delle controversie in materia contratti pubblici introdotti dal legislatore con il d.lgs. n. 53/2010: l'*informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale* di cui all'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici, articolo aggiunto dall'art. 6 del d.lgs. n. 53/2010.

Dalla lettura della predetta disposizione normativa si evince, da un lato, l'obbligo per il privato di informare la stazione appaltante dell'intento di proporre ricorso al T.A.R. (esponendo, altresì, i motivi di ricorso che intenderebbe articolare) e, dall'altro, l'obbligo per la stazione appaltante, di stabilire se intervenire oppure no in autotutela.

E' bene procedere nel dettaglio.

Va subito detto che l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale riguarda le sole controversie relative alla procedura di affidamento ⁽⁵⁾ e non anche, invece, quelle relative alla fase esecutiva del contratto (attribuite, peraltro, alla giurisdizione del giudice ordinario), il tutto, peraltro, in conformità al diritto comunitario (art. 243-*bis*, comma 1).

L'istituto di cui stiamo parlando si colloca, quindi, in un ambito diverso rispetto alle procedure conciliative in materia di servizi pubblici introdotte dall'art. 30 (*Tutela non giurisdizionale dell'utente dei servizi pubblici*) della legge 18 giugno 2009, n. 69, con cui il legislatore, ancora una volta al fine di decongestionare i tribunali, utilizzando l'istituto della conciliazione, ha stabilito che le carte dei servizi dei soggetti pubblici e privati che erogano servizi pubblici o di pubblica utilità devono (i) contenere la previsione della possibilità, per l'utente o per la categoria di utenti che lamenti la violazione di un diritto o di un interesse giuridico rilevante, di promuovere la risoluzione non giurisdizionale della controversia, che avviene entro i trenta giorni successivi alla richiesta e (ii) prevedere, altresì, l'eventuale ricorso a meccanismi di sostituzione dell'amministrazione o del soggetto inadempiente ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Il comma 1 dell'art. 243-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 dispone, infatti, che, "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". Si ricorda che, l'art. 244, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 (esso pure modificato dal d.lgs. n. 53/2010, art. 7) dispone: "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale. La giurisdizione esclusiva si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative".

⁽⁶⁾ Si precisa che l'art. 30 della l. n. 69/2009 non è, ad oggi, operativo, poiché mancano i decreti contenenti lo schema tipo di procedura conciliativa da recepire nelle singole carte dei servizi.

Si deve precisare, sempre in sede di individuazione dell'ambito di applicazione dell'art. 243-*bis* del Codice dei contratti pubblici, che, facendo esso riferimento a tutte le materie di cui all'art. 244, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (tra le quali è espressamente contemplata la domanda di risarcimento del danno), l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale riguarda anche la domanda di risarcimento del danno.

Ebbene, tale informativa, che può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale e deve contenere l'esposizione dei motivi di doglianza ⁽⁷⁾, è diretta al responsabile unico del procedimento (RUP). Si noti bene che l'interessato può presentare questa informativa anche senza l'ausilio di un avvocato. Si deve aggiungere, poi, che la comunicazione dell'intento di proporre ricorso, da farsi per iscritto, può tuttavia farsi anche oralmente nel corso di una seduta pubblica di una commissione di gara e in questo caso è inserita nel verbale della seduta e immediatamente comunicata al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara (art. 243-*bis*, comma 2).

In seguito alla comunicazione dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale, il RUP (anche se il comma 4 dell'art. 243-*bis* si riferisce, genericamente, alla stazione appaltante) ha *quindici giorni* di tempo dal ricevimento della comunicazione, per, a sua volta, comunicare se interverrà oppure no in autotutela. Il silenzio serbato dall'amministrazione oltre il predetto termine equivale a diniego di autotutela (art. 243-*bis*, comma 4).

Un tanto premesso, si viene alla parte più rilevante, vale a dire alle conseguenze del comportamento omissivo sia per il privato che non informa la stazione appaltante del suo intento di proporre ricorso, sia per l'ente che non si pronuncia sulla richiesta di intervento in autotutela (art. 243-*bis*, comma 5).

Ebbene, questi comportamenti omissivi saranno considerati nel successivo giudizio dinanzi al T.A.R. ai fini della decisione sulle spese di giudizio ed ai sensi dell'art. 1227 c.c.

Quest'ultima disposizione civilistica, che costituisce una delle tante applicazioni del dovere di buona fede, afferma, in buona sostanza, che, se il creditore, con il suo comportamento, ha concorso a

⁽⁷⁾ Fatta salva in ogni caso – precisa il comma 2 dell'art. 243-*bis* del Codice dei contratti pubblici – la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.

cagionare il danno, il risarcimento del danno che egli domanda sarà diminuito in considerazione della gravità della sua colpa e dell'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento, peraltro, non sarà dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza ⁽⁸⁾.

Si potrebbe ritenere che la norma trovi applicazione solo per attutire la richiesta di risarcimento del danno proposta dal privato: è chiaro, infatti, che il privato non può pretendere il ristoro del danno derivante dal fatto che non può più subentrare nel contratto, quando, pur avendone tutte le ragioni in astratto, il mancato subentro è stato impedito dal suo comportamento consistente nel non essersi subito attivato presso la pubblica amministrazione facendo valere le sue legittime ragioni.

E' evidente, però, che la norma vale anche contro la stazione appaltante, quando essa, con il suo comportamento omissivo, impedisce all'interessato di poter esercitare i suoi diritti e questo perché, ad esempio, non agendo tempestivamente in autotutela, a fronte di una richiesta che il giudice ha poi ritenuto fondata, ha impedito il subentro in un contratto che legittimamente spettava a chi lo reclamava.

Ovviamente, la stazione appaltante può respingere motivatamente la richiesta di autotutela del privato.

Ebbene, in tal caso, il privato potrà adire il giudice amministrativo chiedendo l'annullamento sia del provvedimento principale (aggiudicazione definitiva che gli è stata negata), sia del provvedimento di diniego di annullamento in autotutela (il comma 6 dell'art. 243-*bis* precisa che "il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4, non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni").

⁽⁸⁾ L'art. 1227 c.c. (*Concorso del fatto colposo del creditore*) c.c. è contenuto nel Capo III del Titolo I del Libro IV del Codice civile relativo all'inadempimento delle obbligazioni (*i.e.* responsabilità contrattuale). Tuttavia, in base all'art. 2056 c.c. (*Valutazione del danno – 1.* Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227. 2. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso), esso si applica anche ai fatti illeciti di cui al Titolo IX del Libro IV del Codice civile (*i.e.* responsabilità extracontrattuale).

Come si è già detto, il silenzio serbato dalla pubblica amministrazione oltre il termine di quindici giorni decorrenti dalla comunicazione, da parte del privato, dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale equivale a diniego di autotutela. Si tratta, cioè, di un silenzio-diniego e non trova applicazione, quindi, il rito processuale di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 1034/1971 (che, come noto, vale per il c.d. silenzio-inadempimento).

Si deve precisare, infine, che la comunicazione alla pubblica amministrazione dell'intento di proporre ricorso giurisdizionale non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto fissato dall'art. 11, comma 10, del d.lgs. n. 163/2006 (di cui si parlerà in seguito), né, infine, il decorso del termine per la stipulazione del ricorso giurisdizionale (art. 243-*bis*, comma 3).

Tale essendo il contenuto dell'art. 243-*bis* del Codice dei contratti pubblici, non sono necessari molti commenti per far comprendere che ci si trova di fronte ad una novità che richiede, prima di tutto ai funzionari degli enti pubblici, un cambio di mentalità.

Di fronte ad una richiesta di intervento in autotutela non ci si mette al riparo con il silenzio, rimettendo la definizione della controversia al giudice amministrativo, bensì, piuttosto, assumendo una posizione chiara; diversamente si incorre in una "sanzione" (*lato sensu*), che, in via di prima approssimazione, non potrà essere inferiore alla somma di € 2.000,00 pagata dal ricorrente a titolo di contributo unificato (art. 13, comma 6-*bis*, del d.p.r. n. 115/2002 ss. mm. ii.), cui sono da aggiungere le spese legali. Tale è, infatti, il costo che grava su chi è costretto ad adire il giudice amministrativo contro un provvedimento illegittimo che la pubblica amministrazione avrebbe ben potuto annullare in autotutela.

Ci si rende perfettamente conto del fatto che quanto detto può sembrare più facile a dirsi che a farsi. E' certo, infatti, che vi sono situazioni complesse dal punto di vista fattuale o situazioni in cui l'ente non è in grado di rispondere perché la questione è giuridicamente complessa o perplessa. Ebbene, anche in casi come questi, pare che l'assunzione di un comportamento diligente e responsabile sia il solo in grado di mettere la pubblica amministrazione al riparo da conseguenze pregiudizievoli. Pertanto, laddove, per esempio, ricorrano situazioni giuridicamente perplesse

(vuoi perché nuove, vuoi perché caratterizzate da orientamenti giurisprudenziali divergenti), il RUP non dovrà temere di rispondere in un modo piuttosto che in un altro: infatti, laddove assolva all'obbligo di motivazione, difficilmente sarà ritenuto responsabile delle conseguenze della sua decisione, anche se la stessa sarà poi, per ipotesi, annullata dal giudice amministrativo.

2.4. Secondo esempio. Si prende ora in considerazione una situazione opposta a quella descritta sopra, in cui il ricorso proposto dal secondo classificato era giudicato infondato.

Si supponga, allora, che il secondo classificato (o anche un concorrente escluso) sia destinatario di un provvedimento (aggiudicazione definitiva) effettivamente illegittimo. Che rischio corre costui? Quello di ottenere, per ipotesi, ragione, ma di ottenere, tuttavia, una ragione meramente astratta, nel senso, cioè, che non potrà mai stipulare il contratto che avrebbe avuto diritto di stipulare, poiché l'ente lo ha stipulato subito dopo l'aggiudicazione, in tal modo spuntando gli effetti del ricorso proposto.

Ebbene, dal 27 aprile 2010, la pubblica amministrazione non può più agire così: è questa, infatti, una delle situazioni cui hanno voluto porre rimedio la direttiva 2007/66/CE e, in attuazione della stessa, il legislatore con l'art. 1 del d.lgs. n. 53/2010. Come si legge nel preambolo della direttiva, fra le lacune riscontrate nelle precedenti direttive, cui quella del 2007 intende porre rimedio, vi è la seguente: la mancanza di un termine dilatorio tra la decisione di aggiudicazione definitiva e quella di stipula del contratto induce le stazioni appaltanti a procedere immediatamente alla sottoscrizione del contratto medesimo, rendendo così inefficace la presentazione di un eventuale ricorso fondato. Per porre rimedio a questa carenza, si è ritenuto di prevedere un termine sospensivo minimo durante il quale la stazione appaltante non può stipulare il contratto.

2.5. Termine dilatorio per la stipulazione del contratto e sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione in seguito a proposizione di ricorso giurisdizionale (art. 11 del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dall'art. 1 del d.lgs. n. 53/2010). Come noto l'art. 11, comma 10, del Codice dei contratti pubblici già prevedeva che la stazione appaltante, prima di stipulare il contratto,

dovesse rispettare un termine dilatorio di trenta giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione ai controinteressati individuati dall'art. 79 del codice stesso. Nella prassi, però, tale disposizione è stata spesso non rispettata dagli enti ed il mancato rispetto non è stato sostanzialmente "punito" dal giudice amministrativo, essendo la predetta disposizione priva di sanzione.

Ebbene, la predetta lacuna è stata eliminata dall'art. 1 del d.lgs. 53/2010, che ha sostituito il comma 10 dell'art. 11 del Codice dei contratti pubblici, disponendo che 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'art. 79 del codice stesso.

L'art. 1 del d.lgs. n. 53/2010 ha disposto (intervenendo sul comma 9 dell'art. 11 del Codice dei contratti pubblici), altresì, che, durante la pendenza del termine dilatorio, non è consentita l'esecuzione di urgenza, salvo che nelle procedure in cui la vigente normativa non prevede la pubblicazione del bando di gara, ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara causerebbe un danno grave all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare. Nella categoria *danno grave* il novellato comma 9 dell'art. 11 include espressamente la perdita di finanziamenti comunitari (e finanziamenti di altro tipo?).

L'art. 1 del d.lgs. n. 53/2010 ha previsto, poi, che il predetto termine dilatorio non si applica: (i) nel caso in cui, a seguito di pubblicazione di bando o avviso, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera d'invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva; (ii) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'art. 59 del Codice dei contratti pubblici e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'art. 60 del codice stesso (art. 11, comma 10-*bis*, del Codice dei contratti pubblici).

Sempre in base a quanto disposto dalla direttiva, e, dunque, nell'intento di garantire una tutela giurisdizionale effettiva, che non sia ostacolata dalla stipula del contratto da parte della pubblica amministrazione, l'art. 1 del d.lgs. n. 53/2010 introduce all'art. 11 del Codice dei contratti pubblici il comma 10-*ter*, ove si dispone che, se viene proposto ricorso con istanza di sospensiva avverso

l'aggiudicazione definitiva, il contratto non può essere stipulato per i *venti giorni* successivi al momento della notifica dell'istanza di sospensiva alla stazione appaltante, a condizione, però, che, entro il predetto termine, intervenga la sospensione dell'aggiudicazione in primo grado, o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado che decide il merito durante l'udienza cautelare, o anche la pronuncia dell'uno o dell'altro dei predetti provvedimenti se successiva all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo della stipula del contratto cessa quando, durante l'esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ⁽⁹⁾, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere le misure cautelari, o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

2.6. Inefficacia del contratto e sanzioni alternative (artt. 245-bis, 245-ter, 245-quater del d.lgs. n. 163/2006, come modificato dagli artt. 9, 10 e 11 del d.lgs. n. 53/2010). Cosa succede se non vengono rispettati da parte dell'ente aggiudicatore il termine dilatorio per la stipulazione del contratto o la sospensione obbligatoria del termine per

⁽⁹⁾ Come si illustrerà sinteticamente nelle tabelle riassuntive finali, il d.lgs. n. 53/2010 ha modificato l'art. 245 del Codice dei contratti pubblici nel senso di rendere inderogabile la competenza territoriale del giudice amministrativo quando esso giudica nelle controversie aventi ad oggetto "gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'articolo 244, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità" per la vigilanza sui contratti di lavori pubblici, servizi e forniture (art. 245, comma 1).

Il regime processuale della competenza è regolato dal comma 2-*quater* dell'art. 245 del Codice dei contratti pubblici, che così recita: "La competenza territoriale del tribunale amministrativo regionale è inderogabile e il relativo difetto è rilevato, anche d'ufficio, prima di ogni altra questione, pronunciato, con ordinanza in sede di primo esame della domanda cautelare ovvero, in mancanza di questa, nella prima udienza di merito. L'ordinanza indica il tribunale amministrativo regionale competente, davanti al quale il processo deve essere riassunto entro quindici giorni decorrenti da quando diventa definitiva l'ordinanza che declina la competenza. L'ordinanza del giudice adito che dichiara la propria incompetenza è impugnabile nel termine di quindici giorni dalla comunicazione o notificazione con il regolamento di competenza. Il regolamento può essere altresì richiesto d'ufficio alla prima udienza del giudice indicato come competente dal tribunale adito. La questione di competenza inderogabile può comunque essere fatta valere anche con il regolamento di competenza".

la stipulazione derivante dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva?

La risposta è data dalle successive disposizioni del d.lgs. n. 53/2010 ed è una risposta articolata a seconda dei casi.

La conseguenza più grave è quella prevista dall'art. 245-*bis*, comma 1, lett. *c*) e *d*), del Codice dei contratti pubblici (come modificato dall'art. 9 del d.lgs. n. 53/2010), secondo cui il giudice amministrativo che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto ⁽¹⁰⁾ se il contratto è stato stipulato senza rispettare la dilazione o la sospensione obbligatoria di cui ai commi 10 e 10-*ter* dell'art. 11 del Codice dei contratti pubblici. Si noti bene, tuttavia, che, perché il contratto venga dichiarato inefficace, non è sufficiente il solo fatto di non rispettare il termine dilatorio o la sospensione obbligatoria, ma è necessario, altresì, che la stazione appaltante sia incorsa anche in altre illegittimità che abbiano influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

Il comma 4 del predetto art. 245-*bis* aggiunge, tuttavia, che, se, nonostante il mancato rispetto del termine dilatorio o della sospensione obbligatoria, il giudice amministrativo ritenga di non dichiarare l'inefficacia del contratto (o, comunque, di limitare temporalmente l'inefficacia) ⁽¹¹⁾, si applicano le *sanzioni alternative* di cui all'art. 245-*quater* del Codice dei contratti pubblici (come modificato dall'art. 11 del d.lgs. n. 53/2010).

Premesso che non è chiara la natura di tali sanzioni (è certamente da escludere la natura penale perché parrebbero applicarsi non ad un soggetto determinato, ma alla stazione appaltante) e che possono essere applicate alternativamente o cumulativamente e pure aggiungersi, se del caso, al risarcimento del danno, esse sono di due tipi.

L'art. 245-*quater*, comma 1, lett. *a*), prevede una sanzione pecuniaria dallo 0,5% al 5% del prezzo di aggiudicazione, che è versata - si noti bene - non al ricorrente (e ciò in contrasto con la direttiva), ma allo

⁽¹⁰⁾ Precisando – puntualizza il comma 1 dell'art. 245-*bis* – “in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva”.

⁽¹¹⁾ Il comma 2 dell'art. 245-*bis* reca una serie di deroghe all'obbligo di dichiarare l'inefficacia del contratto, sulle quali si rinvia alle tabelle riassuntive finali.

Stato ⁽¹²⁾. Il pagamento deve avvenire entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che irroga la sanzione. Decorso tale termine si applica una maggiorazione di un decimo della sanzione per ogni semestre di ritardo. La sentenza che applica la sanzione è comunicata dalla segreteria del T.A.R. al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione.

La seconda sanzione è contemplata alla lettera *b)* del comma 1 dell'art. 245-*quater* ed incide sulla durata del contratto: il giudice amministrativo, infatti, può disporre, ove possibile, la riduzione da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo.

Si osservi che le sanzioni alternative, nel caso di mancato rispetto del termine dilatorio o della sospensione obbligatoria di cui all'art. 11, commi 10 e 10-*ter* del Codice dei contratti pubblici, si applicano anche nel caso in cui tali violazioni non abbiano impedito al ricorrente di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e non abbiano influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento dell'appalto (art. 245-*quater*, comma 3).

Da quanto detto si ricava, dunque, che le stazioni appaltanti devono rispettare il termine dilatorio e la sospensione obbligatoria di cui, rispettivamente, ai commi 10 e 10-*ter* del novellato art. 11 del Codice dei contratti pubblici. Non facendolo, esse incorrono nell'inefficacia del contratto stipulato e/o nelle sanzioni alternative illustrate sopra, con conseguente rischio di responsabilità amministrativa (a causa del danno all'erario) per i funzionari pubblici.

2.7. Terzo esempio. In questa sede ci si riferirà non tanto ad un esempio concreto, bensì a quanto l'esperienza professionale insegna in materia di arbitrato (e, più in generale, in materia di esecuzione del contratto pubblico di appalto).

Il d.lgs. n. 53/2010 ha profondamente innovato l'arbitrato in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, tentando di costruirlo come rimedio alternativo alla risoluzione giudiziale delle controversie. E' bene ribadire che quello del d.lgs. n. 53/2010 è un *tentativo*:

(12) La sanzione "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»".

l'arbitrato, infatti, è sempre stato visto (specialmente nel settore dei lavori pubblici) con particolare sospetto, al punto da essere stato continuamente oggetto di interventi legislativi, che, a corrente alterna, ne hanno ora esaltato, ora inibito l'uso.

Ci si deve necessariamente porre una domanda: perché un istituto così incontrovertibilmente rapido, efficiente ed efficace non è utilizzato dalle pubbliche amministrazioni e ad esso è preferito il giudizio dinanzi al giudice ordinario, e quindi un giudizio lento e dall'esito assolutamente incerto, che, quasi sempre, si conclude con una sentenza sostanzialmente scritta da un consulente tecnico d'ufficio?

La risposta è nota e dipende da varie ragioni (o, per meglio dire, opinioni) altrettanto note: (i) è considerato troppo costoso; (ii) si risolve – a voler essere benevoli – in maniera salomonica, per non dire, anzi, che nella maggior parte dei casi si risolve a favore del privato; (iii) è – e questo è un aspetto troppo spesso inconfessato – troppo rapido e, quindi, la pubblica amministrazione, nel frequentissimo caso di arbitrato avente ad oggetto il pagamento di riserve, preferisce la lentezza del giudice.

Il legislatore, con l'art. 5 del d.lgs. n. 53/2010 (*Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato*), ha modificato l'art. 241 del Codice dei contratti pubblici, cercando di favorire il ricorso all'arbitrato da parte delle pubbliche amministrazioni attraverso l'eliminazione di quegli ostacoli di natura economica e di sospetta (im)parzialità, che sembrano essere state le cause principali del mancato favore per l'istituto. Si deve evidenziare, tuttavia, il legislatore non riesce a nascondere un certo perdurante sospetto, che si percepisce, soprattutto, nell'individuazione dei requisiti del presidente del collegio arbitrale.

Un tanto premesso, si devono ora delineare le caratteristiche del nuovo arbitrato in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, cercando di capire come valorizzarlo al meglio, posto che è sicuramente un rimedio efficacissimo di definizione delle controversie alternativa a quella giudiziaria.

Si deve dire, innanzitutto, che *dal 27 aprile 2010 è venuto meno il divieto di ricorso all'arbitrato in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, divieto originariamente disposto dall'art. 3, commi 19, 20 e 21, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per l'anno 2008) e poi ripetutamente derogato in via

temporanea (l'ultima deroga prevedeva la possibilità di ricorrere all'arbitrato sino al 30 giugno 2010). Ciò si evince dall'art. 15 (*Abrogazioni, norme di coordinamento e norme transitorie*), comma 5, del d.lgs. n. 53/2010, che espressamente dispone: "E' abrogato l'articolo 3, commi 19, 20 e 21, della legge 24 dicembre 2007, n. 244". Anzi, non solo non vi è più il divieto, ma, stante quanto disposto dall'art. 44, comma 3, lett. m), punto 2), della legge (delega) n. 88/2009 (ove sono individuati i principi e criteri direttivi cui doveva attenersi il legislatore delegato e, quindi, il d.lgs. in commento), l'arbitrato deve essere previsto "come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile".

All'art. 241 del Codice dei contratti pubblici è aggiunto un comma 1-*bis*, in base al quale la stazione appaltante indica (*i.e.* deve indicare) nel bando o nell'avviso con cui indice la gara, ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o no la clausola compromissoria. Peraltro, non potendo la procedura arbitrale essere imposta unilateralmente, l'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che, conseguentemente, non è inserita nel contratto, entro *venti giorni* dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

Il predetto comma 1-*bis* puntualizza che è vietato il compromesso. E' vietato, pertanto, accordarsi per il deferimento in arbitrato della lite dopo che la lite stessa è insorta. Si tratta – non può negarsi – di una disposizione normativa strana e di difficile coordinamento con la rimanente parte del Codice dei contratti pubblici, soprattutto se si tiene conto dell'art. 239 del codice stesso, che consente, entro certi limiti, la transazione, e del successivo art. 240, che disciplina il tentativo di accordo bonario e prevede che l'accordo bonario raggiunto è, nei fatti, una transazione ⁽¹³⁾.

(13) Come si è evidenziato sopra, il d.lgs. n. 53/2010 è intervenuto pure in materia di accordo bonario.

In particolare l'art. 4 del d.lgs. stesso ha modificato l'art. 240 del Codice dei contratti pubblici, prevedendo, tra l'altro, che: (*i*) nel caso di appalto di lavori di valore superiore ad € 10.000.000, "il terzo componente [della commissione] assume le funzioni di presidente della commissione ed è nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali in possesso dei requisiti richiesti

Di particolare importanza è, poi, la modifica della disposizione relativa ai requisiti del presidente del collegio arbitrale (art. 241, comma 5).

Non solo il presidente deve essere persona dotata di particolare esperienza nel settore oggetto dell'arbitrato, ma, per di più, deve essere un soggetto indipendente. In particolare non può essere presidente del collegio arbitrale la persona che nell'ultimo triennio abbia esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 241 (*i.e.* giudizi su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture), a meno che non si tratti di avvocati dipendenti di un ente pubblico.

Da tale disposizione si desume, quindi, *a contrariis*, che la persona che nell'ultimo triennio abbia svolto funzioni di difensore in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dinanzi al giudice ordinario può essere nominato presidente del collegio arbitrale.

In definitiva presidente del collegio arbitrale può essere, tra l'altro, un magistrato amministrativo, un avvocato dello Stato o di qualsiasi altro ente pubblico, un avvocato del libero foro esperto in materia di contratti pubblici, che nell'ultimo triennio non sia stato arbitro di parte o difensore in arbitrati in materia di contratti pubblici.

Si osservi, poi, che la nomina del presidente effettuata in contrasto con i divieti di cui al comma 5 dell'art. 241 è sanzionata con la nullità del lodo *ex art.* 829, comma 1, n. 3, c.p.c.

La seconda grande novità, per quanto qui interessa, consiste nel fatto che, nell'ottica della riduzione dei costi dell'arbitrato, è stato posto un tetto massimo al compenso degli arbitri: infatti, qualunque sia il valore della controversia, il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di € 100.000, "da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti" (art. 241, comma 12, quarto periodo). Si ricorda, peraltro, che i compensi degli arbitri devono essere determinati non in base alle tariffe forensi, bensì in base ai

dall'articolo 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale" (art. 240, comma 9-*bis*); *(ii)* in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario (art. 240, comma 16, come modificato).

criteri ed alle tariffe indicati dal decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398.

Sempre nell'ottica di riduzione dei costi, all'art. 241 del Codice dei contratti pubblici è stato aggiunto un comma 12-*bis*, in base al quale, in caso di accoglimento parziale della domanda, il collegio arbitrale compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda (quanto è stato chiesto) e quello dell'accoglimento (quanto è stato accolto). Pertanto, chi propone una data domanda deve sapere che, se non viene integralmente accolta, non sarà integralmente ristorato nelle spese del giudizio, cosa che, peraltro, già avviene nella prassi.

Nella stessa ottica (in particolare per evitare i compensi spesso esorbitanti chiesti dai tecnici ed agli stessi concessi), il comma 13 dell'art. 241 è stato modificato nel senso che il compenso del "consulente tecnico e di ogni altro ausiliario nominato dal collegio arbitrale" deve essere liquidato in base al d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*).

Importantissime sono, infine, le modifiche apportate all'art. 241 in punto di impugnazione del lodo, modifiche con le quali si cerca di sopperire ad un altro noto ostacolo all'uso dell'arbitrato, consistente nel fatto che, per un verso, il lodo è difficilmente modificabile dal giudice di appello, e, per l'altro, il giudizio di appello procede con estrema lentezza.

Innanzitutto, l'art. 5, comma 1, lett. *m*), del d.lgs. n. 53/2010 ha introdotto nell'art. 241 del Codice dei contratti pubblici il comma 15-*bis*, in base al quale "il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia". Ciò significa, in altre parole, che, *dal 27 aprile 2010, il giudice ordinario (corte di appello) può controllare effettivamente la legittimità del giudizio svolto dagli arbitri*, cosa che, sino ad oggi, gli era preclusa dal disposto dell'art. 829 c.p.c., che, a ben vedere, prevede l'impugnazione del lodo per i soli profili formali della controversia e non anche, invece, per quelli sostanziali.

In secondo luogo, si riducono tutti i termini dell'impugnazione e del giudizio.

L'impugnazione del lodo si propone nel termine di *novanta giorni* dalla notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso del

termine di *centottanta giorni* dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale (art. 241, comma 15-*bis*) ⁽¹⁴⁾.

In base al comma 15-*ter* dell'art. 241 del Codice dei contratti pubblici (esso pure introdotto dall'art. 5, comma 1, lett. *m*), del d.lgs. n. 53/2010), la parte che impugna il lodo può chiedere che ne venga sospesa l'efficacia se ricorrono gravi e fondati motivi (la procedura è quella di cui all'art. 351 c.p.c.).

Quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio può essere definito. In questo caso, il collegio, fatte precisare le conclusioni, invita le parti a discutere la causa immediatamente o in un'udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione. In tali casi pronuncia sentenza *ex art. 281-sexies* c.p.c.

Se il collegio ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in un'udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede come sopra ⁽¹⁵⁾.

Sarà solo il tempo a dire se il nuovo arbitrato sarà ancora oggetto di ostracismo oppure, finalmente, decollerà.

In ogni caso anche con riguardo all'arbitrato è necessario un nuovo atteggiamento sia da parte della pubblica amministrazione, sia da parte del privato. La prima dovrà prendere atto che il legislatore, per potenziare l'uso dell'arbitrato, ha cercato di eliminare quelli che sono considerati i maggiori ostacoli, vale dire il costo elevato e la difficoltà

⁽¹⁴⁾ I commi 9 e 10 dell'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici) sono così sostituiti: “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. 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”.

⁽¹⁵⁾ Si segnala, per completezza, che l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 53/2010 ha apportato alcune modifiche all'art. 243 del Codice dei contratti pubblici, recante “*Ulteriori norme di procedura per gli arbitrati in cui il presidente è nominato dalla camera arbitrale*”.

di proporre un appello efficace; il secondo (e lo stesso dovranno fare anche gli arbitri e gli avvocati) dovrà riflettere sul fatto che il nuovo arbitrato, pur guardando con un occhio di favore la pubblica amministrazione (per porre fine, peraltro, a comportamenti spesso inaccettabili), costituisce, in ogni caso, il rimedio più efficiente per ottenere tutela e protezione di posizioni giuridiche, che, diversamente, saranno sacrificate dalla lentezza e dalla incertezza della giustizia statale.

3. Conclusioni. E' difficile prevedere quale sarà la sorte di quelli che paiono essere i due istituti più innovativi: l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso e il nuovo arbitrato. E' certo, tuttavia, che il loro successo o insuccesso dipenderà dall'uso che ne verrà fatto, uso che, a sua volta, certamente richiede anche un cambio di mentalità. In un paese come l'Italia, che è uno dei paesi dalla giustizia più lenta ed inefficace al mondo, è bene accettare la sfida e sperimentare se, per risolvere i problemi della giustizia, il mezzo più efficace non sia proprio quello di dirimere le liti al di fuori della giustizia statale. E allora, visto che peggio di così non è possibile, tanto vale cambiare.

**Tabelle riassuntive delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 53/2010
al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture**

**LE COMUNICAZIONI DA ESEGUIRSI D'UFFICIO
DA PARTE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE**

(art. 79, commi 5, 5-bis, 5-ter e 5-quater, d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 2 d.lg. 53/2010)

In ogni caso l'Amministrazione comunica d'ufficio:

a) l'**aggiudicazione definitiva** (tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni):

- all'aggiudicatario;
- al secondo classificato;
- a tutti coloro che hanno presentato un'offerta ammessa in gara;
- a coloro la cui candidatura o offerta sono state escluse se hanno impugnato l'esclusione o sono in termini per impugnarla;
- a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito se l'impugnazione non è ancora stata respinta con decisione definitiva

Tale comunicazione indica la scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

L'onere può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara.

b) l'**esclusione** (tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni)

- ai candidati e agli offerenti esclusi

Tale comunicazione indica la scadenza del termine dilatorio per la stipulazione del contratto.

L'onere può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara.

b-bis) la **decisione di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro**

- a tutti i candidati

L'onere può essere assolto mediante l'invio dei verbali di gara.

b-ter) la **data di avvenuta stipulazione del contratto con l'aggiudicatario** (tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni):

- all'aggiudicatario;
- al secondo classificato;
- a tutti coloro che hanno presentato un'offerta ammessa in gara;
- a coloro la cui candidatura o offerta sono state escluse se hanno impugnato l'esclusione o sono in termini per impugnarla;
- a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito se l'impugnazione non è ancora stata respinta con decisione definitiva.

Tutte le predette comunicazioni sono accompagnate dal provvedimento. La motivazione di tale provvedimento deve indicare le caratteristiche ed i vantaggi dell'offerta selezionata (art. 79, comma 2, lett. c), d.lg. 163/2006), fatto salvo il potere dell'Amministrazione di omettere le informazioni la cui diffusione "ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati o dell'operatore economico cui è stato aggiudicato il contratto, oppure possa recare pregiudizio alla leale concorrenza tra questi" (art. 79, comma 4, d.lg. 163/2006).

Tutte le predette comunicazioni indicano:

- ***l'ufficio presso il quale può essere esercitato l'accesso ed il relativo orario, che deve coincidere con quello di apertura al pubblico o in cui il relativo personale presta servizio;***
- ***se vi siano atti per i quali l'accesso è vietato o differito.***

MODALITÀ DI ESECUZIONE DELLE COMUNICAZIONI

(art. 79, commi 5-bis e 5-quinquies, d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 2 d.lg. 53/2010)

Le comunicazioni di cui all'art. 79, comma 5, d.lg. 163/2006 sono eseguite per iscritto avvalendosi di uno dei seguenti mezzi:

1) **lettera raccomandata con avviso di ricevimento** presso il domicilio eletto dal destinatario in sede di candidatura o di offerta;

2) **notificazione** presso il domicilio eletto dal destinatario in sede di candidatura o di offerta;

In tali casi, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica (anche non certificata) al numero di fax o all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta.

3) **posta elettronica certificata** (PEC) all'indirizzo di posta elettronica indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta;

4) **fax** al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta, **sempre che l'utilizzo di questo mezzo sia espressamente autorizzato dal concorrente.**

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, **salvo che ricorra un impedimento oggettivo e comprovato, tra cui**

- elevato numero di destinatari;
- difficoltà di reperimento degli indirizzi;
- impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari

BANDO DI GARA E RECAPITO PER LE COMUNICAZIONI

(art. 79, comma 5-quinquies, d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 2 d.lg. 53/2010)

Il bando o l'avviso con cui si indice la gara o l'invito nelle procedure senza bando **fissano l'obbligo** del candidato o concorrente **di indicare**, all'atto della presentazione della candidatura o dell'offerta, **il domicilio eletto per le comunicazioni.**

Il bando o l'avviso **possono altresì obbligare** il candidato o concorrente **a indicare l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.**

ACCESSO AGLI ATTI

(art. 13; art. 79, comma 5-*quater*, d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 2 d.lg. 53/2010)

L'accesso agli atti del procedimento è disciplinato dall'art. 13 d.lg. 163/2006 e, per quanto non espressamente previsto da questo, dalla l. 241/1990 e dal relativo regolamento di attuazione d.p.r. 184/2006.

*Fatto salvo quanto disposto dall'art. 13 d.lg. 163/2006 in materia di differimento dell'accesso o divieto dello stesso, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi dell'art. 79 d.lg. 163/2006 è **consentito entro 10 giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia.***

Non occorre istanza scritta di accesso e provvedimento di ammissione, salvi i provvedimenti di esclusione o differimento dell'accesso adottati ai sensi dell'art. 13 d.lg. 163/2006.

TERMINE DILATORIO PER LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO

(art. 11, commi 10 e 10-*bis*, d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 1 d.lg. 53/2010)

Il contratto può essere stipulato prima di 35 giorni decorrenti dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva quando:

- *in seguito all'indizione della procedura di affidamento, (i) è stata ammessa una sola offerta e (ii) non sono stati impugnati gli atti di indizione della procedura di affidamento o, comunque, l'impugnazione sia già stata respinta con decisione definitiva;*
- *l'appalto sia basato su un accordo quadro ex art. 59 d.lg. 163/2006;*
- *vi siano appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione ex art. 60 d.lg. 163/2006*

SOSPENSIONE OBBLIGATORIA DEL TERMINE PER LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO IN CASO DI RICORSO GIURISDIZIONALE

(art. 11, comma 10-*ter*, d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 1 d.lg. 53/2010)

Il contratto non può essere stipulato per un periodo di 20 giorni decorrenti dal momento della notificazione di un ricorso giurisdizionale con istanza cautelare avverso il provvedimento di aggiudicazione definitiva, purché, entro tale termine:

- **intervenga il provvedimento cautelare di I grado;**
- **sia pubblicato il dispositivo della decisione di merito in caso di decisione del merito all'udienza cautelare;**
- **fino alla pronuncia dell'uno o dell'altro dei predetti provvedimenti, ove successiva.**

ESECUZIONE IN VIA DI URGENZA: LE NOVITÀ

(art. 11, comma 9, d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 1 d.lg. 53/2010)

L'esecuzione in via di urgenza (anteriore alla stipulazione del contratto) **non è consentita in pendenza dei termini di cui all'art. 11, commi 10 e 10-ter, d.lg. 163/2006.**

L'esecuzione in via di urgenza è consentita in pendenza dei termini di cui all'art. 11, commi 10 e 10-ter, d.lg. 163/2006, quando:

- *la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara;*
- *la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare;*
- *la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe la perdita di finanziamenti comunitari.*

CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE E GIURISDIZIONE DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

(art. 244 d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 7 d.lg. 53/2010)

Sono devolute alla **giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo** le seguenti **controversie**:

- 1) anche **risarcitorie**, relative alle **procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti**, nella scelta del contraente o del socio, **all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale** (comma 1);
- 2) relative alla **dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione** (comma 1);
- 3) relative alle **sanzioni alternative di cui all'art. 245-quater d.lg. 163/2006** (comma 1);
- 4) relative ai **provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture** (comma 2);
- 5) relative al **divieto di rinnovo tacito dei contratti** (comma 3);
- 6) relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica nell'ipotesi di cui all'**art. 115 d.lg. 163/2006** (comma 3);
- 7) relative ai **provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi ai sensi dell'art. 133, commi 3 e 4, d.lg. 163/2006** (comma 3).

**INFORMATIVA IN ORDINE ALL'INTENTO DI PROPORRE RICORSO
GIURISDIZIONALE**

(art. 243-bis d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 6 d.lg. 53/2010)

Chi intende proporre **ricorso al Giudice amministrativo** in relazione alle **controversie di cui all'art. 244, comma 1, d.lg. 163/2006** deve **previamente informare la stazione appaltante della presunta violazione e dell'intenzione di proporre ricorso.**

L'informazione, fatta per iscritto, è sottoscritta dall'interessato (o da un suo rappresentante), anche senza l'assistenza di un difensore, ed è **diretta al responsabile del procedimento.**

L'informazione **reca una sintetica indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi che si intendono articolare in giudizio**, *salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.*

La comunicazione **può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara.** In tal caso la comunicazione è **inserita al verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.**

La comunicazione **non interrompe:**

- l'ulteriore corso del procedimento di gara;
- il termine dilatorio per la stipulazione del contratto di cui all'art. 11, comma 10, d.lg. 163/2006;
- il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

La stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione, comunica all'interessato le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire oppure no in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

L'omissione della comunicazione dell'interessato e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono comportamenti che il Giudice amministrativo valuta ai fini della ripartizione delle spese di giudizio ed ai sensi dell'art. 1227 c.c. (*Concorso del fatto colposo del creditore*).

Il diniego espresso o tacito di annullamento in autotutela non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con ricorso per motivi aggiunti da proporsi entro quindici giorni.

**CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE E TUTELA
PROCESSUALE: LE PRINCIPALI NOVITÀ**

(art. 245 d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 8 d.lg. 53/2010)

Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a lavori, servizi o forniture, di cui all'art. 244 d.lg. 163/2006, nonché i connessi provvedimenti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, **sono impugnabili unicamente mediante ricorso al Giudice amministrativo** (è escluso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica di cui al d.p.r. 1199/1971).

L'art. 23-bis l. 1034/1971 si applica ove non diversamente disposto dagli artt. 245 ss. d.lg. 163/2006.

La notifica del ricorso giurisdizionale presso la sede della stazione appaltante è funzionale all'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.

La competenza del T.A.R. è, in questa materia, inderogabile ed il relativo difetto è rilevabile anche d'ufficio (diversamente da quanto disposto dall'art. 31 l. 1034/1971).

I termini processuali sono ampiamente ridotti:

- **30 giorni** per la proposizione del ricorso principale;
- **30 giorni** per la proposizione di ricorso per motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati;
- **30 giorni** per la proposizione del ricorso incidentale;
- **15 giorni** per la proposizione di ricorso per motivi aggiunti avverso gli atti già impugnati;
- **15 giorni** per la proposizione del ricorso in appello avverso l'ordinanza cautelare;
- **10 giorni** per il deposito del ricorso principale, del ricorso incidentale, del ricorso per motivi aggiunti, dell'appello avverso ordinanza cautelare.

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

In caso di domanda cautelare, le parti a cui è notificato il ricorso possono presentare istanze e memorie in relazione ad essa, entro cinque giorni dalla ricevuta notificazione.

Resta fermo quanto disposto dall'art. 245 d.lg. 163/2006 in ordine alla concessione di misure cautelari *ante causam*.

INEFFICACIA DEL CONTRATTO IN CASO DI GRAVI VIOLAZIONI

(art. 245-bis, comma 1, d.lg. 163/2006, aggiunto dall'art. 9 d.lg. 53/2010)

Il **Giudice** che annulla l'aggiudicazione **dichiara l'inefficacia del contratto** quando:

- a) l'aggiudicazione definitiva** sia avvenuta **in mancanza della previa pubblicazione del bando o avviso di gara nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I., nei casi in cui tale pubblicazione sia prescritta dal d.lg. 163/2006;**
- b) l'aggiudicazione definitiva** sia 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 di gara nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I., nei casi in cui tale pubblicazione sia prescritta dal d.lg. 163/2006;**
- c) (i) il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio per la stipulazione del contratto di cui all'art. 11, comma 10, d.lg. 163/2006; (ii) in ragione di tale violazione, il ricorrente non ha potuto proporre ricorso prima della stipulazione del contratto; (iii) tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;**
- d) il contratto sia stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio per la stipulazione del contratto di cui all'art. 11, comma 10-ter, d.lg. 163/2006 e tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.**

INEFFICACIA DEL CONTRATTO PER GRAVI VIOLAZIONI: RETROATTIVA O IRRETROATTIVA

(art. 245-bis, comma 1, d.lg. 163/2006, aggiunto dall'art. 9 d.lg. 53/2010)

Quando dichiara l'inefficacia per la sussistenza delle suddette gravi violazioni, il Giudice precisa, in funzione delle deduzioni delle parti, della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia è limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo (*irretroattiva*) o opera in via retroattiva.

**QUANDO, NONOSTANTE LE GRAVI VIOLAZIONI, IL CONTRATTO
CONSERVA EFFICACIA**

(art. 245-bis, commi 2 e 5, d.lg. 163/2006, aggiunto dall'art. 9 d.lg. 53/2010)

Il contratto conserva efficacia laddove il Giudice accerti che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti.

Esigenze imperative sono, tra l'altro, quelle **imprescindibili di carattere tecnico, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale.**

Gli **interessi economici** possono essere presi in considerazione come **esigenze imperative solo in circostanze eccezionali, in cui l'inefficacia del contratto conduce a conseguenze sproporzionate, avuto anche riguardo all'eventuale mancata proposizione della domanda di subentro nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporta l'obbligo di rinnovare la gara.**

Non costituiscono esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto, che comprendono, tra l'altro:

- i costi derivanti dai ritardi nell'esecuzione del contratto stesso;
- i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione;
- i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico;
- i costi derivanti dagli obblighi di legge risultanti dalla dichiarazione di inefficacia.

Il contratto, pur in presenza delle gravi violazioni di cui all'art. 245-bis, comma 1, lett. a) e b), conserva efficacia quando la stazione appaltante abbia seguito la seguente procedura:

a) con atto motivato anteriore all'avvio della procedura di affidamento, abbia dichiarato di ritenere che la procedura senza previa pubblicazione del bando o avviso di gara nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I. sia consentita dal d.lg. 163/2006;

b) abbia pubblicato nella G.U.C.E. o nella G.U.R.I. un avviso volontario per la trasparenza preventiva *ex art. 79-bis* d.lg. 163/2006, in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto;

c) il contratto non sia stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di cui alla lettera *b)*.

SANZIONI ALTERNATIVE

(artt. 245-bis, comma 4, e 245-quater d.lg. 163/2006, aggiunti dagli artt. 9 e 11 d.lg. 53/2010)

Quando, nonostante le violazioni di cui all'art. 245-bis, comma 1, d.lg. 163/2006, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata (inefficacia irretroattiva), il Giudice amministrativo applica, alternativamente o congiuntamente, le seguenti sanzioni alternative alla stazione appaltante:

- la sanzione pecuniaria di importo dallo 0,5% al 5% del valore del contratto, da intendersi come prezzo di aggiudicazione;
- la riduzione della durata del contratto, ove possibile, da un minimo del 10% ad un massimo del 50% della durata residua alla data di pubblicazione del dispositivo

Il Giudice applica le predette sanzioni anche quando (i) il contratto sia stato stipulato senza rispettare i termini dilatori di cui all'art. 11, commi 10 e 10-ter, d.lg. 163/2006, ma (ii) la violazione non ha privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e (iii) non ha influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'aggiudicazione (comma 3).

Il Giudice, nell'applicare le predette sanzioni

- assicura il rispetto del principio del contraddittorio;
- ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione.

In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento del danno non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative.

INEFFICACIA DEL CONTRATTO NEL CASO DI VIOLAZIONI NON GRAVI

(art. 245-ter d.lg. 163/2006, aggiunto dall'art. 10 d.lg. 53/2010)

Fuori dei casi di cui all'art. 245-bis e 245-quater, comma 3, d.lg. 163/2006, il Giudice amministrativo stabilisce se dichiarare l'inefficacia del contratto, fissandone la decorrenza, tenuto conto:

- degli interessi delle parti;
- dell'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;
- dello stato di esecuzione del contratto;
- della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la relativa domanda sia stata proposta.

TUTELA IN FORMA SPECIFICA E TUTELA PER EQUIVALENTE

(art. 245-*quinquies* d.lg. 163/2006, aggiunto dall'art. 12 d.lg. 53/2010)

L'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione ed il contratto è condizionata alla dichiarazione di inefficacia del contratto ai sensi degli artt. 245-*bis* e 245-*ter* d.lg. 163/2006 (per violazioni gravi e non gravi, retroattiva o irretroattiva).

Laddove il Giudice non dichiari l'inefficacia del contratto, dispone, su domanda ed a favore del solo ricorrente avente titolo all'aggiudicazione, il risarcimento del danno da questo provato e subito.

La condotta processuale della parte che, senza giustificato motivo, non ha proposto la domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto o non si è resa disponibile a subentrare nel contratto, è valutata dal Giudice ai sensi dell'art. 1227 c.c. (*Concorso del fatto colposo del creditore*).

CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI RELATIVI A INFRASTRUTTURE STRATEGICHE E INSEDIAMENTI PRODUTTIVI E TUTELA PROCESSUALE

(art. 246 d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 13 d.lg. 53/2010, e art. 15, commi 1 e 4, d.lg. 53/2010)

Oltre alle disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, Capo IV del d.lg. 163/2006, si applicano gli artt. 244, 245, 245-*bis*, 245-*quater*, 245-*quinquies* e 246 d.lg. 163/2006.

In ogni caso, ferma restando l'applicazione degli artt. 245-*bis* e 245-*quater* d.lg. 163/2006, al di fuori dei casi in essi contemplati, la sospensione e l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente.

I commi 8 ed 8-*bis* dell'art. 20 d.l. 185/2008 (convertito, con modificazioni, dalla l. 2/2009), recante "*Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo*", sono abrogati.

Anzi, l'art. 11, commi 10, 10-*bis* e 10-*ter*, d.lg. 163/2006 si applica anche ai contratti di cui all'art. 20 d.l. 185/2008, se l'aggiudicazione definitiva sia successiva alla data di entrata in vigore del presente decreto.

Tuttavia, resta ferma la disciplina di cui all'art. 20, comma 8, d.l. 185/2008 limitatamente agli interventi previsti nel predetto art. 20, per i quali siano già stati nominati i relativi commissari o vengano nominati entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto.

**CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E
FORNITURE ED ARBITRATO: LE PRINCIPALI NOVITÀ**

(art. 241 d.lg. 163/2006, come modificato dall'art. 5 d.lg. 53/2010)

La stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso di gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o no la clausola compromissoria.

L'aggiudicatario può recusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

E' vietato in ogni caso il compromesso (comma 1-bis)

Il Presidente del collegio arbitrale è scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, muniti di precipi requisiti di indipendenza, e comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico.

La nomina del Presidente del Collegio effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'articolo 829, primo comma, n. 3, c.p.c. (comma 5).

Il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100.000 € (comma 12).

Il lodo è impugnabile anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia (comma 15-ter).

È abrogato l'art. 3, commi 19, 20 e 21, l. 244/2007, che vietava l'arbitrato in materia.

La disciplina introdotta dall'art. 5 d.lg. 53/2010 (come pure quella introdotta dall'art. 4, che lievemente modificato l'art. 240 d.lg. 163/2006 in materia di accordo bonario) si applica ai bandi, avvisi di gara e inviti pubblicati successivamente all'entrata in vigore del presente decreto, nonché ai contratti aggiudicati sulla base di essi e ai relativi giudizi arbitrali.