

Miglioramento delle procedure di ricorso nell'aggiudicazione degli appalti: esame in Parlamento.

15 Gennaio 2010

è stato assegnato alle Commissioni riunite Giustizia e Lavori pubblici del Senato e della Camera dei Deputati lo Schema di Decreto legislativo recante "Attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio europeo dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/137/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici" ([Atto n. 167](#) - Relatori Sen. Valter Zanetta del Gruppo Parlamentare PdL e Sen. Sergio Divina del Gruppo Parlamentare LNP, On. Salvatore Torrisi e On. Franco Stradella del Gruppo Parlamentare PdL), per l'espressione del parere al Governo.

Il provvedimento dà attuazione alla delega contenuta nella comunitaria 2008 (Legge 88/2009) per il recepimento della direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi, il cui termine di recepimento è scaduto il 20 dicembre 2009), dettando disposizioni volte ad incidere da un lato, sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Decreto Legislativo 163/2006) con particolare riferimento alla parte V dedicata al contenzioso e dall'altro sulla vigente legislazione in tema di processo amministrativo e in particolare sulle leggi 1034/1971 e 205/2000. Vengono, altresì, introdotte disposizioni volte a riformare l'istituto dell'arbitrato.

Modifiche apportate al Codice degli appalti pubblici con riferimento alla disciplina del contenzioso.

Il provvedimento prevede, tra l'altro:

- **l'ampliamento della nozione di stazione appaltante** che viene **referita anche agli enti aggiudicatari dei settori speciali**, nonché a tutti i soggetti tenuti secondo il diritto comunitario e nazionale al rispetto delle procedure e dei principi di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti;
- un **termine dilatorio di trentacinque giorni per la stipulazione del contratto** (e cioè dopo cinque giorni dalla scadenza del termine per l'impugnativa dell'atto) decorrente dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva. Sono consentite **deroghe al suddetto termine**, infatti, viene previsto che il contratto può essere stipulato prima di trentacinque giorni nei seguenti casi: se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara, o inoltro degli inviti nel rispetto del codice, è stata presentata una sola offerta che è risultata aggiudicataria, e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando e della lettera-invito, o queste impugnazioni, se proposte, risultano già respinte con decisioni giurisdizionale definitiva; se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara, o inoltro degli inviti, nel rispetto del 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 selezione degli altri concorrenti o queste impugnazioni, se proposte, risultano già respinte con decisioni giurisdizionale definitiva;
- la **preclusione dell'esecuzione di urgenza** (ovvero anticipata rispetto alla stipulazione) **durante il termine dilatorio e durante il termine sospensivo derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale**, salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare;
- una maggiore specificazione di forme, termini e contenuto della **comunicazione dell'aggiudicazione definitiva** che tra l'altro deve recare il provvedimento completo di

motivazione e l'indicazione della durata e della decorrenza dei termini dilatori per la stipulazione del contratto di appalto. Viene aggiunto anche un obbligo di **comunicazione dell'avvenuta stipulazione del contratto**, in tal caso, il contratto non va trasmesso essendo sufficiente una relazione sintetica sui motivi della stipulazione (anche *per relationem* ai motivi dell'aggiudicazione). Viene altresì richiesto, salve motivate deroghe, che le **comunicazioni relative all'aggiudicazione definitiva e alla stipulazione vengano effettuate a favore di tutti i destinatari nello stesso giorno**, in modo da assicurare un'unica decorrenza del termine dilatorio di stipulazione del contratto. Vengono inoltre disciplinati termini e modalità dell'accesso agli atti del procedimento sfociato nei provvedimenti oggetto di comunicazione, tale accesso è, in via generale, consentito nei dieci giorni successivi alla comunicazione del provvedimento di interesse senza istanza, tranne che per l'esclusione del concorrente e i provvedimenti di differimento dell'accesso;

- **l'incentivazione dell'accordo bonario** attraverso le seguenti misure: **riduzione dei costi** del procedimento (si prevede la riduzione dal 50% a un terzo dei minimi tariffari dei compensi per i membri della commissione o del mediatore); generalizzazione della sua **obbligatorietà** (si prevede che gli arbitri o il giudice ordinario possano essere aditi in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario risultante dal rifiuto espresso della proposta oppure in caso di inutile decorso dei termini nelle ipotesi espressamente previste); l'introduzione del **mediatore unico** scelto di intesa tra le parti (in luogo della Commissione quando il soggetto che ha formulato le riserve non provveda alla nomina del componente di sua scelta nel termine fissato, oppure quando per gli appalti e le concessioni di importo inferiore a dieci milioni di euro non venga promossa la costituzione della Commissione); introduzione di **criteri selettivi per la nomina del terzo componente-Presidente della commissione o del mediatore unico** chiamati a formulare la proposta di accordo bonario (è previsto che siano scelti tra magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti pubblici di prima fascia); 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. Un'ulteriore disposizione prevede che, nel caso di accettazione integrale della proposta motivata di accordo bonario formulata alle parti dalla Commissione o dal mediatore è esclusa la gravità della colpa dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica;

- disposizioni di **riforma dell'arbitrato**. Si prevede, in particolare, che la scelta di ricorrere all'arbitrato resti facoltativa per entrambe le parti, qualora la p.a. intenda avvalersene deve però **indicare, sin dal bando o dall'invito, se nel contratto sarà o meno inserita la clausola compromissoria**; l'aggiudicatario, invece, potrà rifiutare l'inserimento della clausola compromissoria nel contratto comunicandolo alla stazione appaltante entro 20 giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. In ogni caso, stabilisce lo Schema, è vietato il compromesso. Inoltre, vengono introdotti: **criteri selettivi per l'arbitro presidente** (scelto dalle parti o su loro mandato dagli arbitri delle parti) **la cui violazione determina la nullità del lodo** (il presidente, si legge nel testo, deve, tra l'altro, essere scelto tra soggetti muniti di precipui requisiti di indipendenza e, comunque, tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte e di difensore in giudizi arbitrali ad eccezioni delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico); un rigoroso regime di **impugnazione del lodo** (è previsto, infatti, che l'impugnazione per nullità debba essere proposta nel termine di trenta giorni dalla notificazione del lodo e che non è più proponibile dopo il decorso di centoventi giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione); la **possibilità di sospendere su istanza di parte, ed in presenza di gravi e fondati motivi, l'efficacia del lodo**; una significativa accelerazione del giudizio di appello avverso il lodo (quando il collegio sospende il lodo 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 un'udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione). Con riferimento alla tematica dei **compensi per gli arbitri**, al fine di un contenimento dei costi, viene confermato il riferimento alle disposizioni di riduzione dei compensi arbitrali previste dall'art. 29, comma 1-quinquiesdecies del d.l. n. 207/08,

convertito dalla L. n. 14/2009 (secondo le quali: *“i compensi minimi e massimi stabiliti dalla tariffa allegata al regolamento di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398, sono dimezzati. Legata al contenimento dei costi Sono comunque vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto”*). Sempre in un'ottica di contenimento dei costi, si colloca la disposizione che rende facoltativa la nomina del segretario.

Coerentemente con tali disposizioni di razionalizzazione dell'arbitrato, **viene abolito il divieto di arbitrato**, peraltro mai divenuto efficace, contenuto nell'art. 3, commi 19, 20 e 21, della legge 244/2007 e da ultimo prorogato dal DL 194/2009 (c.d. “milleproroghe”) all'esame del Parlamento (al riguardo, si veda la notizia di “Politici e Costruzioni” del 12 gennaio 2010, n.3);

- l'introduzione della c.d. **informativa sull'intento di proporre ricorso giurisdizionale** che un concorrente può effettuare, con le prescritte modalità, durante il procedimento di gara indicando i sintetici motivi di ricorso. Tale informativa che va data solo in relazione al contenzioso sulle procedure di affidamento, non influisce sull'ulteriore corso del procedimento di gara, nè sul decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, nè sul termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale. Vengono dettagliati forma, contenuto, destinatario e termini di presentazione dell'informativa. Si è ritenuto, in particolare, che l'informativa possa essere proposta anche durante la gara, facendola inserire in un verbale della commissione di gara in seduta pubblica e comunque fino alla notifica del ricorso giurisdizionale; il destinatario dell'informativa è stato individuato nel responsabile del procedimento. Per quanto concerne **l'iter procedimentale**, è previsto che su tale informativa la stazione appaltante, decida, nei successivi 20 giorni, sull'opportunità di agire in autotutela; in particolare, si prevede un'istruttoria da parte del responsabile del procedimento che si conclude entro i successivi 10 giorni con una proposta al competente dirigente; nei successivi dieci giorni, il dirigente dispone alternativamente o il non luogo a provvedere se l'informativa è infondata (tale provvedimento non costituisce conferma dei provvedimenti contestati e non è impugnabile), o l'immediato ritiro del provvedimento contestato ove sia possibile senza le garanzie del contraddittorio, o l'avvio del procedimento di autotutela dandone avviso agli interessati e lo conclude tempestivamente. L'omissione dell'informativa e l'omesso riscontro dell'informativa da parte della stazione appaltante costituiscono comportamento valutabile dal giudice ai fini dell'eventuale condanna alle spese e dell'eventuale risarcimento del danno.

Disciplina processuale e introduzione di un rito speciale.

Con riferimento alla tutela processuale viene introdotto nel Codice Appalti un **“rito speciale”** che in parte si discosta dall'art. 23-bis Legge TAR e connotato dai seguenti principi: rapida scansione dei tempi processuali, **termine di trenta giorni per la proposizione il ricorso** (in luogo del termine ordinario di sessanta giorni), riduzione di tutti gli altri termini processuali, precisa indicazione di atti impugnabili e momento dell'impugnazione, immediatezza del giudizio attraverso la definizione, ove possibile, della lite nel merito sin dalla prima udienza.

In attuazione di tali criteri, gli atti delle procedure di affidamento relativi a tutti i contratti pubblici di 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 - nonchè i connessi provvedimenti dell'Autorità sono **impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente e non più in alternativa mediante ricorso al Presidente della Repubblica**.

Specifiche disposizioni disciplinano poi nel dettaglio il **rito immediato**, affrontando le questioni relative agli atti impugnabili, termini e relativa decorrenza, immediatezza del giudizio, tutela cautelare, appello ed impugnazione.

Il decreto reca ulteriori disposizioni processuali in caso di **impugnazione dell'aggiudicazione definitiva**, prevedendo per tale fattispecie un **effetto sospensivo automatico** alla stipulazione del contratto fino alla pronuncia del giudice, in sede cautelare o di merito. L'operatività della preclusione è comunque ancorata ad alcuni presupposti.

Altre disposizioni riguardano la **privazione degli effetti del contratto** e le sanzioni alternative. La

norma affida la pronuncia sulla privazione degli effetti del contratto, sulla sua decorrenza effettiva e sull'applicazione di sanzioni alternative alla valutazione in sede di bilanciamento degli interessi coinvolti dall'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Infrastrutture strategiche.

Vengono fatte salve le specifiche disposizioni relative alle **infrastrutture strategiche** di cui all'art. 246 del Codice sugli appalti, per le quali resta ferma la disciplina processuale speciale ivi prevista, e segnatamente il mantenimento in ogni caso del contratto e la tutela risarcitoria solo per equivalente.

Obblighi di comunicazione e di informazione alla Commissione dell'Unione europea.

Il decreto individua la Presidenza del Consiglio dei Ministri - **Dipartimento per il coordinamento delle politiche comunitarie** quale amministrazione di riferimento cui la Commissione europea notifica i motivi per cui ritiene che sia stata commessa una grave violazione delle procedure di aggiudicazione di un appalto (e ne chiede la correzione con provvedimenti appropriati) 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 suddetto Dipartimento che rappresenta l'Italia al Comitato Consultivo per gli appalti pubblici, inoltre, fornisce alla Commissione europea, tutte le informazioni sul funzionamento delle procedure nazionali richieste e comunica annualmente le decisioni e le relative motivazioni di non considerare privo di effetti un contratto in presenza di esigenze imperative connesse ad un interesse generale, adottate dagli organi giurisdizionali nazionali. Per lo svolgimento delle suddette competenze, la Presidenza è autorizzata a chiedere le notizie utili alla stazione appaltante, nonché a richiedere notizie sullo stato del procedimento di ricorso presso la segreteria dell'organo di ricorso presso cui pende; la risposta deve essere resa per iscritto con la massima tempestività e comunque non oltre sette giorni dalla ricezione della richiesta e trasmessa con mezzi celeri.

Lo Schema approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri del 27 novembre 2009, dopo aver acquisito i prescritti pareri delle competenti Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato, dovrà tornare al Consiglio per l'approvazione definitiva.