

ALLEGATO 1

Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici (Atto n. 167).

PARERE APPROVATO

Le Commissioni riunite II e VIII,

esaminato lo schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici;

preso atto che uno degli obbiettivi caratterizzanti la direttiva 2007/66/CE è quello di garantire, in materia di appalti, una tutela processuale effettiva e celere, e a tal fine prevedere l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di rispettare un congruo termine dilatorio – o sospensivo (cosiddetto *standstill period*) – fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto;

tenuto conto che la direttiva prevede alcune ipotesi tipiche in cui l'accertata violazione di determinati precetti del diritto comunitario, quali la radicale assenza della procedura concorrenziale o il mancato rispetto di uno dei termini sospensivi per la stipula del contratto, deve comportare – obbligatoriamente – la integrale « privazione di effetti » del contratto eventualmente stipulato, salve alcune tassative eccezioni che conducono all'applicazione di sanzioni alternative;

tenuto conto altresì che per un altro gruppo – anche esso circoscritto – di fattispecie gli Stati membri possono sce-

gliere, discrezionalmente, se prevedere la privazione di effetti o introdurre, in alternativa, altri adeguati meccanismi sanzionatori, purché proporzionati e dissuasivi (diversi ed ulteriori dal risarcimento del danno); al di fuori di tali ipotesi, la tutela della parte interessata è rimessa al diritto nazionale, che può anche prevedere che essa sia limitata al solo risarcimento del danno per equivalente;

valutata favorevolmente, all'articolo 79, comma 8, del decreto legislativo n. 163 del 2006 (di seguito « decreto legislativo »), come introdotto dall'articolo 3, comma 1, lettera d), la previsione dell'accesso agli atti *ex lege* entro dieci giorni dall'invio della comunicazione, che non sembra possa nuocere alle esigenze organizzative delle stazioni appaltanti, ma appare piuttosto funzionale al sistema di comunicazioni, al fine di consentire la rapidità dei tempi di instaurazione dell'eventuale giudizio;

ritenuto che la disposizione di cui all'articolo 240, comma 9, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 5, comma 1, lettera b), nella quale si prevede che la nomina della Commissione competente per l'accordo bonario sia effettuata dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, anziché dal Presidente del tribunale, desta talune perplessità in quanto, determinando una centralizzazione della procedura, non sembra utile ad accelerare i

tempi di nomina del Presidente della predetta Commissione;

considerato che l'articolo 240, comma 13, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 5, comma 1, lettera f), introducendo l'obbligatorietà della nomina di un mediatore unico sembra introdurre di fatto un ulteriore onere economico per le parti non opportuno, specialmente nel caso di appalti di importo modesto;

valutato che all'articolo 241, comma 5, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 6, comma 1, lettera c), precludendo a chi abbia svolto nell'ultimo triennio il ruolo di difensore o di arbitro di parte in un arbitrato relativo a contratti aventi ad oggetto appalti pubblici la possibilità di svolgere il ruolo di presidente del collegio arbitrale, anche per la soluzione di controversie che coinvolgono imprese diverse da quella per cui ha svolto la funzione di avvocato in precedenza, non solo non appare prevista nella direttiva 2007/66/CE né nella legge delega, ma sembra risultare viziata sotto il profilo della costituzionalità, determinando, tra l'altro, un trattamento irragionevolmente peggiore soprattutto per gli avvocati del libero Foro;

considerato che l'articolo 241, comma 5, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 6, comma 1, lettera c), desta perplessità in ordine alla prevista nullità del lodo, essendo comminata per fatti che non possono essere conosciuti né conoscibili dalle parti e dai difensori, rendendo quindi incerto e instabile l'esito del giudizio arbitrale;

valutato che appare opportuno far decorrere il termine di 120 giorni per l'impugnazione del lodo arbitrale di cui all'articolo 241, comma 16, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 6, comma 1, lettera m), non dalla data dell'ultima sottoscrizione da parte degli arbitri, come attualmente previsto, ma dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici, giacché, a norma all'articolo 241, comma

9, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 6, comma 1, lettera e), è da questa data che si considera produttivo di effetti il predetto lodo;

ritenuto che all'articolo 243-bis, comma 2, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 7, laddove si dispone che l'informazione facoltativa in ordine all'intento di proporre un ricorso giurisdizionale debba recare una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, andrebbe precisato che la predetta indicazione non può in alcun modo porsi come vincolo alla redazione del successivo ricorso, essendo sempre possibile dedurre nello stesso ulteriori motivi o articolare altrimenti le censure già formulate nell'informativa;

valutato che all'articolo 245, comma 2-ter, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 8, comma 1, lettera c), il termine di 5 giorni ivi previsto per il deposito del ricorso appare troppo breve per ottenere nella generalità dei casi la restituzione dell'atto dall'ufficiale giudiziario;

rilevato che le disposizioni di cui agli articoli 8, 9 e 11, le quali disciplinano un rito speciale in materia di pubblici appalti, andrebbero coordinate con le linee di fondo del nuovo processo amministrativo in corso di definizione ai sensi della legge delega di cui all'articolo 44 della legge n. 69 del 2009, eliminando, in particolare, le disposizioni in materia di riunione dei ricorsi e di regime di impugnazione dei bandi di gara;

valutata l'opportunità dell'unificazione della disciplina processuale per l'impugnazione dei bandi con quella per l'impugnazione dell'aggiudicazione, atteso che, sebbene lo *standstill period* è un effetto che si produce solo a seguito dell'impugnazione dell'aggiudicazione, tuttavia anche in caso di impugnazione dei bandi di gara vi è una esigenza di celere definizione della lite, il cui esito condiziona l'ulteriore corso della gara;

considerato che l'articolo 245, comma 2-*septies* e seguenti, del decreto legislativo, come introdotti dall'articolo 8, comma 1, lettera c), riguardante i tempi dell'incidente cautelare e di quello istruttorio, andrebbe coordinato con la diversa disciplina prevista per il processo ordinario e per il rito di cui all'articolo 23-*bis*, legge n. 1034 del 1971;

ritenuta condivisibile la scelta operata dal Governo nell'interpretazione della previsione dell'articolo 2-*sexies* della direttiva, che contempla le violazioni meno gravi, in cui, in luogo della privazione degli effetti del contratto, possono essere applicate solo le sanzioni alternative;

considerato che all'articolo 245-*ter*, comma 9, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 10, è previsto che le violazioni meno gravi si riferiscano al caso in cui la violazione dello *standstill period* o del termine sospensivo non ha privato l'interessato della effettiva possibilità di tutela giurisdizionale, e comunque fermo restando che tale violazione procedurale non si aggiunga ad una violazione sostanziale; sulla base di tale interpretazione appare condivisibile l'opportunità di escludere la possibilità di sanzionare la stazione appaltante, laddove non siano riscontrabili violazioni sostanziali, per il solo fatto di non aver rispettato lo *standstill period* o il termine sospensivo;

ricordato che nel corso dell'esame alla Camera del decreto legge 30 dicembre 2009, n. 195, recante, tra l'altro, disposizioni urgenti relative alla protezione civile (C. 3196) il Governo ha accolto l'ordine del giorno Franzoso 9/3196-A/15 nel testo riformulato, il quale impegna il Governo anche a verificare la possibilità di prevedere nello schema di decreto legislativo in esame l'estensione dell'abrogazione del divieto di arbitrato anche alle clausole compromissorie contenute nei contratti stipulati per la realizzazione di interventi connessi alla dichiarazione dello stato di emergenza e alla dichiarazione di grande evento,

esprime

PARERE FAVOREVOLE

con le seguenti osservazioni:

a) all'articolo 11, comma 9, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 2, comma 1, lettera b), valuti il Governo l'opportunità di definire in termini più circostanziati il contesto di grave danno all'interesse pubblico, prevedendo, ad esempio, tra i casi di applicazione, quello in cui il ritardo nell'inizio dell'esecuzione comporterebbe il disimpegno di risorse comunitarie assegnate all'Italia;

b) all'articolo 11, comma 10-*bis* del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 2, comma 1, lettera c), valuti il Governo l'opportunità di estendere le deroghe ivi previste per l'applicazione dello *standstill period* anche nei casi di appalti basati su un accordo quadro di cui all'articolo 59 del codice e nei casi di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60 del codice;

c) all'articolo 240, comma 9, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 5, comma 1, lettera b), valuti il Governo l'opportunità di mantenere la previsione secondo la quale il Presidente del tribunale nomina il Presidente della Commissione competente per l'accordo bonario;

d) all'articolo 240, comma 9-*bis*, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 5, comma 1, lettera c) valuti il Governo l'opportunità di prevedere che il presidente della Commissione sia scelto sulla base del carattere tecnico o giuridico del contendere, inserendo, comunque, i tecnici qualificati tra i soggetti che possano assumere le funzioni di presidente della commissione di cui al comma 9-*bis* dell'articolo 240 del decreto legislativo n.163 del 2006;

e) all'articolo 240, comma 13, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 5, comma 1, lettera f), si valuti l'opportunità di prevedere che le funzioni del « mediatore unico », quale soggetto deputato a formulare la proposta di accordo

bonario nei casi in cui la vigente normativa non prevede la costituzione obbligatoria dell'apposita commissione, siano svolte dal già previsto responsabile del procedimento, in particolare per gli appalti di modesto valore;

f) all'articolo 240, comma 20, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 5, comma 1, lettera l), valuti il Governo l'opportunità di modificare in senso meno restrittivo per i diritti di difesa delle parti la previsione secondo la quale se il provvedimento che definisce il giudizio arbitrale o quello ordinario sia sostanzialmente conforme al contenuto della proposta motivata di accordo bonario formulata alle parti dalla commissione, 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;

g) all'articolo 241, comma 5, del decreto legislativo, come modificato dall'articolo 6, comma 1, lettera c), si valuti l'opportunità di sopprimere le parole da «e comunque» fino a «procedura civile»;

h) all'articolo 241, comma 16, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 6, comma 1, lettera m), valuti il Governo l'opportunità di coordinare quanto ivi previsto circa il termine per l'impugnativa del lodo dalla data dell'ultima sottoscrizione con la previsione di cui alla lettera f) secondo la quale il lodo arbitrale acquista efficacia dal momento del deposito dello stesso presso la Camera arbitrale, prevedendo a tal fine che il termine di impugnazione decorra dalla medesima data del deposito del lodo;

i) al medesimo articolo 241, comma 16, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 6, comma 1, lettera m), valuti il Governo l'opportunità di prevedere l'impugnazione del lodo arbitrale, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito

della controversia, e ciò anche in coerenza con la previsione dell'articolo 829, comma 3, c.p.c.;

l) all'articolo 243-bis, comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006, come introdotto dall'articolo 7, valuti il Governo l'opportunità di precisare che l'informativa in ordine all'intento di proporre un ricorso giurisdizionale non costituisce un vincolo alla redazione di quest'ultimo, essendo sempre possibile dedurre ulteriori motivi o articolare altrimenti le censure già formulate nell'informativa medesima;

m) all'articolo 243-bis, commi 5 e 6, del decreto legislativo, come introdotti dall'articolo 7, valuti il Governo l'opportunità di rendere più efficace il meccanismo nella sua finalità deflattiva del contenzioso, prevedendo che il termine complessivo di 20 giorni assegnato alla stazione appaltante per concludere il procedimento di autotutela sia ridotto a non oltre 15 giorni complessivi;

n) all'articolo 243-bis, comma 6, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 7, valuti il Governo l'opportunità di non prevedere in modo dettagliato il procedimento di autotutela, risultando invece più funzionale un generico riferimento all'avvio del procedimento di autotutela e alla conclusione tempestiva dello stesso;

o) all'articolo 243-bis, comma 8, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 7, allo scopo di non permettere l'apertura di un contenzioso *ex novo* su un provvedimento che è privo di reale autonomia rispetto agli atti di gara, si valuti l'opportunità di modificare il comma in questione secondo il seguente tenore: «8. Il provvedimento di cui al comma 6), lettera a), 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»;

p) all'articolo 245, comma 2-ter, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 8, comma 1, lettera c), valuti il

Governo l'opportunità di prevedere un termine di 10 giorni per il deposito del ricorso;

q) al medesimo articolo 245, comma 2-ter, del decreto legislativo, come introdotto dall'articolo 8, comma 1, lettera c), in un'ottica di concentrazione nel medesimo processo di tutte le impugnazioni relative agli atti della stessa gara, mantenendo l'obbligatorietà della proposizione dei motivi aggiunti e senza tuttavia pena-

lizzare le esigenze difensive, si valuti l'opportunità di prevedere, per la proposizione dei motivi aggiunti, in luogo dell'attuale termine di 15 giorni, il termine di 30 giorni a fronte del medesimo termine di 30 giorni assegnati per l'impugnazione autonoma: in tale prospettiva andrebbe pertanto valutata la congruità della scelta di un processo da celebrarsi in tempi rapidissimi, e quindi con una pronuncia, se non nella stessa udienza cautelare, in una udienza successiva ravvicinata.