

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

***Audizione presso le Commissioni riunite II e VIII del Senato
in merito allo schema di decreto legislativo delegato recante
“Attuazione della direttiva 2007/66/CE, che modifica le direttive 89/665/CEE e
92/13/CEE per quanto riguarda le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione
degli appalti pubblici”***

Roma, 21 gennaio 2010

L'ANCE valuta positivamente i contenuti dello schema di decreto oggetto della presente audizione, che risponde pienamente ai principi contenuti nella delega conferita dal legislatore al Governo con l'art. 44 del legge 7 luglio 2009, n. 88 (c.d. Legge Comunitaria 2008).

Con tale provvedimento, pertanto, si dà attuazione ai precetti comunitari di cui alla Direttiva UE 2007/66/CE, volti a garantire, in materia di procedimento di affidamento relative ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, una tutela processuale rapida ed effettiva.

Coerentemente con tali obiettivi, lo schema di decreto prevede anzitutto che il **termine dilatorio per la stipulazione del contratto**, decorrente dall'aggiudicazione definitiva e prima del quale non può aver luogo detta stipula (c.d. standstill), sia fissato in 35 giorni (attualmente è pari a 30 giorni), mentre il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale avverso gli atti delle procedura di gara, viene stabilito in 30 giorni (art. 2 e 8 dello schema di decreto).

Ad avviso dell'ANCE, la soluzione normativa individuata nello schema in esame appare condivisibile, in quanto ha il pregio di superare una evidente criticità dell'attuale sistema di tutela, rappresentata dalla circostanza che, stante l'attuale posteriorità del termine di impugnazione (pari a 60 giorni) rispetto all'attuale termine “standstill” per la stipula del contratto (come già accennato, pari a 30 giorni), spesso si verifica che, quando il ricorso giurisdizionale viene proposto, il contratto è già stato stipulato, con evidente nocumento per il principio di tutela dell'effettività giurisdizionale.

Sempre in coerenza con gli obiettivi posti dalla direttiva soprarichiamata, il legislatore delegato ha ritenuto di dare attuazione al precetto comunitario che introduce il **principio di sospensione automatica della possibilità di stipulare il contratto, in caso di proposizione di un ricorso giurisdizionale**, prevedendo che ciò avvenga:

- esclusivamente in caso di ricorsi accompagnati da contestuale domanda cautelare;
- solo se l'impugnazione sia stata proposta avverso l'aggiudicazione definitiva e non avverso altri atti di gara (quali i bandi, gli inviti, le esclusioni);
- la sospensione si protragga al massimo fino alla pronuncia di primo grado (nell'ipotesi in cui vi sia la concreta possibilità di definire la controversia nel merito all'udienza cautelare), ovvero fino al provvedimento cautelare definitivo (art. 9 dello schema di decreto).

L'ANCE concorda con le modalità attuative ora richiamate che, circoscrivendo la preclusione verso la stipula del contratto alla conclusione di un rito processuale particolarmente veloce (qual'è quello caratterizzato dalla vicenda cautelare), rappresentano un equo contemperamento tra l'interesse pubblico alla celere cantierizzazione dell'opera appaltata, rispetto alla quale la sottoscrizione del contratto risulta preordinata, è quello di effettività della tutela giurisdizionale azionata dalla parte ricorrente.

Del pari condivisibili, sono le norme tese ad introdurre la c.d. informativa preventiva in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 7 dello schema di decreto), nonché una **velocizzazione del processo amministrativo in materia di appalti** (art. 8 dello schema) oltrechè in merito alle sentenze adottabili dal giudice in caso di aggiudicazioni riconosciute come illegittime (artt 10 e 11 dello schema di decreto)

In questo contesto, risultano poi di notevole importanza le disposizioni volte a razionalizzare ed incentivare il ricorso **all'istituto dell'arbitrato**, nel giusto presupposto che lo inquadra come strumento di giustizia celere ed efficace e, pertanto, irrinunciabile ai fini della tutela degli interessi pubblici e privati coinvolti nella realizzazione di opere pubbliche.

Infatti, se, da un lato, per un soggetto economico come l'impresa, i tempi di definizione delle controversie sono essenziali al fine di concorrere sul mercato, dall'altro, è anche interesse dei soggetti pubblici ottenere in tempi brevi una pronuncia che li metta in condizione di programmare i futuri investimenti ed attività decisionali sul piano finanziario.

Inoltre, non si può disconoscere che la materia dei contratti pubblici è altamente specialistica, per cui può risultare quanto mai opportuno un giudizio da parte di esperti della materia, quali sono appunto gli arbitri, ed in particolare il Presidente del Collegio, di regola nominato dalla Camera arbitrale presso l'Autorità di vigilanza (nei casi in cui le parti non abbiano trovato accordo sulla scelta, appunto, del Presidente), il che è garanzia di imparzialità e serietà di giudizio trattandosi di arbitrato amministrato presso la stessa Camera arbitrale.

Sulla base di tali presupposti, pertanto, l'ANCE, nel condividere le principali modifiche apportate dal testo delegato all'art. 241 del Codice dei Contratti, **concorda pienamente sulla prevista abolizione del vigente divieto di ricorso all'arbitrato** (di cui all'art. 3, commi 19-21 della legge 24 dicembre 2007, n. 244) che, peraltro, non risulta mai entrato mai in vigore per effetto di numerose disposizioni di proroga.

Ciò posto, invero, **si esprimono talune perplessità in merito alla disposizione che modifica il comma 20 dell'art. 240**, prevedendo che, nel caso in cui il provvedimento che definisce il giudizio arbitrale o quello ordinario risulti sostanzialmente conforme al contenuto della proposta motivata fatta in esito al procedimento di accordo bonario, la parte vincitrice nel giudizio, che, a suo tempo, aveva rifiutato tale proposta, non ha possibilità di ripetere le spese di

lite e può anche essere condannata al rimborso delle spese alla parte soccombente (ivi compresi i compensi dei componenti della commissione o del mediatore unico) se quest'ultima aveva a sua volta dichiarato di accettare la proposta di accordo (art. 5, comma 1, lett. 1 dello schema di D.lgs).

Infatti, se, da un lato, la ratio della disposizione appare indubbiamente quella di scoraggiare le parti verso iniziative in giudizio (arbitrale od ordinario) inutili o temerarie, dall'altro, la norma in esame rischia di introdurre **una forma di penalizzazione eccessiva ovvero sproporzionata rispetto a tale intento**, in parziale contrasto con uno dei criteri fissati nella legge delega, tra cui la valorizzazione del ricorso all'istituto arbitrale.

Inoltre, poiché il rimedio dell'accordo bonario conserva pur sempre carattere di procedimento amministrativo, una sua incentivazione a detrimento della possibilità di utilizzare il rimedio arbitrale o quello rappresentato dalla giustizia ordinaria potrebbe risultare in contrasto con i principi costituzionali in materia di tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, di cui agli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché in materia di autonomia contrattuale, previsto all'art. 41 della Costituzione, del quale costituisce espressione la possibilità di derogare la giurisdizione per affidarsi ad arbitri.

Infine, la norma non appare condivisibile anche laddove prevede, tra i suoi presupposti, la circostanza che la pronuncia che definisce il giudizio arbitrale o quello ordinario sia "sostanzialmente" conforme al contenuto della proposta di accordo bonario. Infatti, l'indeterminazione di tale espressione finisce per contrastare con i canoni di certezza del diritto, non comprendendosi quale sia il margine di tolleranza che faccia ritenere la pronuncia stessa conforme o meno a quella di definizione del procedimento di accordo bonario.

Per tali ragioni, l'ANCE è dell'avviso che la modifica del comma 20 dell'art. 240 del Codice dei Contratti, prevista nello schema di decreto (art. 5, comma 1, lett. 1) vada soppressa.