

**SCHEMA DI PARERE PROPOSTO DAI RELATORI SULL'ATTO DEL GOVERNO N. 167  
(Pubblicato il 24 febbraio 2010)**

Le Commissioni riunite 2<sup>a</sup> (Giustizia) e 8<sup>a</sup> (Lavori pubblici, comunicazioni), esaminato lo schema di decreto legislativo recante: «Attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti» (Atto del Governo n. 167)

considerato che

- lo schema di decreto legislativo delegato appare, nel suo complesso, rispettoso sia dei principi posti dalla legge delega, sia di quelli contenuti nella cosiddetta direttiva ricorsi:

- appare, in particolare, coerente e condivisibile la scelta di fondo finalizzata ad assicurare una celere ed effettiva tutela giurisdizionale in materia di pubblici appalti nel duplice interesse dei privati e delle stazioni appaltanti, e il punto di mediazione raggiunto tra principio della domanda giurisdizionale (con scelta dei relativi rimedi) e esigenze di contenimento della spesa pubblica che impongono di evitare, finché possibile, che per il medesimo contratto la stazione appaltante debba da un lato corrispondere il prezzo a chi lo esegue e dall'altro il risarcimento per equivalente al ricorrente vittorioso in giudizio;

- in coerenza con il quattordicesimo considerando della direttiva 2007/66/CE, che indica la privazione di effetti del contratto e il subentro in esso dell'avente diritto come strumento privilegiato, in quanto assicura al contempo la tutela del singolo e la tutela dell'interesse generale ad una corretta concorrenza, lo schema di decreto delegato persegue siffatti obiettivi indicando come via privilegiata la privazione di effetti del contratto e il subentro dell'avente titolo;

- si concorda tuttavia con il parere del Consiglio di Stato in ordine all'inopportunità che il decreto delegato prenda posizione sulla cosiddetta pregiudiziale amministrativa (laddove sembra precludere la autonoma domanda risarcitoria) in quanto tale questione è destinata a trovare una soluzione in termini più generali nell'emanando codice del processo amministrativo, rispetto al quale le disposizioni del contenzioso in materia di aggiudicazione degli appalti devono risultare adeguate;

- questione diversa dalla cosiddetta "pregiudiziale" è quella del rapporto tra tutela in forma specifica e per equivalente quando il ricorrente non abbia scelto la sola tutela risarcitoria per equivalente, ma abbia chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione. Per tale ipotesi si condivide la modifica suggerita dal parere del Consiglio di Stato nella parte in cui propone l'inserimento nel Codice di un articolo 245-*quinques* che regola il rapporto tra tutela in forma specifica e per equivalente. Secondo il Consesso amministrativo alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione può essere abbinata, a scelta di parte, quella di conseguire l'aggiudicazione e il contratto; l'accoglimento di tale domanda è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto da parte del giudice. La domanda di annullamento dell'aggiudicazione non accompagnata dalla domanda di conseguire l'aggiudicazione del contratto senza adeguata giustificazione, preclude il risarcimento per equivalente

esprimono parere favorevole con le seguenti osservazioni:

**Art. 2 (termine dilatorio per la stipula del contratto)**

Si prevedono due deroghe all'esecuzione di urgenza durante il periodo di *stand-still*. La prima nel caso di procedura di affidamento per cui è consentito di non procedere alla pubblicazione del bando di gara e la seconda per "i casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è

destinata a soddisfare". Riguardo a quest'ultima, pur non potendosi escludere il rischio di incorrere in eventuali censure a livello comunitario, si ritiene condivisibile la scelta operata dal Governo di prevedere una apposita deroga, perché la sola deroga riconducibile alla procedura negoziata senza bando non è in grado di soddisfare l'esigenza di immediata esecuzione del contratto laddove la medesima esigenza intervenga in fase successiva alla aggiudicazione dello stesso. Peraltro la contestazione a livello comunitario è solo un'eventualità atteso che le situazioni "urgenti" in rapporto al termine sospensivo costituiscono questione ancora "aperta" cui il diritto comunitario non ha dato espressa definizione. Tuttavia tale deroga dovrebbe essere prevista in termini più circostanziati 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.

A tale scopo si propone che all'articolo 2, comma 1, lettera c), dopo la lettera b) sia aggiunta la seguente: "b-bis. se il rispetto del termine previsto dal comma 10 possa arrecare un grave danno all'interesse pubblico, come il disimpegno di risorse comunitarie".

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

Le innovazioni introdotte sono, nel loro complesso, condivisibili. Il livello di particolare dettaglio delle disposizioni è accettabile alla luce dell'esigenza di regole chiare e puntuali in ordine alla delicata fase della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, che costituisce un passaggio essenziale a cui si ancora la piena conoscenza degli atti e il decorso dei termini per la tutela giurisdizionale. Nella filosofia della celebrazione celere del contenzioso, è condivisibile e conforme alla delega anche la disciplina dell'accesso agli atti, in quanto l'accesso è finalizzato alla conoscenza degli atti al fine della tutela giurisdizionale.

La previsione dell'accesso *ex lege* entro dieci giorni dall'invio della comunicazione, che non sembra possa nuocere alle esigenze organizzative delle stazioni appaltanti, si ritiene funzionale al sistema di comunicazioni al fine di consentire la rapidità dei tempi di instaurazione dell'eventuale giudizio.

### **Art. 5 (misure di incentivazione dell'accordo bonario)**

Le disposizioni si ritengono coerenti, nel loro insieme, rispetto alla finalità di incentivare la definizione, mediante accordo bonario, del contenzioso in materia di appalti pubblici relativo alla fase di esecuzione del contratto. Tuttavia si esprimono forti perplessità in ordine all'introduzione della figura del "mediatore unico", individuato dalle disposizioni del decreto legislativo quale soggetto deputato a formulare, in luogo del responsabile del procedimento, la proposta di accordo bonario nei casi in cui la vigente normativa non prevede la costituzione obbligatoria dell'apposita commissione. Sarebbe opportuno infatti che sia valutata l'effettiva "utilità", intesa in senso ampio, di tale nuova figura, anche sotto il profilo dei maggiori costi ad essa connessi, atteso che per l'attività del mediatore è previsto un compenso equivalente a quello spettante al componente della commissione, mentre nella disposizione attualmente vigente non è previsto alcun compenso a fronte dell'espletamento, da parte del responsabile del procedimento, dell'attività di formulazione della proposta motivata di accordo bonario. Al riguardo si evidenzia che l'intento del Governo di ridurre i costi del procedimento attraverso la riduzione, dalla metà ad un terzo, della misura massima dei corrispettivi minimi previsti dalla tariffa allegata al decreto ministeriale 398 del 2000, che si condivide, potrebbe risultare limitata dal costo derivante dal compenso da riconoscere al mediatore.

Altrettante perplessità si esprimono in ordine alla modifica al comma 20 dell'articolo 240 del Codice, in quanto rischia di comprimere eccessivamente le strategie difensive delle parti, laddove prevede che 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.

## **Art. 6 (Disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato)**

Riguardo alle disposizioni in materia di arbitrato, se ne condivide in via generale il contenuto, anche con riferimento al contenimento dei costi di funzionamento del giudizio arbitrale mediante conferma della riduzione dei compensi arbitrali conseguenti all'abbattimento del 50 per cento dei minimi e massimi delle tariffe allegato al decreto ministeriale 398 del 2000, operato dall'articolo 29, comma 1-*quinqüesdecies*, del decreto-legge n. 207 del 2008, convertito con modificazioni dalla legge n. 14 del 2009; peraltro il rinvio esplicito al citato decreto ministeriale 398 del 2000 non sembra limitare all'intervento legislativo le periodiche esigenze di aggiornamento delle tariffe, ai sensi della disposizione dell'articolo 252, comma 7, del Codice che prevede che "Eventuali modifiche, che si rendano necessarie, del decreto ministeriale 2 dicembre 2000, n. 398, quanto all'articolo 10, commi 1, 4, 5 e 6, e all'allegato, sono disposte con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro della giustizia".

Si segnala infine che l'acquisizione dell'efficacia del lodo arbitrale, prevista al momento del deposito dello stesso presso la Camera arbitrale a cura del Collegio, non risulta coerente con la scelta di far decorrere il termine per l'impugnativa del lodo dalla data dell'ultima sottoscrizione. A tale riguardo si suggerisce di far decorrere il termine di impugnazione dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale.

Al fine di garantire trasparenza al giudizio arbitrale, anche come elemento di "moralizzazione" dello stesso, valuti inoltre il Governo di prevederne l'impugnazione, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, e tanto in coerenza con la previsione dell'articolo 829, comma 3, del codice di procedura civile al fine di garantire il controllo successivo in sede giurisdizionale degli esiti del giudizio arbitrale.

Per quanto riguarda le incompatibilità previste nel novellato comma 5 dell'articolo 241 del Codice, si ritiene che le stesse siano idonee a garantire equilibrio ed indipendenza di giudizio.

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

L'articolo è conforme alla delega e alla direttiva ricorsi ed è, nel suo complesso, condivisibile. Riguardo al termine complessivo di 20 giorni assegnato alla stazione appaltante per concludere il procedimento di autotutela, si segnala che il termine del procedimento potrebbe venire a scadenza, con larga frequenza, dopo il termine previsto per la notifica del ricorso giurisdizionale. Fermo restando che la pronuncia della stazione appaltante successiva alla proposizione del ricorso non è di per sé incompatibile con l'instaurazione del giudizio, sul quale verrebbe a produrre i conseguenti effetti (cessazione della materia del contendere ovvero proposizione di motivi aggiunti di ricorso) appare opportuno, al fine di rendere più efficace il meccanismo nella sua finalità deflattiva del contenzioso, che detto termine venga ridotto a non oltre 15 giorni complessivi.

Pur condividendo la dettagliata descrizione del procedimento, atteso che formulazioni troppo generiche lascerebbero le stazioni appaltanti nell'incertezza sul da farsi, o darebbero luogo a prassi operative variegata e differenziata, con il rischio di vanificare del tutto le potenzialità dell'istituto, tuttavia si suggerisce, nei limiti del possibile, una maggiore sintesi e si propongono in ogni caso le seguenti modificazioni, nell'ottica di accorpare alcune fasi procedurali e rendere gli esiti del procedimento coerenti con la disciplina generale dell'autotutela amministrativa:

1) Al comma 6, le attuali lettere b) e c) possono essere unificate come segue:

"b) avvia il procedimento di autotutela e lo conclude tempestivamente"

2) Il comma 8 può essere modificato come segue:

"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."

La previsione è finalizzata a non aprire un contenzioso *ex novo* su un provvedimento che è privo di reale autonomia rispetto agli atti di gara. Tuttavia, una volta che si sia prevista la motivazione del provvedimento, e potendo essa essere anche, in ipotesi, rafforzativa della motivazione degli atti precedenti, non si può escludere a priori l'impugnazione. L'esigenza va allora soddisfatta prevedendo la non autonoma impugnabilità, e la contestazione solo congiuntamente all'atto principale o al più con motivi aggiunti.

**Artt. 8, 9, 11 (Tutela processuale – Ulteriori disposizioni processuali in caso di impugnazione dell'aggiudicazione definitiva - Ulteriori disposizioni processuali in caso di azione volta alla privazione di effetti del contratto già stipulato)**

Le disposizioni degli articoli 8, 9 e 11 delineano un rito speciale in materia di pubblici appalti.

Sulle disposizioni processuali, si impone una considerazione di fondo.

E' in corso di attuazione la delega di cui all'articolo 44, legge n. 69 del 2009, per la codificazione del processo amministrativo.

Le presenti disposizioni processuali sono invece introdotte in attuazione della delega di cui all'articolo 44 della legge n. 80 del 2009.

La delega per il recepimento della direttiva ricorsi (articolo 44, legge n. 80 del 2009) è cronologicamente successiva rispetto alla delega per la codificazione del processo amministrativo (articolo 44, legge n. 69 del 2009), ed è rispetto ad essa speciale, introducendo uno speciale rito processuale rispetto al processo ordinario.

Peraltro, il termine di attuazione della delega successiva scade, per ragioni comunitarie, in data anteriore rispetto alla delega per la codificazione del processo amministrativo.

Allo stato, la delega comunitaria è stata esercitata inserendo il processo speciale sui pubblici appalti all'interno del codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, in sede di esercizio della delega per la codificazione del processo amministrativo, le disposizioni processuali sui pubblici appalti dovranno essere stralciate dal codice dei contratti pubblici per essere inserite nel codice del processo amministrativo.

In tale direzione dà indicazioni anche il parere del Consiglio di Stato reso sullo schema di decreto legislativo in esame.

E' auspicabile, dunque - come già accennato con riguardo anche all'effetto della cosiddetta "pregiudiziale" - che il processo sui pubblici appalti sia coordinato con le linee di fondo del nuovo processo amministrativo e, pertanto, che il testo dell'articolato non contenga disposizioni che possono rinvenirsi, in termini generali, nell'emanando codice del processo amministrativo.

In particolare, possono essere eliminate le disposizioni in materia di riunione dei ricorsi e di regime di impugnazione dei bandi di gara.

E' poi auspicabile che sia unificata la disciplina processuale per l'impugnazione dei bandi e quella per l'impugnazione dell'aggiudicazione, atteso che, sebbene lo *standstill* 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.

Va assicurata la concentrazione nel medesimo processo di tutte le impugnazioni relative agli atti della stessa gara, rendendo obbligatoria la proposizione dei motivi aggiunti secondo l'indicazione data anche dal parere del Consiglio di Stato. Tuttavia, la previsione come obbligatoria dell'impugnazione con motivi aggiunti penalizza le esigenze difensive, atteso che il termine per la proposizione dei motivi aggiunti è fissato in 15 giorni, a fronte dei 30 giorni assegnati per l'impugnazione autonoma. Andrebbe, pertanto, previsto che, in caso di motivi aggiunti avverso atti nuovi, il termine è di 30 giorni, ferma restando l'obbligatorietà dei motivi aggiunti.

Va quindi valutata con attenzione la congruità della scelta operata dal Governo circa la previsione di un processo da celebrarsi in tempi rapidissimi che configura un giudizio da tenersi, se non nella stessa udienza cautelare, in una udienza successiva ravvicinata.

Attenzione va anche posta in relazione alla scelta di disciplinare i tempi dell'incidente cautelare e di quello istruttorio, fissati in modo diverso rispetto al processo ordinario e al rito di cui all'articolo 23-*bis* della legge 6 dicembre 1971, n. 1034.

#### **Art. 10 (privazione di effetti del contratto e sanzioni alternative)**

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, sembra condivisibile. Al riguardo, al comma 9 dell'articolo 10 dello schema di decreto, è previsto che le violazioni meno gravi si riferiscono al caso in cui la violazione dello *stand-still* o del termine sospensivo non ha privato l'interessato della effettiva possibilità di tutela giurisdizionale, e comunque a condizione che tale violazione procedurale si aggiunga ad una violazione sostanziale, cioè ad un vizio proprio dell'aggiudicazione. Si condivide l'opportunità di escludere, sulla base di tale interpretazione della direttiva, la possibilità di sanzionare la stazione appaltante, laddove non siano riscontrabili violazioni sostanziali, per il solo fatto di non aver rispettato lo *stand-still* o il termine sospensivo.

Tuttavia, poiché la direttiva comunitaria si presta anche ad un'interpretazione più rigida, secondo la quale l'applicazione delle sanzioni alternative potrebbe essere prevista nell'ipotesi di violazione dello *stand-still* o del termine sospensivo, anche in assenza di violazioni sostanziali, sempre laddove il ricorrente non sia stato privato delle effettive possibilità di tutela, si dovrà tenere conto, nella valutazione definitiva della disposizione, delle possibili censure sul piano comunitario.

#### **Art. 14 (disposizioni abrogate)**

Le Commissioni prendono atto delle motivazioni addotte dal Governo a giustificazione del mantenimento, in via transitoria, della disposizione di cui all'art. 20, comma 8 del decreto-legge n. 185 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 2 del 2009.

Si condivide l'opzione, adeguatamente circoscritta sul piano temporale, in quanto la speciale disciplina è ancorata ad una eccezionale congiuntura economica sfavorevole preesistente al recepimento della direttiva ricorsi e perdurante tutt'oggi ed è finalizzata alla rapida realizzazione di importanti infrastrutture strategiche per lo sviluppo del Paese.