

Nota dell'Ufficio legislativo

Oggetto: Lo schema di decreto di recepimento della direttiva ricorsi 2007/66

Lo schema di recepimento della direttiva 2007/66 è attualmente sottoposto all'esame delle Commissioni parlamentari e al Consiglio di Stato.

Il provvedimento, emanato in base alla delega contenuta nella legge comunitaria 2008, modifica diverse disposizioni del Codice dei contratti pubblici, intervenendo sulla disciplina dell'accordo bonario, dell'arbitrato e introducendo una forma di "precontenzioso" in sede di gara.

Di seguito si riporta una sintesi dello schema, in attesa che sia adottato in via definitiva al termine dell'iter di esame dei pareri.

L'articolo 1 definisce l'ambito soggettivo di applicazione, in coerenza con quanto stabilito dall'articolo 44, comma 3, della citata legge di delega prevedendo che vengano definite quali «stazioni appaltanti» tutti i soggetti di cui agli articoli. 32 e 207 del decreto legislativo. n. 163/2006 (cosiddetto Codice appalti), nonché ogni altro soggetto tenuto, secondo il diritto comunitario o nazionale, al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica nell'affidamento dei contratti relativi a lavori, servizi o forniture.

L'articolo 2 recepisce, con alcune novelle all'articolo 11 del Codice appalti relativo alle fasi della procedura di affidamento, i principi ed i criteri direttivi recati dall'articolo 44, comma 3, lettere b) ed e) della legge comunitaria 2008, relativi alla fissazione di un termine generale minimo obbligatorio di sospensione tra la comunicazione della aggiudicazione e la stipula del contratto, al fine di permettere un ricorso efficace.

L'articolo 3 recepisce anch'esso, con alcune novelle all'articolo 79 del Codice appalti sulle procedure di informazione relative alle aggiudicazioni, i principi ed i criteri direttivi recati dall'articolo 44, comma 3, lettere b) ed e) della legge comunitaria 2008 in merito a forma, termini e destinatari della comunicazione della aggiudicazione definitiva.

Ai sensi dell'articolo 4, a seguito delle disposizioni introdotte dallo schema di decreto in esame alla procedura di ricorso in materia di aggiudicazione, la parte IV del Codice viene divisa in due distinti Titoli: Titolo I - Strumenti di definizione delle liti diversi dal processo giurisdizionale; Titolo II - Giurisdizione e norme processuali.

Il successivo articolo 5, in attuazione di uno dei principi e criteri direttivi previsti dall'articolo 44, comma 3, lettera m), della legge comunitaria 2008, reca misure volte ad agevolare il ricorso all'accordo bonario, prima di avviare l'arbitrato o il ricorso al Tar. Tali misure si sostanziano prevalentemente: nell'istituzione di una nuova figura, il "mediatore unico", cui viene affidata la procedura di conciliazione; nell'obbligatorietà di ricorrere all'accordo bonario prima di avvalersi dell'arbitrato o adire il giudice ordinario; nella condanna alle spese dell'impresa appaltatrice che aveva rifiutato l'accordo nel caso in cui la successiva sentenza ricalchi la proposta di accordo.

Segnala, in particolare, la lettera b) che sostituisce colui cui spetta la nomina del terzo componente dell'apposita commissione nel caso di mancato accordo. Esso è individuato nell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, al posto del presidente del tribunale del luogo dove è stato stipulato il contratto e svolge le funzioni di presidente.

La successiva lettera *d*) introduce una riduzione dei compensi dei commissari prevedendo che essi vengano determinati nella misura massima di un terzo dei corrispettivi minimi previsti dalla tariffa allegata al decreto ministeriale n. 398/2000, oltre al rimborso delle spese documentate.

L'articolo 6 dà attuazione alla lettera *m*) del comma 3 (nn. 2, 3, 4 e 5) dell'articolo 44 della legge comunitaria 2008 che prevede la razionalizzazione dell'arbitrato secondo i seguenti criteri: considerare l'arbitrato come ordinario rimedio alternativo al giudizio civile; prevedere che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizione della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto; contenere i costi del giudizio arbitrale; prevedere misure che accelerino il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

Il principio sotteso a tali disposizioni è che l'arbitrato costituisce una corsia preferenziale per gli appalti in quanto comporterebbe rilevanti risparmi per le amministrazioni aggiudicatrici andando a abbattere i tempi dei ricorsi.

L'articolo 7 inserisce l'articolo aggiuntivo 243-*bis* al Codice appalti, recante disposizioni volte a recepire i criteri di delega dell'articolo 44, comma 3, lettere *b*) e *d*), della legge comunitaria 2008, volti a: assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal Codice appalti, ancorché non rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, e operare un recepimento unitario della direttiva 2007/66/CE; recepire integralmente l'articolo 1, paragrafo 4, delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, prevedendo, inoltre, che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, con una indicazione sommaria dei relativi motivi, si pronunci valutando se intervenire o meno in autotutela.

L'articolo 13 inserisce l'articolo aggiuntivo 251-*bis* con il quale viene data attuazione ai criteri di delega dell'articolo 44, comma 3, lettera *l*), della legge comunitaria 2008, che prevedono il recepimento degli articoli 3 e 4 della direttiva 89/665/CEE e degli articoli 8 e 12 della direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, relativi rispettivamente al «meccanismo correttore» e all'attuazione della direttiva 2007/66/CE, individuando il Ministero competente e il procedimento.

L'articolo 14 dà attuazione all'articolo 44, comma 3, lettera *c*) e al comma 4 della comunitaria 2008, che dispongono rispettivamente che venga assicurato il coordinamento con il vigente sistema processuale prevedendo le abrogazioni necessarie, nonché che venga fatta salva la disciplina speciale sul contenzioso amministrativo introdotta dall'articolo 20, comma 8, del decreto-legge n. 185/2008 nei limiti temporali ivi previsti.

L'articolo 15 reca l'usuale clausola di invarianza finanziaria, l'obbligo delle amministrazioni interessate di provvedere ai compiti introdotti dallo schema di decreto con le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente.

Nel lasciare la parola al collega della Commissione Giustizia, si riserva di approfondire ogni elemento che emergerà nel corso del dibattito, anche, eventualmente, prevedendo l'audizione dei soggetti interessati all'attuazione del provvedimento, esprimendo comunque, sin d'ora, un giudizio complessivamente favorevole sul provvedimento in esame.

Salvatore TORRISI (PdL), *relatore per II Commissione*, ricorda che lo schema di decreto legislativo recepisce in Italia la «direttiva ricorsi» (2007/66) che impone un periodo di sospensione tra l'aggiudicazione definitiva di una gara di lavori, servizi e forniture e la firma del contratto di

appalto, per permettere a chi si sente leso dalle scelte della PA di presentare un ricorso e provvede ad una riforma complessiva del contenzioso degli appalti.

L'articolo 8 novella l'articolo 245 del Codice appalti, relativo agli strumenti di tutela, sostanzialmente introducendo uno specifico rito per le controversie relative alle procedure di affidamento.

Per quanto concerne i provvedimenti impugnabili, la novella al comma 1 dell'articolo 245 comporta le seguenti specificazioni: con procedure di affidamento si intendono anche le «attività tecnico-amministrative connesse alle procedure stesse»; si deve trattare di procedure pubbliche o comunque poste in essere da «soggetti tenuti al rispetto di procedure o principi di evidenza pubblica»; si può trattare anche di «provvedimenti dell'Autorità», purché connessi alle suddette procedure di affidamento.

Per quanto riguarda, in generale, gli strumenti di tutela, la novella elimina l'alternatività tra ricorso al TAR e ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, consentendo unicamente la prima soluzione.

Inoltre, rispetto alla disciplina vigente, il nuovo comma 1 elimina il rinvio al rito speciale previsto dall'articolo 23-bis della legge sui TAR, prevedendo, con specifiche disposizioni processuali, un rito speciale accelerato *ad hoc*: l'applicazione delle regole ordinarie sul processo amministrativo conserva pertanto carattere residuale ed è subordinata alla compatibilità con le disposizioni speciali dettate dai nuovi commi dell'articolo 245.

L'articolo 9 inserisce nel Codice dei contratti pubblici l'articolo 245-bis, volto a disciplinare l'ipotesi di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, con contestuale domanda cautelare.

La disposizione, in attuazione della direttiva comunitaria, e per evitare che oltre alla procedura di affidamento anche la stipulazione del contratto sia oggetto di contenzioso, precisa che l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva, con contestuale domanda cautelare, impedisce - per un determinato periodo di tempo - alla stazione appaltante di stipulare con il vincitore della gara il relativo contratto (comma 3).

Tale periodo inizia con la notificazione alla stazione appaltante del ricorso e perdura fino alla decisione sulla domanda cautelare in primo grado ovvero - se il tribunale ritiene di poter decidere nel merito già in sede di udienza cautelare - fino alla sentenza di primo grado, e comunque per almeno 20 giorni. La preclusione alla stipulazione del contratto viene meno in caso di rinuncia, anche tacita, alla domanda cautelare.

Il contratto potrà essere stipulato se i suddetti provvedimenti del giudice respingono il ricorso ovvero la domanda cautelare proposti avverso l'aggiudicazione definitiva (comma 5).

La nuova disposizione reca inoltre specifiche regole processuali applicabili al procedimento innanzi al giudice amministrativo che scaturisce da tale impugnazione.

L'articolo 10 inserisce nel Codice dei contratti pubblici l'articolo 245-ter volto a disciplinare gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva.

In primo luogo, il legislatore attribuisce al giudice amministrativo la giurisdizione sul contratto successivo all'aggiudicazione, consentendogli di privarlo di effetti o di comminare sanzioni

alternative (comma 1); in tal modo, si risolve un lungo contrasto tra autorità giudiziaria ordinaria e autorità giudiziaria amministrativa.

In secondo luogo, lo schema di decreto legislativo precisa che ogni qualvolta sia impugnato il provvedimento di aggiudicazione, si intende che il ricorrente miri a sostituirsi all'aggiudicatario e dunque a stipulare il contratto: conseguentemente, se un contratto è stato nel frattempo già stipulato, il ricorso avverso l'aggiudicazione deve essere ritenuto comprensivo della domanda di privazione di effetti del contratto, e ciò a prescindere da un'espressa indicazione del ricorrente (comma 2).

Pertanto, il giudice amministrativo, se conclude per l'annullamento dell'aggiudicazione deve anche decidere se: privare di effetti il contratto eventualmente già stipulato, ovvero accordare il risarcimento per equivalente del danno.

Il comma 3 dell'articolo 245-ter consente, peraltro, al giudice di emanare una sentenza parziale, con la quale annulla l'aggiudicazione e invita la stazione appaltante a valutare l'adozione di conseguenti provvedimenti entro un termine dato. Solo scaduto tale termine il giudice terrà un'ulteriore udienza nella quale si pronuncerà sulla sorte del contratto e sull'eventuale risarcimento, tenendo conto delle valutazioni della stazione appaltante.

La scelta del giudice non è discrezionale in quanto i successivi commi dell'articolo 245-ter individuano una serie di vizi dell'aggiudicazione in presenza dei quali la scelta del giudice diviene vincolata (comma 4). In presenza dei vizi di cui al comma 4, dunque, il giudice deve annullare l'aggiudicazione e disporre la privazione di effetti del contratto, potendo scegliere se (comma 5): il venir meno degli effetti è retroattivo; il venir meno degli effetti è limitato alle prestazioni ancora da eseguire. In questo caso saranno applicate sanzioni alternative di cui ai successivi commi 11 e 12.

L'unica ipotesi in cui, nonostante il ricorrere dei vizi di cui al comma 4, il giudice può evitare di travolgere il contratto, limitandosi ad applicare le sanzioni alternative è enunciata dal comma 6: si tratta dei casi in cui risultino prevalenti «esigenze imperative connesse ad un interesse generale», interesse che può essere soddisfatto solo con la conservazione degli effetti del contratto (lo schema di decreto, peraltro, opera una prima esemplificazione di tali esigenze).

Il comma 8 dell'articolo 245-ter chiarisce il contenuto del cosiddetto avviso volontario per la trasparenza preventiva, la cui pubblicazione consente alla stazione appaltante di evitare la privazione di effetti del contratto nonostante i vizi di cui al comma 4, lettere a) e b).

I commi 11 e 12 dell'articolo 245-ter individuano le sanzioni alternative e dettano una serie di principi per la loro applicazione da parte del giudice amministrativo.

Le sanzioni alternative, che possono trovare applicazione cumulativa o disgiunta, sono di due tipi (comma 12). Sono previste sanzioni pecuniarie: la stazione appaltante può essere condannata a pagare un importo calcolato in proporzione al valore del contratto, pari a minimo lo 0,5 per cento e massimo il 5 per cento del prezzo di aggiudicazione. Sono, altresì, previste sanzioni relative alla durata del contratto: la durata residua del contratto, dal momento della pubblicazione del dispositivo, può essere ridotta da un minimo del 10 per cento ad un massimo del 50 per cento.

Nell'applicare tali sanzioni, il giudice deve verificare che producano effetti dissuasivi, proporzionati al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione (comma 11).

Infine, il comma 13 precisa che l'irrogazione delle sanzioni alternative, così come la privazione di effetti del contratto, non escludono la possibilità di condannare la stazione appaltante al risarcimento dei danni (comma 13).

L'articolo 11 inserisce nel Codice dei contratti pubblici l'articolo 245-*quater*, volto a disciplinare l'ipotesi in cui l'interessato non abbia potuto impugnare tempestivamente (ovvero nei termini fissati dagli articoli precedenti) il provvedimento di aggiudicazione e si sia addivenuti alla stipulazione del contratto.

La disposizione individua ulteriori termini di ricorso (commi 2-4) per i casi tipizzati dal comma 1 (ad esempio: l'aggiudicazione è avvenuta senza che del bando o avviso di gara fosse data la prescritta pubblicità, ovvero è avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti, e tali vizi hanno impedito l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva prima della stipulazione del contratto).

Il comma 5 precisa che i nuovi diversi termini previsti dall'articolo 245-*quater* decorrono comunque dalla piena conoscenza del provvedimento di aggiudicazione ovvero della stipulazione del contratto, se anteriore ai diversi eventi previsti nei commi da 2 a 4.

L'articolo 12 novella l'articolo 246 del Codice dei contratti pubblici, che detta disposizioni specifiche in relazione alle controversie relative alle cosiddette infrastrutture strategiche, prevedendo l'applicazione delle disposizioni processuali inserite nel codice e dettando regole specifiche in merito alla caducazione del contratto conseguente a sospensione o annullamento dell'affidamento.

A.M./u.l. 20.1.2010