

IL CONTENZIOSO NELLA GARA DI APPALTI

Avv. Lumetti

7 marzo 2016

LE FORME ALTERNATIVE AL CONTENZIOSO

NELLA FASE DELL’AFFIDAMENTO:

**A.N.A.C. - ONERI INFORMATIVI -STAND STILL
(SOSTANZIALE E PROCESSUALE).**

NELLA FASE DELL’ESECUZIONE:

**ACCORDO BONARIO, TRANSAZIONE e la novità del
CONSIGLIO CONSULTIVO TECNICO (un nuovo
istituto giuridico di risoluzione stragiudiziale delle
controversie previsto dalla bozza del nuovo codice)**

L'intreccio tra disciplina contrattuale e disciplina pubblicistica spesso causa problemi soprattutto in merito ai vizi del procedimento amministrativo.

La peculiare disciplina pubblicistica contiene una regolamentazione che attribuisce poteri ed è giustificata dall'esigenza di tutelare l'interesse pubblico ed investe la fase di formazione della volontà della PA e la fase della esecuzione del contratto

Direttive UE 2014/24; 2014/25

(che il codice appalti d,lgs. 163/2006

riunifica in un unico corpus)

Le nuove direttive della UE dispongono:

- 1) Semplificazione normativa
- 2) Semplificazione procedimentale (snellezza e flessibilità delle procedure)
- 3) Valorizzazione della trasparenza della qualità della innovazione e la tutela degli interessi ulteriori dell'ambiente e del lavoro
- 4) L'implementazione della autodichiarazione e degli attestati elettronici. Alleggerimento dei requisiti per partecipare alle gare.

Il legislatore europeo presta molta attenzione per gli aspetti qualitativi dell'appalto e privilegia il criterio dell'aggiudicazione dell'offerta economicamente vantaggiosa in cui risulta valorizzato l'elemento qualitativo rispetto a quello del prezzo.

Corte costituzionale

Con la sentenza 401 del 2007 si determina il superamento della concezione contabilistica che qualifica tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse della PA ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale: muta il profilo funzionale dell'evidenza pubblica

L' ANAC

Il precontenzioso presso l'ANAC

L'ANAC (autorità nazionale anticorruzione) ha sostituito l'AVCP (autorità per la vigilanza sui contratti pubblici) in virtù dell'art. 6 della l. n. 114 del 2014.

Com'è noto l'ANAC è una autorità amministrativa indipendente. Le authorities sono **corpi amministrativi dotati di particolari competenze tecniche** predisposti per la cura di settori sensibili e teologicamente orientate a neutralizzare la gestione politica della vita economica e a recuperare un'azione imparziale e tecnicamente adeguata per la tutela dei diritti individuali.

Segue ANAC

L'art. 6 del codice appalti (a proposito ancora dell'AVCP) precisa al comma 4 che l'Autorità è connotata da indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e da autonomia organizzativa.

SEGUE ANAC

L'art. 6 comma 7 del codice dei contratti prevede che su iniziativa della stazione appaltante e/o di una o più delle altre parti, l'Anac possa essere chiamata a svolgere attività di conciliazione esercitando poteri di natura consultiva con funzione deflativa. L'Anac emette infatti pareri non vincolanti in merito a questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione.

ANAC

la stazione appaltante in attesa del parere dell'Anac:

- 1) Deve astenersi dall'adottare atti pregiudizievoli (ossia quelli che possono modificare l'assetto dei rapporti esistenti)
- 2) **NON DEVE** necessariamente sospendere la procedura di gara.

Infatti l'A. dovrà tenere in considerazione la validità temporale delle offerte, la necessità di appaltare al più presto il servizio/forniture (magari nell'ipotesi di impossibilità di attuare una eventuale proroga su un precedente appalto).

IL REGOLAMENTO ANAC (GU N. 212 DEL 12.9.2014

Il regolamento dell'anac precisa che si tratta di un rimedio azionabile nella fase di gara ad istanza di parte (stazione appaltante, operatori economici direttamente interessati, portatori di interessi pubblici o privati costituiti in associazioni o comitati). L'istanza deve contenere l'impegno a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione.

PRESUPPOSTI

è necessario che:

- 1) si tratti di una procedura ad evidenza pubblica o in economia ma la prima ha la precedenza;
- 2) sia insorta una controversia tra le parti interessate,
- 3) che l'istanza sia sottoscritta da una persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente.
- 4) che contenga le informazioni indicate come obbligatorie
- 5) che venga depositata la documentazione prevista da apposito modulo ANAC

Casi di improcedibilità dell'istanza

L'istanza è improcedibile:

- In caso di sopravvenienza di una pronuncia giurisdizionale di 1 grado sulla medesima questione oggetto di parere
- In caso di rinuncia al parere
- In caso di sopravvenuta carenza di interesse delle parti

Segue ANAC. Comunicazione di avvio del procedimento

L'Anac con la comunicazione di avvio del procedimento invita la stazione appaltante a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione.

Il termine di conclusione del procedimento è di 90 giorni dalla presentazione dell'istanza, fatto salvo il periodo necessario per l'acquisizione della documentazione istruttoria

Il parere non vincolante dell'ANAC

Il parere dell' Anac non è vincolante ma se la stazione appaltante decide di procedere in difformità deve motivare in maniera congrua altrimenti in caso di ricorso giurisdizionale il giudice potrà valutare il comportamento ai fini della quantificazione del risarcimento danni

SEGUE ANAC. RIESAME

Il riesame non è ammesso:

-se la questione è già stata definita con parere di precontenzioso;

se sia stata disposta l'archiviazione

Il riesame è ammesso:

- solo quando vengano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto o/e di diritto;

IL NUOVO CODICE E LA RIFORMA DELL' ANAC

Con la riforma prevista nella bozza del nuovo codice l'Anac diventerà una vera e propria magistratura economica.

Com'è noto, Il Consiglio dei ministri ha varato il 3 marzo 2016 il decreto legislativo che riforma il codice degli appalti e recepisce le direttive Ue 23, 24 e 25 del 2014 in materia di concessioni, appalti nei settori ordinari e settori speciali.

Il provvedimento dovrà tornare in Consiglio dei ministri, dopo il parere di Consiglio di Stato, Conferenza Stato-Regioni e due pareri delle commissioni parlamentari competenti, entro il 18 aprile. La novità più rilevante dell'ultimo passaggio è il potenziamento dei poteri dell'ANAC.

Altra novità è costituita dalla riduzione da un milione di euro a 150mila euro della soglia di gara sotto la quale le imprese non sono obbligate ad avere la certificazione Soa per partecipare.

Con la modifica si torna a un sistema generalizzato di qualificazione centralizzato per le imprese e si riduce la discrezionalità che avrebbero avuto nella singola gara le singole stazioni appaltanti, definendo autonomamente criteri per l'ammissione alla gara.

BOZZA CODICE ANAC

Art. 213 (Autorità Nazionale Anticorruzione).

L'articolo attribuisce all'ANAC i poteri di vigilanza e di controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi, al fine di prevenire e contrastare la corruzione. La stessa disposizione riconosce all'ANAC la gestione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, nonché la gestione della banca dati nazionale dei contratti pubblici e del casellario informatico.

Bozza codice ANAC

Infine, è stabilito il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie da parte della stessa ANAC sia nei confronti dei soggetti che rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti sia nei confronti degli operatori economici che non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento. Tale disciplina rafforza il ruolo dell'ANAC rispetto alle vigenti norme.

BOZZA CODICE ANAC

L'articolo 211 **(Pareri di precontenzioso dell'ANAC)** prevede che, su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprima parere relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara. Qualora l'altra parte acconsenta preventivamente, il parere purché adeguatamente motivato, obbliga le parti ad attenersi a quanto in esso stabilito.

Bozza codice principi generali

Il nuovo codice non avrà regolamento generale. Il passaggio alla soft law è affidata in prima battuta a linee-guida varate dallo stesso ministero delle Infrastrutture su proposta dell'Autorità anticorruzione.

Bozza codice LA GOVERNANCE

L'articolo 212 (Indirizzo e coordinamento)

recepisce gli artt. 83, 84, 85 e 86 della direttiva 2014/24/UE; 99, 100, 101 e 102 della direttiva 2014/25/UE; 45 della direttiva 2014/23/UE.

Si prevede l'istituzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri di una Cabina di regia con il compito di: effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del codice; di esaminare le proposte di modifiche normative nella materia di interesse valutandone il relativo impatto sul sistema normativo vigente;

SEGUE BOZZA CODICE GOVERNANCE

-di promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto. Si stabilisce, inoltre, che **la Cabina di regia segnali eventuali specifiche violazioni o problemi sistemici all'ANAC per gli interventi di competenza.**

Entro il 18 aprile 2017 e successivamente ogni tre anni, la Cabina di regia, anche avvalendosi di ANAC, presenta alla Commissione una **relazione di controllo** contenente, se del caso, informazioni sulle cause più frequenti di non corretta applicazione o di incertezza giuridica, compresi possibili problemi strutturali o ricorrenti nell'applicazione delle norme, sul livello di partecipazione delle microimprese e delle PMI.

ONERI INFORMATIVI

Obbligo di informativa art. 243 c.a.

Art. 234 c.a.: i soggetti che intendono proporre ricorso al TAR hanno l'onere di informare le stazioni appaltanti della presunta violazione e della presunta violazione e della propria intenzione di proporre ricorso.

L'informazione deve essere scritta e sottoscritta dall'interessato (è possibile avvalersi di un difensore) e presentata entro 30 giorni della comunicazione che si assume lesiva e fino alla notifica del ricorso giurisdizionale al **RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO**.

Contenuto: sintetica individuazione dei presunti vizi di legittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio. È salva la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi e ulteriori (altrimenti ci sarebbe una limitazione al diritto di difesa).

L'informazione non impedisce:

- 1) l'ulteriore corso del procedimento di gara
- 2) Il decorso del termine dilatorio dello stand still sostanziale
- 3) Il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.

segue

Entro 15 giorni dalla comunicazione la stazione determina e stimola una composizione e stimola una composizione stragiudiziale se:

- 1) Interviene in autotutela (annullamento o modifica)
- 2) Dichiara il non luogo a provvedere (ritenendo non rilevanti i vizi segnalati dal concorrente)
- 3) In caso di inerzia si determina un diniego di autotutela (silenzio rigetto)

Informativa

Il non luogo a provvedere non può essere impugnato autonomamente, ma può essere contestato solo congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti avverso quest'ultimo da proporsi nel termine di 15 giorni.

L'omissione di informativa da parte del concorrente costituisce un comportamento valutabile dal giudice ex 1227 codice civile per la condanna alle spese (concorso del fatto colposo nel giudizio risarcitorio).

L'omesso riscontro all'informativa da parte della stazione appaltante costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della condanna alle spese, del risarcimento del danno e **ai fini della eventuale responsabilità erariale per il dirigente.**

L'istituto è stato introdotto dal d.lgs n. 53/2010 e sostituisce di fatto il ricorso straordinario al P.d.R. che non trova più applicazione (confermato anche dalla bozza del nuovo codice).

Interferenza con l'ANAC

È possibile che interferisca con l'ANAC anche perché il parere dell'ANAC è oneroso con conseguente erosione di spazio del precontenzioso.

STAND STILL PERIOD

L'istituto dello stand still: (direttiva CE 2007/66): impedisce la stipulazione o l'esecuzione del contratto nel caso di proposizione di un ricorso avverso l'aggiudicazione. È termine minimo sospensivo diretto a vietare dopo la decisione di aggiudicazione, la conclusione del contratto per un certo periodo di tempo.

Il codice degli appalti contempla due diverse tipologie di stand still:

L'effetto sospensivo automatico (stand still sostanziale) e la sospensione derivante dalla proposizione di un ricorso giurisdizionale (stand still processuale)

Stand still sostanziale

Lo stand still in senso tecnico è il termine dilatorio *ex lege* tra aggiudicazione e stipulazione (35 gg decorrenza dall'invito dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva).

Ne deriva che amministrazioni non possono stipulare il contratto né tantomeno consentirne l'esecuzione durante i 35 giorni successivi alla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

STAND STILL PROCESSUALE

STAND STILL processuale consiste nell'impedimento alla stipula del contratto derivante dalla proposizione di un ricorso avverso all'aggiudicazione che decorre dalla notifica del ricorso stesso fino alla decisione (cautelare o di merito) del giudice. Il termine è di venti giorni

Finalità del meccanismo

Al momento in cui il giudice è chiamato a pronunciarsi tutto è ancora impregiudicato, essendo la situazione *res adhuc integra*.

Il termine di stand still è stato coordinato con il termine di ricorso giurisdizionale al fine di evitare la stipulazione del contratto in pendenza di giudizio, collegandosi poi alla proposizione del ricorso giurisdizionale un effetto sospensivo automatico, che si riconnette allo stand still sostanziale senza soluzione di continuità.

Stand still processuale

I presupposti dello stand still processuale sono due:

- 1) Uno espresso consistente nell'onere di proporre congiuntamente al ricorso l'istanza cautelare
- 2) L'altro inespresso, per cui il contratto non deve essere stato stipulato e non essere in corso di esecuzione (eventualità che dovrebbe essere scongiurata dal rispetto del termine dilatorio tra aggiudicazione e stipulazione).

La durata della sospensione derivante dallo stand still processuale è fissata in venti giorni dalla proposizione del ricorso

Cessazione dell'effetto sospensivo della stipula del contratto

Cessazione dell'effetto sospensivo della stipula del contratto:

- 1) Il GA si dichiara incompetente ex art. 14 co 3
- 2) Il GA fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari
- 3) Il GA rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare con il consenso delle parti (da intendersi quale implicita rinunzia all'immediato esame della domanda cautelare)

In sintesi: nell'ambito della procedura di affidamento per la selezione della migliore offerta lo stand still si colloca in una fase ben precisa del procedimento.

Se la sequenza è:

aggiudicazione provvisoria – aggiudicazione definitiva (che non equivale ad accettazione dell'offerta)

– aggiudicazione definitiva efficace (dopo la verifica del possesso dei requisiti prescritti).

Momento della procedura in cui si inserisce lo stand still

È proprio in questo momento che si colloca lo stand still, ossia **PRIMA DELLA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO** di appalto o concessione (non prima di 35 giorni dell'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva).

**RIMEDI ALTERNATIVI AL RICORSO
GIURISDIZIONALE ALLE CONTROVERSIE
RELATIVE A DIRITTI SOGGETTIVI
DERIVANTI DALLA ESECUZIONE DEI
CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI SERVIZI
E FORNITURE:
TRANSAZIONE, ACCORDO BONARIO
E CONSIGLIO CONSULTIVO TECNICO: un
nuovo istituto giuridico di risoluzione
stragiudiziale delle controversie**

TRANSAZIONE

È istituito mutuato dall'ordinamento civile. Si tratta del contratto regolato dall'art. 239 c.c. con cui le parti, facendosi reciproche concessioni pongono fine ad una lite in corso o prevengono una futura lite. Se l'importo è maggiore di 100.000 euro è necessario il parere dell'avvocatura pubblica o del funzionario più elevato in grado competente per il contenzioso. È richiesta la forma scritta.

Il ricorso alla transazione è assolutamente libero.

BOZZA CODICE TRANSAZIONE

L'articolo 208 (Transazione), in aderenza al criterio di delega di cui all'articolo 1, comma 1, lettera a), della legge 28 gennaio 2016 n. 11, dispone che le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possano essere risolte mediante transazione, nel rispetto del codice civile, solo ed esclusivamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi. Ove il valore dell'importo oggetto di rinuncia sia superiore a 100.000,00 euro, ovvero 200.000 euro in caso di lavori pubblici, si dispone l'obbligo di acquisire il necessario parere legale, in base alla normativa vigente.

SEGUE BOZZA CODICE TRANSAZIONE

La proposta di transazione può essere formulata dal soggetto aggiudicatario e dal dirigente competente, sentito il RUP. L'articolo 209 (Arbitrato) in aderenza a quanto disposto dal criterio di delega di cui alle lettere pp) e aaa), della legge 28 gennaio 2016, n. 11, prevede che le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario possono essere deferite ad arbitri.

BOZZA CODICE TRANSAZIONE

Aggiunge, altresì, rispetto al disposto dell'articolo 241 del decreto legislativo 10 aprile 2006, n. 163, che l'arbitrato, ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 6 novembre 2012, n. 190, si applica anche alle controversie relative a concessioni, a appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. Il deferimento ad arbitri è sempre subordinato alla preventiva autorizzazione, motivata, da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'arbitrato si svolge esclusivamente secondo quanto previsto dal presente codice. La norma prevede che la stazione appaltante indica nel

ACCORDO BONARIO

Si tratta di un vero e proprio contratto sottoscritto dalle parti ed è disciplinato dall'art. 240 c.a. (lavori, ma anche forniture e servizi ex art. 240 co 22).

È obbligatorio nel caso in cui il responsabile del procedimento appuri l'iscrizione di riserve da parte dell'appaltatore che determinino una variazione considerevole dell'importo stabilito nell'appalto, pari a non meno del 10%.

La commissione composta da tre membri (2 da ogni parte e 1 di nomina comune) adotta una proposta alle parti, sulle quali si dovranno pronunciare. Se le parti assegnano potere di decisione vincolante vi è l'obbligo di conformarsi.

Bozza codice **LA NOVITÀ DEL CONSIGLIO CONSULTIVO TECNICO**: un nuovo istituto giuridico di risoluzione stragiudiziale delle controversie

Art. 207 (Collegio consultivo tecnico) Si introduce un nuovo istituto giuridico in materia di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di affidamento di commesse pubbliche. A tal fine, le parti possono convenire che, prima dell'avvio dell'esecuzione, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'**esecuzione** del contratto stesso. L'articolo definisce, altresì, la relativa procedura per la composizione della controversia.

BOZZA CODICE ACCORDO BONARIO

L'ART. 205 rispetta quanto disposto dal criterio delega di cui all'articolo 1 comma 1 lett. a della l. 28 gennaio 2016 che chiede la razionalizzazione dei metodi alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantendo trasparenza, celerità ed economicità e assicurando il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari.

BOZZA CODICE ACCORDO BONARIO

La disposizione prevede l'applicabilità della fattispecie dell'accordo bonario per il lavori pubblici, affidati da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, ovvero dai concessionari, nel caso in cui, a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili, l'importo economico dell'opera possa variare per un importo compreso tra il 5 e il 15% dell'importo contrattuale e non più per un importo non inferiore al 10 % come disposto dall'art. 240 del codice contratti.

Il procedimento dell'accordo bonario riguarda tutte le riserve iscritte fino al momento dell'avvio del procedimento stesso e può essere reiterato per una volta quando le riserve iscritte, ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate, raggiungano nuovamente l'importo compreso tra il 5 e il 15% nell'ambito comunque di un limite massimo complessivo del 15% dell'importo del contratto.

Le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse.

Prima dell'approvazione del certificato di collaudo ovvero di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione qualunque sia l'importo delle riserve, il responsabile del procedimento attiva l'accordo bonario per la risoluzione delle riserve iscritte.

Il responsabile del procedimento, entro 15 giorni dalla comunicazione, acquisita la relazione riservata del direttore dei lavori e, ove costituito, dall'organo di collaudo, richiede alla Camera arbitrale, l'indicazione di una lista di 5 esperti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto. Il responsabile del procedimento e il soggetto che ha formulato le riserve scelgono d'intesa, nell'ambito della lista, l'esperto incaricato della formulazione della proposta motivata di accordo bonario.

Se la proposta è accettata entro 45 giorni dal ricevimento, l'accordo bonario è realizzato e viene redatto verbale a cura dell'esperto, sottoscritto dalle parti e dall'esperto.

Il verbale è inoltrato alla stazione appaltante per le valutazioni definitive.

L'accordo ha natura di transazione. Sulla somma riconosciuta in sede di accordo bonario sono dovuti gli interessi al tasso legale a decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla accettazione dell'accordo bonario da parte della stazione appaltante. In caso di reiezione della proposta da parte del soggetto che ha formulato le riserve, ovvero di inutile decorso del termine, possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario

Bozza nuovo codice

Art. 206 (Accordo bonario per i servizi e le forniture) l'articolo detta disposizioni in materia di accordo bonario per i servizi e le forniture adattando le disposizioni previste per l'accordo bonario in materia di affidamento di lavori pubblici, in quanto compatibili, ai contratti di fornitura di natura continuativa o periodica, e di servizi