



I mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie presso l'Autorità alla luce del D.Lgs. n. 53/2010 di recepimento della II^a direttiva comunitaria "ricorsi"

Avv. Silvia Pomes



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Agenda

☐ Il cd. "Precontenzioso " dell'AVCP

- l'Istituto;
- il procedimento.

☐ Direttiva Ricorsi e suo recepimento

☐ L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale



Caratteristiche

- ❖ Istituto introdotto dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.
- ❖ È assegnata all'AVCP la funzione di componimento delle controversie sorte **in fase di scelta del contraente**.
- ❖ Funzione di **natura consultiva**, su iniziativa delle parti interessate, su questione in ordine ad una procedura di gara e finalizzata all'emissione di un parere non vincolante.
- ❖ Procedura finalizzata alla deflazione del contenzioso relativo alle procedure di gara; motivazione per la quale l'istituto è definito "**precontenzioso**".



Caratteristiche

L'istituto del precontenzioso per la sua natura di ADR (Alternative Dispute Resolution), presenta diversi vantaggi:

- ❖ deflazione del contenzioso giurisdizionale;
- ❖ contenimento di tempi e costi, in termini di strutture e di risorse umane, che il ricorso giurisdizionale richiede;
- ❖ ottenimento, senza dovere versare alcun corrispettivo aggiuntivo al contributo, di un parere reso dall'Autorità finalizzato a rimuovere e correggere le violazioni lamentate dalle parti in una fase in cui le stesse possono ancora essere*;
- ❖ competenza e terzietà dell'organo emanante il parere.

* In linea con le indicazioni contenute nella Direttiva n. 2007/66/CE che modifica le direttive n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE



Le fonti

L'istituto del precontenzioso è disciplinato da:

- Art. 6, comma 7, lett. n), D.Lgs. n. 163/2006.
- Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 [Testo modificato dalla deliberazione dell'Autorità del 10 gennaio 2008 (Regolamento e formulario sul sito istituzionale: www.avcp.it)].



Le fonti

L'art. 6, comma 7, lett. n), D. Lgs. n. 163/2006 dispone quanto segue:

“su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione”.



Il Procedimento

L'art. 2 del Regolamento identifica i "soggetti richiedenti".

Possono presentare istanza di parere i seguenti soggetti:

- la stazione appaltante, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente;
- l'operatore economico, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente;
- soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente.

L'istanza di parere può essere formulata dai soggetti indicati, singolarmente o congiuntamente.



Il Procedimento

L'art. 3 del Regolamento identifica le “**Istanze non ammissibili**”

Si considerano **non ammissibili** le istanze presentate:

- su una questione riguardante la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- nel caso in cui per la fattispecie oggetto dell'istanza è stato presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria;
- in assenza di una controversia insorta fra le parti interessate;
- da soggetti che non rientrano tra quelli individuati dal precedente articolo 2, comma 2.



Il Procedimento

Contenuto dell'istanza (art. 4 Regolamento)

L'istanza deve **obbligatoriamente** contenere, pena la non ammissibilità, le seguenti informazioni nel rispetto del principio del contraddittorio:

- ☐ intestazione *"istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, n), D.Lgs. n. 163/2006"*;
- ☐ indicazione del/i soggetto/i richiedente/i;
- ☐ eventuale/i soggetto/i controinteressato/i;
- ☐ data dell'aggiudicazione provvisoria (qualora intervenuta);
- ☐ eventuale pendenza di un ricorso innanzi all'autorità giudiziaria;
- ☐ oggetto della gara ed importo a base d'asta;
- ☐ compiuta descrizione della fattispecie cui attiene la controversia;
- ☐ eventuale richiesta di audizione.



Il Procedimento

L'istanza deve obbligatoriamente contenere, pena la **non ammissibilità**, la seguente documentazione:

- ❖ bando di gara;
- ❖ disciplinare di gara;
- ❖ capitolato tecnico;
- ❖ lista delle categorie delle lavorazioni (appalto di lavori);
- ❖ eventuale provvedimento di esclusione;
- ❖ corrispondenza intercorsa fra la stazione appaltante e l'operatore economico;
- ❖ in caso di esclusione, copia dell'eventuale segnalazione del fatto al Casellario informatico;
- ❖ memoria contenente la definizione della questione.



Il Procedimento

L'istanza di parere deve, altresì, contenere le seguenti **dichiarazioni** (art. 4, comma 5, Regolamento):

- ❑ Se l'istanza è formulata dalla stazione appaltante, la stessa deve contenere l'impegno della medesima a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità.
- ❑ Se l'istanza è presentata da un operatore economico, nella lettera di avvio dell'istruttoria l'Autorità invita la stazione appaltante a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità.



Avvio dell'istruttoria (art. 5 Regolamento)

- ❖ L'Ufficio del precontenzioso apre l'istruttoria rendendo noto l'avvio del procedimento ed il nominativo del relativo responsabile, nei confronti:
 - del/i sottoscrittore/i dell'istanza;
 - del/i controinteressato/i chiaramente identificato/i nell'istanza stessa.
- ❖ La comunicazione di avvio del procedimento contiene l'indicazione della data dell'eventuale audizione.
- ❖ L'Ufficio del precontenzioso, ove lo ritenga necessario, con la comunicazione di avvio del procedimento, chiede alle parti interessate ulteriori informazioni e deduzioni sulla questione oggetto dell'istanza.



Il Procedimento

Commissione per la soluzione delle controversie (art. 7 Regolamento)

- ❖ La “Commissione per la soluzione delle controversie” è composta da **due Consiglieri** dell’Autorità, individuati a rotazione, in carica per un periodo di **due mesi**.
 - ❖ La Commissione, alla prima adunanza utile, presenta al Consiglio dell’Autorità lo schema di parere per la soluzione della controversia, per la relativa approvazione.
 - ❖ Il Consiglio dell’Autorità, qualora non concordi con la soluzione individuata dalla Commissione, adotta il proprio parere per la soluzione della controversia.
 - ❖ L’Ufficio del precontenzioso trasmette alle parti interessate il parere della Commissione.
-



Il parere

- Dall'attivazione della procedura su istanza dei “soggetti richiedenti”, consegue la stretta connessione del parere emesso con il *petitum*, per cui lo stesso non può essere riferito a questioni non poste dal o dagli istanti.
- Con il parere l'Autorità formula un'ipotesi di composizione della questione sorta tra le parti in sede di gara, esprimendo il proprio avviso in un atto mancante di “forza impositiva”, ma espressione di un organismo autorevole e specializzato, quale è l'Autorità
- Il parere, per quanto concerne le stazioni appaltanti, in caso di accoglimento dell'impresa, si sostanzia in genere in un invito al riesame dei provvedimenti adottati in relazione alla fattispecie esaminata, sulla base dell'avviso espresso dall'Autorità, contenente anche indicazioni utili per eventuali decisioni in autotutela.

Istanza Stazione
Appaltante

Istanza una o più
Parti

Ufficio precontenzioso
Per mezzo del Responsabile del
procedimento

istruttoria in merito alle ragioni di fatto e di diritto
esposte dall'istante

**Commissione
soluzione
controversie**

Emette parere motivato

Previo **AUDIZIONE**. Relazione finale
dell'Ufficio Precontenzioso con proposta
soluzione

Senza **AUDIZIONE**. Relazione finale
dell'Ufficio Precontenzioso con proposta
soluzione



Le Riforme

- ❑ **Direttiva 2007/66/CE** dell'11/12/2007 (miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici) - c.d. "**Direttiva ricorsi**".
- ❑ **Legge 7 luglio 2009 n. 88**, recante "*disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008*" (articoli 1, 2 e 44) (delega al Governo per l'attuazione della direttiva).
- ❑ **D.Lgs. 20/3/2010 n. 53** recante attuazione della "*Direttiva ricorsi*" e con efficacia a partire dal 27 aprile 2010.
- ❑ **Codice sul processo amministrativo** (in corso di stesura).



Direttiva Ricorsi: punti fondamentali

- 1) Termine dilatorio fra aggiudicazione e stipulazione del contratto;
- 2) Privazione effetti del contratto eventualmente stipulato;
- 3) Limitazione la tutela dei soggetti lesi dalla violazione della disciplina comunitaria di aggiudicazione del contratto al solo risarcimento del danno, con esclusione dell'annullamento dell'atto di affidamento;
- 4) Domanda risarcimento danni subordinata a richiesta di annullamento provvedimenti illegittimi;
- 5) Rafforzamento tutela cautelare.



D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53

Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE

Il decreto di recepimento introduce, formalmente, importanti e numerose modifiche al **Codice dei contratti pubblici**, sia sul piano **sostanziale** e sia quello **processuale**, seppure in una coerente prospettiva unitaria.

Molte delle disposizioni previste, peraltro, sono fin da ora destinate al trasferimento nel **Codice del processo amministrativo**.



Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale - Art. 243 bis Codice dei Contratti

- Nelle materie di cui all'articolo 244, comma 1, i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale **informano** le stazioni appaltanti della presunta violazione e della **intenzione** di proporre un ricorso giurisdizionale.
- L'informazione è fatta mediante **comunicazione che reca una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità** e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio, salva in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale - Art. 243 bis Codice dei Contratti

L'informativa **non impedisce**:

- l'ulteriore corso del procedimento di gara;
- il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto;
- il decorso del termine per la proposizione del ricorso.



Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale - Art. 243 bis Codice dei Contratti

La stazione appaltante, **entro quindici giorni** dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. L'inerzia equivale a diniego di autotutela.

L'omissione della comunicazione di cui al comma 1 e l'inerzia della stazione appaltante costituiscono **comportamenti valutabili**, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, **nonché ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile**.



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Informativa e Precontenzioso

L'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale di cui all'art. 243 bis e il precontenzioso di cui all'art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163/2006, dovranno trovare forme di coordinamento, al fine di poter essere utilizzati efficacemente e nel rispetto delle relative caratteristiche.