



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

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

Avv. Silvia Pomes

## 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](http://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.

## II 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.

## II 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 sottoscritto/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



la Vigilanza  
di Lavori, Servizi  
e Progetti

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

Previa **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, salvo in ogni caso la facoltà di proporre in giudizio motivi diversi o ulteriori.

*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.**

## *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.