

Audizione presso la I Commissione del Senato della Repubblica dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su Atto di Governo n. 212 recante "schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo".

20 maggio 2010

Ringrazio la Presidenza e tutti gli onorevoli componenti della Commissione per l'opportunità concessa all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di esprimere il proprio parere sull'Atto di Governo n. 212 intitolato "schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo".

La *ratio* della novella va rinvenuta in una avvertita necessità di codificazione della materia e, dunque, come tale risponde ad esigenze di unificazione, chiarificazione e coordinamento che molto sono avvertite specie in settori economici che, per la loro stessa natura, richiedono contezza di regole e tempestività di decisioni.

E' ciò che, soprattutto, giustifica la presenza nell'articolato di un intero capo relativo al Rito in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture (Libro IV, Titolo V, Capo II) contenenti le recenti disposizioni introdotte nel Codice dei Contratti (D.lgs 163/2006) dal D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, (di recepimento della cd direttiva ricorsi Direttiva 2007/66/CE), prevedendone pertanto la conseguente riallocazione previa abrogazione - come disposto dall'articolo 4, comma 1, n. 38 dell'Allegato 4, norme di coordinamento e abrogazioni, dello schema di decreto di riordino - (articoli 245, 245 bis, 245 ter, 245 quater, 245 quinquies e 246 del Codice).

Tale operazione razionalizzatrice accoglie le indicazioni espresse dal Consiglio di Stato nel parere Commissione speciale n. 368/2010 sullo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 (c.d. direttiva ricorsi), laddove è stato detto che le disposizioni solo processuali contenute nelle disposizioni di recepimento della direttiva dovessero necessariamente confluire nell'emanando Codice del processo amministrativo.

Sulle medesime disposizioni del decreto Legislativo 53/10, citato, si fa presente che l'Autorità ha avuto modo di fornire il proprio contributo nella Audizione informale innanzi alle Commissioni riunite II (Giustizia) e VIII (Ambiente) della Camera dei Deputati dell'11 febbraio 2010.

In quella sede furono stigmatizzate alcune scelte adottate dal legislatore nazionale nel recepimento delle normative comunitarie, ed oggi, ancora una volta, l'Autorità sente il dovere di segnalarle all'attenzione di questa Commissione.

1.La giurisdizionalizzazione dell'attività amministrativa

Linea guida della nuova legge sulla giustizia amministrativa è dunque il potenziamento dell'attività del giudice amministrativo, espandendo, con criteri di organicità, la sua competenza a interi blocchi di materia.

Assistiamo al rapido sviluppo di un potere giudiziario caratterizzato da una peculiare preminenza e pervasività e da una persino eccessiva minuziosità che finisce per concepire la giurisdizione come sovrapponibile al campo di azione dell'Amministrazione fino a privare questa della sua operatività mediante ritualizzazioni non funzionali.

Ogni potere pubblico esige controlli; ma controlli sostanziali, non esasperatamente formalistici e paralizzanti.

Va certamente confermata in questo contesto la funzione giudiziale, ma la suddetta deve offrire una risposta giurisdizionale all'istanza di giustizia mediante una decisione penetrante, conducente allo scopo e - per quanto consentito dalle regole del giudizio - sostanziale, non espropriare l'Amministrazione delle sue valutazioni e delle sue funzioni, non esautorarla, non invaderla.

Al contrario - come già denunciato dall'Autorità - si assiste ad un'azione giudiziaria che segue passo passo l'azione amministrativa; un'azione che ne doppia il procedimento, che lo interseca, ne rallenta i tempi e ne sconvolge l'andamento.

Si è già avuto modo di sottolineare come il pericolo più grave di questa invasività giudiziaria è quello della sostituzione del giudice all'amministrazione (il noto brocardo francese recita "Juger l'administration c'est encore administrer") e di cui potrebbe essere esempio, se non rettamente inteso, l'articolo 121, comma 2, dell'articolato in esame che rimette al giudice amministrativo l'accertamento del "rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale" che impongono il mantenimento degli effetti del contratto.

Questo aggravarsi di compiti non appare conforme alla volontà, da più parti manifestata, di accelerazione delle procedure, né anzi risponde ad esigenze di riduzione del contenzioso.

Se la giustizia amministrativa non è più rapida, la causa non è da rinvenire esclusivamente nei termini processuali, bensì nel carico di lavoro che grava sui magistrati. In tale stato di cose, l'abbreviazione dei termini e l'aumento del tipo di ricorsi cui è attribuita priorità potrebbero portare a un'affannosa corsa che rischierebbe di provocare l'effetto contrario.

Inoltre il discorso non può attestarsi esclusivamente sul piano dei termini processuali, il fenomeno economico, di cui questo settore delle infrastrutture è espressione, ha bisogno, come ogni fenomeno economico, di certezze e non soltanto di procedure, seppure super - accelerate.

Va ricordato che punto centrale delle disposizioni comunitarie risulta quello di assicurare proprio la certezza dei contratti e, dunque, posticipare la stipula degli stessi ove possibile ad una fase successiva, dopo aver esaminato e risolto le problematiche inerenti l'aggiudicazione.

2. Le problematiche in tema di appalti pubblici

Il mercato

Il settore del mercato nel quale le imprese vengono ad operare, è composto - secondo i dati in possesso dell'Autorità - da 51.021 gare, per un ammontare complessivo posto a base d'asta pari a 79.364 milioni di euro, pari al 6,6% del PIL (dati relativi all'anno 2009).

La domanda complessiva attivata dai contratti pubblici di importo superiore a 150.000 euro nel 2009 è cresciuta del 4,8% rispetto all'anno precedente (in termini assoluti è passata da 75.742 milioni di euro a 79.364 milioni di euro). Tale risultato è dovuto esclusivamente agli appalti afferenti ai Settori Speciali che sono aumentati del 23% (in valore assoluto passati da 16.987 milioni di euro a 20.890 milioni di euro) mentre si è registrata una sostanziale stabilità degli appalti banditi nei Settori Ordinari, ridotti solo dello 0,5% (passati da 58.755 milioni di euro a 58.474 milioni di euro).

La distribuzione dell'ammontare per tipologia di contratto evidenzia che la quota relativa agli appalti di Lavori è circa il 40% (24.021 milioni di euro), quella relativa ai Servizi al 33,5% (20.107 milioni di euro) e quella relativa alle Forniture al 25,7% (15.429 milioni di euro).

Relativamente alla numerosità delle stazioni appaltanti, sono state censite 13.321 amministrazioni che hanno attivato gare nel corso degli anni, localizzate sull'intero territorio nazionale e per lo più di piccole e medie dimensioni.

Per quanto riguarda l'offerta di contratti pubblici, in considerazione dei differenti aspetti che caratterizzano gli appalti rispettivamente di lavori, servizi e forniture, si ritiene opportuno riportare distintamente, con riferimento alle tre tipologie contrattuali, le principali caratteristiche dell'offerta.

In particolare, per i lavori pubblici di importo superiore a €150.000 la normativa prevede la qualificazione obbligatoria delle imprese di costruzione da effettuarsi ex ante ad opera di soggetti privati, denominati Società Organismo di Attestazione (SOA). L'intero sistema di qualificazione è vigilato dall'Autorità che, tra l'altro, autorizza preventivamente le SOA all'esercizio dell'attività di certificazione e ne verifica il permanere dei requisiti nel tempo. Le SOA attive attualmente sono 33, ridottesi nel corso degli anni a seguito dei provvedimenti di revoca emanati dall'Autorità e delle fusioni intervenute tra alcune di esse.

Le imprese qualificate dalle SOA e presenti nel Casellario Informatico dell'Osservatorio sono circa 36.600. Con riferimento alla struttura delle imprese di costruzione qualificate, si rileva che l'offerta potenziale risulta fortemente frammentata tra un numero di imprese per lo più di piccole dimensioni. Infatti, le imprese abilitate a partecipare a gare di importo inferiore ad 1 milione di euro risultano essere il 65,98% del totale.

L'incidenza del contenzioso

Su di un tale mercato i dati dell'Osservatorio che sono presso l'Autorità mostrano che al crescere dell'importo dell'appalto di lavori aumenta il contenzioso, con un'incidenza sul numero totale dei contratti aggiudicati e conclusi entro il 2008 che è di circa il 2% negli appalti di importo compreso tra €150.000 e €500.000 sino ad arrivare al 46% negli appalti di importo superiore a €15.000.000.

In altre parole, negli appalti di importo elevato si registra un contenzioso ogni due contratti. Per quanto riguarda la durata dei lavori, si rileva per tutti gli appalti, un sostanziale ritardo, rispetto ai tempi inizialmente preventivati, di circa l'85%. Questo ritardo risulta essere maggiore dell'11% nei contratti in cui vi si è stato contenzioso.

Inoltre, in presenza di contenzioso, si registra un notevole incremento delle rescissioni contrattuali.

Dunque l'Autorità ha avuto modo di osservare come l'esistenza dell'enorme contenzioso che le procedure di affidamento e di esecuzione delle opere pubbliche sono solite generare, cui si affianca l'ineludibile e pregiudizievole lentezza del sistema giudiziario, gravi pesantemente sul mercato dei contratti pubblici, aumentandone notevolmente i costi, influenzando sui tempi di esecuzione del contratto e, quel che è più rimarchevole, condizionando il modo stesso di essere delle imprese.

È questo un segnale preoccupante dal momento che sembra potersi affermare che lo stesso conformarsi dell'impresa ne viene a soffrire frustrando uno dei principali scopi della concorrenza che è quello di favorire l'innovazione, di industriarsi cioè sull'elemento dell'innovazione sì che da esso possa derivare la migliore offerta.

Invece, l'approdo al quasi immancabile contenzioso, e specie a quello arbitrale, offre un eventuale se non quasi certo salvataggio dall'offerta non congrua.

3. Il limite all'invasività giudiziaria

Si avverte, quindi, il bisogno di una giustizia rapida che consenta alle aziende di poter esigere crediti e pretendere il rispetto dei contratti, senza invadere l'amministrazione.

In questo contesto si colloca la direttiva 2007/66/CE del Parlamento e del Consiglio dell'11.12.2007, cd. Direttiva ricorsi, le cui disposizioni sono state riprese, come detto, dagli articoli da 120 a 125 dell'articolato in esame.

Al riguardo già nelle premesse emerge come le garanzie di trasparenza e di non discriminazione - che costituiscono l'obiettivo delle direttive in materia - dovrebbero essere rafforzate per garantire che la comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

La direttiva 2007/66/CE, invero, indica quale organo di ricorso non necessariamente il giudice nazionale, bensì un organo indipendente, terzo, dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

E ciò corrisponde al sistema Autorità, nel cui ambito possono collocarsi strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie dei contratti pubblici e realizzarsi la presenza di un procedimento assistito da garanzie e che si faccia carico della funzionalità dell'Amministrazione pubblica (articolo 97 Cost.).

All'esame del provvedimento odierno questo aspetto va ribadito ancor più fortemente anche in considerazione della definitiva "processualizzazione" della disciplina dell'inefficacia del contratto e, soprattutto, della regolamentazione delle sanzioni alternative applicabili in alcune delle ipotesi in cui l'annullamento dell'aggiudicazione non determina l'inefficacia del contratto (artt. 121 - 125).

Al riguardo occorre preliminarmente osservare che l'attuale disciplina della materia è invero conforme all'assetto stabilito con l'introduzione nel comma 1 dell'art. 244, del d.lgs. n. 163/2006, della precisazione, suggerita dal Consiglio di Stato nel citato parere, secondo cui la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si estende alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione e alle sanzioni alternative.

Ciò, tuttavia, non impedisce di dubitare della scelta operata *ab origine* dal legislatore nazionale, sia per quanto riguarda l'opzione di collocare il tema della sorte del contratto nell'ambito delle conseguenze processuali dell'annullamento dell'aggiudicazione, finendo per privilegiare l'aspetto processuale, rispetto a quello sostanziale, di un tema così centrale quale l'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, sia per quanto concerne l'affidamento al giudice amministrativo del potere di operare una valutazione di opportunità sulla sorte del contratto e di irrogare le richiamate sanzioni.

Il potere sanzionatorio

Come detto la direttiva ricorsi riconosce tale competenza ad un "organo di ricorso indipendente dall'ente aggiudicatore" e che una simile definizione non comporta univocamente l'identificazione di tale organo in un organo giurisdizionale.

Se a questo dato normativo positivo si aggiungono i forti dubbi in ordine alla compatibilità di questo potere con la funzione giurisdizionale, ecco che assume consistenza l'ipotesi di affidamento di tale funzione ad una autorità indipendente dotata di poteri di vigilanza e controllo sul mercato degli appalti pubblici, nonché di poteri sanzionatori strumentali ai primi, quale l'Autorità.

Sarebbe infatti complementare ai richiamati poteri di vigilanza e controllo, volti a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente nonché delle regole della concorrenza (art. 6, comma 5, d.lgs. n. 163/2006), il potere di sanzionare gli enti aggiudicatori che sono stati riconosciuti responsabili della violazione delle disposizioni poste a presidio di tali principi. Si evidenzia pertanto l'opportunità di rivedere l'attuale assetto che riconosce al giudice amministrativo la giurisdizione sulle sanzioni alternative valutando il ruolo fondamentale che l'Autorità di Vigilanza potrebbe svolgere.

Va da sé, a questo punto, che un siffatto potere sanzionatorio, riconosciuto al giudice amministrativo in un giudizio tra le parti costituisce una aporia sistemica.

Si ritiene necessario invece, al fine di rafforzare la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, proporre di ampliare gli strumenti di intervento a disposizione dell'Autorità, prevedendo, in particolare, il potere di annullare l'aggiudicazione e disporre la privazione di effetti del contratto per le sole ipotesi previste nell'articolo 121 dell' A.G. 212, in esame, vale a dire in caso di omessa pubblicazione del bando o dell'avviso di gara, di procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti o di avvenuta stipulazione del contratto senza rispettare il termine dilatorio di trentacinque giorni o senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva.

In via subordinata, si propone in favore dell'Autorità la legittimazione ad impugnare, davanti agli organi della giustizia amministrativa, per i profili di competenza, gli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti non conformi alla normativa nazionale e comunitaria, anche avvalendosi dell'Avvocatura dello Stato.

L'impugnativa, in questione, verrebbe configurata come estrema ratio nelle ipotesi in cui, nonostante le contestazioni mosse dall'Autorità in un procedimento in contraddittorio, i soggetti su cui la stessa esplica il potere di vigilanza, attribuitole dall'art. 6 del Codice dei contratti, si rifiutassero di modificare gli atti illegittimi in modo conforme alle osservazioni effettuate dall'Autorità.

La suddetta legittimazione potrebbe essere limitata anche alle sole ipotesi previste nell'articolo 121 dell' A.G. 212 sopra riportate.

I casi indicati si prestano particolarmente ad un intervento dell'Autorità nel senso descritto: premesso che le violazioni delle norme sulla pubblicità e sulle procedure che garantiscono a tutti gli operatori l'accesso al mercato, nel rispetto della par condicio, si riflettono in una lesione del principio di concorrenza e considerato che l'Autorità è istituzionalmente preposta alla tutela del richiamato principio, ne discende che alla stessa dovrebbe essere consentito, per ragioni di efficienza, l'impugnazione delle aggiudicazioni intervenute in presenza delle violazioni citate.

Per altro verso, si segnala l'opportunità di modificare l'articolo 245 quater, comma 2, del Codice e il corrispondente articolo 123, comma 1, lettera a, dello schema di decreto di futura approvazione sulle sanzioni alternative applicate dal giudice amministrativo per il caso in cui, nonostante la sussistenza di violazioni accertate, il contratto sia considerato efficace o qualora l'inefficacia sia limitata temporalmente. Si ritiene opportuno estendere l'obbligo di comunicare, a cura della segreteria, la sentenza che applica le sanzioni oltre che al Ministero dell'economia e delle finanze - come attualmente previsto - anche agli uffici di vigilanza dell'Autorità. Si rammenta, infatti, che tra le competenze istituzionali ad essa riconosciute, vi è quella di accertare che "dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario", ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera d) del Codice.

La funzione deflattiva del contenzioso

Del pari fondamentale è la funzione che l'Autorità ha svolto e continua a svolgere nel ruolo di titolare dello strumento conciliativo del tipo alternative dispute resolution (ADR), introdotto sulla base dell'evoluzione della disciplina comunitaria e con la volontà di deflazionare il carico giudiziario, dall'art. 6, comma 7, l. n), del d.lgs. 163/2006, che prevede che l'Autorità, su istanza di una o entrambe le parti, emetta in tempi celeri un parere che rappresenta una proposta di soluzione, non vincolante per le parti, delle controversie insorte nella fase di scelta del contraente.

Nel momento in cui il legislatore nazionale ha introdotto l'istituto, previsto come facoltativo dalla direttiva ricorsi, dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006) - che prevede che l'operatore economico intenzionato a presentare ricorso giurisdizionale inoltri alla stazione appaltante una comunicazione contenente una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio e che la stazione appaltante, nel termine di 20 giorni, adotti, se ritiene opportuno, atti in autotutela o disponga il non luogo a provvedere - non ha attuato il necessario coordinamento con il citato art. 6, comma 7, l. n) del d.lgs. n. 163/2006, che disciplina il procedimento precontenzioso di fronte all'Autorità.

Si è già avuto modo di sottolineare, a tal riguardo, il notevole sviluppo che il precontenzioso ha avuto dalla sua istituzione, i rilevanti effetti deflattivi che sono stati ottenuti, l'elevato numero di casi in cui le stazioni appaltanti si sono adeguate, spontaneamente, al parere e il positivo riscontro ottenuto anche in sede giurisdizionale, avendo il giudice amministrativo condiviso nella maggioranza dei giudizi l'orientamento assunto dall'Autorità.

Per tali motivi, si ribadisce la necessità di sanare la mancanza di coordinamento tra la comunicazione dell'intenzione di proporre ricorso e il precontenzioso attraverso l'introduzione di apposita clausola di salvaguardia ("ferma restando la possibilità di richiedere parere all'Autorità ai sensi dell'art. 6, c. 7, l. n").

I due istituti presentano indubbie caratteristiche distintive, in quanto l'informativa appare ascrivibile alla specie dei ricorsi amministrativi in opposizione, in cui i soggetti coinvolti sono solo due (l'operatore economico e la stazione appaltante), mentre l'istanza rivolta a questa Autorità mira ad ottenere un parere attraverso un procedimento che vede coinvolti l'operatore economico e la stazione appaltante, in reciproca posizione di istante e controparte, nonché l'Autorità stessa, quale soggetto *super partes* con potere decisionale sulla questione controversa rimesso al suo massimo organo: il Consiglio dell'Autorità.

Molto più ampi, inoltre, appaiono i margini per presentare istanza di parere all'Autorità, essendo sufficiente anche un "principio di controversia" sulla base di un semplice scambio di corrispondenza tra le parti, rispetto alle condizioni necessarie per l'informativa, che presuppone logicamente l'adozione di un atto immediatamente lesivo.

Tuttavia, la comune finalità di risolvere in sede "precontenziosa" una controversia tra stazione appaltante e operatore economico relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara comporta che, in presenza di atti idonei a ledere immediatamente l'interesse dell'operatore economico concorrente, i due istituti in argomento possano essere parallelamente utilizzati sulla stessa questione.

In tali circostanze, è evidente che il procedimento di precontenzioso avviato dinnanzi alla Autorità per acquisirne il parere continua a svolgere un'autonoma e specifica funzione in quanto, proprio in considerazione della terzietà ed autorevolezza dell'organo da cui il predetto parere proviene, fornisce le più ampie garanzie in ordine alla correttezza dell'iter logico motivazionale da assumere a base della conseguente decisione di intervenire o meno in autotutela, rimessa comunque alla stazione appaltante, riducendo i margini della possibile successiva impugnativa del provvedimento adottato dalla stazione appaltante sulla base del parere medesimo, con effetto deflattivo dell'eventuale contenzioso.

Il richiesto intervento legislativo di coordinamento tra i due istituti, auspicato da questa Autorità, si rende indispensabile per una interpretazione sistematica che, attribuendo un significato utile alle due citate disposizioni, consenta al contempo agli operatori del settore, pubblici e privati, di chiedere utilmente il parere all'Autorità indipendente di settore istituzionalmente deputata a renderlo e a quest'ultima di esercitare la propria funzione istituzionale di regolazione interpretativa in materia di contratti pubblici in tempi tecnici certamente celeri, ma conciliabili con lo svolgimento di un'adeguata istruttoria procedimentale.

A tal fine appare compatibile con il richiamato sistema normativo e con i principi generali dell'ordinamento ritenere che, qualora il parere richiesto a questa Autorità per oggettive esigenze di approfondimento istruttorio non possa essere reso entro i quindici giorni previsti in capo alla stazione appaltante per l'assunzione della decisione sull'accoglimento o il diniego di autotutela, e la stazione appaltante medesima ritenga comunque di attendere che lo stesso venga emanato per tenerne debitamente conto ai fini della decisione da assumere - purché il parere giunga entro il termine previsto per la proposizione del ricorso giurisdizionale - un siffatto comportamento di attesa, pur traducendosi in un silenzio dell'amministrazione che, ai sensi del citato art. 6 del decreto legislativo di recepimento, equivale a diniego, non può tuttavia qualificarsi puramente e semplicemente come "inerzia", essendo stato legittimamente attivato un procedimento volto ad acquisire un parere autorevole dall'Autorità indipendente istituzionalmente deputata a renderlo.

In caso di ricorso giurisdizionale, pertanto, il comportamento sopra descritto dovrà essere necessariamente oggetto di specifica valutazione da parte del giudice e dovrà essere adeguatamente soppesato, in termini certamente positivi sotto il profilo della diligenza, nel giudizio sulla

responsabilità delle parti, ai fini della decisione sulla condanna al pagamento delle spese processuali e al risarcimento del danno.

Rapporti con l'arbitrato

Il decreto Legislativo 53/10 citato, nel recepire la cd. Direttiva ricorsi, ha novellato il Codice dei contratti con provvedimenti (articoli 4-5) tendenti a un rafforzamento degli strumenti di definizione delle liti alternativi al processo, attraverso, in particolare, misure volte ad agevolare il ricorso all'accordo bonario e la conferma dell'arbitrato, quale sistema preferenziale di risoluzione delle controversie negli appalti pubblici.

L'articolo 12 dello schema di decreto, oggi in esame, richiama e conferma i "rapporti con l'arbitrato" enunciando il principio della possibilità del ricorso all'istituto in alternativa al giudice amministrativo, per controversie concernenti diritti soggettivi.

L'Autorità ha avuto modo di rilevare la "rinascita" di un istituto che, come noto, negli ultimi anni aveva vissuto alterne vicende.

In occasione, infatti, della citata Audizione sul decreto legislativo 53/10 e, recentemente, in occasione della audizione presso la Commissione I della Camera dei Deputati su "indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti", è stato già illustrato che le controversie di maggior valore sono state nella gran parte dei casi decise da collegi arbitrali "liberi" anziché in arbitrati amministrati. I dati elaborati dall'Autorità nel corso degli anni hanno mostrato un maggior costo complessivo delle opere pari al 30%, come conseguenza del contenzioso.

Per quanto riguarda l'anno concluso, il 2009, i lodi adottati ammontano a 175: in esito a procedure amministrative sono stati 39, mentre i lodi depositati in esito ad arbitrati liberi sono stati 136. Da una analisi compiuta su un campione di 60 procedure arbitrali concluse nel medesimo anno l'Autorità ha rilevato, che le controversie di maggior valore sono state nella gran parte dei casi decise da collegi arbitrali "liberi" anziché in arbitrati amministrati.

L'entità delle singole controversie è oscillata da un minimo di €77.000,00 ad un massimo di € 10.000.000,00 negli arbitrati amministrati, mentre negli arbitrati liberi è oscillata da un minimo di € 25.422,00 ad un massimo di €280.000.000,00.

Per quanto riguarda la soccombenza, la percentuale di soccombenza delle stazioni appaltanti per le spese di funzionamento del collegio è risultata del 66,67% e l'entità della condanna nel merito delle Stazioni appaltanti, esclusi i compensi agli arbitri, le spese legali, CTU e generali ammonta ad € 111.655.319,00. Sempre da questo campione emerge che la percentuale media della condanna nel merito delle stazioni appaltanti è risultata pari al 31,88% così determinando l'entità della condanna generale delle ad €115.407.675,00.

Infine, la durata degli arbitrati liberi è in media doppia di quella degli arbitrati amministrati.

Sui compensi degli arbitri l'Autorità aveva suggerito di promuovere una riduzione della spesa mediante riconduzione di tutte le procedure sotto l'egida della Camera arbitrale per i contratti pubblici. La nuova previsione del d.lvo. 53/10 ora vede un tetto massimo complessivo di 100mila euro a collegio.

L'analisi da parte dell'Autorità dei dati illustrati è possibile in ragione della sussistenza, a vigente normativa, dell'obbligo del deposito presso la Camera arbitrale del lodo, sia per gli arbitrati amministrati che liberi.

Ciò ha indotto l'Autorità a ribadire - manifestando in tal modo avviso contrario a quello espresso dal Consiglio di Stato nel proprio parere - la necessità della norma che prevede che il lodo si ha pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici.

La disposizione attuale, come detto, prevede ancora il deposito del lodo presso la Camera Arbitrale ed al riguardo non si può non ritenere che una tale disciplina sia da apprezzare e non costituisca una cesura rispetto alla disciplina generale dell'art. 824 bis c.p.c. tale da porre in dubbio la natura "giurisdizionale" del lodo pronunciato in materia di contratti pubblici.

La natura pubblica di una delle parti, l'importanza economica e sociale spesso rivestita dai lodi, nonché esigenze di tipo conoscitivo del fenomeno arbitrale sul territorio nazionale, già perseguite con l'istituzione stessa della Camera Arbitrale, fanno sì che la scelta del legislatore sia pienamente condivisibile. Il deposito presso la camera arbitrale, peraltro, assicura alle parti una migliore conoscibilità e facilità nel computo dei termini.

In più sedi e nelle citate Audizioni, l'Autorità aveva chiesto una riflessione sull'opportunità di razionalizzare e rafforzare il "doppio binario" - giudiziario e stragiudiziale-, rendendo più completo e solido il secondo e stabilendo, ove necessario, delle nuove norme di coordinamento fra i due.

In particolare, le proposte in più sedi avanzate dall'Autorità riguardano: l'introduzione, per determinati tipi di contratto o per determinati tipi di progetti, dell'obbligo per le parti (Amministrazione ed impresa) di adire in prima istanza l'Autorità, conferendo ad essa il potere di emettere una decisione vincolante (ex art. 6, comma 7, lett. n) del Codice, ovviamente da modificare) circa le controversie insorte prima dell'aggiudicazione definitiva, nel rispetto del principio del contraddittorio; la decisione avrebbe dovuto essere assunta entro un termine breve, durante il quale doveva essere disposta la sospensione della possibilità di stipulare il contratto; le parti avrebbero potuto, comunque, adire la giustizia amministrativa avverso tale decisione; la soppressione dell'obbligo del versamento dell'acconto per l'avvio dell'arbitrato amministrato; la diversa composizione dell'organo arbitrale secondo l'entità o la complessità della controversia, dalla previsione di un solo arbitro (da nominarsi ovviamente dalla Camera arbitrale) per le controversie di modesta entità, sino a prevedere una composizione di cinque membri per gli arbitrati più complessi, non escludendo la presenza di tecnici nello stesso collegio; una nuova disciplina della Camera arbitrale sempre garantita nella sua autonomia come struttura dell'Autorità, ma chiamando a far parte di essa, oltre che rappresentanti delle istituzioni, i rappresentanti degli altri interessi in gioco, sia pubblici (si pensi al Ministero dell'Economia, alle Regioni, agli Enti locali), sia privati (si pensi ai vari protagonisti dei mercati interessati).

4. La competenza del Giudice Amministrativo su i provvedimenti dell'AVCP

Con riferimento alle disposizioni inerenti la competenza territoriale del giudice amministrativo di primo grado, va rilevata una differenza di trattamento tra l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici e alcune altre Autorità.

Viene individuata, infatti, una competenza inderogabile del Tribunale Amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma, per le controversie aventi ad oggetto i provvedimenti dell'Antitrust e dell'Agcom, e, in parte, per alcuni atti di altre Autorità (art. 135). Per i provvedimenti adottati dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si applicano il disposto del primo comma dell'art. 121 - che affida al tribunale amministrativo territorialmente competente la giurisdizione sui provvedimenti inerenti i contratti pubblici e "i connessi provvedimenti dell'Autorità" - e, nel resto, le disposizioni generali sulla competenza territoriale dei TAR (art. 13).

La *ratio* della prima disposizione è da rintracciarsi, effettivamente, nella pleoricità delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, precedentemente illustrata, e, dunque, troverebbe una sua giustificazione in un ottica di economicità ed efficienza del sistema.

La competenza generale del TAR del luogo ove è stato adottato il provvedimento (nel caso di specie il TAR del Lazio) varrebbe, invece, per i provvedimenti a valenza generale, quali le determine, adottate dal Consiglio dell'Autorità.

Sebbene, infatti, le stesse siano da ascrivere al *genus* di atti aventi contenuto generale o semplicemente di indirizzo, dunque, senza alcuna valenza coercitiva, nei rari casi in cui si verificasse l'insorgere di un interesse all'impugnazione, dovrebbe applicarsi il citato art. 13.

Al medesimo giudice, infine, verrebbe affidata la competenza sui provvedimenti sanzionatori irrogati dal citato Consiglio ai sensi dell'art. 6, comma 11, del Codice dei contratti.

In questi casi, si potrebbe valutare l'opportunità di indicare espressamente nel provvedimento la competenza inderogabile del Tar Lazio, come per le altre citate Autorità, non per una esigenza di parificazione ma per una mera esigenza di chiarezza normativa.

5.L'applicazione della riforma alle concessioni di servizi

Come previsto dalla legge delega, nell'intento di "assicurare un quadro processuale omogeneo per tutti i contratti contemplati dal citato codice" (cfr. articolo 44, terzo comma, lett. b) della legge 7 luglio 2009, n. 88), l'ambito di applicazione della riforma è sensibilmente più ampio di quello previsto dalla direttiva ricorsi, dal momento che il nuovo rito riguarda anche i contratti di valore inferiore alla soglia comunitaria e le concessioni di servizi. Per queste ultime, l'articolo 30, comma 7 del Codice richiama espressamente le disposizioni sul contenzioso di cui alla parte IV e, quindi, tutte le norme introdotte dal decreto n. 53/2010.

Tuttavia, il rinvio, anche in vista della prossima abrogazione degli articoli 245, 245 bis, 245 ter, 245 quater, 245 quinquies e 246 (che sarà disposta dall'articolo 4, comma 1, n. 38) dell'Allegato 4, norme di coordinamento e abrogazioni, dello schema di decreto di riordino), non è esente da profili di criticità che riguardano sia l'applicazione immediata della parte IV del Codice alle concessioni di servizi sia il regime processuale successivo all'approvazione dello schema di decreto.

Sotto il primo profilo, una prima questione concerne l'individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso. Sulla base dell'articolo 245, comma 2 quinquies del Codice (e del corrispondente articolo 120, comma 6, lettera a) dello schema di decreto), infatti, il termine per la notificazione del ricorso e per la proposizione di motivi aggiunti avverso atti diversi da quelli già impugnati decorre dalla ricezione della relativa comunicazione ai sensi dell'articolo 79 del Codice.

Quest'ultimo articolo, tuttavia, non trova applicazione alle concessioni di servizi: da ciò dovrebbe conseguire che l'individuazione del dies a quo per la proposizione del ricorso vada operata alla stregua delle ordinarie regole contenute nell'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge TAR) e, in vista dell'approvazione, nell'articolo 41, comma 2 dello schema di decreto. Il termine, quindi, decorrerà dalla notifica o, comunque, dalla piena conoscenza dell'atto, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, della legge TAR e, a seguito dell'approvazione dello schema di decreto, entro 30 giorni dalla notificazione, comunicazione o piena conoscenza (articolo 41 dello schema di decreto).

Un secondo importante profilo riguarda l'applicabilità alle concessioni di servizi del termine dilatorio di cui all'articolo 11, comma 10 del Codice. Come noto, l'articolo 30 del Codice nulla dispone in merito. Tuttavia, alcune disposizioni della parte IV del Codice presuppongono il rispetto dello stand still period. Si pensi, ad esempio, alla previsione di inefficacia del contratto ex art. 245 bis comma 1, lettera c) in caso di mancato rispetto del termine dilatorio. Considerazioni non dissimili valgono anche per l'applicabilità alle concessioni di servizi di altre disposizioni introdotte nei menzionati articoli del Codice ma di futura abrogazione (quale, ad esempio, la previsione della competenza inderogabile dei tribunali amministrativi regionali).

Per altro verso, in vista della futura abrogazione delle disposizioni citate ad opera del decreto di riordino del processo amministrativo, è necessario chiarire se per le concessioni di servizi torni ad applicarsi l'ordinario regime di annullamento degli atti amministrativi o resti fermo il rito speciale. Si pensi, ad esempio, al termine per la proposizione del ricorso che, nel primo caso, sarebbe quello abbreviato di 30 giorni e, nel secondo, quello ordinario di 60 giorni ai sensi dell'articolo 21 legge TAR e dell'articolo 29 dello schema di decreto.

6.L'improponibilità del ricorso ex articolo 245, comma 2 del Codice

L'articolo 245 (strumenti di tutela), comma 2, prevede che, nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, "il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando". Se sono omessi gli avvisi o le informazioni oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, "il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto". Identica previsione è contenuta nel comma 2 dell'articolo 120 dello schema di decreto.

La portata della previsione, la cui ratio risiede nel condivisibile intento di garantire stabilità ai rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, appare tuttavia eccessivamente ampia, giacché essa consente un sostanziale consolidamento di una gravissima situazione di illegittimità, salvo l'esercizio dei poteri di autotutela.

Le due opposte esigenze (certezza e rispetto delle procedure previste dal Codice) potrebbero essere temperate prevedendo la salvezza del rapporto contrattuale nell'ambito di un giudizio di natura esclusivamente risarcitoria. Anche in tal caso, dovrebbe essere prevista l'autonoma *legitmatio ad causam* dell'Autorità.

In alternativa al ricorso giurisdizionale, nell'ipotesi in discussione, si potrebbe prevedere la possibilità di segnalazione all'Autorità da parte di chiunque vi abbia interesse ed entro un termine decorrente dall'effettiva conoscenza dell'atto lesivo, con conseguente apertura di un procedimento sanzionatorio.

Quest'ultimo sarebbe volto ad accertare la sussistenza di un pregiudizio per il pubblico erario, ai sensi del citato articolo 6, comma 7, lettera d) del Codice e, salvo il contratto medio tempore stipulato, all'irrogazione di sanzioni pecuniarie a carico della stazione appaltante, unitamente al deferimento alla Corte dei conti per i provvedimenti di competenza.

La sanzione pecuniaria potrebbe essere stabilita in percentuale al valore del contratto sulla scorta di quanto previsto dall'articolo 245 quater del Codice e dall'articolo 123 dello schema di decreto, di futura approvazione, per il caso in cui, nonostante le violazioni accertate in sede di giudizio amministrativo, il contratto sia considerato efficace o qualora l'inefficacia sia limitata temporalmente.

Luigi Giampaolino