

Consulenza Legale Appalti

# La disciplina del precontenzioso e le novità introdotte dall'Avcp

Ok al regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi del DL 163

**Claudio Guccione**

Avvocato

Fondatore di P&I - Studio Legale Guccione & Associati

**I**l Consiglio dell'Avcp ha approvato lo scorso 24 febbraio il nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, pubblicato in GU n. 54 del 6 marzo 2014 ed entrato in vigore il 7 marzo 2014.

Come di seguito si evidenzierà, attraverso il nuovo regolamento che disciplina la richiesta di pareri di precontenzioso, l'Autorità ha introdotto alcune novità al fine precipuo di ridurre, o quantomeno tentare di diminuire, i tempi del contenzioso in materia di appalti, rafforzando ed estendendo l'area delle proprie competenze c.d. paragiurisdizionali.

## L'ambito soggettivo di applicazione

Il nuovo regolamento continua a prevedere, come il precedente del 24 aprile 2013, pubblicato nella GU n. 106 dell'8/5/2013, che il procedimento abbia inizio su istanza di parte, ma la prima novità rilevante riguarda l'ampliamento dei soggetti legittimati a richiedere il parere. Oltre alle sta-

zioni appaltanti e all'operatore economico, infatti, possono ora rivolgersi all'Autorità anche i soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente.

L'istanza presentata dall'amministrazione o dall'impresa è ammissibile se - precisa il regolamento - il richiedente ha partecipato alla procedura di scelta del contraente, ad eccezione dei casi in cui l'istanza provenga dai soggetti o dagli enti esponenziali di interessi diffusi ovvero quelle richieste che abbiano ad oggetto clausole ostative alla partecipazione.

Ai fini dell'ammissibilità della domanda proposta all'Autorità dalle associazioni o comitati portatori di interessi diffusi, occorre che il richiedente precisi il grado di rappresentatività dell'ente rispetto all'interesse specifico che vuole tutelare, desumibile dallo Statuto e l'univoca conformità degli interessi individuali degli iscritti a quello a tutela del quale l'associazione agisce. Allo stesso modo di quanto disponeva il precedente regolamento, l'istanza può essere presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più parti interessate ovvero singolarmente da ognuno dei soggetti autorizzati.

Qualora la domanda di parere sia presentata congiuntamente, l'Autorità rilascia il parere relativamente a questioni concernenti gli affidamenti sotto soglia comunitaria e sopra soglia comunitaria insorte durante lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica di cui al Codice degli Appalti. Quando l'istanza è presentata singolarmente, l'Autorità valuta la rilevanza della stessa ai fini dell'emanazione del parere, sulla base dei criteri ponderali indicati all'art. 7 del nuovo regolamento: (i) la presentazione dell'istanza da parte di una stazione appaltante; (ii) il carattere di novità e complessità della questione di diritto sottoposta all'Autorità e la possibilità di incidenza della stessa su future procedure ad evidenza pubblica; (iii) il valore economico e sociale della controversia.

## Intervento facoltativo nel procedimento

Il nuovo regolamento prevede per qualunque soggetto portatore di interessi pubblici o privati la facoltà di intervento in un procedimento avviato purché l'intervento sia strettamente correlato alla richiesta di parere o alle memorie eventualmente depositate dalla controparte. Alle medesime condizioni possono intervenire anche i soggetti portatori di interessi diffusi costituiti in as-

sozzioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento. Gli intervenuti così individuati hanno, inoltre, diritto di prendere visione degli atti del procedimento, nonché di presentare memorie scritte e documenti. L'intervento può essere esercitato entro e non oltre 15 giorni dal deposito di eventuali memorie di replica, di cui all'art. 8 del nuovo regolamento.

## Le istanze ammissibili

Secondo l'Autorità non sono ammissibili le richieste di parere di precontenzioso da parte di soggetti diversi da quelli indicati dal nuovo regolamento; le domande poste su questioni che non sono oggetto di una controversia insorta fra le parti durante lo svolgimento di una procedura di evidenza pubblica di cui al Codice degli Contratti Pubblici; né quelle che non presentano tutti gli elementi che il nuovo regolamento indica all'art. 5, comma 2 come necessari a pena di inammissibilità dell'istanza. Parimenti inammissibili sono le istanze che non sono correttamente compilate, o non sono sottoscritte dalla persona fisica legittimata ad esprimere all'esterno la volontà del soggetto richiedente. La novità più rilevante introdotta nel nuovo regolamento riguarda la possibilità, prima preclusa, per i soggetti legittimati di presentare l'istanza all'Autorità anche dopo l'aggiudicazione definitiva, nonché su iniziativa congiunta della stazione appaltante e dell'esecutore del contratto su questioni insorte dopo la stipulazione del contratto medesimo. Infatti, l'art. 4, comma 3 del nuovo regolamento prescrive letteralmente che per i soggetti di cui all'art. 2, comma 3, l'istanza è ammissibile anche dopo l'aggiudicazione definitiva. Inoltre, il nuovo regolamento all'art. 13 dispone che, su iniziativa della stazione appaltante e dell'esecutore, l'Autorità esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte dopo la stipulazione del contratto, secondo il procedimento prescritto.

In altre parole, le nuove disposizioni contemplano la possibilità per le stazioni appaltanti e le imprese di rivolgersi all'Autorità anche "a lavori in corso" e per tentare di risolvere in sede di precontenzioso conflitti "nati in cantiere", estendendo, così, l'ambito della funzione "paragiurisdizionale" dell'organo.

Invero, i pareri resi dall'Autorità non sono vincolanti, essendo rimessa alla volontà delle parti la loro applicazione allo specifico caso concreto. Tuttavia, nella maggioranza dei casi essi rappresentano una ipotesi concreta di soluzione in sede di precontenzioso, peraltro completamente gratuita, alternativa rispetto al ricorso giudiziario o alla via stragiudiziale dell'arbitrato.



L'avvocato Claudio Guccione è referente scientifico dell'Executive Master in Management delle Imprese di Costruzione della LUISS Business School (claudio.guccione@peilex.com)



## Presentazione e contenuti dell'istanza

L'istanza deve essere presentata all'Autorità tramite la compilazione dell'apposito modello allegato al nuovo regolamento e, quindi, trasmessa all'Ufficio del Preconvenzioso tramite fax, raccomandata del servizio postale o posta elettronica certificata ai sensi della normativa vigente. La domanda deve contenere, a pena di inammissibilità, (i) l'intestazione riportante la dicitura "Istan-

za di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del D. Lgs. n. 163/2006"; (ii) l'indicazione del soggetto richiedente; (iii) l'eventuale soggetto controinteressato; (iv) l'oggetto della gara e importo a base d'asta; (v) la chiara esposizione delle ragioni di fatto e di diritto da cui trae origine la questione sottoposta all'Autorità.

All'istanza deve, altresì, essere allegata, a pena di improcedibilità, la seguente documentazione: il bando di gara,

il disciplinare di gara, il capitolato tecnico, la lista delle categorie delle lavorazioni (appalto di lavori), l'eventuale provvedimento di esclusione, la corrispondenza intercorsa fra la stazione appaltante e l'operatore economico, memoria contenente la definizione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità e rappresentazione delle rispettive posizioni delle parti interessate.

In caso di esclusione, occorre allegare anche la copia dell'eventuale segnalazione del fatto al Casellario informatico. La stazione appaltante che presenta istanza, congiuntamente o disgiuntamente, deve indicare nella domanda il proprio impegno a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità. Quando l'istanza è presentata da una parte diversa dalla stazione appaltante, con la comunicazione di avvio del procedimento, l'Autorità formula alla medesima stazione appaltante l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità. Peraltro, l'istanza diviene improcedibile in caso di sopravvenienza di una qualunque pronuncia giurisdizionale emessa in primo grado: tale previsione rappresenta un'altra novità introdotta dal nuovo regolamento.

## Istruttoria

Nel caso in cui la stazione appaltante presenti l'istanza congiuntamente con una o più parti interessate, l'Ufficio del Preconvenzioso apre il relativo procedimento, dandone formale comunicazione al sottoscrittore (o ai sottoscrittori) dell'istanza e al controinteressato (o ai controinteressati) chiaramente identificati nella medesima istanza. La comunicazione contiene il nominativo del responsabile del procedimento e l'eventuale data fissata per l'audizione, di cui all'articolo 9 del nuovo regolamento.

L'Autorità, ove lo ritenga opportuno, con la comunicazione di avvio del procedimento chiede alle parti interessate ulteriori informazioni e deduzioni sulla questione oggetto dell'istanza, fissando il termine di dieci giorni dalla data di ricezione della comunicazione per la presentazione delle stesse.

In caso di mancata partecipazione al contraddittorio orale o documentale di una delle parti interessate, l'Autorità valuterà la questione sulla base degli elementi di fatto in suo possesso.

## Il contraddittorio

Tra le novità previste dal nuovo regolamento, vi è sicuramente anche la previsione della possibilità, per le parti, di presentare memorie e documenti o eventuali memorie di replica, tesa a garantire l'effettivo contraddittorio e collaborazione tra le parti. Infatti, l'art. 8 della nuova disciplina prescrive che entro il termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione della comunicazione di avvio del procedimento le parti hanno facoltà di depositare memorie e documenti, secondo le modalità indicate nella lettera di avvio del procedimento. Entro i successivi dieci giorni dal deposito delle memorie di cui al comma 1, è ammessa la presentazione di memorie di replica. Inoltre, sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite, l'Autorità valuta la necessità di procedere ad audizione delle parti interessate previa apposita richiesta contenuta nell'istanza. L'audizione, di cui viene effettuata

registrazione vocale con valenza di verbale, è effettuata entro dieci giorni dalla data di avvio del procedimento. Essa ha luogo presso l'Autorità, alla presenza di un rappresentante della stessa e di tutte le parti interessate.

### Termine di conclusione del procedimento

Come precisato all'art. 10, comma 1 del nuovo regolamento, la decisione dell'Autorità sulla questione oggetto della controversia è denominata "Parere ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163". Esso viene redatto sulla base della documentazione e delle informazioni acquisite e, una volta approvato dal Consiglio dell'Autorità, viene trasmesso alle parti interessate. Nel caso in cui le istanze presentate siano inammissibili o improcedibili, ai sensi dell'art. 4 e dell'art. 5, comma 3, del nuovo regolamento, o risultino irrilevanti ai fini dell'emanazione del parere dell'Autorità, ai sensi dell'art. 7, le stesse saranno archiviate e delle archiviazioni disposte viene data comunicazione ai richiedenti.

In ogni caso l'Autorità si riserva la facoltà di esercitare i poteri di cui all'art. 6, commi 9 (richiesta di documenti informazioni, ispezioni, etc...) e 11 (sanzioni amministrative), D.Lgs. 163/2006 e ss. mm. ii e di svolgere ulteriori attività nell'esercizio dei predetti poteri di vigilanza. Da ultimo, novità rilevante inserita nel nuovo regolamento è la previsione di un termine di conclusione del procedimento fissato, ai sensi dell'art. 2, comma 5, della L. n. 241/1990, in complessivi 90 giorni dalla data di comunicazione dell'avvio del procedimento, fatta salva la sospensione per gli adempimenti di deposito e scambio di documenti e memorie, di cui all'art. 8 del medesimo regolamento.

### Pubblicità

Il parere approvato dal Consiglio viene trasmesso all'Ufficio Comunicazione per la sua pubblicazione nel sito intranet ed internet dell'Autorità, ad accesso generalizzato. L'Autorità, anche su motivata segnalazione di una delle parti interessate, può decidere di non rendere pubblici taluni dati personali delle parti.



### Istanza di riesame

Non sono ammissibili le istanze aventi ad oggetto il riesame di una questione controversa già decisa dall'Autorità con parere emesso ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del Decreto Legislativo 12 Aprile 2006 n. 163

o per la quale l'Ufficio ha disposto l'archiviazione ai sensi dell'art. 10, comma 3, se non per nell'ipotesi in cui vengano dedotte e documentate sopravvenute ragioni di fatto o di diritto. In questo ultimo caso si applicano le disposizioni del nuovo Regolamento per quanto compatibili. ■■

## OSSERVATORIO NORMATIVO

- Decreto del 15 gennaio 2014 "Modifiche alla parte I dell'allegato IV, alla parte quinta del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante: "Norme in materia ambientale", (14A00736) pubblicato in GU Serie Generale n. 33 del 10 febbraio 2014 - Suppl. Speciale n. 2.
- Legge 21 febbraio 2014, n. 9 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 23 dicembre 2013, n. 145, recante interventi urgenti di avvio del piano 'Destinazione Italia', per il contenimento delle tariffe elettriche e del gas, per la riduzione dei premi RC auto, per l'internazionalizzazione, lo sviluppo e la digitalizzazione delle imprese, nonché misure per la realizzazione di opere pubbliche ed EXPO 2015", (14G00023) pubblicata in GU Serie Generale n. 43 del 21 febbraio 2014 - Suppl. Ordinario n. 15.
- Comunicato dal titolo "Mancata conversione del decreto legge 30 dicembre 2013, numero 151, recante: "Disposizioni di carattere finanziario indifferibili finalizzate a garantire la funzionalità di enti locali, la realizzazione di misure in tema di infrastrutture, trasporti ed opere pubbliche nonché a consentire interventi in favore di popolazioni colpite da calamità naturali",

(14A01662) pubblicato in Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 50 del 1 marzo 2014.

- Decreto legge 6 marzo 2014, n. 16 recante "Disposizioni urgenti in materia di finanza locale, nonché misure volte a garantire la funzionalità dei servizi svolti nelle istituzioni scolastiche", (14G00029), pubblicato in GU Serie Generale n. 54 del 6 marzo 2014.
- Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, "sull'aggiudicazione dei contratti di concessione", pubblicata in GUUE n. L94 del 28 marzo 2014.
- Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, "sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE", pubblicata in GUUE n. L94 del 28 marzo 2014.
- Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, "sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE", pubblicata in GUUE n. L94/243 del 28 marzo 2014.