

Rassegna Normativa

RASSEGNA PERIODICA DI LEGISLAZIONE*

Marzo 2010

□ Comunicato n. 19/2009

DECRETO 13 gennaio 2010, n. 33 - MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

“Regolamento di attuazione del Codice della proprietà industriale, adottato con decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30. (10G0044).”

(pubblicato sulla G.U. n. 56 del 9 marzo 2010 - Suppl. Ordinario n. 48)

□ Comunicato n. 20/2009

DECRETO 5 febbraio 2010 - MINISTERO DELL'ISTRUZIONE, DELL'UNIVERSITA' E DELLA RICERCA

“Assegnazione alle Università dei contratti di formazione specialistica per l'ammissione di medici alle scuole di specializzazione, nell'anno accademico 2009/2010. (10A02741).”

(pubblicato sulla G.U. n. 57 del 10 marzo 2010)

□ Comunicato n. 21/2009

DELIBERAZIONE 2 marzo 2010 - AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

“Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. (10A02978).”

(pubblicato sulla G.U. n. 66 del 20 marzo 2010 - Suppl. Ordinario n. 56)

□ Comunicato n. 22/2009

DETERMINAZIONE 12 gennaio 2010 - AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE

“Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi. (Determinazione n. 1). (10A02979).”

(pubblicato sulla G.U. n. 66 del 20 marzo 2010 - Suppl. Ordinario n. 56)

- Comunicato n. 23/2009

DECRETO 12 marzo 2010 - MINISTERO PER LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E L'INNOVAZIONE

[“Definizione delle attribuzioni della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche. \(10A04000\).”](#)

(pubblicato sulla G.U. n. 75 del 31 marzo 2010)

- Comunicato n. 24/2009

DECRETO LEGISLATIVO N. 53/2010

[Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici](#)

(pubblicato sulla G.U. n. 84 del 12 aprile 2010)

(si veda approfondimento)

APPROFONDIMENTI

DECRETO LEGISLATIVO N. 53/2010

[Procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici](#)

(nota di Giuseppe Bredice)

Il decreto legislativo n. 53/2010 introduce rilevanti modifiche al codice dei contratti pubblici.

A seguire è riportata una breve disamina delle disposizioni più salienti.

Il nuovo termine per la stipulazione del contratto

L' articolo 1, nel modificare l'art. 10 del codice dei contratti pubblici, introduce il nuovo termine dilatorio per la stipulazione del contratto. Pertanto, ora, **il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 gg. dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva** ai sensi dell'art. 79.

In realtà, non si tratta di una novità assoluta, in quanto il codice già prevedeva un termine dilatorio di trenta giorni; tuttavia, con tale termine **rimaneva, da un lato, il rischio per l'amministrazione di vedersi notificare un ricorso dopo la stipulazione del contratto e, dall'altro, il rischio di vedersi annullare il contratto già stipulato con l'illegittimo aggiudicatario e risarcire i danni al nuovo legittimo aggiudicatario indicato dal giudice.**



Il legislatore ha cercato di risolvere tale problema, intervenendo sia sul termine per la stipulazione del contratto sia su quello per la proposizione del ricorso, ora stabilito in 30 gg.: in buona sostanza, secondo il legislatore, **l'amministrazione, prima di determinarsi alla stipulazione del contratto, deve avere la certezza che non ci siano contestazioni sull'aggiudicazione.**

Tra le novità più significative nel **nuovo rito "accelerato" in materia di appalti**, vi sono infatti:

- il nuovo termine di 30 gg. per la notifica del ricorso;
- il nuovo termine di 15 gg. per l'appello avverso l'ordinanza cautelare;
- l'impugnazione unicamente innanzi al Tar (escludendo il ricorso straordinario)
- l'onere di notifica del ricorso anche presso la sede dell'amministrazione

Pertanto, il termine dilatorio per la stipula del contratto è ora fissato in 35 gg. mentre il termine per la proposizione del ricorso è stabilito in 30 gg. L'intento della nuova disciplina è dunque evidente: **la costituzione del vincolo contrattuale tra la stazione e l'aggiudicatario può avvenire solo quando sia possibile stabilire che nessuno dei soggetti potenzialmente interessati abbia contestato gli esiti della procedura di gara.**

Tuttavia, a parere dello scrivente, rimane ancora il rischio che l'amministrazione si veda esposta ad un ricorso anche dopo la stipula del contratto; faccio riferimento all'ipotesi in cui la comunicazione dell'amministrazione (del provvedimento di aggiudicazione) non giunga a buon fine o sia comunque pervenuta al ricorrente con ritardo dopo 5 gg. (ad es. nel caso in cui la raccomandata sia pervenuta dopo 15 gg.): in questo caso, infatti, l'amministrazione, anche se stipula il contratto regolarmente dopo il 35° giorno, può vedersi notificare il ricorso tempestivamente anche dopo 45gg. (ossia 30 gg. + 15 gg.).

Si potrebbe pensare, per ovviare a questo possibile problema, di utilizzare i nuovi strumenti di comunicazione telematica offerti dalla nuova disciplina in commento, idonei a garantire la celerità della comunicazione e la certezza della ricezione della notifica.

L'articolo 2 del decreto in esame disegna, infatti, la nuova disciplina delle comunicazioni, attraverso la quale le parti possono conseguire la conoscenza legittima degli atti.

In particolare, l'art. 2, nel modificare l'art. 79 del codice dei contratti pubblici, dispone che le comunicazioni di cui al comma 5 (sono quelle concernenti



l'aggiudicazione definitiva, ecc.) siano fatte per iscritto, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, o mediante notificazione, o mediante posta elettronica certificata, ovvero mediante fax, se l'utilizzo di quest'ultimo mezzo è autorizzato espressamente dal concorrente al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato in sede di candidature o di offerta.

A tal fine, utilissime per la stazione appaltante appaiono le disposizioni (sempre sub art. 2) che dispongono che il bando o l'avviso con cui si indice la gara (o l'invito, ovviamente nelle procedure senza bando) fissano **l'obbligo** del concorrente di indicare il domicilio eletto; pure utilissima appare la **possibilità** per le stazioni di obbligare il concorrente ad indicare altresì l'indirizzo di posta elettronica o il numero di fax al fine dell'invio delle comunicazioni.

Pertanto, la norma, da una parte, dispone l'obbligo di indicare l'elezione del domicilio (attenzione, sembrerebbe necessaria la traduzione di tale obbligo in clausole del bando, poiché l'eventuale omissione potrebbe essere eccepita dal ricorrente) e, dall'altra, la possibilità di imporre l'utilizzo di indirizzi fax o di posta elettronica certificata per la trasmissione delle comunicazioni.

Solo in questo modo, infatti, aumentano le possibilità che le intervenute comunicazioni pervengano entro i termini di legge e soprattutto, nel caso in cui pervengano entro i 5 gg., **che si possa stipulare il contratto, decorsi i 35 gg., con la ragionevole previsione che non ci saranno più ricorsi e annullamenti dell'aggiudicazione.**

Ovviamente, l'idoneità della comunicazione a garantire gli effetti previsti dalla legge rimane subordinata all'esistenza dei requisiti richiesti dalla norma stessa. Infatti, la disciplina delle comunicazioni, ora notevolmente arricchita di nuovi contenuti, presenta un considerevole livello di dettaglio: a titolo esemplificativo, si ricordano alcuni requisiti indicati dalla nuova normativa:

- comunicazione accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione;
- indicazione della data di scadenza del termine dilatorio per la stipula del contratto,
- comunicazione nello stesso giorno a tutti gli interessati

La stipulazione del contratto in caso di ricorso



L'art. 1 della norma in parola, nel modificare il codice dei contratti pubblici, disciplina poi la fattispecie della stipulazione del contratto in caso di proposizione di ricorso.

In tale ipotesi, il comma 10 ter prevede che, se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare, **"il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva"**.

Gioverà ricordare, peraltro, come la migliore dottrina abbia già avuto modo di ricordare, al riguardo, l'ovvia considerazione secondo cui, in presenza di un ricorso, **l'amministrazione possa anche ritenere preferibile attendere la definizione del giudizio, anche nel merito della controversia, prima di procedere con la stipulazione del contratto.**

L'intento di queste amministrazioni è ovviamente quello di **evitare di stipulare il contratto con l'aggiudicatario, qualificato magari "illegittimo" nel successivo giudizio di merito.**

Esecuzione anticipata delle prestazioni contrattuali

La norma in commento affronta anche la delicata questione dell'esecuzione anticipata del contratto. In dettaglio, il decreto prevede che l'esecuzione di urgenza **"non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10 ter.."**

L'intento del legislatore è quindi quello di disciplinare espressamente le ipotesi in cui si possa ricorrere all'istituto dell'esecuzione anticipata, scongiurando così il rischio di una sostanziale elusione delle regole concernenti il termine dilatorio (ad es. nei casi in cui l'amministrazione non stipula ma inizia comunque l'esecuzione del contratto).

Tuttavia, il legislatore, dopo aver disciplinato detto divieto, introduce, parallelamente, alcune ipotesi derogatorie e in particolare:

- *le procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara,*
- *ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione...determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare.."*

Il nuovo obbligo di informazione preventiva

Molto innovativa risulta, infine, la disciplina concernente il nuovo **obbligo di informazione preventiva introdotto nel codice degli appalti**.

L'art. 7 della norma in esame introduce, infatti, l'obbligo, per i soggetti che intendono proporre ricorso, **di informare preventivamente le stazioni appaltanti della presunta violazione e della intenzione di proporre un ricorso**.

Tale informazione, diretta al responsabile del procedimento, può essere fatta mediante comunicazione scritta o, come prevede espressamente il legislatore, *"anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara, inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento"*.

Parallelamente alla citata informazione preventiva, **la norma ha inoltre radicato in capo all'amministrazione il compito di comunicare, entro 15 gg., le proprie determinazioni in ordine alle lamentele indicate dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela**. In ogni caso, l'inerzia, per espressa previsione della legge, equivale a diniego di autotutela.

Volendo fare una breve disamina dei vantaggi e svantaggi dell'informativa in commento, possiamo dire che questa nuova comunicazione alla stazione appaltante sembrerebbe utile per l'amministrazione, sia per assumere immediate decisioni in ordine alle lagnanze mosse, sia per consentire una tempestiva articolazione delle proprie difese nell'eventuale giudizio.

Le perplessità in merito all'informativa in oggetto nascono invece dal rischio di un uso strumentale di tale comunicazione all'interno di una procedura di gara, che potrebbe pregiudicare la serena attività della commissione di gara.



* Commenti di: Avv. Giuseppe Bredice; Avv. Raffaele Moscuza; Avv. Valerio Albanese; Dott.ssa Michela Brioschi - Politecnico di Milano ;

La presente rassegna normativa intende consentire a tutti di reperire le più significative novità legislative, di realizzarne un costante monitoraggio e offrire una prima interpretazione per un possibile confronto. I commenti costituiscono una prima traccia interpretativa la cui condivisione è lasciata alla responsabilità degli operatori.