

**Roma, 28 aprile 2010**  
**Prot. 160**

**CIRCOLARE N. 41 / 2010**  
**AGLI ENTI ASSOCIATI**

**SL/**

**LAVORI PUBBLICI**  
→ ENTI PUBBLICI ECONOMICI  
→ ENTI PUBBLICI NON ECONOMICI

## **OGGETTO**

**Seminario. Roma, 21 e 22 aprile 2010. Verso una P.A. meno a rischio**  
**Sintesi dei lavori di gruppo. Immediate conseguenze operative**

In considerazione dell'importanza strategica che l'entrata in vigore (27 aprile 2010) del decreto legislativo 53/2010 comporterà in tema di appalti pubblici, e stante il livello di altissima professionalità dimostrato dai partecipanti al seminario del 21 e 22 aprile scorso, in allegato alla presente Vi inviamo la sintesi del risultato dei lavori di gruppo che si sono riuniti in quell'occasione. Il formato è un'utile dispensa da fornire agli operatori del settore così da essere tempestivamente consultata.

Il lavoro che Federcasa intende strutturare quale modello di servizio operativo è stato realizzato grazie alla collaborazione sinergica degli Uffici, della consulente Sonia Lazzini e dell'avvocato Grazia Ricca di ARTE Imperia.

Giusto a titolo di precisazione, ribadiamo che il recepimento della cd direttiva ricorsi ad opera appunto del decreto legislativo 53/2010 riguarda alcuni aspetti fondamentali, tra il quali:

- Termine dilatorio per la stipulazione del contratto.
- Comunicazione dell'aggiudicazione definitiva.
- Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale.
- Giurisdizione e Tutela processuale.
- Inefficacia del contratto in caso di gravi violazioni.
- Inefficacia del contratto negli altri casi.
- Sanzioni alternative.
- Tutela in forma specifica e per equivalente.

Riteniamo che la profonda innovazione legislativa appena iniziata non possa esimere nessuno di noi da un costante aggiornamento sulla sua evoluzione pratica e giurisprudenziale, proprio per non incorrere in errori che non siano "scusabili" dai nostri giudici amministrativi e dalla stessa Corte dei Conti.

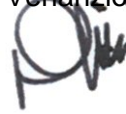
La positiva esperienza maturata durante l'incontro di formazione appena concluso, ci ha dato la possibilità di riflettere sul fatto che, sebbene gli incontri di formazione siano fondamentali come momento di confronto e conforto, tuttavia il ruolo di Federcasa in questo ambito potrebbe (e/o dovrebbe) influire anche sull'operatività quotidiana, raggiungendo così un maggior numero di soggetti interessati.

LA FEDERAZIONE ITALIANA PER LA CASA ADERISCE A CISPEL

Come prima attività quindi, è nostra intenzione, con le modalità da definire in tempi molto brevi, costituire un gruppo di lavoro in tema di appalti pubblici con il duplice obiettivo: il primo è quello di redigere un vademecum meramente pratico che tenga conto delle nuove disposizioni e il secondo è di fornire, a tutti gli operatori, un costante monitoraggio delle tendenze giurisprudenziali dei nostri TAR e del Consiglio di Stato al fine di redigere bandi sempre più immuni da vizi di legittimità.

Certi di incontrare il Vostro consenso, nell'augurare a tutti buon lavoro, l'occasione ci è gradita per porgere cordiali saluti.

Il Direttore Generale  
Arch. Venanzio Gizzi



**Allegato**

Seminario. Roma, 21 e 22 aprile 2010. Verso una P.A. meno a rischio  
Sintesi dei lavori di gruppo, a cura di Grazia Ricca, ARTE Imperia

Seminario. Roma, 21 e 22 aprile 2010. **Verso una P.A. meno a rischio**

## Sintesi dei lavori di gruppo

[a cura di Grazia Ricca, ARTE Imperia]

A seguito della giornata di studio sulle modifiche apportate dal D. Lgs 53/2010 sono emerse principalmente problematiche relative alla stesura dei prossimi bandi di gara, considerate le consistenti novità apportate dal decreto de quo.

Pertanto, dopo ampia e proficua discussione, si è ritenuto di analizzare tali questioni operando all'interno di 4 gruppi di lavoro costituiti, a sorteggio, dai partecipanti al seminario, al fine di poter successivamente fornire un documento riepilogativo in ordine alle nuove modalità operative da trasmettere a tutti gli associati in procinto di redigere un bando di gara che verrà emesso dopo il 28.04.2010.

Dopo attento esame del materiale elaborato dai quattro relatori dei gruppi, si rileva che il primo problema da affrontare nella stesura del bando di gara attiene alla modifica apportata dal D.Lgs 53/2010 all'art.79 del Codice dei Contratti.

Ed invero, in tale articolo è stato modificato il comma 5 con la sostituzione della lettera a) che amplia la sfera dei soggetti cui è necessario effettuare la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva ed è stata introdotta in tale comma la lettera b ter) che prevede la comunicazione a tali soggetti della data di avvenuta stipulazione con l'aggiudicatario.

Tuttavia l'aspetto su cui si sono soffermati maggiormente i gruppi di lavoro è stato quello relativo alle **modalità** con le quali devono essere effettuate tali comunicazioni come disposto dal nuovo comma 5 bis dell'art. 79 che dispone: *“Le comunicazioni di cui al comma 5 sono 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 espressamente autorizzato dal concorrente, al domicilio eletto o all'indirizzo di posta elettronica o al numero di fax indicato dal destinatario in sede di candidatura o di offerta. Nel caso di invio a mezzo posta o notificazione, dell'avvenuta spedizione è data contestualmente notizia al destinatario mediante fax o posta elettronica, anche non certificata, al numero di fax ovvero all'indirizzo di posta elettronica indicati in sede di candidatura o di offerta. La comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lettera c), e fatta salva l'applicazione del comma 4; l'onere può essere assolto nei casi di cui al comma 5, lettere a), b), e b-bis), mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5, lettera b-ter), mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata. La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva e quella della stipulazione, e la notizia della spedizione sono, rispettivamente, spedita e comunicata nello stesso giorno a tutti i destinatari, salva l'oggettiva impossibilità di rispettare tale contestualità a causa dell'elevato numero di destinatari, della difficoltà di reperimento degli indirizzi, dell'impossibilità di recapito della posta elettronica o del fax a taluno dei destinatari, o altro impedimento*

*oggettivo e comprovato.*”

Pertanto, tenuto conto dell'importanza che il legislatore ha voluto dare **all'INVIO** delle comunicazioni, tutti i gruppi di lavoro, all'unanimità, ritengono fondamentale che nella stesura del bando, quale *lex specialis*, si chieda, **a pena di esclusione**, non solo che i partecipanti indichino il domicilio eletto, ma anche l'indirizzo di posta elettronica o il n° di fax al fine dell'invio delle comunicazioni. Ciò è comunque consentito dal comma 5 quinquies introdotto dal 53/2010.

Tale impostazione tutelerà la Stazione Appaltante che potrà dare senza problema alcuno la contestuale notizia della spedizione della comunicazione avvenuta a mezzo posta o notificazione.

Inoltre, operando secondo queste modalità la Stazione Appaltante avrà **la certezza della data dell'invio** e da tale data potranno farsi decorrere i termini come disposto dalle nuove modifiche.

Ad ulteriore precisazione di tale aspetto alcuni gruppi di lavoro segnalano l'opportunità di inserire nel bando l'espressa dicitura: “Le comunicazioni saranno valide dal giorno della spedizione.”

Le su indicate modalità operative hanno permesso ai gruppi di lavoro di affrontare con maggior facilità il secondo aspetto di rilevante novità introdotto dalla D. Lgs 53/2010 e cioè quanto previsto dal modificato articolo 11, comma 10 che recita: “*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'articolo 79.*”

Infatti, una volta chiarito nel bando che i termini decorrono dall'invio delle comunicazioni come sopra argomentato, resta da chiarire come far “convivere” la nuova disposizione con quella prevista nella prima parte dell'art. 11 comma 9 che recita: “*Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni.*”

Dopo ampie ed approfondite discussioni sul punto i gruppi di lavoro hanno proposto di **inserire nel bando un termine ultimo entro il quale debba essere stipulato il contratto**, che dovrà essere valutato dalla Stazione Appaltante in base alle caratteristiche del singolo appalto e dalle scadenze legate ai finanziamenti.

Tale soluzione prospettata è ammessa dall'art. 11, comma 9 che prevede di poter indicare espressamente nel bando termine diverso dai 60 giorni.

Ciò consentirà alla Stazione Appaltante di poter tenere conto del nuovo termine di 35 giorni ( come definita al corso “ **franchigia assoluta**”), ma anche di quello previsto dall'art. 11 comma 10 ter: “*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. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 245, comma 2-quater, primo periodo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.”*

La nuova Franchigia Assoluta apre inevitabilmente problemi anche sul fronte delle cauzioni provvisorie con particolare riguardo all'art.75 comma 9.

Per risolvere tale problematica dai lavori di gruppo è emersa, anche se in modo non unanime, l'esigenza di inserire nel bando, **a pena di esclusione**, che la cauzione provvisoria per tutti i partecipanti abbia durata sino alla stipula del contratto ( verrà indicato nell'appendice della polizza).

Altra importante novità introdotta dal D.Lgs 53/2010 ed affrontata dai partecipanti al seminario è quella prevista dal nuovo art. 243 bis che recita: *“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.*

*2. L'informazione di cui al comma 1 è fatta mediante comunicazione scritta e sottoscritta dall'interessato, o da un suo rappresentante, 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. L'interessato può avvalersi dell'assistenza di un difensore. La comunicazione può essere presentata fino a quando l'interessato non abbia notificato un ricorso giurisdizionale. L'informazione è diretta al responsabile del procedimento. La comunicazione prevista dal presente comma può essere effettuata anche oralmente nel corso di una seduta pubblica della commissione di gara ed è inserita nel verbale della seduta e comunicata immediatamente al responsabile del procedimento a cura della commissione di gara.*

*3. L'informativa di cui al presente articolo non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale.*

*4. 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.*

*5. 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.*

*6. Il provvedimento con cui si dispone il non luogo a provvedere, anche ai sensi dell'ultimo periodo del comma 4, non è impugnabile autonomamente e può essere contestato congiuntamente all'atto cui si riferisce o con motivi aggiunti al ricorso*

*avverso quest'ultimo, da proporsi nel termine di quindici giorni.”*

In ordine a questo nuovissimo istituto del “pre ricorso”, come è stato definito durante il seminario, tutti i gruppi di lavoro concordano sull'opportunità di non inserire alcunché sul bando di gara e ciò al fine di non fornire spunti ai partecipanti in questo senso.

In ogni caso, tenuto conto del fatto che è consentito agli interessati effettuare la comunicazione anche oralmente nel corso della seduta pubblica, i gruppi di lavoro concordano nel ritenere opportuno che il legale rappresentante dell'Impresa sottoscriva quanto dichiarato a verbale e ciò al fine di evitare successive contestazioni in ordine alle dichiarazioni rese.

Ultimo aspetto affrontato da tutti i gruppi di lavoro riguarda l'importanza di inserire nei prossimi bandi, oltre la formula che consente il trattamento dei dati, anche una espressa dicitura riferita al diritto di accesso agli atti presentati in sede di offerta e per la stipula del contratto, con l'indicazione, facoltativa nel bando, dell'Ufficio e degli orari come disposto dall'art. 79 comma 5 quater.

Nella speranza di aver esposto in questo breve testo le soluzioni che i gruppi di lavoro del seminario “ *Verso una P.A. meno a rischio*” hanno cercato di fornire per la stesura dei bandi di gara, si resta a disposizione e si porgono i migliori saluti.