L'assemblea dell'Unione Nazionale degli Avvocati Amministrativisti nella riunione del giorno 18 marzo 2016 ha approvato con voti unanimi il seguente

ordine del giorno

Visti:

- gli artt. 204 e seguenti dello schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 3 marzo 2016 ed attualmente all'esame della Commissione VIII Ambiente, Territorio e Lavori pubblici della Camera dei Deputati;

Rilevato:

- che l'art. 204 dello schema di decreto legislativo al comma 2 introduce modificazioni all'art. 120 del codice del processo amministrativo, di cui all'Allegato 1 del D.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, prevedendo – tra l'altro – la sostituzione del comma 2 del precitato art. 120 con la seguente disposizione:

“«2. Al fine di razionalizzare il processo in materia di gare pubbliche, i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, all'ammissione e all'esclusione dalla gara per carenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, sono considerati immediatamente lesivi e sono ricorribili dinanzi al giudice amministrativo nel termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione della composizione della commissione, dell'elenco degli esclusi e degli ammessi sul profilo del committente della stazione appaltante. L'omessa impugnazione di tali provvedimenti nei termini stabiliti dal presente comma preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti della procedura di gara, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione dell'aggiudicazione provvisoria, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività»”,

oltre che l'introduzione dei commi 6 bis, 8 ter, 9 e 11 bis;

- che le nuove disposizioni hanno suscitato tra gli avvocati amministrativisti viva preoccupazione, venendo ad incidere su aspetti nodali della tutela giurisdizionale in materia;

- che in particolare desta perplessità la norma che qualifica come immediatamente lesivi i provvedimenti concernenti la composizione della commissione di gara e l'ammissione alla gara (oltre che l'esclusione dalla stessa) dei concorrenti carenti dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali, imponendone conseguentemente l'onere di immediata

impugnazione nel rituale termine di legge e nel contempo stabilendo un regime di preclusioni in caso di omessa impugnazione. Invero siffatta disposizione pone seri dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con la normativa comunitaria sotto il profilo del rispetto dei principi di effettività e della libertà di accesso alla tutela giurisdizionale, tenuto conto dell'attuale costo del contributo unificato in materia e dei possibili e probabili effetti di segno opposto e contraddittorio, ma entrambi ugualmente irragionevoli ed ingiusti, cui l'adozione della norma potrebbe dar luogo, per un verso rischiando di provocare paradossalmente un considerevole aumento del contenzioso essendo presumibile che, nell'incertezza circa l'esito della gara, molti possano avere interesse a proporre ricorso "al buio" per contestare il regolare possesso dei requisiti in capo agli altri concorrenti, e per altro verso comportando un possibile e probabile effetto di "sbarramento", essendo altrettanto presumibile che gli operatori economici siano disincentivati dal tutelare in via giurisdizionale i propri interessi legittimi proprio a causa della condizione di obiettiva incertezza circa l'esito finale della gara, la qual cosa finirebbe con il compromettere anche il controllo di legalità sull'azione della Pubblica amministrazione che – come è noto – costituisce un effetto connesso al controllo giurisdizionale sugli atti e comportamenti della Pubblica amministrazione.

Peraltro la previsione dell'obbligatoria impugnazione iniziale dell'atto di ammissione dei concorrenti appare in contrasto con la disposizione dell'art. 56, comma 2, della direttiva 2014/24 (settori ordinari) che (per le procedure aperte, che peraltro si connotano come modello generale) tende a spostare in avanti il controllo del possesso dei requisiti, prevedendolo in capo all'aggiudicatario, con una impostazione dunque tendenzialmente opposta a quella che sembrerebbe essere stata fatta propria dal legislatore italiano; tale previsione inoltre risulta viziata perché configura un processo amministrativo destinato, non già a dare tutela ad un interesse legittimo che abbia subito una lesione attuale e concreta, bensì a realizzare un improprio controllo di legittimità da parte del soggetto (il "concorrente") in tale momento ancora privo delle necessarie condizioni processuali di effettiva legittimazione e reale interesse ad agire;

- che allo stesso modo seri dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega potrebbero prospettarsi in ordine alla previsione che qualifica come immediatamente lesivi i vizi relativi alla composizione della commissione di gara, tale fattispecie non essendo contemplata tra i principi e criteri direttivi di cui alla legge delega;

- che merita infine attenta e ponderata riflessione anche la disposizione del comma 2, lett. g) dell'art. 204 che introduce nuovi e più gravi limiti alla esperibilità della tutela cautelare sui ricorsi in materia di appalti in caso di intervenuta contrattualizzazione, rischiando di essere compromessa la stessa ragione d'essere della tutela cautelare;

Considerato:

- che le finalità della norma, per quanto condivisibili sul piano astratto e generale (razionalizzazione ed efficientamento degli appalti e del relativo rito e nel contempo contrasto dell'illegalità e della corruzione), sul piano degli effetti concreti rischiano di essere frustrate in radice dal coagire di siffatte disposizioni normative e dall'imposizione di costi di accesso alla tutela giudiziale non sostenibili, tanto più in ragione del cumulo in caso di presentazione di motivi aggiunti;
- che attuando la delega con le disposizioni sopra indicate, in luogo di razionalizzare il processo in tema di gare pubbliche, si otterrebbe l'effetto di farlo confliggere con i principi fondamentali posti alla base dell'ordinamento processuale, senza che ne abbia conseguito un effetto deflattivo del contenzioso, ma derivandone addirittura un ostacolo alla funzione propria della giustizia amministrativa e finendo paradossalmente per realizzarsi una sostanziale immunità delle operazioni anomale su appalti pubblici;
- che ove la disposizione in esame resti invariata, essa va necessariamente accompagnata da una disposizione che mitighi l'impatto dell'obbligo del pagamento del contributo unificato nei giudizi in questione, riducendone la misura per lo meno nei limiti dell'importo dovuto in via ordinaria per i giudizi di valore indeterminabile e in ogni caso in misura non superiore ad un terzo di quanto previsto dall'art. 13, comma 6-bis, lett. d) del DPR n.115/2002;

INVITA

il Governo e le competenti Commissioni Parlamentari, ciascuno per quanto di competenza e nell'esercizio delle prerogative previste dagli artt. 76 Cost. e 143, co. 4, del Regolamento della Camera dei Deputati, a modificare l'art. 204 dello schema di decreto legislativo sopra indicato (atto del Governo n. 283) sopprimendo al comma 2 l'alinea sub lett.b-d) e comunque a modificare la predetta norma in senso conforme alle proposte di emendamento di cui al testo approvato dall'Assemblea e riportato in allegato al presente odg;

IMPEGNA

il Presidente ed il Consiglio direttivo dell'Unione Nazionale degli Avvocati Amministrativisti a presentare l'odg e le relative proposte di emendamento al Governo, alle Commissioni Parlamentari di Camera e Senato competenti per materia, alla Conferenza unificata di cui all'art. 8 del D.Lgs. 28 agosto 1997 n. 281 ed al Consiglio di Stato e a richiedere urgente audizione al Presidente della Commissione VIII Ambiente, Territorio e Lavori pubblici della Camera dei Deputati e al Consiglio di Stato incaricato di rendere il prescritto parere.