

Appalto pubblico: contenzioso

Contratti di appalto pubblico > Appalto pubblico

Autori

a cura dell' Avv. Marco Porcu, CC Legal

Abstract

Il **Codice dei contratti pubblici** prevede i rimedi alternativi alla giurisdizione nella parte dedicata alle disposizioni finali e transitorie. Si tratta degli strumenti che permettono alla pubblica amministrazione e al privato di addivenire ad una soluzione amichevole della controversia. Vengono presi in considerazione l' **accordo bonario** per i lavori (art. 205), l'accordo bonario per i servizi e le forniture (art. 206), la **transazione** (art. 208) e l' **arbitrato** (art. 209).; è altresì disciplinato il **parere di precontenzioso dell'ANAC** (art. 211). E' stata invece abrogata, ad opera del Decreto Correttivo n. 56 del 2017, la disposizione che prevedeva la costituzione di un **collegio consultivo tecnico** con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto.

Riferimenti

[D.L. 18 aprile 2019, n. 32](#)

[D.L. 16 luglio 2020, n. 76](#)

[Legge 11 settembre 2020, n. 120](#)

[D.Lgs. 19/04/2017, n. 56, Art. 121. - Abrogazione dell'articolo 207 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50](#)

[D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, Art. 204 - Ricorsi giurisdizionali](#)

[D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, Art. 211 - Pareri di precontenzioso dell'ANAC](#)

1. Schema riepilogativo

FUNZIONI DEL CONTRATTO	NORMATIVA E PRASSI REGOLATRICI	CARATTERI DEL CONTRATTO
La Parte VI, destinata alle disposizioni finali e		Ferma restando la disciplina del Codice del processo amministrativo (art. 120), l' art. 204 ,

transitorie, [Titolo I](#), del [D.Lgs. 18/04/2016, n. 50](#), Codice dei contratti pubblici, disciplina le caratteristiche del contenzioso negli appalti pubblici. Premessa una norma sui ricorsi giurisdizionali (Capo I), che introduce delle modifiche di rilievo all' [art. 120](#) del [D.Lgs. 02/07/2010, n. 104](#), Codice del processo amministrativo, vengono successivamente disciplinati tutti i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (Capo II).

[Artt. 204-211](#)
[D.Lgs. 18/04/2016, n. 50](#);
[D.Lgs. 19/04/2017, n. 56](#)
[D.L. 18/04/2019, n. 32](#)

[D.Lgs. n. 50/2016](#) introduce delle modifiche di rilievo sul rito degli appalti, con la previsione del nuovo rito superaccelerato per i giudizi di immediata impugnazione. Gli [artt. 205, 206, 208](#) e [209](#) contengono invece la disciplina dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, ovvero l'accordo bonario, la transazione e l'arbitrato. Chiude il Titolo I una norma destinata a regolare efficacia e caratteristiche dei pareri di precontenzioso dell'ANAC.

2. Caratteristiche generali degli strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale

Gli strumenti alternativi al contenzioso costituiscono una forma di tutela alternativa a quella giurisdizionale, che permettono alla pubblica amministrazione e al privato di addivenire ad una soluzione amichevole della controversia.

Il Codice dei contratti pubblici, si occupa degli strumenti alternativi alla giurisdizione nella Parte VI, dedicata alle disposizioni finali e transitorie, Capo II. Vengono quindi presi in considerazione l'accordo bonario per i lavori ([art. 205](#)), l'accordo bonario per i servizi e le forniture ([art. 206](#)), la transazione ([art. 208](#)) e l'arbitrato ([art. 209](#)). Tra questi strumenti viene altresì disciplinato anche il parere di precontenzioso dell'ANAC ([art. 211](#)).

Il Collegio consultivo tecnico

Il Codice, nella sua formulazione originaria, prevedeva all' [art. 207](#) la costituzione di un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto. Tale disposizione è stata abrogata dall' [art. 121](#), [D.Lgs. 19/04/2017, n. 56](#) (c.d. Decreto correttivo).

3. L'accordo bonario

Nell'ambito degli strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale, le parti di un contratto pubblico hanno la possibilità di affidare la soluzione della vertenza ad uno strumento di composizione amichevole delle controversie insorte nel corso dell'esecuzione della prestazione.

Il [D.Lgs. 18/04/2016, n. 50](#), si occupa dell'accordo bonario al primo posto tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, prevedendo la sua disciplina all' [art. 205](#).

Questo istituto, individuato in origine per i soli lavori pubblici, è stato esteso dal legislatore anche a servizi e forniture, per le quali si applica la procedura ordinaria in quanto compatibile.

Come previsto dal [D.L. n. 32/2019](#), fino al 31 dicembre 2020, è sospesa l'applicazione del terzo periodo del secondo comma dell' [art. 205](#) e possono essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'art. 26.

Rispetto alle forniture, l' [art. 206](#) del Codice specifica che deve trattarsi di contratti di fornitura di beni di natura continuativa o periodica, mentre nel caso di servizi, deve trattarsi di controversie insorte in fase esecutiva, circa l'esatta esecuzione delle prestazioni dovute.

In merito all'ambito di applicazione, il Codice esclude l'applicazione dell'accordo bonario per i contratti di affidamento a contraente generale (contratti disciplinati nella Parte IV, Titolo III del Codice).

Elemento imprescindibile perché possa farsi ricorso all'accordo bonario è la variazione dell'importo economico dell'opera, in seguito all'iscrizione di riserve sui documenti contabili, tra il 5 e il 15 per cento dell'importo contrattuale. Verificatasi tale condizione, il direttore dei lavori o il direttore dell'esecuzione dà immediata comunicazione al responsabile unico del procedimento delle riserve, trasmettendo nel più breve tempo possibile una propria relazione riservata.

Al responsabile unico spetta la verifica circa la non manifesta infondatezza delle riserve ed il raggiungimento del limite sopra indicato.

Accertate queste condizioni, il responsabile unico del procedimento, entro 15 giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori, acquisita la sua relazione, può chiedere alla Camera arbitrale l'indicazione di una lista di cinque esperti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto.

Successivamente, il rup ed il soggetto che ha formulato le riserve scelgono di comune accordo, nell'ambito della lista fornita dalla Camera arbitrale, l'esperto incaricato della formulazione della proposta motivata di accordo bonario.

In caso di mancato accordo, l'esperto è nominato dalla Camera arbitrale che ne fissa anche il compenso, mentre la proposta è formulata in ogni caso entro novanta giorni dalla nomina.

Al fine del raggiungimento di un accordo tra le parti, l'esame delle riserve viene effettuato in contraddittorio con il soggetto privato.

Al termine degli accertamenti, la proposta di accordo bonario viene inviata al dirigente competente della stazione appaltante e al soggetto privato ed in caso di sua accettazione la vertenza si chiude. In caso contrario, possono essere aditi gli arbitri o il giudice ordinario.

Ai sensi dell' [art. 205](#), comma 6-bis del Codice, introdotto dal decreto correttivo, in caso di rifiuto della proposta di accordo bonario, ovvero di inutile decorso del termine per l'accettazione, l'impresa può instaurare un contenzioso giudiziario entro i successivi sessanta giorni.

4. La transazione

Tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, l' [art. 208](#) del Codice disciplina l'istituto della "Transazione".

Prevista anche nel "vecchio" Codice ([art. 239](#), [D.Lgs. 12/04/2006, n. 163](#)), la nuova formulazione della transazione non contiene sostanziali modifiche rispetto al passato.

Anche il "nuovo" Codice contiene una disposizione di rinvio alle disposizioni previste dal codice civile, nel quale la transazione viene definita come " *il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.*" ([art. 1965](#), comma 1, codice civile).

Si tratta di un istituto, utilizzabile in via residuale, che permette alle parti di trovare un accordo in merito alle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi, forniture.

A differenza degli altri istituti alternativi alla tutela giurisdizionale previsti dal Codice dei contratti, ovvero, l'accordo bonario (per lavori e per servizi e forniture), l'arbitrato e i pareri di precontenzioso dell'ANAC, il legislatore ha inteso lasciare ampio spazio di manovra alle parti (una pubblica e l'altra privata) per addivenire alla stipula di un accordo di transazione.

5. *Gli elementi dell'accordo di transazione*

Gli elementi fondamentali dell'accordo di transazione non sono specificamente indicati dal legislatore del Codice dei contratti, se non per quanto riguarda la forma scritta a pena di nullità, bensì devono essere desunti dalle disposizioni del codice civile, visto il richiamo effettuato dallo stesso [art. 208](#).

Elementi essenziali del contratto sono:

- l'indicazione delle parti dell'accordo;
- la soluzione di una controversia relativa a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di un contratto pubblico di lavori, servizi e forniture;
- la reciprocità delle concessioni, trattandosi di un contratto a prestazione corrispettive, nelle quali le parti, quella privata e quella pubblica, effettuano appunto delle reciproche concessioni;
- l'indicazione della causa, che in questa circostanza deve corrispondere con l'indicazione dell'interesse pubblico che la pubblica amministrazione intende soddisfare mediante la conclusione dell'accordo.

L' [art. 208](#), comma 2, del Codice, si occupa del caso in cui il valore dell'importo di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro, ovvero 200.000 per i lavori pubblici. In tale circostanza deve essere acquisito il parere in via legale dell'Avvocatura dello Stato in caso di amministrazioni centrali o del funzionario più alto in grado competente per il contenzioso per le amministrazioni sub centrali.

Non è prevista una procedura particolare, se non che la proposta di transazione può essere formulata sia dal soggetto aggiudicatario che dal dirigente competente, sentito il responsabile del procedimento e l'accordo conclusivo deve avere, come detto, forma scritta a pena di nullità.

6. *L'arbitrato*

Tra i metodi alternativi della tutela giurisdizionale, il legislatore nazionale prevede la possibilità di utilizzare anche l'istituto dell'arbitrato.

In via generale, l'arbitrato nazionale è disciplinato nel Titolo VIII del Libro IV del codice di procedura civile, agli [artt. 806 – 840](#).

Questo istituto, nella sua forma rituale, ha la funzione e la struttura di un giudizio anche nel suo risultato, che può essere dispositivo o di accertamento, caratterizzato nell'affidare la disputa di una controversia a soggetti dotati di alta professionalità e competenza nella materia del contendere.

Si tratta di un giudizio privato effettuato da soggetti che operano al pari dei giudici, pur essendo privi dei poteri autoritativi concessi alla magistratura, che, comunque, può dar luogo all'efficacia propria della sentenza.

7. La procedura arbitrale nei contratti pubblici

L' [art. 209](#) del Codice, si occupa della procedura che devono adottare la parte pubblica e quella privata al fine di affidare il giudizio su una determinata vertenza ad un collegio arbitrale.

Le controversie che possono formare oggetto di giudizio arbitrale sono quelle su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di appalti pubblici o concessioni pubbliche di lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario.

La possibilità di ricorrere a questo istituto deve essere indicata nel bando o nell'avviso con cui l'amministrazione indice la gara, ovvero nell'invito a presentare un'offerta, previa autorizzazione dell'organo di governo della stazione appaltante, pena la nullità della stessa.

L'aggiudicatario della gara, può però ricusare la clausola compromissoria, evitando di inserirla così nel contratto da stipulare. La ricusazione deve essere comunicata entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione.

Ciascuna delle parti della vertenza, designa un proprio arbitro nella domanda di arbitrato oppure nell'atto di resistenza, tra soggetti dotati di comprovata esperienza e indipendenza mentre il Presidente del collegio è nominato e designato dalla Camera arbitrale, scelto tra i soggetti iscritti nell'apposito albo.

Qualora la controversia abbia luogo tra due amministrazioni, la scelta dell'arbitro di parte deve avvenire necessariamente tra i dirigenti pubblici, mentre nel caso in cui una delle parti sia privata tale necessità si trasforma in una semplice preferenza. L'amministrazione, in entrambe le ipotesi, può comunque scegliere con atto motivato di non individuare gli arbitri tra i dirigenti, bensì nell'ambito degli iscritti all'albo.

Il collegio è dunque formato da due arbitri di parte, un presidente e, se necessario, un segretario.

Per quanto concerne la sede di svolgimento del giudizio arbitrale, deve essere individuata presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio, oppure, in caso di mancato accordo si intende stabilita presso la sede della Camera arbitrale.

Il giudizio arbitrale si conclude con la pronuncia di un lodo, che diviene efficace con il deposito presso la Camera arbitrale, cui segue il successivo deposito presso la cancelleria del tribunale nel cui circondario è stata scelta la sede dell'arbitrato.

Il lodo può essere impugnato per motivi di nullità, per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia entro novanta giorni dalla sua notificazione e non è più proponibile decorsi ottanta giorni dalla data del deposito presso la Camera arbitrale.

In merito ai compensi del collegio, materia sulla quale in passato vi sono state diversi interventi legislativi, è fissato il tetto complessivo di 100.000 euro, da rivalutarsi ogni tre anni.

8. La Camera arbitrale

Ai sensi dell' [art. 210](#) del Codice, la Camera arbitrale è istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) e cura la formazione dell'albo degli arbitri per i contratti pubblici, provvedendo a tutti gli adempimenti necessari alla

costituzione e al corretto funzionamento del collegio arbitrale.

Per quanto concerne la sua organizzazione interna, è costituita da un presidente, un consiglio arbitrale e una struttura di segreteria.

Il consiglio arbitrale è composto da cinque membri nominati dall'ANAC fra i soggetti dotati di particolare competenza nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'ambito dei quali è scelto il presidente.

Possano essere iscritti nell'albo, per un periodo di tre anni:

- avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione;
- tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritti ai relativi albi;
- professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il Regolamento di organizzazione e funzionamento della Camera (Reg. 14/01/2015)

Nella Gazzetta Ufficiale n. 19 del 24 gennaio 2015, è stato pubblicato il “Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale”, in cui sono individuati e disciplinati gli organi della Camera ([art. 1](#)), le strutture ausiliarie ([art. 2](#)), le sedute del Consiglio ([art. 3](#)), la convocazione delle sedute e l'ordine del giorno ([art. 4](#)), le deliberazioni del Consiglio ([art. 5](#)), la verbalizzazione delle sedute ([art. 6](#)), le incompatibilità e i divieti ([art. 7](#)) e le regole di comportamento ([art. 8](#)).

9. I ricorsi giurisdizionali

Tralasciando l'esame di tutti gli aspetti prettamente tecnico-processuali che caratterizzano il settore degli appalti pubblici, rinvenibili nel [D.Lgs. n. 104/2010](#) (c.d. Codice del processo amministrativo), preme in questa sede esaminare le modifiche “processuali” apportate dal nuovo Codice.

Come noto, le procedure di affidamento e i concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative, relative a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), possono essere impugnati unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.

Il riparto di giurisdizione

La distinzione fondamentale tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice civile è rappresentata dall'esistenza o meno del contratto stipulato tra la pubblica amministrazione e l'operatore economico. Prima della stipula del contratto, la giurisdizione è affidata al tribunale amministrazione competente per territorio, successivamente, invece, la cognizione della questione di diritto è posta all'attenzione del giudice civile.

L'impugnazione dei provvedimenti concernenti le procedure di affidamento citati, sono soggetti ad un rito abbreviato ed al dimezzamento dei termini di impugnazione. Sono infatti previsti, in via generale, trenta giorni per poter proporre

ricorso in luogo dei sessanta giorni fissati per le altre materie ([artt. 119 e 120](#) del Codice del processo amministrativo). Il decreto semplificazioni ha modificato l' [art. 120](#), sesto comma del [d.lgs. 104/2010](#), in relazione alla definizione immediata del giudizio nell'udienza cautelare, restringendola ai casi in cui le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso, compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti, in relazione alla complessità della causa.

10. Le modifiche apportate dal nuovo Codice dei contratti pubblici in materia di contenzioso amministrativo

Il [D.Lgs. 18/04/2016, n. 50](#), è intervenuto modificando alcune delle disposizioni del Codice del processo amministrativo. Dapprima erano state previste modifiche di forte impatto specie per quanto concerne l'immediata impugnazione del provvedimento di esclusione. I commi 2 bis e 6 bis dell' [art. 120](#), [D.Lgs. n. 104/2010](#), originariamente previsti nel nuovo Codice, sono state abrogati dal [D.L. n. 32/2019](#).

E' rimasto inalterato il contenuto del comma 11-bis, in merito ad un appalto suddiviso in lotti funzionali, nel quale è previsto che l'impugnazione può essere proposta con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto.

Il rito superaccelerato

L'onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione ad una gara d'appalto risulta esigibile dalla pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "Amministrazione trasparente" che consente l'immediata conoscenza dell'ammissione alla gara da parte delle imprese concorrenti.

La giurisprudenza, ha tuttavia affermato l'inapplicabilità di tale procedura in difetto del contestuale funzionamento delle regole che assicurano la pubblicazione a la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione ([Cons. Stato, Sez. III, 26/01/2018, n. 565](#); [Cons. Stato Sez. V, 23/03/2018, n. 1843](#)).

11. I pareri di precontenzioso dell'ANAC

Il [D.Lgs. 18/04/2016, n. 50](#), ha rafforzato i poteri dell'ANAC in materia di appalti pubblici.

Un processo di accentramento dei poteri nei confronti dell'ANAC era in realtà già stato avviato dal legislatore nazionale negli ultimi anni, visti i molteplici provvedimenti legislativi tesi a combattere i fenomeni corruttivi che imperversano il sistema.

Venuta meno la possibilità di istituire un'autorità a livello europeo da parte delle direttive comunitarie, il nuovo Codice ha rafforzato, come detto, i compiti dell'ANAC e previsto delle modalità di intervento dirette nella procedura di gara, con effetti vincolanti e sanzionatori.

Tra i rimedi alternativi alla giurisdizione, trattati dal Codice negli [articoli 205 – 211](#), quest'ultimo ([art. 211](#)) prevede la possibilità per l'ANAC di esprimere, previo contraddittorio, dei pareri relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento della procedura di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta.

Per quanto riguarda il procedimento di emissione del parere, esso può aver luogo su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti e deve essere reso entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta.

Qualora le parti vi abbiano assentito, sono obbligate ad attenersi a quanto stabilito dall'autorità all'interno del parere.

Avverso il parere può essere proposto ricorso dinanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ed in caso di suo rigetto, il giudice valuta il comportamento della parte ricorrente ai fini della determinazione delle spese del giudizio.

L'Autorità è legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi che ritiene illegittimi, sia direttamente sia a seguito dell'emanazione di un parere rivolto alla stazione appaltante interessata, al quale quest'ultima non si conforma.

In materia di pareri di precontenzioso, l'Anac è intervenuta con il [Regolamento 09/01/2019](#) (G.U. n. 22 del 26 gennaio 2019).

12. Bibliografia

- **Barbieri**, *L'interesse a ricorrere è ancora una condizione del ricorso giurisdizionale amministrativo?*, in Riv. Dir. Proc., 2017, 6, 1580 ;
- **Boscolo**, *Procedure di gara - Rito superspeciale sulle esclusioni - Il rito superspeciale sulle esclusioni e ammissioni dei concorrenti*, in Giur. It., 2017, 1, 175;
- **Comporti**, *Appalti pubblici - Il giudice amministrativo alla prova delle dinamiche di mercato nelle gare pubbliche*, in Giur. It., 2016, 11, 2479;
- **Contessa**, *Il nuovo codice dei contratti pubblici - Le forme di tutela nel nuovo codice* in Giornale Dir. Amm., 2016, 4, 436;
- **Corradino, Galli, Gentile, Lenoci, Malinconico**, *I contratti pubblici*, Ipsoa, 2017;
- **Cosmai**, *I pareri di pre-contenzioso e le raccomandazioni Anac nel nuovo codice degli appalti*, in Azienditalia, 2016, 11, 1024;
- **Cosmai, Iovino**, *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Ipsoa, 2016;
- **Cumin**, *Rito "superaccelerato", esecuzione anticipata e frammentazione dell'interesse a ricorrere*, in Urbanistica e appalti, 2017, 5, 642;
- **Di Cagno**, *Immediata impugnabilità della clausola del bando di gara sul criterio di valutazione dell'offerta - Il commento*, in Urbanistica e appalti, 2018, 1, 101;
- **Pajno**, *La giustizia amministrativa nel 2018*, in Giornale Dir. Amm., 2018, 1, 9;
- **Pajno**, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in Giornale Dir. Amm., 2017, 4, 419;
- **Pajno**, *La giustizia amministrativa nel 2017*, in Giornale Dir. Amm., 2017, 2, 147;
- **Perfetti**, *Codice dei contratti pubblici commentato*, Ipsoa 2017;
- **Presutti**, *Il precontenzioso e il rito accelerato nelle procedure per l'affidamento di contratti pubblici*, in Urbanistica e appalti, 2017, 3, 301;
- **Quadri**, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative - Gli effetti delle decisioni del g.a. sull'economia*, in Giur. It., 2017, 4, 985 ;
- **Travi**, *Per un giudizio amministrativo effettivo ed efficace: limiti del sistema e proposte operative - Celerità ed effettività della tutela giurisdizionale dopo il codice*, in Giur. It., 2017, 4, 985;
- **Travi**, *Le nuove sfide della giustizia amministrativa*, in Giornale Dir. Amm., 2017, 2, 173.