



DISEGNO DI LEGGE

d’iniziativa dei senatori DELLA MONICA, D’AMBROSIO, CAROFIGLIO, CHIURAZZI, GALPERTI, MARITATI, BARBOLINI, ADAMO, CECCANTI, INCOSTANTE, LUMIA, GARRAFFA, ARMATO, LEDDI e DE SENA

COMUNICATO ALLA PRESIDENZA IL 9 GIUGNO 2011

Modifiche al codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in materia di banca dati dei contratti pubblici, risoluzione del contratto di appalto a seguito di accertamento di gravi responsabilità penali e arbitrato per contratti pubblici

ONOREVOLI SENATORI. - Le modifiche che si propongono con tale disegno di legge sono finalizzate ad ottenere una maggiore trasparenza nel settore degli appalti pubblici e quindi a rafforzare l'azione di prevenzione e contrasto della corruzione che, nel nostro paese, rappresenta un fenomeno in costante ascesa specialmente nel settore delle pubbliche commesse, dove le ricadute negative dell'azione corrutiva sono non solo di carattere economico (con, ad esempio, la lievitazione del costo delle opere o dei servizi), ma anche di carattere socio-economico (se si considera ad esempio l'esclusione da tale mercato delle imprese sane ed il mancato ottenimento, da parte dei cittadini, del bene pubblico oggetto dell'appalto). Si propongono, pertanto, le seguenti misure: istituzione di una banca dati-anagrafe unica dei contratti; risoluzione del contratto di appalto a seguito di accertamento di responsabilità in materia di corruzione ed altri gravi reati; divieto di ricorso all'arbitrato per i contratti pubblici.

a) Banca dati - anagrafe unica dei contratti pubblici

La norma relativa alla istituzione della banca dati dei contratti pubblici è di fondamentale importanza ai fini del raggiungimento dell'obiettivo della trasparenza e, quindi, della prevenzione del delitto di corruzione e più in generale dei reati contro la pubblica amministrazione. La previsione della creazione di una banca dati e anagrafe unica dei contratti, valida per qualunque tipo di contratto e di stazione appaltante, in grado di fornire in tempo reale le informazioni sui soggetti attuatori, sui contratti, sulle imprese partecipanti alle gare, sulle imprese esecutrici, sulle imprese subappaltatrici e sui

noli, risponde, infatti, all'esigenza di disporre con immediatezza di tutte le informazioni e di garantire la massima trasparenza del mercato degli appalti e consente di intervenire tempestivamente per contrastare fenomeni particolarmente gravi legati a fatti di scarsa trasparenza, se non di corruzione, e all'infiltrazione malavitosa nei contratti pubblici. Un repertorio comune, infatti, consentirebbe di trasformare la mole di dati informativi statistici, oggi raccolti presso i ministeri, le regioni, le stazioni appaltanti, le imprese e l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), in un sistema di «dati gestionali» validati grazie alla possibilità di poterli incrociare fra loro. In tal modo la realizzazione della banca dati dei contratti pubblici consentirebbe di porre in essere strategie concertate di vigilanza e di controllo da parte dell'AVCP e di tutti gli altri soggetti deputati, *in primis* Ministero dell'interno e magistratura. In sintesi la *ratio* della norma che si propone è quella di creare un circuito virtuoso di conoscenza e controllo diffuso sull'attività contrattuale pubblica, in modo da favorire il rispetto della legalità ed il corretto agire della pubblica amministrazione, in funzione sia preventiva rispetto ai fenomeni di corruzione sia di garanzia dell'efficacia della gestione della spesa pubblica.

b) Risoluzione del contratto di appalto a seguito di accertamento di responsabilità in materia di corruzione ed altri gravi reati

La norma che si propone ha la finalità di tutelare la correttezza e la trasparenza nel settore degli appalti e l'affidabilità dell'appaltatore che, in caso di condanna per reati che offendono gravemente gli interessi dello

Stato, deve essere rimosso dall'incarico ricevuto, anche in corso di esecuzione dello stesso.

c) Divieto di ricorso all'arbitrato per i contratti pubblici

Il divieto di ricorso all'arbitrato - già introdotto con il testo originario dell'articolo 32 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 (cosiddetta «legge Merloni»), e poi abrogato dopo breve tempo dall'articolo 9-bis del decreto-legge 3 aprile 1995, n. 101, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 giugno 1995, n. 216 - è stato reintrodotta dalla legge n. 244 del 2007 (legge finanziaria 2008) che, ai commi 19 e 20 dell'articolo 3, ha previsto il divieto di inserimento di clausole compromissorie in tutti i contratti di lavori, servizi e forniture stipulati dalle pubbliche amministrazioni. In particolare, con tale previsione era fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi, a pena di nullità, con la previsione di illecito disciplinare e di responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti. Le ragioni dell'introduzione del divieto erano da ricercarsi nella constatazione fattuale dell'insuccesso dell'istituto dell'arbitrato. L'AVCP aveva, infatti, stimato che la percentuale di soccombenza della pubblica amministrazione, sia negli arbitrati amministrati, sia in quelli liberi, era sempre elevata così come risultava eccessivamente elevata la durata media degli arbitrati stessi (per l'anno 2007, di 351 giorni per gli arbitrati amministrati e di 465 per quelli liberi; per l'anno 2008, di 290 giorni per gli arbitrati amministrati e di 547 per quelli liberi).

Successivamente, l'entrata in vigore del divieto in parola è stata differita al 1° luglio 2008 in forza dell'articolo 15 del decreto-

legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, con la finalità di «consentire la devoluzione delle competenze alle sezioni specializzate di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168». Il termine di entrata in vigore del divieto è stato, quindi, più volte ulteriormente prorogato: prima, fino al 31 dicembre 2008 dall'articolo 4-bis, comma 12, del decreto-legge 3 giugno 2008, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 agosto 2008, n. 129; quindi, al 30 marzo 2009 dall'articolo 1-ter del decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2008, n. 201; ancora, al 31 dicembre 2009 dall'articolo 29, comma 1-quinquiesdecies, del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 febbraio 2009, n. 14 (cosiddetto decreto «milleproroghe») - che ha, peraltro, introdotto un'ulteriore modifica all'articolo 241 del codice dei contratti pubblici che disciplina l'arbitrato, prevedendo che «i compensi minimi e massimi stabiliti dalla tariffa allegata al regolamento di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398, sono dimezzati. Sono comunque vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto» - ed infine ulteriormente differito al 30 aprile 2010, dell'articolo 5, comma 4, del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni dalla legge 26 febbraio 2010, n. 25, in attesa del decreto di attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, sul contenzioso amministrativo. E proprio il decreto legislativo 20 marzo 2010, n. 53, adottato per l'attuazione della direttiva 2007/66/CE, malgrado il parere contrario del Partito democratico e le forti critiche avanzate in sede di audizione presso le Commissioni riunite Giustizia e Lavori pubblici del Senato dall'Autorità per la vigilanza sui con-

tratti pubblici, ha reintrodotto il ricorso all'arbitrato sul presupposto che i tempi più veloci per la soluzione delle controversie, dovuti alle clausole compromissorie, si traducevano in un risparmio economico. L'effetto sperato non sembra, invece, raggiungibile e non vi sono segnali in tal senso; tra l'altro le spese aumentano e l'amministrazione continua ad essere soccombente nella maggioranza dei casi, mentre i rimedi potrebbero essere diversi, ad esempio migliorando l'efficienza e i tempi del giudizio e arginando ricorsi infondati, con l'introduzione di sanzioni, tra cui il pagamento di tutte le spese processuali. Si ritiene, quindi, di dover riprodurre con il presente disegno di legge il testo di alcune disposizioni contenute nella legge finanziaria 2008. Difatti, la condivisibile *ratio* che supportava tali norme, consistente non solo in una esigenza di trasparenza, ma anche di correzione delle pesanti criticità manifestatesi con costanza e gravità tali da portare l'AVCP ad esprimere pesanti rilievi in merito al ricorso a tale strumento, è ancora attuale (si vedano al riguardo gli interventi del presidente Giampaolino del 16 ottobre 2009 presso l'Avvocatura generale dello Stato e dell'11 febbraio 2010 in audizione presso le Commissioni riunite II e VII della Camera dei deputati sull'atto di governo n. 167, avente ad oggetto lo «Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici»).

In particolare, permangono le seguenti criticità.

L'arbitrato ha assunto una valenza tale da essere spesso considerato un momento, seppure ulteriore, dell'esecuzione del contratto e, pertanto, tenuto presente al momento della presentazione dell'offerta, così da conformare addirittura i comportamenti delle im-

prese, sempre più attente non tanto alla proposta ed alle soluzioni innovative, quanto al possibile esito positivo del successivo contenzioso, spesso arbitrato.

La circostanza, infatti, che l'arbitrato rappresenti una sorta di fase finale quasi costante delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e che porti, con una regolarità quasi assoluta, alla declaratoria di soccombenza della pubblica amministrazione, rappresenta un dato preoccupante non solo sotto l'aspetto del detrimento del patrimonio pubblico - dato particolarmente rilevante in un momento di crisi economica - ma, altresì, di quello del *deficit* di efficienza dell'azione amministrativa che ne costituisce la causa ed, infine se non innanzitutto, del modo stesso di essere delle imprese: l'approdo all'immane contenzioso offre un eventuale salvataggio dall'offerta non congrua.

Il costo del giudizio arbitrato è, significativamente, più elevato di quello del giudizio ordinario, in quanto prevede tuttora, anche con la riduzione dei compensi agli arbitri, rilevanti spese oltre quelle per il segretario del collegio, nonché la quota pagata per il deposito del lodo, pari all'1 per mille del valore della controversia.

I dati elaborati dall'AVCP nel corso degli anni hanno mostrato un maggior costo complessivo delle opere pari al 30 per cento, come conseguenza del contenzioso.

Solo una minoranza degli arbitrati azionati si conclude entro il termine ordinario previsto per la pronuncia del lodo, ed anzi, in taluni casi, i procedimenti hanno avuto una durata di oltre settecento giorni per poi concludersi con un accordo transattivo.

Ove non sia intervenuta una transazione, le pubbliche amministrazioni sono risultate soccombenti nella grande maggioranza dei giudizi arbitrati, secondo una percentuale che si aggira intorno ai due terzi del totale e che, nel solo 2006, ha comportato oneri pari a 320.943.611 euro, senza contare le spese per lo svolgimento del giudizio (compensi agli arbitri, ai segretari e per il depo-

sito del lodo). Per quanto riguarda l'anno 2008, i lodi adottati in esito a procedure amministrative sono stati 26, mentre i lodi depositati in esito ad arbitrati liberi sono stati 158. Il valore delle controversie degli arbitrati amministrati varia da un minimo di euro 42.311,62 ad un massimo di euro 35.311.105,66, per un valore medio delle controversie pari a euro 3.718.327,25; negli arbitrati «liberi», invece, il valore della controversia varia da un minimo di euro 22.423,27 ad un massimo di euro 360.000.000, per un valore medio delle controversie pari a euro 13.680.697,36. Per quanto riguarda la soccombenza, in entrambi i tipi di arbitrato l'amministrazione pubblica è risultata perdente (totalmente o parzialmente) nella quasi totalità dei casi: la stazione appaltante, infatti, è risultata soccombente nell'83 per cento dei casi mentre l'impresa è risultata soccombente nel 2 per cento dei casi. Per quanto riguarda la durata dei procedimenti, quelli amministrati hanno avuto una durata media di circa 289,65 giorni, mentre quelli liberi hanno avuto una durata media di circa 546,79 giorni. I dati elaborati dall'AVCP nel corso degli anni hanno mostrato un maggior costo complessivo delle opere pari al 30 per cento, come conseguenza del contenzioso. Le spese relative al compenso spettante agli arbitri hanno inoltre evidenziato un onere per la pubblica amministrazione valutato in 2 milioni di euro per gli arbitrati amministrati; per quelli liberi, riferito solo a 98 arbitrati su 158, l'onere è risultato pari a circa 17 milioni di euro.

Per quanto riguarda l'anno 2009, i lodi adottati ammontano a 175: in esito a procedure amministrative sono stati 39, mentre i lodi depositati in esito ad arbitrati liberi sono stati 136. Un'analisi compiuta su un campione di 60 procedure arbitrali ha rilevato che l'entità delle singole controversie è oscillata da un minimo di euro 77.000 ad un massimo di euro 10.000.000 negli arbitrati amministrati, mentre negli arbitrati li-

beri è oscillata da un minimo di euro 25.422 ad un massimo di euro 280.000.000. Per quanto riguarda la soccombenza, la percentuale di soccombenza delle stazioni appaltanti per le spese di funzionamento del collegio è risultata del 66,67 per cento e l'entità della condanna nel merito delle stazioni appaltanti, esclusi i compensi agli arbitri, le spese legali, per consulenti tecnici d'ufficio e generali, ammonta ad euro 111.655.319. Inoltre, sempre secondo questo campione, la percentuale media della condanna nel merito delle stazioni appaltanti è risultata pari al 31,88 per cento, così determinando l'entità della condanna generale delle stazioni appaltanti ad euro 115.407.675; la durata dei procedimenti è stata in media di 473 giorni; le spese relative al compenso spettante agli arbitri hanno evidenziato un onere pari ad euro 2.786.494.

I lodi arbitrali impugnati sono stati, a loro volta, nella gran parte dei casi, dichiarati nulli da parte della corte d'appello.

Si propone, pertanto, il divieto per le pubbliche amministrazioni di fare ricorso all'arbitrato e di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi ovvero, relativamente ai medesimi contratti, di sottoscrivere compromessi.

Il divieto di arbitrato si applica alle pubbliche amministrazioni, individuate dall'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni ovvero agli enti pubblici economici. Per quanto concerne le conseguenze del divieto, si prevede la nullità delle clausole compromissorie ovvero dei compromessi comunque sottoscritti, nonché la configurabilità dell'illecito disciplinare e la responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti. Con norma transitoria, peraltro, sono fatte salve le controversie relative a contratti già sottoscritti dalle amministrazioni alla data di entrata in vigore della legge, ove approvata.

Le modifiche proposte lasciano ferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, come disposto dall'articolo 244 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni.

In conclusione, mentre non vi sono ostacoli alla sola via giurisdizionale e le procedure presso i TAR ed il Consiglio di Stato possono essere rese più veloci anche attraverso l'istituzione di sezioni giudicanti spe-

cializzate in gare d'appalto, nessun obbligo di prevedere il ricorso all'arbitrato per la risoluzione delle controversie in materia di appalti pubblici discende dalla citata direttiva 2007/66/CE (cosiddetta «direttiva ricorsi»). Essa, infatti, lascia liberi gli Stati membri di definire le controversie anche attraverso organi non giudiziari, prevedendo soltanto, in tal caso, che questi abbiano requisiti di affidabilità e che siano adottate le modalità più appropriate.

DISEGNO DI LEGGE

Art. 1.

*(Banca dati presso l'Autorità
per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture)*

1. All'articolo 6 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dopo il comma 5 è inserito il seguente:

«5-bis. Per le finalità di cui al comma 5, è istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture una banca dati – anagrafe unica dei contratti pubblici, finalizzata ad acquisire in tempo reale informazioni sui soggetti attuatori, sui contratti, sulle imprese partecipanti alle gare, sulle imprese esecutrici, sulle imprese subappaltatrici e sui noli».

Art. 2.

*(Risoluzione del contratto di appalto
a seguito di accertamento di responsabilità
in materia di corruzione ed altri gravi reati)*

1. Dopo l'articolo 135 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è inserito il seguente:

«Art. 135-bis. - *(Risoluzione del contratto di appalto a seguito di accertamento di responsabilità in materia di corruzione ed altri gravi reati)*. – 1. Fermo quanto previsto da altre disposizioni di legge, qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale,

per i delitti previsti dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, primo comma, 319, 319-*ter*, 322, 346, 353, 353-*bis*, 354, 355, 356, 629, 640-*bis*, 644, 648-*bis* e 648-*ter* del codice penale, la stazione appaltante procede obbligatoriamente alla risoluzione del contratto. Nel caso di risoluzione, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

2. Agli effetti del comma 1, la sentenza emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale è equiparata a condanna».

Art. 3.

(Divieto di arbitrato)

1. È fatto divieto di ricorrere all'arbitrato nelle controversie relative a concessioni ed appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una pubblica amministrazione di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, o una società a partecipazione pubblica, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con denaro pubblico. Le clausole compromissorie sono nulle di diritto e la loro sottoscrizione costituisce illecito disciplinare e determina responsabilità erariale per i responsabili dei relativi procedimenti.

2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge.

3. Gli articoli 241, 242 e 243 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono abrogati. Le disposizioni di cui ai citati articoli mantengono efficacia fino alla conclusione delle procedure relative agli arbitrati di cui al comma 2.