

Nel parere di precontenzioso n. 37 del 17 gennaio 2018, l'Autorità ha ritenuto qualificabile come mero errore materiale, percepibile *ictu oculi*, non incidente sul contenuto essenziale dell'offerta e sulla sua completezza e dunque non integrante una causa di esclusione, l'aver indicato nell'offerta economica il corrispettivo riferito all'intera durata contrattuale e non il corrispettivo annuale giacché il valore annuale dell'offerta era immediatamente calcolabile tramite una semplice divisione dell'importo complessivo offerto per i due anni di durata prevista del contratto, senza per questo modificare il contenuto dell'offerta ma rapportandola a ciascun anno di durata dell'appalto, ricostruendo in tal modo la volontà dell'operatore economico. Nel parere di precontenzioso n. 1084 del 21 novembre 2018, l'Autorità ha ritenuto non conforme alla normativa di settore l'operato della commissione giudicatrice che ha rettificato in corso di gara la formula aritmetica dettata dalla *lex specialis* ai fini dell'attribuzione dei punteggi alle offerte economiche, evidenziando che tale operazione è da ritenersi non consentita, poiché il divieto di alterare la formula di calcolo prevista nel bando è inviolabile, trattandosi dell'immediato corollario dei principi di legalità, buon andamento, imparzialità e *par condicio* nelle pubbliche gare per di più ad opera di un organo (la commissione) privo di capacità al riguardo e in una fase nella quale restava precluso qualsiasi intervento correttivo, essendo state già conosciute le offerte tecniche.

Nell'affrontare il tema del corretto trattamento delle offerte con identico ribasso nell'ambito del calcolo della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 97, co. 2, lett. a), del Codice, l'Autorità ha ritenuto non applicabile il principio del blocco unitario ribadito dall'Adunanza Plenaria n. 5/2017 (con riferimento alla percentuale di offerte di maggiore e minore ribasso da considerare ai fini dell'individuazione delle cosiddette "ali") al caso in cui le offerte identiche, per le quali si invocava l'applicazione di tale principio, si collocano tra quelle che restano dopo l'operazione del taglio delle ali, per le quali non si pone né si è mai posta alcuna ipotesi di "accorpamento" o trattamento unitario, poiché nelle successive fasi di definizione delle medie (media dei ribassi e scarto medio dei ribassi superiori alla media) occorre considerare tutte le offerte non accantonate, singolarmente anche se di valore identico (parere di precontenzioso n. 1080 del 21 novembre 2018).

Con pareri vincolanti è stata trattata anche la ricorrente questione della sanabilità tramite soccorso istruttorio della mancata indicazione nell'offerta economica dei costi della manodopera e della sicurezza. In un caso particolare di errata indicazione di tali costi, dove l'operatore economico era incorso in un errore materiale avendo indicato i costi della manodopera che prevedeva di sostenere per ciascun anno di affidamento e non la somma complessiva relativa alla durata triennale del contratto senza tuttavia specificare l'unità di misura utilizzata (ovvero il costo annuale), l'Autorità ha ritenuto che, avendo l'operatore economico conteggiato il costo complessivo triennale della manodopera ai fini del calcolo dell'offerta, i chiarimenti forniti potessero essere legittimamente

acquisiti dalla stazione appaltante (parere di precontenzioso n. 1039 del 30 ottobre 2018). Nei pareri di precontenzioso n. 757 del 5 settembre 2018 e n. 479 del 23 maggio 2018, nel caso particolare in cui la legge di gara prevedeva l'obbligo di dichiarare i costi della manodopera e della sicurezza a pena di esclusione e il modulo MEPA per la redazione dell'offerta economica recava un apposito spazio per l'indicazione di detti costi, così che non poteva sostenersi che l'amministrazione avesse ingenerato nei concorrenti un affidamento circa la non sussistenza dell'obbligo di indicare nell'offerta economica gli oneri di sicurezza, obbligo che, anzi, era stato esplicitato in modo evidente e facilmente comprensibile, è stata ritenuta legittima l'esclusione senza previo esperimento del soccorso istruttorio.

Con riferimento al sub-procedimento della verifica della congruità delle offerte anormalmente basse, chiamata a valutare la legittimità dell'esclusione del concorrente che aveva presentato le giustificazioni a sostegno della congruità dell'offerta con ritardo rispetto al termine fissato dalla stazione appaltante, l'Autorità ha ritenuto l'operato della stazione appaltante non conforme alla normativa di settore sulla base del principio, accolto anche dalla giurisprudenza, secondo cui il procedimento di verifica della congruità dell'offerta deve essere improntato alla massima collaborazione tra l'amministrazione aggiudicatrice e l'offerente, quale strumento per l'effettiva instaurazione del contraddittorio e per il concreto apprezzamento dell'adeguatezza dell'offerta: in tale contesto di fondo, ciò che prima di tutto rileva è il dato sostanziale dell'anomalia o meno dell'offerta, per cui deve escludersi che la mancata - ovvero tardiva - produzione delle giustificazioni possa comportare automatica esclusione del concorrente interessato, essendo la stazione appaltante, comunque, tenuta a valutare la sostanza dell'offerta, sulla scorta della documentazione in atti (parere di precontenzioso n. 710 del 24 luglio 2018).

14.2 L'attività consultiva in tema di appalti pubblici

Nel corso del 2018 nell'esercizio dell'attività consultiva sono stati emessi 144 pareri, 10 dei quali resi in forma estesa, in quanto relativi a questioni giuridiche di interesse generale aventi il carattere della novità e utili a orientare altri soggetti destinatari della normativa (consultabili sul sito istituzionale dell'Autorità) e 134 resi in forma breve, concernenti questioni di pacifica interpretazione, tenuto conto dei precedenti dell'Autorità e/o di indirizzi giurisprudenziali consolidati condivisi dall'Autorità stessa.

L'attività consultiva ha riguardato alcuni argomenti di rilevanza generale che, per il profilo interpretativo e sistematico o per aspetti di carattere economico e strategico, appaiono di notevole interesse e meritevoli di essere brevemente illustrati.

Applicabilità del d.lgs. 50/2016 alle Libere Università

Con deliberazione n. 1048 del 14 novembre 2018 l'Autorità ha affrontato il tema dell'applicabilità della disciplina dettata dal Codice alla LUMSA Libera Università Ss. Assunta. Stante il rilievo della questione, l'Autorità ha chiesto anche l'avviso del Consiglio di Stato che si è espresso con parere n. 2427 del 26 ottobre 2018.

All'esito dell'istruttoria svolta, l'Autorità ha ritenuto che la LUMSA non sia qualificabile come organismo di diritto pubblico ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. d) del Codice, e pertanto la stessa è sottratta all'applicazione del Codice ai fini dell'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture. Sulla base delle considerazioni svolte l'Autorità ha, quindi, affermato che la LUMSA può procedere alla stipula di contratti di lavori, servizi e forniture senza necessità del previo esperimento di procedure di evidenza pubblica.

In house providing

In tema di affidamenti *in house*, nel periodo di riferimento, l'Autorità ha adottato la delibera n. 6 del 10 gennaio 2018. In tale pronuncia è stata esaminata la qualificazione di un'associazione di enti locali come amministrazione aggiudicatrice, sulla base delle previsioni statutarie e delle caratteristiche della stessa. A tal riguardo l'Autorità ha chiarito che l'associazione presenta nella sua struttura e composizione i requisiti necessari ai fini della qualificazione in termini di amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. a), del Codice, in quanto associazione di enti locali e di organismi partecipati esclusivamente da enti locali per lo svolgimento di attività funzionali al perseguimento di interessi pubblici comuni ai soci. Anche sulla base di precedenti pronunce dell'Autorità è stato osservato altresì che l'associazione tra enti territoriali, in quanto associazione di amministrazioni aggiudicatrici, deve ritenersi essa stessa amministrazione aggiudicatrice e, dunque, tenuta all'applicazione della disciplina dell'evidenza pubblica. È stato inoltre affrontato il tema della qualificazione della predetta associazione come organismo *in house* degli enti che vi partecipano. A tal riguardo è stato osservato che la stessa non presenta le condizioni previste dalla normativa per il riconoscimento della natura *in house* degli enti che ne sono soci, in quanto non si configura come un'articolazione organizzativa delle amministrazioni aggiudicatrici che ne sono socie, trattandosi di un'associazione riconducibile piuttosto nell'ambito degli assetti associativi civilistici. In relazione alla figura dell'*in house* c.d. "frazionato" o "pluripartecipato", come

previsto all'art. 5, commi 4 e 5, del Codice, all'esito dell'esame dello statuto, è stato osservato (tra l'altro) che l'associazione è soggetta al controllo delle amministrazioni aggiudicatrici associate presenti in assemblea e, attraverso loro rappresentanti, nel consiglio di amministrazione; tuttavia, il controllo non appare configurabile in termini di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi in ragione dell'autonomia riconosciuta all'associazione nel perseguimento del proprio scopo statutario, anche nell'ambito degli stessi rapporti con i soci-enti locali e/o organismi da questi composti. Sulla base di tali considerazioni, è stata quindi esclusa per l'associazione la configurabilità come organismo *in house providing* rispetto agli enti e organismi che ne sono soci.

Società miste

Di particolare rilievo la pronuncia dell'Autorità in merito all'applicazione dell'art. 7, co. 5, d.lgs. 175/2016, alle società con caratteristiche di *spin off* o di *start up* universitari.

Al riguardo sulla base di quanto disposto dall'art. 7, co. 5, d.lgs. 175/2016 e dall'art. 5, co. 9, del medesimo decreto legislativo, l'Autorità ha affermato che ai fini della costituzione di società *spin off*, nella forma di società di capitali cui partecipi anche un soggetto privato, l'individuazione di quest'ultimo deve avvenire con procedura ad evidenza pubblica, come previsto dall'art. 7, co. 5, d.lgs. 175/2016 che rinvia all'art. 5, co. 9, del Codice, nonché delle disposizioni in tema di trasparenza ai sensi del d.lgs. 33/2013, nel senso indicato dall'Autorità nel PNA.

Accordi tra amministrazioni aggiudicatrici

Il tema degli accordi tra amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 5, co. 6, del Codice, è stato trattato dall'Autorità nella deliberazione n. 619 del 4 luglio 2018. In tale pronuncia è stato confermato l'orientamento dell'Autorità in materia (*ex multis* parere AG14/2017/AP) a tenore del quale la norma sopra richiamata, dettata in recepimento dell'art. 1, paragrafo 6, della direttiva 24/2014/UE, indica in maniera tassativa i limiti entro i quali detti accordi possono essere conclusi, affinché possa ritenersi legittima l'esenzione dal Codice. L'Autorità ha quindi precisato i limiti del ricorso a tali accordi tra PA, chiarendo che: l'accordo deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti; alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità; i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo, comprensivo di un margine di guadagno; il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale

delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli stati membri.

Sulla base di tali considerazioni l'Autorità ha ritenuto non conforme ai principi ed alle norme sopra richiamate un accordo tra amministrazioni avente ad oggetto attività di ricerca e sottoposto alle disposizioni dell'art. 158 del Codice, ricorrendo le due condizioni previste dalla norma ai fini dell'applicazione del Codice: i) i risultati dei servizi previsti nell'accordo appartengono esclusivamente ad una delle amministrazioni ai fini dell'esercizio della sua attività, (ii) il pagamento del corrispettivo è posto interamente a carico della stessa.

Sempre in tema partenariato pubblico-pubblico, l'Autorità ha adottato la delibera n. 1118 del 28 novembre 2018 nella quale ha esaminato la possibilità per più amministrazioni aggiudicatrici di concludere un accordo ex art. 15 l. 241/1990, finalizzato a demandare ad una sola di esse la responsabilità relativa alla progettazione e all'esecuzione di lavori pubblici, rientranti (anche) nella sfera di competenza delle altre amministrazioni firmatarie. Al riguardo l'Autorità, dopo aver richiamato l'orientamento della stessa in tema di accordi tra amministrazioni aggiudicatrici ai sensi dell'art. 5, co. 6, d.lgs. 50/2016, (*ex multis* determinazione n. 7/2010, pareri sulla normativa AG/07/15/AP e AG 16/2017/AP), ha ritenuto non conforme al dato normativo di riferimento il predetto accordo tra PA, poiché lo stesso avrebbe quale effetto l'unificazione delle funzioni di amministrazione aggiudicatrice in un solo soggetto pubblico, che a sua volta dovrebbe affidare al concessionario già individuato per la costruzione di una superstrada anche altre opere, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. 163/2006.

A tal riguardo è stato osservato, in primo luogo, che la delega delle funzioni di stazione appaltante non è ammessa dalla disciplina di settore, ad eccezione delle ipotesi, espressamente disciplinate dal Codice, di ricorso alle centrali di committenza (art. 37 e 38). Pertanto, non è possibile la delega di funzioni pubbliche relative alla procedura di affidamento da parte della stazione appaltante a un soggetto esterno, configurandosi, in questo modo, un'ipotesi di "concessione di committenza", ormai espunta dall'ordinamento per effetto dell'abrogazione della legge n. 1137 del 29 giugno 1929. A ciò si aggiunga, in relazione al secondo profilo, che quandanche in ipotesi tale delega di funzioni fosse ammessa dall'ordinamento, difettano nella fattispecie i presupposti legittimanti l'affidamento diretto al concessionario della superstrada, dei lavori relativi ad una nuova autostazione e alle gallerie ferroviarie sottostanti, ai sensi dell'art. 147 del d.lgs. 163/2006.

Pertanto la possibilità di affidare ad un concessionario anche i lavori e i servizi "complementari" ("supplementari" secondo la disciplina in vigore) a quelli oggetto dell'affidamento principale, come evidenziato nel parere sulla normativa AG25-08, oltre ad essere legata alla ricorrenza degli stringenti

presupposti fissati dal legislatore, non deve apportare modifiche sostanziali, e quindi “rinegoziazioni”, al rapporto contrattuale in corso d’esecuzione.

Modifiche dei contratti in corso di esecuzione

Altro tema affrontato dall’Autorità nel corso del 2018 riguarda le modifiche dei contratti in corso di esecuzione. In particolare, con delibera n. 869 del 17 ottobre 2018 (AG8/2018/AP), l’Autorità ha espresso avviso in ordine ad un quesito riguardante un appalto integrato per la progettazione esecutiva e la costruzione di un porto commerciale, ed alla possibilità di dare prosecuzione al contratto stipulato nel 2007 con un raggruppamento di imprese, eseguito fino circa alla concorrenza del 60% dell’importo contrattuale, al fine di realizzare i lavori previsti nel nuovo progetto generale di completamento del porto. A tal riguardo è stato osservato, in primo luogo, che a fronte di un nuovo progetto, la continuità negoziale passa attraverso l’approvazione di una variante in corso d’opera che, come noto, è ammissibile nei soli casi tassativamente indicati nell’art. 132 del d.lgs. 163/2006 (norma applicabile *ratione temporis* al contratto in esame) e nei limiti in cui non si traduca in una variante sostanziale. Tuttavia, non può, a priori, farsi un’elencazione squisitamente tecnica di quali modifiche siano da considerare varianti sostanziali e quali no. L’evenienza di una variante sostanziale non va, infatti, legata ai singoli aspetti tecnici delle modifiche progettuali apportate, bensì agli effetti che tali variazioni avrebbero potuto avere, se già presenti o comunque note, sulle offerte fatte dagli altri concorrenti che al tempo hanno partecipato alla gara d’appalto. Ciò in quanto vanno salvaguardati i principi di concorrenza e parità di condizioni, che altrimenti risulterebbero lesi dal mutamento sostanziale, per importo o entità, del progetto dell’opera posto a base della gara ad evidenza pubblica (cfr., *ex multis*, deliberazione n. 103/2012).

A tal riguardo l’Autorità ha quindi osservato che il mutamento del tipo contrattuale da appalto integrato ad appalto di sola esecuzione non è una modifica meramente formale, perché implica un mutamento del regime di responsabilità dell’appaltatore. Nell’appalto integrato l’appaltatore è chiamato a rispondere degli errori ed omissioni della progettazione esecutiva che pregiudichino in tutto o in parte la realizzazione dell’opera o la sua utilizzazione. La riconducibilità del progetto esecutivo alla stazione appaltante solleva l’appaltatore da una responsabilità assunta con la stipula del contratto determinando una significativa modifica dell’assetto contrattuale sulla base del quale si è svolto l’iniziale confronto concorrenziale. Ciò integra un’inammissibile modifica sostanziale del contratto.

Convenzioni Consip

Con deliberazione n. 7 del 10 gennaio 2018 l’Autorità ha affrontato la questione relativa alla corretta interpretazione dell’art. 64, co. 2, d.l. 50/2017 in ordine alle condizioni economiche applicabili ai contratti attuativi e agli ordinativi di fornitura aventi causa nelle convenzioni Consip risolte ex art. 1456 c.c. e la cui efficacia è stata prorogata ai sensi del comma 1 del citato art. 64. In particolare, la questione affrontata atteneva alla possibilità di applicare un nuovo prezzo medio al verificarsi di modifiche in ordine all’attivazione delle convenzioni Consip nei diversi lotti. In merito è stato quindi affermato che il citato art. 64, del d.l. 50/2017, deve essere interpretato in maniera coerente con i principi generali regolanti la proroga degli affidamenti prevista anche dall’art. 2, del d.l. 58/2014 (conv. in l. 89/2014 e modificato dall’art. 1, del d.l. 42/2016 conv. in l. 89/2016) in relazione ai casi di convenzioni Consip non attive, sospese o scadute. L’art. 2, del d.l. 58/2014, pur avendo disciplinato fattispecie diverse rispetto a quella in esame ha dettato una normativa concernente le condizioni contrattuali delle disposte proroghe ispirata dall’esigenza di consentire, in via eccezionale e transitoriamente, la prosecuzione di affidamenti necessari a garantire il mantenimento dei servizi di pulizia e ausiliari nelle scuole. Per i servizi di pulizia e ausiliari, sulla base della richiamata disciplina, si è introdotta una distinzione tra le regioni in cui risulta scaduta la convenzione-quadro Consip, dove si è consentita la prosecuzione degli affidamenti alle stesse condizioni tecniche ed economiche stabilite nelle convenzioni scadute, e le regioni in cui la convenzione Consip non risulta attiva o risulta sospesa, dove si è consentita la prosecuzione degli affidamenti in capo ai medesimi contraenti già affidatari per il periodo transitorio indicato, alle condizioni tecniche previste dalle convenzioni Consip e determinando il corrispettivo in base all’importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui risultasse attiva la convenzione Consip. L’art. 64 del d.l. 50/2017 nell’individuare l’importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui non è intervenuta la risoluzione della convenzione-quadro Consip deve ritenersi riferito all’importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui la convenzione è stata attivata; la norma non appare caratterizzata da una volontà penalizzante del legislatore quanto piuttosto ispirata ai principi generali della contrattualistica pubblica, in specie ai principi regolanti la proroga dei contratti pubblici secondo cui il corrispettivo dell’appalto resta quello previsto al tempo dell’aggiudicazione del contratto senza possibilità di rinegoziazione. In tal senso appare interpretabile la previsione concernente le condizioni tecniche del contratto che devono essere le stesse previste «dalla convenzione - quadro Consip oggetto di risoluzione» così come la previsione concernente il prezzo che andrebbe determinato con riferimento al tempo dell’aggiudicazione della convenzione successivamente risolta.

Sulla base delle considerazioni illustrate, l'Autorità ha quindi affermato che l'art. 64, d.l. 50/2017 (conv. in l. 96/2017) ove richiama le condizioni economiche contrattuali intese come «importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui non è intervenuta la risoluzione della convenzione-quadro Consip» deve essere riferito all'importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui sono attive le convenzioni Consip, come riscontrabile al tempo dell'aggiudicazione della convenzione risolta.

Concorsi di idee

Con deliberazione n. 185 del 21 febbraio 2018 l'Autorità ha espresso avviso in ordine ad un concorso di idee internazionale per la progettazione e la realizzazione di scuole innovative. L'istanza di parere, in tal caso, atteneva alle specifiche previsioni contenute nell'art. 1, comma 517, della l. 107/2015, ai sensi del quale le amministrazioni proprietarie delle aree interessate possono avviare la progettazione definitiva ed esecutiva degli interventi, affidando i relativi incarichi mediante procedura negoziata senza bando. All'esito della disamina del quadro normativo di riferimento (art. 1, commi 153 e 154 della l. 107/2015) e del bando di gara, è stato osservato che invero le disposizioni della l. 107/2015 rinviano alla disciplina contenuta nel Codice in tema di concorsi di idee, con particolare riferimento all'art. 108 del d.lgs. 163/2006. La diversa natura e di contenuto del concorso di progettazione rispetto all'appalto di progettazione costituisce la ragione per la quale la disciplina di settore non prevede l'indicazione di particolari requisiti minimi di partecipazione di carattere economico-finanziario e tecnico-organizzativo che devono essere posseduti dai concorrenti, ad eccezione di quello professionale. Si tratta, infatti, di procedura intesa ad esaltare le sole capacità creative e progettuali dei soggetti partecipanti indipendentemente dalle loro capacità economico-finanziarie e tecnico organizzative. Da sottolineare anche che siffatta previsione si giustifica, tuttavia, soltanto con riferimento al concorso di progettazione che non sia inserito in un procedimento di appalto che comprenda anche e successivamente un servizio di ingegneria o di architettura, atteso che, in tale ipotesi, i concorrenti, potendo essere aggiudicatari anche dell'appalto, devono possedere anche i necessari indicati ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

É stato quindi osservato che nell'ambito di un concorso di idee, la possibilità di affidare al vincitore, con procedura negoziata senza bando, anche la redazione dei successivi livelli progettuali è subordinata a due condizioni principali, come indicate nel comma 6, dell'art. 156: la previsione di tale possibilità deve essere chiaramente esplicitata nel bando di gara e, inoltre, tale documento deve espressamente indicare i requisiti tecnico-professionali ed economici che devono essere posseduti dai concorrenti ai fini dell'affidamento della progettazione e commisurati alle caratteristiche

dell'incarico da svolgere. L'indicazione dei predetti elementi nel bando riveste, peraltro, carattere preminente essendo gli stessi finalizzati alla selezione di soggetti idonei all'eventuale svolgimento (anche) del successivo incarico di progettazione (perché in possesso di adeguati requisiti professionali) e, sotto il profilo del rispetto dei principi di *par condicio*, concorrenza e trasparenza, potendo gli stessi incidere in maniera determinante sulla platea dei potenziali partecipanti alla procedura di gara a monte. Pertanto, nel caso in cui non siano rispettate le condizioni previste nell'art. 156, co. 6, del Codice per il ricorso alla procedura negoziata senza bando nell'ambito nel concorso idee, i successivi livelli di progettazione devono essere affidati nel rispetto delle previsioni dell'art. 156, co. 5 e dell'art. 157 (quindi con un concorso di progettazione o con un appalto di servizi di progettazione).

Appalto integrato

Con deliberazione n. 483 del 23 maggio 2018 l'Autorità ha esaminato la questione relativa alla legittimità del ricorso all'accordo quadro per i lavori di messa in sicurezza e adeguamento di una strada statale, alla luce delle modifiche introdotte dal nuovo Codice a detto istituto. Sul punto l'Autorità – sulla base della definizione di accordo quadro – ha affermato che il ricorso a tale strumento pare presupporre che siano stabilite tutte le condizioni dell'affidamento e, dunque, anche quelle concernenti le modalità con cui dovranno svolgersi le prestazioni o le opere che saranno aggiudicate, potendo restare indefinite le sole quantità che saranno effettivamente richieste dalla stazione appaltante. Ciò, in particolare, dovrebbe valere quando l'accordo quadro sia stato sottoscritto con un unico aggiudicatario, in quanto l'ipotesi in cui lo stesso non contenga tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi e delle forniture è riferita - nell'art. 5, co. 4, lett. c) del d.lgs. 50/2016 - solo all'accordo sottoscritto con più operatori economici, tra i quali, infatti, è necessario riaprire il confronto competitivo. Peraltro, anche in quest'ultima ipotesi sono solo alcuni termini della prestazione a poter essere definiti nella fase successiva in cui è aggiudicato il singolo contratto.

Nel caso esaminato dall'Autorità è risultata mancante la descrizione delle opere da realizzare, in quanto pur essendo indicate le singole lavorazioni, non è stata messa a disposizione degli operatori economici alcuna progettazione delle opere.

L'Autorità, inoltre, ha osservato che l'aggiudicazione di nuove opere ed interventi di manutenzione straordinaria deve avvenire nel rispetto della disciplina sulla progettazione, anche in caso di ricorso allo strumento dell'accordo quadro; ciò, in quanto, ove pure si ritenga che le modifiche apportate dal nuovo codice alla disciplina dell'accordo quadro abbiano l'effetto di estenderne l'ambito di

applicazione alla manutenzione straordinaria ed ai lavori, restano fermi gli obblighi di progettazione previsti dallo stesso Codice.

Capitolo 15

L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale

15.1 Il 2018: un anno di consolidamento

Una parte significativa dell'attività della Camera arbitrale è stata dedicata a dare applicazione alla fondamentale innovazione introdotta lo scorso anno con il decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici in relazione al quanto previsto dall'art. 216, co. 22, del Codice stesso: il riferimento è, in particolare, all'art. 128, co. 1, del d.lgs. 56/2017, che ha disposto che “le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo art. 209, co. 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della entrata in vigore del presente codice”.

La descritta novità è importante perché è valsa a precludere l'avverarsi di rischi per l'arbitrato e per le sue specifiche esigenze di integrità, legalità e responsabilità nella materia dei contratti pubblici insiti in una indiscriminata estensione del regime dell'ultrattività del Codice del 2006, come regola prioritaria per la definizione del diritto intertemporale. Tali rischi venivano a toccare, in particolare, alcune delle principali innovazioni introdotte dal Codice del 2016, quali l'unificazione delle procedure di arbitrato, che ha cancellato la precedente distinzione tra arbitrato “amministrato” e arbitrato “libero”; la più stringente definizione delle cause di incompatibilità, che ha portato alla determinazione di regole di vera e propria inconfiribilità dell'incarico arbitrale, la ricomposizione dei limiti alla quantificazione dei compensi arbitrali, evidentemente cruciale per la economicità delle procedure arbitrali, e che avrebbero potuto minare la certezza, prevedibilità e credibilità complessiva del sistema.

Proprio sulla questione della quantificazione dei compensi arbitrali è intervenuta l'unica novità della disciplina rilevante per l'arbitrato, concretata nell'adozione da parte del MIT del decreto del 31 gennaio 2018, recante la determinazione dei limiti dei compensi del Collegio arbitrale e che ha dato attuazione alla previsione di cui al comma 16 dell'art. 209 del Codice, ponendo, a sua volta, fine, come stabilito dall'art. 216, co. 22, al regime transitorio imperniato sulla perdurante applicazione del d.m. 398/2000. In particolare, rispetto al testo precedente le principali innovazioni consistono: a) nella riduzione degli scaglioni di valore della controversia da 8 a 5, con allargamento dell'intervallo relativo a quello intermedio; b) nella rimodulazione del compenso minimo e massimo stabilito con riferimento a ciascun scaglione, fermo restando il limite assoluto di 100.000 euro

stabilito dal Codice, senza correttivi in aumento previsti nel decreto 398 del 2000 (pari allo 0.50 per cento della differenza tra il valore della controversia e quello del minimo identificativo dello scaglione), che avrebbero potuto produrre in concreto un compenso determinato in misura superiore a quella minima dello scaglione successivo; c) nella predeterminazione, all'interno del compenso complessivamente spettante al collegio arbitrale, del criterio di riparto, tra il presidente e gli altri membri, nonché della misura, anche qui entro un limite massimo, del compenso spettante al segretario del collegio, ove nominato; d) nella previsione, nel caso in cui l'arbitrato si concluda con una pronuncia di rito, che il compenso complessivo sia sempre pari alla misura del minimo previsto dallo scaglione di riferimento, aumentata al massimo dello 0,05 per cento della differenza tra il valore della controversia e il minimo dello scaglione stesso in presenza di significativi elementi di pregio del lodo; e) nella previsione, nel caso di intervenuta conciliazione tra le parti, che fissa il compenso nella misura minima stabilita per lo scaglione di riferimento, ridotta alla metà.

La Camera arbitrale è stata poi chiamata a pronunciarsi sulla perdurante applicabilità della disposizione di cui all'art. 269, co. 7, del d.P.R. 207/2010. Ad avviso della Camera arbitrale il potere di nomina previsto dalla richiamata disposizione è venuto meno nell'ordinamento a seguito dall'abrogazione della disposizione stessa, a sua volta disposta dall'art. 217, co. 1, lett. u), n. 2), del Codice del 2016, a far data dalla sua entrata in vigore.

Per altro verso, la Camera arbitrale ha proseguito nell'azione di diffusione, con puntuali forme di pubblicità e trasparenza, dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni (ivi compreso l'eventuale momento del contenzioso), per il rafforzamento delle finalità istituzionali di integrità e di legalità in settori che presentano più alti gradi di rischio di fenomeni corruttivi. La Camera, pertanto, dopo aver disposto, con il Comunicato n. 1 del 2017, oltre alla pubblicazione dei dati relativi agli arbitrati, anche la pubblicazione integrale dei testi dei lodi depositati nel rispetto della disciplina della tutela della riservatezza dei dati personali, ha predisposto nel corso del 2018 le modalità necessarie per la pubblicazione, a partire da gennaio 2019, previa opportuna revisione e informazione agli interessati, dell'albo degli arbitri; ciò al fine appunto di perseguire un livello di trasparenza sempre più elevato con riferimento all'attività della Camera stessa.

Dal punto di vista più generale dell'assetto istituzionale, assume particolare rilievo il Memorandum d'Intesa firmato il 10 settembre 2018 dal Presidente dell'ANAC e dal Presidente della Camera arbitrale. Tale documento prevede, in specie, modalità atte a garantire la reciproca consultazione e l'acquisizione del contributo di esperienza e specialistico della Camera e a consentire a questa nel contempo una efficace gestione delle proprie competenze.

Infine, anche nel 2018 è continuata – anzi, è entrata nel pieno del concreto operato – l'attività dei collegi arbitrali nominati finalizzati all'erogazione da parte del Fondo di solidarietà di prestazioni in

favore degli investitori in banche soggette a procedure di risoluzione; funzione in relazione alla quale il legislatore aveva assegnato nel 2017 alla Camera arbitrale - si può ritenere come riconoscimento e valorizzazione della sua particolare posizione di organismo neutro e imparziale collocato presso l'ANAC - rilevanti competenze regolatorie per l'applicazione dell'arbitrato stesso.

15.2 Rassegna dei dati sull'arbitrato

Le rilevazioni di quest'anno sembrano segnalare una ripresa seppure lieve della ricorrenza dell'istituto arbitrale. Il dato più evidente, costituito dal numero, pari a 13, delle domande di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale, che sono state introdotte nel 2018 con istanza di nomina del terzo arbitro, seppure leggermente superiore al corrispondente dato per il 2017, pari a 9, va tuttavia considerato nel confronto con quello complessivo degli anni precedenti (v. Fig. 15.1), perché occorre che sia considerato nel nuovo quadro della unificazione delle procedure arbitrali davanti alla Camera arbitrale presso l'ANAC disposto dal Codice.

È naturale che risulti in diminuzione, per la ragione sopra ricordata, il dato relativo ai lodi degli arbitrati c.d. liberi, vale a dire di quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è stato scelto d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte), che per il 2018 è pari a 4. Questo dato – pur non pienamente omogeneo per tipologia con il precedente, ma l'unico che in proposito è conoscibile dalla Camera arbitrale sulla base dell'adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal comma 13 dell'art. 209 del Codice – conferma la flessione in atto negli ultimi anni, che ha portato in sostanza il numero di lodi pronunciati all'esito di una procedura libera assai lontano rispetto alla quota 100 raggiunta (e superata) fino al 2011, e comunque decrescente da una media vicina a 90 nei primi cinque anni del periodo a una media solo vicina a 24 nei quattro anni successivi, e che comunque era già discesa poco al di sotto di 38 anche nell'ultimo biennio precedente all'entrata in vigore del nuovo Codice (v. ancora Fig. 15.1).

Di ancor meno univoca interpretazione risulta una seconda serie di dati, anche se questa volta più strettamente omogenea al suo interno e concernente il valore delle controversie risolte a seguito di arbitrato. Da un lato, invero, il dato deducibile dai lodi emessi a seguito di procedura libera e depositati presso la Camera arbitrale (4 nel 2018) sembra confermare la già riscontrata tendenza alla “fuga” dall'arbitrato in materia: il valore medio delle relative controversie, infatti, è pari a circa 1.820.271 euro (formato da importi tra un valore minimo di circa 35.322 euro e un valore massimo di 6.500.000 euro), con una evidente flessione (che tale rimane anche eliminando l'anomalo valore minimo) rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a circa 3.193.517 euro, che

rappresentava dal canto suo un passaggio parimenti significativo dell'evidente percorso di flessione sviluppatosi negli ultimi anni soprattutto rispetto agli oltre 14 milioni di euro costituente la media del 2014). Dall'altro lato, di contro, il valore medio delle controversie risolte con lodi emessi a seguito di procedura amministrata (7 nel 2018) è di circa 31.262.061 euro (formato da importi disposti tra un valore minimo di circa 187.592 euro e un valore massimo pari a 175.379.702 euro), che segna dunque un deciso incremento non solo rispetto al dato rilevato per il 2017 (pari a circa 5.658.400 euro), ma anche a quello, notevolmente più alto dell'anno ancora precedente (pari a circa 15.816.777 euro); nondimeno, la chiarezza del dato viene in qualche misura messa in discussione dal forte intervallo intercorrente tra i cinque valori più bassi e i due più alti e che assume evidentemente dimensioni macroscopiche a fronte del valore massimo qui rilevato (v. Tab. 15.2, che ricomprende nel V e nel II scaglione come definiti sulla base del d.m. 31 gennaio 2018 i suddetti valori medi per il 2018 rispettivamente per i lodi "amministrati" e i lodi "liberi", ripartiti a loro volta all'interno dello scaglione di riferimento, tra valori sotto e sopra media).

Più netti, per l'anno 2018, sono gli elementi desumibili dall'esame dell'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla gestione dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali, tenuto conto del fattore normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione al suddetto albo ed elenco è triennale (con una interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale, nuova iscrizione: art. 210, comma 10, del Codice). In effetti, per quest'anno le "uscite" dal sistema sono state più che compensate dalle "entrate", segnando una prima inversione di tendenza che può essere assunta come indice di un rinnovato interesse per l'istituto arbitrale in materia. In particolare, l'albo degli arbitri ha visto, per il 2018, 40 cancellazioni a fronte di 54 nuove iscrizioni; l'elenco dei periti 11 cancellazioni a fronte di 17 nuove iscrizioni.

Nella valutazione complessiva possono si possono considerare altre due serie di dati pertinenti. La prima concerne la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2018. Trattasi in media di poco meno di 459 gg. per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di 646 gg. per quelli condotti secondo il rito libero; tali medie risultano da una serie di dati compresa, rispettivamente, tra un valore minimo di 120 gg. e un valore massimo di 880 gg., e tra un valore minimo di 576 gg. e un valore massimo di 852 gg. Un solo giudizio (condotto con il rito amministrato) si è concluso entro il termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c. .

Con riguardo infine agli oggetti delle controversie arbitrali, merita di essere evidenziato che, in effetti, i dati riferiti al 2018 e relativi alla tipologia di contratto interessata dal ricorso all'arbitrato confermano, come risultava già pure dalle Relazioni precedenti, la vocazione tradizionale dell'istituto, vale a dire di essere utilizzato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto l'appalto di lavori e tutte quelle prestazioni che con i lavori sono connesse.

Per quanto si riferisce ai lodi pronunciati all'esito di una procedura amministrata, in particolare, i 7 arbitrati conclusi nel 2018, hanno riguardato 2 appalti di lavori, un appalto di servizi, 2 concessioni di costruzione e gestione, una concessione mediante finanza di progetto, una concessione di servizi. Dai 4 lodi pronunciati all'esito di una procedura libera, risulta che il settore dei lavori ha continuato ad assorbire la totalità del dato rilevante (in un caso, in particolare, si è trattato di un appalto di servizi di progettazione, direzione ed assistenza al collaudo dei lavori). Si conferma altresì ancora, a fronte dunque di una qualche presenza dell'istituto arbitrale nel settore dei servizi, la inesistenza di arbitrati su controversie riguardanti solo contratti per forniture.

15.3. L'andamento delle attività della Camera arbitrale

15.3.1 La tenuta dell'albo e degli elenchi e la nomina degli arbitri e degli ausiliari del collegio

Anche per il 2018 è stata confermata – e si è anzi rafforzata - la tendenza per la quale le concrete nomine per la funzione di terzo arbitro ricadono in prevalenza su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche (per quest'anno, infatti, ciò ha riguardato la totalità delle nomine, in numero pari a 8); per il consulente d'ufficio, diversamente dagli anni precedenti, le due nomine effettuate sono state ripartite tra soggetti titolari di competenze ed esperienze ingegneristiche e architettoniche. Peraltro, per quanto riguarda in specie la nomina dei CTU, anche al fine di agevolare l'orientamento dei collegi arbitrali nella richiesta alla Camera di nomina dei periti per specifiche competenze professionali e quindi di facilitare la gestione del relativo elenco da parte della Camera stessa in funzione dei provvedimenti conseguenti, con il Comunicato n. 6/2016 la Camera, tra l'altro, ha disposto che è facoltà del richiedente l'iscrizione indicare, oltre alla qualificazione professionale posseduta, anche la propria specializzazione professionale, nell'ambito della prima e in numero anche superiore a uno ma comunque non superiore a cinque, per la quale si presenta la domanda previa menzione dei pertinenti codici di riferimento ivi segnalati. Infine, per quanto attiene all'elenco dei segretari dei collegi arbitrali, nel 2018 si sono registrate 6 iscrizioni, di cui in effetti 1 ha riguardato funzionario ANAC (e in questo senso il rapporto quanto ad amministrazione di provenienza del funzionario ha confermato il dato dello scorso anno, che risultava invece largamente invertito rispetto all'anno ancora precedente, quando 9 erano stati i funzionari ANAC richiedenti l'iscrizione su di un totale di 13).

15.3.2. I compensi degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio

Come già anticipato, il decreto MIT del 31 gennaio 2018 ha posto fine al regime di diritto transitorio disposto sul punto dei compensi dei collegi arbitrali dal Codice, basato sulla permanenza in essere della disciplina contenuta nel d.m. 398/2000, concernente la determinazione di parametri e limiti, rispetto ai quali la Camera arbitrale aveva potuto constatare mediante la presa in considerazione dei lodi e delle apposite ordinanze depositate presso la stessa Camera ai sensi di legge una prassi di elusione e superamento nella liquidazione dei compensi dei collegi arbitrali nominati per le procedure c.d. libere, oggetto di apposita Segnalazione all'ANAC e alla Cabina di regia (v. la Relazione dell'anno scorso). Al suddetto decreto (aggiornabile con cadenza triennale come da previsione di legge) la Camera arbitrale ha dato immediata attuazione successivamente alla sua entrata in vigore (aprile 2018).

In questo contesto, comunque, appare significativa l'osservazione dell'andamento delle liquidazioni dei compensi, che consente di mettere in rilievo gli esiti dell'opera di razionalizzazione messa in campo dalla Camera arbitrale a partire dal 2015 (si vedano i Comunicati n. 2 e 3 del 2015). I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per i 7 lodi amministrati depositati e liquidati nel 2018 ammontano a 177.501,80 euro per una media pari a 25.357,40 euro a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 10.000 euro e di un compenso massimo pari a 80.000 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 43,77 per cento.

Nei quattro anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2017 a 43.936,73 euro, nel 2016 a 40.504,53 euro, nel 2015 a 28.562,50 euro, nel 2014 a 32.974,14 euro (v. Fig. 15.3), e quanto a scostamento in diminuzione, pari nel 2017 al 38,47 per cento, nel 2016 al 39,15 per cento, nel 2015 al 53,40 per cento, nel 2014 al 29,62 per cento (v. Fig. 15.6).

Per quanto concerne i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto (art. 209, co. 18, del d.lgs. 50/2016), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da 49 a 58 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.

I compensi (comprensivi degli onorari degli eventuali collaboratori e delle spese riconosciute) liquidati a favore dei 5 consulenti d'ufficio designati dalla Camera arbitrale ammontano nel 2018 a 50.360,69 euro, per una media pari a 10.072,14 euro, a sua volta calcolata tenendo conto del compenso più basso pari a 3.950 euro e del compenso più alto pari a 16.909,61 euro; lo scostamento