

raccoglie ed analizza i dati relativi agli aspetti economici e tecnici, rappresentando un centro di scambio di informazioni con e tra gli operatori economici ed effettua inoltre un censimento economico degli appalti e degli accordi quadro realizzati dai soggetti che applicano il Code.

Il Code conferma i compiti di vigilanza della Missione interministeriale di inchiesta sugli appalti pubblici e le *délégations de service publics*, che si occupa della trasparenza e regolarità delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (cfr. gli articoli 119-124) e redige una relazione annuale al Primo ministro, al Guardasigilli ed al ministro dell'economia, nonché rapporti sullo stato degli appalti pubblici.

In Italia, volendo fare un confronto e rimandando agli approfondimenti negli appositi capitoli e paragrafi, il Codice dei contratti pubblici si caratterizza per l'ampiezza della tutela, garantita in modo completo in tutte le fasi, da quelle procedimentali a quelle strettamente esecutive, sia prima che dopo l'insorgenza della controversia.

In via preliminare si è introdotto il c.d. precontenzioso per le procedure di gara, la cui gestione è stata attribuita all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

Si registra poi la novità assoluta della tutela *ante causam*, ferma restando la peculiare disciplina del giudizio vero e proprio e della fase cautelare.

Per la fase esecutiva si sottolinea l'accordo bonario e la transazione.

La varietà degli istituti previsti dal nostro ordinamento dimostra l'attenzione per le garanzie dell'ordinato e regolare svolgimento delle procedure concorsuali, della tutela della concorrenza e dei diritti di iniziativa economica degli operatori sul mercato, e ciò sia in sede costituzionale (articolo 41 Cost.) sia in sede comunitaria ed in particolare dal Trattato di Roma del 1957, più volte modificato.

Nella prospettiva comunitaria, resta, invece, la forte attenzione per la tutela giurisdizionale da parte della Commissione, la quale segnala ancora una serie di preoccupazioni: "Nonostante gli sviluppi della giurisprudenza a partire dal 1999 e i successivi interventi di alcuni Stati membri, soprattutto a seguito delle procedure d'infrazione avviate dalla Commissione, gli Stati membri continuano a presentare notevoli differenze

per quanto riguarda l'efficacia dei ricorsi nel settore degli appalti pubblici. L'assenza di garanzia di ricorsi efficaci non incoraggia, inoltre, le imprese comunitarie a presentare offerte al di fuori del paese d'origine. L'esperienza degli ultimi anni indica che gli interventi isolati e disparati di alcuni Stati membri non potranno eliminare tale incertezza del diritto".

Per questi motivi l'esecutivo comunitario ha proposto, oltre a quelli prima ricordati, una serie di interventi sulla legislazione vigente, volti ad integrare e coordinare le direttive "ricorsi" con quelle "appalti" ai fini della effettività della tutela giurisdizionale.

Uno dei punti più controversi riguarda il legame tra aggiudicazione e contratto ai fini della tutela giurisdizionale, posto che in alcuni Stati membri la stipulazione del contratto vanifica sostanzialmente la possibilità di un'efficace reintegrazione dello *status quo ante*.

La Commissione ha dunque proposto, sulla scia degli orientamenti della Corte di Giustizia, che al momento di aggiudicare un appalto, la stazione appaltante debba in linea di massima sospendere la fase di stipula del contratto per un tempo minimo di 10 giorni, a partire dalla data di notifica dell'aggiudicazione nei confronti dei partecipanti alla gara di appalto.

Nel caso di procedura negoziata di un appalto con valore economico superiore alla soglia comunitaria, parimenti, si dovrà procedere ad un'adequata pubblicità mediante un avviso di avvenuta aggiudicazione e sospendere, per un tempo minimo di 10 giorni, la fase di stipula del contratto, tranne che nei casi di estrema urgenza.

L'eventuale stipulazione del contratto durante il periodo di sospensione non produce effetti ed il giudice, chiamato in causa, verifica ciò con una decisione di mero accertamento.

In generale, si osserva che l'esigenza di rafforzare gli strumenti di tutela nasce dalla resistenza degli stati membri a recepire una disciplina improntata ad un'effettiva tutela.

Si legge a riguardo nel 15° considerando della proposta di direttiva in materia di ricorsi (2006/0066 COD) che "il rafforzamento dell'efficacia dei ricorsi nazionali reso possibile dalla presente direttiva dovrebbe incoraggiare gli interessati ad avvalersi maggiormente delle possibilità di

ricorso con procedura d'urgenza, prima della conclusione del contratto. In tali circostanze occorre riorientare il meccanismo correttore sui casi gravi di violazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e lasciare alla Commissione il compito di fissare allo Stato membro interessato un termine di risposta ragionevole che tenga adeguatamente conto delle circostanze della fattispecie.”

Il sistema normativo delle garanzie e sulla tutela sostanziale e giurisdizionale si è, inoltre, in gran parte già consolidato, anche in virtù dell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia, che ha avuto il suo culmine con il riconoscimento della tutela risarcitoria in ordine alla violazione degli interessi legittimi (si veda, in ultima analisi, il percorso evolutivo e travagliato della legge n. 205 del 2000, espressamente richiamata dall'articolo 244 e seguenti del Codice dei contratti pubblici).

Concludendo, in ordine al profilo esaminato della tutela e dei rimedi, si evidenzia il tentativo del legislatore e del giudice comunitario di rendere uniformi, in seno alla comunità europea, realtà normative tra loro ancora distanti, al fine di garantire a tutti gli operatori economici la libertà di stabilimento, intesa come possibilità di espandere le proprie attività oltre i confini dello Stato di appartenenza.

4.2. L'accordo bonario

Nell'ambito della vigilanza sullo sviluppo anomalo del contenzioso *ex* articolo 6 comma 7, lettera h) del D.Lgs. n. 163 del 2006, l'Autorità ha condotto un'analisi ad ampio raggio finalizzata ad evidenziare eventuali disfunzioni nell'applicazione, da parte delle stazioni appaltanti, della procedura nota come “accordo bonario” che ha dato luogo alla Determinazione n. 5 del 30 maggio 2007.

La procedura in questione, prevista dall'articolo 31 bis della legge n. 109 del 1994 e riportata all'articolo 240 del D.Lgs. n. 163 del 2006, può essere attivata quando l'ammontare delle riserve superi in percentuale il 10% dell'importo contrattuale. La ragione di tale limite è facilmente

individuabile nel fatto che il valore economico della controversia deve essere significativo in rapporto all'entità dell'appalto, cioè tale da costituire un serio impedimento al regolare proseguo dei lavori. L'istituto dell'accordo bonario si pone, quindi, quale procedura di carattere eccezionale rispetto all'ordinaria trattazione delle riserve, che ne rinvia la definizione al collaudo finale.

L'applicazione della procedura nei primi anni di vigenza ha evidenziato alcune problematiche che hanno suggerito l'introduzione di alcune disposizioni correttive rispetto all'originaria previsione.

In particolare, la legge n. 166 del 2002 ha introdotto una limitazione nel numero di accordi bonari da poter sottoscrivere nel corso dell'appalto (la procedura può essere reiterata una sola volta) e la costituzione di un'apposita commissione per l'analisi delle riserve e la formulazione di una proposta di accordo bonario. Negli appalti di importo inferiore ad € 10 milioni la costituzione della commissione non è obbligatoria e può far parte della stessa anche il responsabile del procedimento. I componenti della commissione percepiscono il compenso di cui al D.M. 2 dicembre 2000 n. 398 ridotto del 50%.

Ulteriori modifiche alla procedura sono state apportate con il D.Lgs. n. 163 del 2006 che prevede l'espressa richiesta al responsabile del procedimento di valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite del valore - 10% dell'importo contrattuale - disposizione peraltro già prevista dal Regolamento di attuazione delle legge n. 109 del 1994. Con il D.Lgs. n. 163 del 2006 è stata inoltre estesa la procedura di accordo bonario ai "settori esclusi" ed ai contratti di servizi e forniture.

L'indagine condotta dall'Autorità ha avuto ad oggetto gli accordi bonari approvati dalle stazioni appaltanti ed inviati dai responsabili del procedimento, in adempimento allo specifico Comunicato del Presidente dell'Autorità in data 04/06/2001, riferiti al periodo 1999-2004.

Per ogni accordo bonario sono stati messi a confronto gli importi riconosciuti all'impresa sia rispetto agli importi richiesti sia rispetto agli importi contrattuali. Sono state, inoltre, selezionate tre imprese che hanno

evidenziato un maggior ricorso alla procedura in argomento e, per gli accordi da queste sottoscritti, sono stati analizzati l'oggetto delle riserve ed il componimento delle controversie.

Nel suo complesso, l'indagine ha messo in luce alcune caratteristiche generali riguardanti l'applicazione del procedimento di accordo bonario quali:

- a) un importo riconosciuto all'impresa generalmente di valore molto inferiore rispetto all'importo richiesto con le riserve;
- b) la ricorrenza del medesimo oggetto delle riserve iscritte (carenza progettuale, sorpresa geologica, andamento anomalo del cantiere), con riferimento a quegli accordi bonari relativi alle tre imprese selezionate e per i quali sono state individuate le cause del riconoscimento economico;
- c) l'elevata percentuale del ribasso generalmente offerto in sede di gara dalle tre imprese selezionate.

La circostanza di cui al punto a) appare significativa della pretestuosità delle richieste iniziali avanzate dalle imprese con le riserve apposte, richieste rivelatesi poi sproporzionate in sede di definizione dell'accordo. La motivazione della sopravvalutazione economica delle riserve, stimando artificiosamente il valore della controversia maggiore del 10% rispetto all'importo contrattuale, è da ascrivere alla possibilità o meno per l'impresa di attivare la procedura di accordo bonario.

Importo
delle riserve

Dal campione esaminato emerge come l'importo degli accordi sottoscritti varia da un decimo ad un terzo dell'iniziale richiesta formulata dall'impresa nella quasi totalità dei casi; solo lo 0,1% del campione ha mostrato il riconoscimento all'impresa di una somma prossima a quella inizialmente richiesta.

Tali risultati evidenziano una contraddittorietà con le disposizioni del D.P.R. n. 554 del 1999, ora richiamate anche nel D.Lgs. n. 163 del 2006, circa la necessità che il responsabile del procedimento valuti, ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell'importo contrattuale e, quindi, dell'attivazione del procedimento, la non manifesta infondatezza delle riserve.

Infatti, i richiamati accordi, conclusisi con il riconoscimento all'impresa di importi inferiori al 10% di quello contrattuale, presumibilmente non dovevano essere attivati.

Quanto sopra mostra un'applicazione distorta del procedimento di accordo bonario che, pur essendo nelle previsioni del legislatore istituto di carattere eccezionale destinato a risolvere situazioni di particolare criticità, viene spesso strumentalmente utilizzato dalle imprese per pervenire, in tempi brevi, al riconoscimento di ulteriori richieste economiche.

La circostanza di cui sopra appare confermata anche dalle affermazioni frequenti delle stazioni appaltanti, contenute negli stessi accordi, di procedere soltanto per evitare che il contenzioso si prolunghi ulteriormente a danno dell'amministrazione, affermazioni che sembrano prescindere da un'approfondita valutazione del merito delle riserve.

E' evidente, pertanto, come una procedura finalizzata ad assicurare il regolare prosieguo dell'appalto, evitando che questo debba interrompersi, o comunque risentirne negativamente, per effetto di un'insostenibile maggiore onerosità della prestazione richiesta all'impresa, spesso diventa strumento di quest'ultima per esercitare una forte pressione sulla stazione appaltante, finalizzata ad ottenere riconoscimenti economici che sarebbero difficilmente presi in considerazione al termine dell'appalto.

La circostanza di cui al punto b) fa emergere come alcune imprese contestano sistematicamente le scelte progettuali e/o le attività poste in essere dalla direzione lavori, al fine di ottenere un riconoscimento economico. Al riguardo, si osserva come il riconoscimento da parte del responsabile del procedimento della fondatezza di richieste legate a presunte carenze del progetto, sia per effetto di circostanze imprevedibili che per errori o omissioni nella redazione dello stesso, comporti la necessità di attivare le competenti figure istituzionali (progettista e direttore dei lavori) per la redazione di una perizia di variante, essendo questa - e non l'accordo bonario - lo strumento normativo previsto in tale eventualità (articolo 132 del D.Lgs. n. 163 del 2006).

Nel caso, poi, in cui le esigenze di apportare modifiche ed integrazioni al progetto siano riconducibili ad errore progettuale ed

Oggetto
delle riserve

eccedano il quinto dell'importo contrattuale, la stazione appaltante, secondo quanto disposto dal comma 5, del citato articolo 132, è tenuta a risolvere il contratto.

In relazione al punto c) emerge, poi, una stretta relazione tra il ricorso all'accordo bonario ed il forte ribasso (in genere superiore al 20%). L'accordo bonario appare, pertanto, strumentalmente utilizzato dall'impresa per correggere la formulazione di offerte non pienamente ponderate in sede di appalto o, comunque, recuperare parte del ribasso offerto.

Ribasso e
accordo
bonario

E' evidente, circa tale aspetto, che l'accordo bonario può riconoscere solo i maggiori oneri dell'impresa per effetto di circostanze sopravvenute, non rilevabili in sede di partecipazione all'appalto, in quanto, altrimenti, verrebbe ad alterare le condizioni economiche definite dalla gara (ad esempio: maggiori compensi per situazioni di disagio, riferite all'area di cantiere in cui si opera, già note in sede di offerta; maggiori oneri per consegne parziali già contemplate nei documenti di gara).

In merito, infine, alla costituzione della commissione per il componimento della controversia, si osserva che la già richiamata previsione secondo cui per lavori di importo inferiore ad € 10 milioni la nomina della commissione è facoltativa e che il responsabile del procedimento, ove faccia parte della commissione, viene a percepire un compenso per la valutazione delle riserve, potrebbe riflettersi sulla fase di valutazione dell'ammissibilità e la non infondatezza delle riserve, acuendo maggiormente le criticità riportate in ordine alla pretestuosità delle richieste iniziali dell'impresa.

Tutte le suddette considerazioni assumono maggior rilievo atteso che l'istituto è stato esteso anche ai contratti di servizi e forniture.

E' auspicabile che il legislatore, nel riesaminare le normative vigenti in materia di contratti pubblici ed in sede di emanazione dei regolamenti attuativi, tenga in adeguata considerazione le suesposte osservazioni al fine di eliminare le problematiche evidenziate.

In particolare, è opportuna una disposizione che stabilisca la necessità, per il responsabile del procedimento, di acquisire preventivamente le relazioni del direttore dei lavori e, se costituito,

dell'organo di collaudo, che confermino la fondatezza delle riserve, ai fini del raggiungimento del limite del valore previsto per l'attivazione del procedimento stesso.

Ciò in quanto l'attuale disposizione normativa non specifica la necessità dell'acquisizione delle predette relazioni preventivamente all'attivazione del procedimento e, in particolare, alla costituzione della Commissione prevista dall'articolo 240, comma 5 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

L'attivazione del procedimento (ed in particolare la costituzione della Commissione, che comporta un onere economico per la stazione appaltante), in assenza di un effettivo ricorrere delle particolari circostanze che giustificano l'accordo bonario, può vanificare lo spirito di eccezionalità della norma, finalizzata a risolvere, come si è detto, quelle situazioni di criticità legate ad una insostenibile maggiore onerosità del contratto da parte dell'appaltatore.

Inoltre, poiché il procedimento può essere attivato una sola volta, ai sensi del comma 1 del citato articolo 240, un'impropria utilizzazione dello stesso potrebbe precluderne la possibilità della successiva attivazione in casi di effettiva necessità.

D'altra parte, l'articolo 239 del D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede che "al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario", la stazione appaltante possa comunque risolvere le controversie relative a diritti soggettivi mediante transazione nel rispetto del codice civile.

Infine, in relazione all'articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163 del 2006 che offre alle stazioni appaltanti ed ai partecipanti alle gare la possibilità di dirimere le questioni insorte in sede di gara demandandone la soluzione all'Autorità, si segnala l'opportunità di valutare un'analogha disposizione anche per la soluzione delle controversie che insorgano durante l'esecuzione del contratto.

In ultimo, in considerazione della estensione dello strumento dell'accordo bonario ad appalti di servizi e forniture, appare opportuno, in sede di emanazione del regolamento attuativo del D.Lgs. n. 163 del

2006, definire esattamente modalità e documenti contabili per l'apposizione delle riserve da parte dell'impresa.

Infatti, il comma 22 del D.Lgs. n. 163 del 2006 prevede che si debba procedere all'accordo bonario a seguito di contestazioni inserite nei documenti contabili. Tuttavia, tali documenti non sono definiti come per i lavori pubblici divenendo così di difficile individuazione il momento temporale e le cause che hanno determinato la controversia.

4.3 Il precontenzioso

Tra le novità recate dal D.Lgs. n. 163 del 2006, merita certamente apprezzamento la nuova funzione assegnata all'Autorità dall'articolo 6, comma 7, lettera n), ai sensi del quale "su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, [l'Autorità] esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione".

Ai sensi della suddetta disposizione, dunque, l'Autorità svolge, su istanza di una o di entrambe le parti, un'attività finalizzata alla soluzione di controversie che sono insorte o possono insorgere relativamente alla fase di scelta del contraente, esprimendo un parere non vincolante, eventualmente formulando un'ipotesi di soluzione.

Con tale istituto, quindi, il Legislatore ha voluto evidentemente creare un meccanismo deflativo del contenzioso, volto a prevenire e, tendenzialmente a ridurre, il ricorso all'arbitrato o al giudice amministrativo, già oberato quest'ultimo da un notevole carico di liti in materia di contratti pubblici.

Invero, l'Autorità opera in sede in consultiva già da anni, essendo stata chiamata dagli operatori del settore a dirimere numerose questioni, sia di carattere generale sia relative a fattispecie specifiche.

L'istituto, tuttavia, rappresenta un'assoluta novità rispetto alla predetta attività, collocandosi più strettamente tra i moduli alternativi al

circuito giudiziario, diretti a fornire una composizione della controversia insorta tra le parti sicuramente più agile e veloce.

**Caratteristiche
dell'istituto**

Detto istituto si colloca, cioè, nel novero degli strumenti qualificabili come *Alternative Dispute Resolution* (A.D.R.), favorito dalla evoluzione della disciplina comunitaria e coerente con la volontà di deflazionare il carico giudiziario: sistemi caratterizzati in genere da un accesso e da un procedimento “agili”, dalla soluzione tempestiva, dalla economicità della gestione, dalla risposta autorevole e neutrale alle richieste delle parti.

Ebbene, simili caratteristiche possono riscontrarsi anche nell'istituto del c.d. precontenzioso.

Come si evince dalla disposizione dell'articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163 del 2006 sopra riportata, infatti, il ricorso a tale procedura è meramente facoltativo, è rimesso cioè alla libera iniziativa di una o di entrambe le parti e si conclude con un “parere non vincolante”, che non obbliga nessuno e che non impedisce, né condiziona in alcun modo, il ricorso agli altri strumenti di soluzione del contenzioso, specialmente di natura giurisdizionale. Inoltre, il Legislatore ha attribuito alla pronuncia dell'Autorità la natura di “parere”, onde fugare qualsiasi dubbio sulla natura di tale procedura che non è giurisdizionale o paragiurisdizionale (tenuto anche conto degli ovvi limiti di natura costituzionale).

In particolare, per quanto concerne le stazioni appaltanti, in caso di accoglimento della istanza dell'impresa, si tratterà in sostanza di un invito al riesame sulla base dell'avviso espresso dall'Autorità, con indicazioni utili per eventuali decisioni in autotutela.

Un intervento, quindi, privo di forza vincolante ma che al tempo stesso, proprio per l'autorevolezza e la neutralità del soggetto emanante, costituisce una valida ed efficace soluzione per le liti insorte in fase di gara.

Ed è questa un'altra caratteristica dell'istituto; l'attivazione del procedimento può riguardare, infatti, solo le “questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara” con esclusione, quindi, della fase esecutiva del contratto.

Per quest'ultima fase, infatti, il D.Lgs. n. 163 del 2006 contempla due procedure di soluzione del contenzioso: l'accordo bonario e l'arbitrato

(quest'ultimo, peraltro, ormai utilizzabile come soluzione alternativa anche nel caso di controversie appartenenti alla giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo), il primo riservato alla materia dei lavori pubblici, mentre il secondo comune anche ai contratti di servizi e forniture.

Da quanto sopra esposto appare, dunque, evidente che l'istituto risponde all'esigenza sottesa alla richiesta di una procedura stragiudiziale veloce di possibile composizione delle controversie, caratterizzata, come visto, dalla snellezza organizzativa poiché, come si illustrerà in seguito, l'esercizio di tale funzione è demandato agli uffici dell'Autorità; dalla terzietà dell'organo emanante il parere; dalla snellezza operativa ed assenza di formalismi, stante la possibilità di utilizzare le procedure telematiche sia per l'inoltro dell'istanza all'Autorità sia per lo scambio di documenti sia per la comunicazione della decisione; dalla natura non decisionale della soluzione proposta, che, come evidenziato, è costituita da un parere facoltativo e non vincolante; dalla celerità della risposta, posto che il termine finale per la conclusione del procedimento è stato fissato in venticinque giorni dalla ricezione dell'istanza ed è improrogabile, salvo l'esigenza di effettuare l'audizione o di acquisire ulteriori documenti e, anche in questo caso, non può superare i trentacinque giorni.

Ciò per consentire alle parti di ricorrere all'autorità giudiziaria, ove non decidano di porre fine alla controversia sulla base del parere dell'Autorità.

La procedura relativa all'istituto fin qui esaminato, in linea generale, è stata dettagliatamente fissata in un apposito Regolamento attuativo emanato dall'Autorità in data 10 ottobre 2006 (pubblicato sulla G.U. del 24 ottobre 2006 n. 248) in ottemperanza al citato disposto dell'articolo 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. n. 163 del 2006.

**Cenni
procedurali**

Gli elementi essenziali - già in parte anticipati - della procedura in tal modo stabilita possono riassumersi come di seguito:

- la questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità deve attenersi ad una specifica procedura di gara e l'istante deve rappresentare una reale controversia tra le parti;

- la procedura per l'espressione di parere è improntata al rispetto del principio del contraddittorio, da effettuarsi sia con la partecipazione delle Parti ad apposita audizione sia con il deposito di memorie documentali;
- la procedura è attivata a domanda (secondo il regolamento di una o di entrambe o più parti) e, pertanto, segue il principio processuale del *petitum*. Si ritiene di dover sottolineare detto principio, in quanto, in una recente controversia che riguardava una gara di manutenzione del patrimonio stradale di notevole importo, da alcune parti è stato eccepito il fatto che l'Autorità si sarebbe concentrata su un aspetto marginale della vicenda, senza occuparsi della questione principale, consistente nella natura della gara impiantata;
- la procedura è caratterizzata da tempi particolarmente celeri: 25 giorni senza audizione e 35 con audizione (tempi individuati in maniera così compressa per non compromettere la possibilità di fare ricorso al T.A.R.);
- al fine di evitare che i tempi, seppure ristretti, della procedura possano andare a danno della parte istante, è previsto che la stazione appaltante, ove convenuta, debba impegnarsi a non porre in essere attività pregiudizievole agli interessi della controparte (una sorta di provvedimento cautelare basato sul consenso delle parti). Allo stesso modo, ove sia la stazione appaltante a fungere da istante, deve sottoscrivere una dichiarazione analoga nella domanda introduttiva.

Dati
quantitativi

Con riferimento all'esercizio dell'attività di risoluzione delle controversie sopra illustrata, si fa presente che dall'avvio di detta funzione (ottobre 2006) al mese di aprile 2007, il Consiglio dell'Autorità ha assunto n. 122 deliberazioni, rispettivamente afferenti agli appalti di lavori (n. 73), di servizi (n. 39), di forniture (n. 7), misti (n. 2) e settori speciali (n. 1).

In relazione ai soggetti istanti n. 36 pareri sono stati resi ad istanza di stazioni appaltanti e n. 86 ad istanza di imprese, associazioni ovvero ordini professionali.

La suddivisione territoriale dei soggetti istanti risulta essere la seguente:

Stazioni appaltanti		
Nord	Centro	Sud
10	7	20

Privati		
Nord	Centro	Sud
15	26	44

Per quanto attiene alla rispondenza degli operatori del settore all'utilizzo di tale strumento, si precisa che nel corso del 2007 dall'inizio dell'anno al mese di maggio sono state registrate n. 203 domande di parere.

Sotto il profilo del merito delle questioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità, si evidenzia che la casistica può essere suddivisa in due grandi filoni che attengono, rispettivamente, a segnalazioni rivolte ad ottenere una pronuncia dell'Autorità in ordine alle clausole dei bandi di gara relative ai requisiti di qualificazione negli appalti di lavori ovvero a quelli di partecipazione negli appalti di servizi e forniture ritenute lesive della concorrenza, sproporzionate o eccessive e limitative del mercato degli appalti, nonché a contestazioni su provvedimenti di esclusione afferenti a specifiche procedure di gara.

Casistica

Nell'ambito del primo filone, l'Autorità ha riscontrato che le stazioni appaltanti utilizzano la facoltà di fissare i requisiti di partecipazione alla singola gara rigorosi ed anche superiori rispetto a quelli previsti dalla legge, al fine dichiarato di apprestare le misure e gli strumenti più adeguati, congrui, efficienti ed efficaci per il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare.

Tuttavia, è stato rilevato che l'individuazione di requisiti di partecipazione particolarmente gravosi sottengono il più delle volte la

difficoltà delle amministrazioni ad apprestare strumenti di controllo sull'esecutore dell'appalto.

In buona sostanza, le amministrazioni suppliscono all'esigenza di superare le criticità riscontrate nella conduzione di analoghi o precedenti contratti, ponendo uno sbarramento alla partecipazione alla gara, invece di stilare un Capitolato Speciale di Appalto, ad esempio nel settore dei servizi di pulizia, ponendo particolare attenzione alla definizione del rapporto mq/ore di lavoro, al rispetto dei parametri di produttività in relazione al costo del lavoro e soprattutto alle verifiche dei disservizi e delle inadempienze.

L'Autorità, sul presupposto che la ragionevolezza dei requisiti non viene valutata in astratto ma in correlazione al valore dell'appalto, ha pertanto ritenuto immotivata la fissazione, in relazione al fatturato posseduto dal concorrente, di importi, rispettivamente, nove volte ovvero undici volte superiori al valore dell'appalto.

Specificamente per il settore dei lavori, una problematica ricorrente è riferibile alle disposizioni sul divieto di subappalto delle lavorazioni ricadenti nelle categorie generali e, più in generale, sulla diversa qualificazione richiesta per le lavorazioni rientranti nelle categorie a qualificazione obbligatoria ovvero a qualificazione non obbligatoria.

La presenza di un indirizzo giurisprudenziale non univoco ha determinato nelle stazioni appaltanti comportamenti non omogenei, a fronte dei quali l'Autorità ha ribadito la necessità che i bandi di gara, che costituiscono la *lex specialis* della stessa, prevedano espressamente il divieto o meno di subappalto per le lavorazioni appartenenti alle categorie generali, fermo restando che la relativa esecuzione deve essere affidata ad impresa in possesso di adeguata qualificazione.

Per quanto attiene alle lavorazioni a qualificazione non obbligatoria l'Autorità ha riscontrato che sussistono ancora dubbi sul fatto che le stesse possono essere eseguite direttamente dall'aggiudicatario ancorché privo della relativa qualificazione, ovvero possono essere subappaltate.

Per quanto attiene, invece, alle categorie a qualificazione obbligatoria, non rientranti fra le categorie cd. ad alta specializzazione, sussistono dubbi sulla possibilità che possano essere subappaltate.

Un aspetto particolarmente delicato ha riguardato le istanze di parere concernenti appalti ricadenti nell'ambito dei beni culturali, in relazione alla facoltà concessa all'amministrazione di chiedere ulteriori requisiti in relazione allo specifico settore cui si riferisce l'intervento (cd. lavori di punta).

"Lavori di
punta"

La ratio dell'ulteriore requisito risiede nel fatto che la qualificazione S.O.A. per le opere di categoria OS2 racchiude al suo interno una variegata tipologia di professionalità e specializzazioni e pertanto, rilevandosi non esaustiva ai fini di una rigorosa selezione tra imprese per interventi su opere di rilevante interesse storico artistico, è necessario dimostrare l'esecuzione di lavori in una categoria della medesima *species* di quella che si affida.

L'Autorità ha avuto modo di precisare che il cd. lavoro di punta risponde alla logica di dimostrare non la quantità dei lavori eseguiti, che può essere effettuata mediante la sommatoria del valore di più appalti eseguiti, ma mediante grandi opere la cui esecuzione dimostri la potenzialità dell'impresa.

In particolare, relativamente alla dimostrazione del possesso del lavoro di punta in ambito di associazioni temporanee di imprese, l'Autorità ha ritenuto che, atteso che ai sensi di legge, le imprese raggruppate in associazione di tipo orizzontale devono possedere i requisiti economico-finanziari e tecnico organizzativi nella percentuale, rispettivamente, minimo 40% in capo alla mandataria e minimo 10% in capo alle mandanti, si deve ritenere che anche il possesso del requisito specifico, appartenente alla categoria prevalente OS2, debba essere dimostrato secondo la percentuale ivi prevista. Infatti, se l'ulteriore requisito è elemento caratterizzante la capacità delle imprese ad eseguire le specifiche lavorazioni oggetto dell'appalto, sembrerebbe contrario alla ratio della norma ammettere alla gara imprese raggruppate orizzontalmente che non siano tutte in possesso di detto requisito.

Inoltre, l'Autorità ha ritenuto che il lavoro di punta non possa essere dimostrato mediante il ricorso all'istituto dell'avvalimento. Infatti, la disposizione specifica prevista nel Codice dei contratti secondo la quale, ai fini della valutazione della sussistenza dell'ulteriore requisito, possono essere utilizzati unicamente i lavori effettivamente realizzati dal soggetto

esecutore, risponde alla ratio sottesa a tutte le disposizioni in materia di beni culturali che vedono l'esigenza di tutelare la stazione appaltante nella scelta dell'appaltatore in un settore così delicato.

Tale interpretazione non sembra comportare limitazioni al principio della tutela della concorrenza in quanto lo stesso deve essere contemperato dal principio dell'individuazione del miglior esecutore possibile.

Più in generale, in ordine all'istituto dell'avvalimento, l'Autorità ha ritenuto sussistente e preclusivo, ai fini della sua ammissibilità, il rispetto di determinati obblighi di dichiarazione circa la disponibilità delle risorse messe a disposizione.

Pertanto, la mancata specifica indicazione dei mezzi, strutture o risorse messe ad effettiva disposizione per gli adempimenti contrattuali, impone di ritenere non provata la disponibilità dei mezzi da parte di un consorzio stabile e, conseguentemente, legittimo il provvedimento di esclusione.

Il rapporto intercorrente tra le imprese consorziate e il consorzio con attività esterna non costituisce, in assenza di ulteriori vincoli negoziali tra le stesse ed il consorzio, prova idonea dell'effettiva disponibilità dei requisiti di qualificazione di quest'ultimo in capo alle consorziate.

E' stato inoltre chiarito che i requisiti di ordine generale non sono suscettibili di avvalimento.

Nell'ambito delle richieste di parere per la soluzione delle controversie, l'Autorità è stata chiamata a fornire l'interpretazione dell'articolo 13, comma 1 della legge 4 agosto 2006, n. 248 e s.m. in base al quale le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti.