

1. per i costi della sicurezza afferenti all'esercizio dell'attività svolta da ciascuna impresa, resta immutato l'obbligo per la stessa di elaborare il proprio documento di valutazione e di provvedere all'attuazione delle misure necessarie per eliminare o ridurre al minimo i rischi. I suddetti costi sono a carico dell'impresa, la quale deve dimostrare, in sede di verifica dell'anomalia delle offerte, che gli stessi sono congrui rispetto a quelli desumibili dai prezziari o dal mercato;
2. per quanto riguarda i costi della sicurezza necessari per la eliminazione dei rischi da interferenze, essi vanno tenuti distinti dall'importo a base d'asta e non sono soggetti a ribasso. In fase di verifica dell'anomalia, detti costi non sono oggetto di alcuna verifica essendo stati quantificati e valutati a monte dalla Stazione Appaltante.

Rispetto alla valutazione dei costi a carico delle imprese di cui al precedente punto 1), è stato sottolineato che la stessa deve essere effettuata anche in quei casi in cui non si procede alla verifica delle offerte anomale (ad esempio per l'affidamento mediante procedura negoziata).

5.2 Gli appalti riservati

Nel recepire i contenuti delle direttive comunitarie 2004/18 e 2004/17, il Codice dei contratti, pur richiamando i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza negli appalti (art. 2, comma 2), ha previsto che *'il principio di economicità possa essere subordinato, entro i limiti previsti dalle norme vigenti, a criteri ispirati ad esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente nonché alla promozione dello sviluppo sostenibile.'*

In attuazione del principio di tutela delle esigenze sociali, l'art. 52 del Codice attribuisce alle stazioni appaltanti, fatte salve le norme sulle cooperative e sulle imprese sociali, la facoltà di *'riservare la partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti nel rispetto della normativa vigente, o riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti quando la maggioranza dei lavoratori interessati è*

**Tutela delle
esigenze sociali**

composta di disabili i quali, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali'.

Con tale previsione normativa il legislatore ha voluto pertanto favorire il conseguimento delle esigenze sociali di cui all'art. 2, comma 2, del D.Lgs 163/2006 introducendo una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro. Il perseguimento di un obiettivo di tipo sociale attraverso lo strumento dell'appalto pubblico avviene, quindi, attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti), in entrambi i casi caratterizzata dall'impiego maggioritario di disabili. Detta riserva consente di salvaguardare la posizione degli stessi ponendoli al di fuori di meccanismi a carattere esclusivamente concorrenziale.

**Laboratori
protetti e
programmi di
lavoro protetti**

Considerato che i due istituti dei laboratori protetti e dei programmi di lavoro protetti non sono previsti nella normativa nazionale e tenuto conto della delicata questione del coordinamento di tali istituti con la normativa sulle cooperative e sulle imprese sociali, fatta salva dalla medesima disposizione, l'Autorità ha ritenuto opportuno approfondire le problematiche legate agli appalti riservati con i rappresentanti delle associazioni delle cooperative, delle imprese, con l'ANCI e con l'UPI attraverso specifiche audizioni svolte nel corso del 2007.

L'Autorità ha quindi emanato in data 23 gennaio 2008 la determinazione n. 2/2008 recante 'Indicazioni operative sugli appalti riservati - art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006' i cui principali contenuti sono riportati nel seguito.

La disciplina di cui all'art. 52, data la collocazione nella Parte II - Titolo I del D.Lgs. 163/2006, si applica agli appalti di valore superiore alla soglia di rilievo comunitario, nonché, in mancanza di espressa previsione contraria, anche agli appalti sottosoglia.

Gli istituti dei laboratori protetti e dei programmi di lavoro protetti non sono definiti dalla normativa nazionale. Essi fanno la loro comparsa per la prima volta, a livello comunitario, nella Relazione del Parlamento

Europeo sulla proposta di direttiva relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori del 29 ottobre 2001 e, sulla base di quanto ivi previsto e confermato in atti comunitari successivi, sono entrambi caratterizzati dall'impiego di oltre la metà di lavoratori disabili, da intendersi quali portatori di handicap con esclusione, pertanto, delle altre categorie svantaggiate per motivi diversi dalla disabilità.

La disciplina nazionale di recepimento di numerosi Paesi europei, quali Francia, Regno Unito, Spagna e Irlanda, che, al contrario dell'Italia, prevedono nei loro ordinamenti gli istituti di cui sopra, risulta conforme alla previsione del legislatore comunitario facendo chiaramente riferimento alla necessità che, ai fini della riserva, sia verificata la condizione dell'impiego della maggioranza di lavoratori disabili. In Italia, tenuto conto dell'attuale lacuna normativa, le condizioni oggettive che devono ricorrere ai fini dell'identificazione di un soggetto come laboratorio protetto possono essere esplicitate nel seguente modo:

- a) essere un soggetto giuridico, costituito nel rispetto della vigente normativa, che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata;
- b) prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili;
- c) avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

Per quanto attiene al requisito sub c), si ritiene che per disabili debbano intendersi le persone in età lavorativa affette da minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali, i portatori di handicap intellettuale e le persone non vedenti e sordomute (legge 12 marzo 1999, n. 68).

Per ciò che concerne il coordinamento con la vigente normativa in materia di cooperative sociali e imprese sociali, la clausola di salvaguardia

posta all'inizio dell'art. 52¹ sta ad indicare che le due discipline - art. 52 del D.Lgs. 163/2006 e legge n. 381/91 e s.m.i - si muovono in ambiti distinti.

Si deve infatti considerare che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge 381/91 e s.m.i svolgono attività finalizzate all'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate e devono possedere un organico costituito almeno per il 30% da persone disagiate (invalidi fisici, psichici e sensoriali, ex degenti di istituti psichiatrici, tossicodipendenti, alcolisti, lavoratori minorili in situazioni di difficoltà familiare). Inoltre, l'art. 5 della richiamata legge 381/91 e s.m.i prevede, al comma 1, che gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica, possano stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi (escluso la fornitura di beni e servizi socio-sanitari ed educativi) - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate anche in deroga alla disciplina in materia di contratti sottosoglia della pubblica amministrazione. Al comma 4 la legge 382/92 stabilisce inoltre che nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere relativi a forniture di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica, possano inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate.

Pur essendo entrambe le disposizioni (art. 52 del D.Lgs. 163/2006 e legge 381/91 e s.m.i) finalizzate al perseguimento di fini sociali, dall'analisi della normativa emerge che le due figure - laboratorio protetto e cooperativa sociale - non coincidono, in quanto i requisiti richiesti per il riconoscimento della figura del laboratorio protetto non corrispondono a quelli normativamente previsti in capo alle cooperative sociali, sia per quanto riguarda le categorie di persone individuate (disabili e persone svantaggiate) sia per quanto attiene alla percentuale minima di organico che deve essere costituita da dette persone.

¹ "Fatte salve le norme vigenti sulle cooperative sociali e sulle imprese sociali".

Ciò, tuttavia, non comporta che le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge 381/91 e s.m.i. non possano essere riconosciute come laboratori protetti, ma anzi, data l'autonomia degli ambiti di applicazione, ne deriva che esse, come d'altronde ogni altro soggetto giuridico, possano accreditarsi quali laboratori protetti, e quindi avvalersi della riserva di cui all'art. 52, a condizione che possiedano i requisiti sopra individuati. In tal caso, la partecipazione alla gara per detti soggetti avverrà in applicazione del citato D.Lgs. 163/2006.

Per quanto concerne la riserva a favore dei programmi di lavoro protetto, essa non si fonda sulla qualifica soggettiva dei partecipanti alla gara ma sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali. In tali casi, pertanto, la partecipazione alla gara deve intendersi riservata ai soggetti di cui all'art. 34 del D.Lgs. 163/2006, anche privi dei requisiti necessari ai fini del riconoscimento come laboratori protetti, che si avvalgono, ai fini dell'esecuzione dello specifico appalto, di piani che vedono coinvolti una maggioranza di lavoratori disabili, anche sulla base di accordi conclusi con soggetti operanti nel settore sociale.

Infine, un'ultima attenta valutazione va dedicata ai requisiti richiesti per la partecipazione alla gara. L'espresso richiamo, contenuto nell'art. 52, al rispetto della normativa vigente deve intendersi riferito al rispetto dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale richiesti per la partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Come previsto nell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, infatti, al perseguimento di obiettivi di tipo sociale può essere subordinato il solo principio dell'economicità ma non anche, evidentemente, i principi di affidabilità morale e professionale dell'operatore economico o la qualità delle forniture, delle prestazioni e delle opere. Pertanto, ai soggetti che si avvalgono della riserva di cui all'art. 52 deve essere richiesto il possesso dei requisiti generali di partecipazione e di quelli speciali previsti in ragione della tipologia dell'appalto.

**Principi da
rispettare
negli appalti
riservati**

Tuttavia, nella definizione dei requisiti di partecipazione, le stazioni appaltanti dovranno attenersi al rispetto del principio di proporzionalità che, nel caso di specie, dovrà essere declinato sia con riferimento all'oggetto dell'appalto e alle sue caratteristiche specifiche sia con riferimento all'obiettivo sociale che si è inteso perseguire con l'introduzione della riserva. In particolare, le stazioni appaltanti dovranno:

- specificare nel bando di partecipazione il possesso dei requisiti di ordine generale, i requisiti di idoneità professionale, la capacità economica, finanziaria, tecnica e professionale di cui agli artt. 38-42 del D.Lgs. 163/2006;
- specificare nel bando di gara il criterio di selezione delle offerte (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa) e la modalità di verifica delle offerte anormalmente basse di cui agli artt. 81-84 e 86-88 del D.Lgs. 163/2006;
- disporre le specifiche tecniche relative all'appalto conformemente alle previsioni del codice dei contratti (art. 68).

Per quanto riguarda la capacità economica e finanziaria, occorre precisare che la cifra d'affari deve essere proporzionale all'importo posto a base di gara.

Particolare cura, inoltre, dovrà essere posta nella predisposizione del *capitolato d'oneri* con riferimento agli "oneri ed obblighi speciali", quali, a titolo esemplificativo, le modalità ed i tempi di utilizzo del personale disabile per l'intera durata del contratto.

CAPITOLO 6

LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE IN FASE DI GARA

6.1 La nuova disciplina dei rimedi per la risoluzione delle controversie nell'Unione Europea

Dopo un articolato e difficile negoziato, il Parlamento europeo ed il Consiglio hanno approvato, con il testo definitivo dell'11 dicembre 2007, la direttiva 2007/66/CE , al fine di migliorare e rendere più efficaci le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, già disciplinate con le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE.

La nuova
direttiva
ricorsi

Il processo di revisione delle direttive ricorsi, nelle more dell'emanazione del cosiddetto "pacchetto legislativo" sugli appalti pubblici (direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), è stato attivato dalla Commissione europea con una consultazione preliminare pubblica diretta ad una serie di interlocutori (imprese, associazioni professionali, autorità aggiudicatrici), i quali hanno evidenziato che i meccanismi di ricorso degli Stati membri non sempre garantiscono il rispetto dei principi comunitari quali la trasparenza e non discriminazione. L'esigenza di modificare le direttive ricorsi è stata maggiormente avvertita anche a seguito delle pronunce con cui il giudice comunitario ha imposto una precisazione del contesto legislativo esistente. Ciò al fine di garantire una sanzione effettiva, proporzionata e dissuasiva delle violazioni del diritto comunitario in materia di appalti pubblici (quali l'affidamento diretto dei contratti senza pubblicità preventiva), nonché di rendere realmente effettiva la tutela dei partecipanti alla gara, garantendo loro la possibilità di esperire azioni di ricorso per rimuovere o correggere eventuali violazioni.

La Corte di giustizia, in particolare, con sentenza del 28 ottobre 1999, «Alcatel», nella causa C-81/98, ha ulteriormente sviluppato e interpretato i principi di cui alla direttiva 89/665/CEE precisando, fra l'altro, che il provvedimento di aggiudicazione debba essere comunicato a tutti i

partecipanti alla procedura di gara e che debba trascorrere un lasso di tempo ragionevole tra la data di adozione di detto provvedimento e la data di stipula del relativo contratto. Ciò al fine di evitare che i concorrenti alla gara, eventualmente interessati a chiedere l'annullamento del provvedimento stesso, vengano a conoscenza della aggiudicazione soltanto dopo la stipula del contratto o addirittura dopo l'esecuzione dello stesso.

Una delle principali novità della direttiva 2007/66/CE è prevista dall'art. 2 bis, che introduce un termine sospensivo minimo (c.d. "*standstill period*") corrispondente al tempo che deve obbligatoriamente decorrere tra il giorno successivo alla data d'invio del provvedimento di aggiudicazione agli offerenti e ai candidati interessati e la stipula del contratto d'appalto. Tale termine sospensivo, variabile tra 10 e 15 giorni in relazione alla modalità di trasmissione della comunicazione, consente agli offerenti interessati di esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso.

Deroghe all'applicazione del termine sospensivo, oltre all'ipotesi in cui l'aggiudicatario sia l'unico offerente interessato all'appalto, sono ammesse nei soli casi in cui non è prescritta la previa pubblicazione del bando nella GUUE, con riferimento ad alcune fattispecie di appalti basati su accordi quadro o sul sistema dinamico di acquisizione. Con riferimento ad un accordo quadro concluso con più operatori economici e aggiudicati sulla base del rilancio del confronto competitivo, un termine sospensivo obbligatorio potrebbe avere l'effetto di compromettere i tratti peculiari dell'istituto caratterizzato dalla snellezza e dalla rapidità dell'aggiudicazione. Sarebbe pertanto preferibile, in tali casi, anche in fase di recepimento della direttiva, la previsione di misure alternative al termine sospensivo, quale la privazione di effetti del contratto.

In sede di recepimento della nuova direttiva ricorsi dovrà tenersi conto che l'art. 11, comma 10 del Codice dei Contratti Pubblici, già prevede che il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai controinteressati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni di particolare urgenza.

E' stato introdotto nella direttiva 2007/66/CE un meccanismo automatico di sospensione della stipula del contratto di appalto nel caso in cui il provvedimento di aggiudicazione sia stato impugnato presso un organo di prima istanza indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice e nel caso in cui un soggetto interessato proponga preliminarmente ricorso all'amministrazione aggiudicatrice. La cessazione dell'automatica sospensione è stabilita dagli Stati membri successivamente alla decisione dell'organo di ricorso sulla richiesta di provvedimenti cautelari, ovvero quando l'organo abbia deciso sul merito della questione. Viene inoltre evidenziato nella direttiva che, nel caso di proposizione di un ricorso poco prima dello scadere del termine sospensivo minimo, per non privare l'organo preposto a decidere sul ricorso del tempo minimo indispensabile per intervenire, si dovrebbe prevedere la proroga del termine di sospensione per la conclusione del contratto, al fine di consentire all'organo competente di pronunciarsi sull'istanza di ricorso prima dello scadere di tale termine.

Sul punto mentre sarebbe opportuno prevedere in sede di recepimento della direttiva una proroga della sospensione automatica dei termini, fino alla pronuncia cautelare delle autorità competenti, non sarebbe invece auspicabile detta proroga relativamente alla pronuncia di merito sul ricorso, visti i tempi dei giudizi amministrativi che potrebbero ostacolare l'azione amministrativa.

In via generale, gli Stati membri devono garantire che le decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e rapidi agli interessati all'aggiudicazione di un appalto, nel caso in cui siano stati lesi o rischino di esserlo a causa di una presunta violazione delle norme. Gli Stati membri possono esigere che il soggetto che intende proporre ricorso, informi preventivamente l'amministrazione aggiudicatrice della imminente intenzione di proporre ricorso.

In questo caso gli Stati membri si attivano affinché alla proposizione del suddetto ricorso consegua la sospensione immediata della possibilità di concludere il contratto. Tale previsione risulta particolarmente interessante in relazione al cosiddetto "precontenzioso" di competenza dell'Autorità,

nell'ambito del quale, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. n) del Codice dei Contratti Pubblici, è contemplata la possibilità di richiedere all'Autorità un parere in merito ad una controversia insorta nel corso di una procedura di gara. Fino all'adozione del parere, in ogni caso, non vincolante, la stazione appaltante è invitata dall'Autorità a non porre in essere atti pregiudizievoli per il soggetto che ha proposto l'istanza (quale ad esempio la conclusione del contratto). Pertanto, la stazione appaltante ha la facoltà di sospendere la procedura di gara o la stipula del contratto, fino alla emanazione del parere da parte dell'Autorità.

Ulteriore importante novità contenuta nella direttiva è la privazione degli effetti del contratto quando gli appalti sono conclusi in violazione delle norme in materia di pubblicità e di sospensione del termine, in presenza di violazioni delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, nella misura in cui tali violazioni abbiano influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto. In sede di recepimento nazionale dovrà essere chiarita l'accezione ed il significato da attribuire all'espressione "privo di effetto", dal momento che essa potrebbe essere intesa come annullabile, nullo, ovvero inefficace e, pertanto, essere ricondotta a tre distinte fattispecie, ben differenti sia nella disciplina che negli effetti prodotti. La direttiva lascia, infatti, agli Stati membri e al diritto nazionale la possibilità di scegliere se la privazione di effetti debba intendersi con effetto retroattivo per tutti gli obblighi contrattuali (*ex tunc*) o, viceversa, limitarsi alla soppressione degli obblighi che rimangono ancora da adempiere (*ex nunc*). In ogni caso la privazione di effetti, viene precisato, non è automatica, dovendo essere accertata e disposta da un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice. Questa previsione per l'ordinamento italiano è di estrema importanza in quanto, a fronte di un'aggiudicazione illegittima, la pronuncia del giudice amministrativo ha, come noto, un effetto costitutivo che rende il contratto privo di efficacia *ex nunc* e non un effetto dichiarativo di un'inefficacia esistente *ab origine*. Viene inoltre prevista la facoltà dell'organo di ricorso di non considerare un contratto privo di effetti, ovvero di riconoscerne gli effetti nel tempo qualora il rispetto di esigenze imperative (che non

possono essere principalmente di natura economica) connesse ad un interesse generale imponga la salvaguardia degli effetti del contratto. In tal caso gli Stati membri possono prevedere sanzioni alternative, rappresentate da sanzioni pecuniarie da corrispondere ad un organo indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice oppure derivanti dalla riduzione della durata del contratto.

6.2 Il precontenzioso

Nel corso del 2007 e nei primi mesi del 2008 l'attività di componimento delle controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, attribuita all'Autorità dall'articolo 6, comma 7, lettera n), del Codice, - da annoverarsi fra gli strumenti alternativi al circuito giudiziario, finalizzati a dirimere in maniera più rapida e flessibile le controversie insorte tra le parti - ha avuto un forte impulso, dovuto soprattutto al positivo accoglimento dell'istituto da parte degli operatori economici.

**Il
contenzioso
in fase di
gara**

Infatti, le caratteristiche dello strumento, - quali l'autonoma iniziativa delle parti nel promuovere l'intervento consultivo, la flessibilità e l'agilità della procedura, per la quale non sono richiesti particolari formalismi, la celerità delle risposte, la possibilità che le parti interessate proseguano i rapporti in reciproca collaborazione (comportamento che difficilmente si concilia con la presenza di una soluzione giudiziaria) -, hanno contribuito al favorevole accoglimento da parte del mercato dei contratti pubblici di questo ulteriore mezzo di estensione dell'area di tutela, deflattivo rispetto alla domanda giudiziale. Si evidenzia che i pareri resi dall'Autorità, nel periodo di riferimento, conseguono ad istanze presentate dagli operatori economici nella misura del 76 per cento, ad istanze presentate dalle stazioni appaltanti per il rimanente 24 per cento.

Con provvedimento del 10 gennaio 2008 l'Autorità ha emanato il nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera n), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che disciplina la procedura per la presentazione dell'istanza,

per l'istruttoria e per l'assunzione del parere da parte del Consiglio dell'Autorità.

La procedura in esso delineata è incentrata nel rispetto del principio del contraddittorio, con la previsione della partecipazione delle parti anche in apposita audizione presso l'Autorità e della possibilità di depositare memorie.

Nel corso del 2007 e fino al febbraio 2008, il Consiglio dell'Autorità ha emesso oltre 400 pareri, afferenti agli appalti di lavori, di servizi e di forniture nei settori ordinari e nei settori speciali.

**Le questioni
affrontate
dall'Autorità**

Le questioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità hanno riguardato, principalmente, contestazioni sull'operato della stazione appaltante in sede di gara, in relazione all'ammissione ovvero all'esclusione dei concorrenti dalla procedura con riferimento al possesso dei requisiti di carattere generale e di carattere tecnico-economico, alle modalità di presentazione della documentazione amministrativa richiesta, ai requisiti di qualificazione negli appalti di lavori.

Nell'ambito degli appalti di lavori, è stato chiesto l'avviso dell'Autorità in merito alla qualificazione delle associazioni temporanee di imprese, all'avvalimento ed al divieto di subappalto delle categorie cd. super specializzate.

Nell'ambito degli appalti di servizi e forniture, le controversie hanno riguardato principalmente i requisiti di partecipazione, ritenuti lesivi della concorrenza, sproporzionati e limitativi del mercato degli appalti, nonché le problematiche legate alla corretta applicazione dell'articolo 68 del Codice, in relazione al fatto che le specifiche tecniche non possono menzionare una fabbricazione o provenienza determinata o un procedimento particolare, né far riferimento ad un marchio, ad un brevetto o ad un'origine o produzione specifica, a meno di non essere giustificate dall'oggetto dell'appalto.

Sempre nell'ambito degli appalti di servizi e forniture, è stata portata all'attenzione dell'Autorità, nelle gare aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la problematica della illegittima

commistione tra i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara e gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

L'attività di soluzione delle controversie ha altresì riguardato le problematiche attinenti il profilo del rispetto delle regole della concorrenza nelle procedure di gara. L'Autorità è stata chiamata ad esprimere parere su procedure di selezione del contraente ritenute suscettibili di alterare un confronto paritario tra soggetti economici secondo le regole di mercato. Si fa riferimento, in particolare, alle questioni concernenti l'applicazione dell'articolo 13 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248 (decreto Bersani) ovvero a controversie generate da procedure di gara che hanno dato luogo ad asimmetrie informative a favore di determinati concorrenti.

Ulteriore tematica affrontata nell'ambito dell'attività di precontenzioso è stata quella concernente la fase di verifica dell'anomalia dell'offerta, con particolare riferimento al rispetto del principio del contraddittorio, alle modalità di presentazione delle giustificazioni, alla delimitazione dei margini di discrezionalità della stazione appaltante, con specifico riferimento al profilo delle giustificazioni che la stazione appaltante stessa può prendere in considerazione nel subprocedimento di verifica in contraddittorio delle offerte apparse anormalmente basse.

PAGINA BIANCA

CAPITOLO 7

IL CONTENZIOSO ARBITRALE

7.1 Attività della Camera arbitrale e dati del contenzioso arbitrale

7.1.1 Atti e deliberazioni adottati dal Consiglio della Camera arbitrale nel corso del 2007.

Prima di esporre alcune considerazioni sull'istituto dell'arbitrato anche a seguito delle modifiche introdotte dalla legge finanziaria per l'anno 2008, appare opportuno riportare i dati forniti dalla Camera Arbitrale in merito all'attività svolta.

Attività
della
Camera
arbitrale

Nel corso del 2007 la Camera Arbitrale ha adottato i seguenti comunicati, pubblicati sul sito internet dell'Autorità:

- Comunicato n. 24 del 20.03.2007: *“Estrazione informatica per la nomina del terzo arbitro”*.

Comunicato n. 25 del 21.09.2007: *“Risoluzione di massima sulla misura del deposito in acconto”*.

Con il Comunicato n. 24 del 20.03.2007 è stata comunicata l'entrata in vigore del nuovo sistema di estrazione informatica ai fini della nomina del terzo arbitro nei procedimenti che si svolgono presso la Camera arbitrale. Sono state riesaminate le procedure di nomina del terzo arbitro nei giudizi che si svolgono presso la Camera Arbitrale, allo scopo di rendere più snella e trasparente l'attività del Consiglio e di valorizzare, in linea con l'orientamento del legislatore, l'autonomia delle parti nel sistema della giustizia arbitrale.

E' stata così prevista una procedura elettronica di estrazione tale da garantire l'impossibilità di influenza da parte della Camera arbitrale e la *par condicio* di tutti gli arbitri iscritti nell'Albo rispetto alla scelta del presidente del collegio, attraverso l'utilizzo di un algoritmo di sorteggio improntato a criteri di assoluta casualità, di sicurezza e di oggettività.

L'estrazione è pubblica e si svolge nei locali della Camera arbitrale alla presenza di un ufficiale della Guardia di finanza.

Sulla base della natura - giuridica o tecnica - dell'arbitrato¹, si effettua l'estrazione di 15 nominativi iscritti nell'Albo appartenenti alle categorie di cui all'art. 242, comma 6, del D.Lgs. 163 del 2006².

La procedura elettronica assicura che, nel caso degli arbitrati con oggetto giuridico, l'estrazione comprenda almeno 3 nominativi di cui alle lett. a) b) e d) del citato art. 242, comma 6³, e, nel caso degli arbitrati con oggetto tecnico, l'estrazione comprenda almeno 4 nominativi di categorie comprese nelle lett. c) e d) del medesimo articolo⁴.

Al fine di assicurare la rotazione degli incarichi, le estrazioni avvengono tra i candidati che non abbiano più di 2 procedimenti arbitrari in corso presso la Camera arbitrale.

E' stata infine prevista la possibilità che le parti, invitate a presenziare alle operazioni di sorteggio⁵, esprimano, con istanza riservata da depositare nella segreteria entro le 48 ore successive all'estrazione, il proprio gradimento congiunto su uno dei nominativi estratti. L'indicazione di preferenza, eventualmente manifestata dalle parti, è valutata dal Consiglio nell'ambito dei criteri per la scelta del terzo arbitro.

Tale previsione, come già detto, è stata introdotta al fine di valorizzare l'autonomia e la volontà delle parti anche nelle procedure

¹L'individuazione della natura dell'arbitrato è fatta dal Consiglio della Camera, in occasione dell'esame dell'istanza volta ad avviare il procedimento arbitrale, tenendo conto della prevalenza delle problematiche giuridiche o tecniche oggetto della controversia arbitrale.

²L'art. 242, comma 6, del D.Lgs. n. 163 ha sostituito l'art. 151, comma 5, lett. a), b), c) e d) del d.P.R. n. 554, che era ancora in vigore all'epoca in cui il Consiglio ha deliberato la nuova procedura di estrazione.

³Si tratta dei magistrati amministrativi, contabili e avvocati dello Stato in servizio nonché degli avvocati dello Stato e magistrati a riposo (lett. a), degli avvocati abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori con quindici anni di attività (lett. b), dei professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e dei dirigenti generali delle P.A. laureati nelle stesse materie con particolare competenza nella materia dei contratti pubblici (lett. d).

⁴Si tratta dei tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura, abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni e iscritti ai relativi albi (lett. c) e dei professori universitari di ruolo nelle materie tecniche e dei dirigenti generali delle P.A. laureati nelle stesse materie con particolare competenza nella materia dei contratti pubblici (lett. d).

⁵E' stato stabilito un preavviso alle parti di almeno tre giorni.