

Le informazioni acquisite dalle Centrali di Committenza regionali sono rappresentate in maniera sintetica nella seguente tabella:

Tabella 1 - Aggiudicazione mediante procedure elettroniche espletate dalle Centrali di committenza

| Centrale di Committenza Regionale | Importo a base d'asta delle Gare e aste elettroniche concluse - Anno 2007 | Importo di aggiudicazione delle Gare e aste elettroniche concluse - Anno 2007 | Importo a base d'asta delle Gare e aste elettroniche concluse - Anno 2008 | Importo di aggiudicazione delle Gare e aste elettroniche concluse - Anno 2008 | Importo totale a base d'asta delle Gare e aste elettroniche concluse nel 2007 e nel 2008 | Importo totale di aggiudicazione delle Gare e aste elettroniche nel 2007 e nel 2008 |
|-----------------------------------|---|---|---|---|--|---|
| Azienda Umbria Sanità | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 |
| Cat Sardegna | € 2.125.000,00 | € 1.824.555,50 | € 15.026.040,00 | € 11.206.273,62 | € 17.151.040,00 | € 13.030.829,12 |
| Centro Servizi Condivisi | € 0,00 | € 0,00 | € 6.098.000,00 | € 3.388.574,34 | € 6098.000,00 | € 3.388.574,34 |
| Empulia | € 1.064.040,00 | € 765.106,00 | € 27.441.250,00 | € 26.763.649,40 | € 28.505.290,00 | € 27.528.755,40 |
| Estav | € 0,00 | € 0,00 | € 8.417.244,00 | € 8.236.733,55 | € 8.417.244,00 | € 8.236.733,55 |
| Informatica Trentina | € 2.138.386,00 | € 2.098.986,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 2.138.386,00 | € 2.098.986,00 |
| Intercent | € 6.640.746,56 | € 4.841.626,06 | € 0,00 | € 0,00 | € 6.640.746,56 | € 4.841.626,06 |
| Lait | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 |
| Lombardia informatica | € 17.200.119,64 | € 13.941.034,51 | € 11.568.760,00 | € 8.897.991,44 | € 28.768.879,64 | € 22.839.025,95 |
| Scr | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 |
| Soresa | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 | € 0,00 |
| Totale | € 29.168.292,20 | € 23.471.308,07 | € 68.551.294,00 | € 58.493.222,35 | € 97.719.586,20 | € 81.964.530,42 |

Dai dati emerge che nel 2008 l'importo complessivo degli appalti aggiudicati con procedure telematiche/elettroniche dalle centrali regionali è più che raddoppiato rispetto al 2007; infatti l'importo totale di aggiudicazione degli appalti è circa di 23 milioni di euro nel 2007 e di 58 milioni di euro nel 2008. Il ribasso medio ottenuto attraverso la procedura elettronica/telematica è del 19,53% nel 2007 e del 14,67% nel 2008. Tuttavia non è possibile trarre conclusioni sull'andamento dei ribassi di aggiudicazione nei due anni poiché le aggiudicazioni si riferiscono a categorie merceologiche disomogenee.

**Appalti
aggiudicati con
procedure
telematiche dalle
centrali di
committenza**

Tra le centrali di committenza regionali esaminate, si è rilevato un maggior incremento dell'utilizzo dell'*e-procurement* dal 2007 al 2008 nelle centrali delle regioni Puglia (Empulia) e Sardegna (Cat Sardegna).

Le informazioni sulle dimensioni del mercato italiano dell'*e-procurement* che possono desumersi dalla banca dati SIMOG dell'Autorità si riferiscono

al periodo compreso tra febbraio 2007 (data di attivazione della banca dati) e dicembre 2008.

I dati del sistema SIMOG considerati utili ai fini di questo studio sono relativi:

- a) al sistema dinamico di acquisizione, alle gare telematiche ed alle aste elettroniche (tabelle 2 e 3);
- b) alle gare espletate da CONSIP (tabelle 8, 9 e 10).

**Le gare con
procedure
telematiche
registrate
nella Banca
Dati
dell'Autorità**

Occorre preliminarmente precisare che i dati estratti dalla Banca dati SIMOG sono certi e completi per quanto riguarda le aggiudicazioni effettuate nell'ambito di sistemi dinamici di acquisizione poiché per questi appalti è prevista la compilazione di uno specifico campo. Mentre i dati relativi alle gare telematiche ed alle aste elettroniche sono stati individuati attraverso una ricerca testuale nel campo del database in cui è riportato l'oggetto dell'appalto e quindi potrebbero risultare incompleti. Questo perché se vi sono appalti per i quali nell'oggetto del bando non è stato indicato che sono stati espletati attraverso gare telematiche e aste elettroniche, il sistema della ricerca testuale non riesce ad individuarli, con la conseguenza di non rendere rintracciabili tutti gli appalti aggiudicati con procedure telematiche.

Nella seguente tabella sono riportati i dati complessivi degli anni 2007 e 2008:

Tabella 2 - Importi e procedure telematiche utilizzate

| Dati SIMOG 2007 e 2008 | Importo gare a base d'asta |
|----------------------------------|----------------------------|
| SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE | € 391.973.592,43 |
| GARA TELEMATICA | € 395.659.505,82 |
| ASTA ELETTRONICA | € 12.287.544,50 |
| TOTALE | € 799.920.642,75 |

Nel dettaglio, procedendo alla disaggregazione dei dati disponibili relativamente agli anni di riferimento, si rileva quanto segue:

Tabella 3 – Importi e procedure telematiche utilizzate suddivisi per anno

| | ANNO 2007 | ANNO 2008 | TOTALE |
|---|------------------|------------------|------------------|
| SISTEMA DINAMICO DI ACQUISIZIONE | € 258.886.213,00 | € 133.087.379,43 | € 391.973.592,43 |
| GARA TELEMATICA | € 228.311.046,09 | € 167.348.459,73 | € 395.659.505,82 |
| ASTA ELETTRONICA | € 1.129.500,00 | € 11.158.044,50 | € 12.287.544,50 |
| TOTALE | € 488.326.759,09 | € 311.593.883,66 | € 799.920.642,75 |

Da una ulteriore disaggregazione delle informazioni per tipologia di Stazione Appaltante emergono i dati riportati nelle tabelle che seguono:

Tabella 4 - Gare telematiche e Aste Elettroniche 2007 - Simog

| TIPOLOGIA STAZIONE APPALTANTE | IMPORTO |
|--|-------------------------|
| CENTRALI DI COMMITENZA | € 227.031.129,09 |
| ENTI VARI | € 748.000,00 |
| AZIENDE SPECIALI MUNICIPALIZZATE | € 492.760,00 |
| PROVINCE | € 375.745,00 |
| AZIENDE DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE | € 306.172,00 |
| AZIENDE SPECIALI REGIONALIZZATE | € 300.000,00 |
| COMUNI | € 186.740,00 |
| TOTALE | € 229.440.546,09 |

Tabella 5 - Gare telematiche e Aste Elettroniche 2008 - Simog

| TIPOLOGIA STAZIONE APPALTANTE | IMPORTO |
|--|-------------------------|
| AZIENDE DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE | € 128.577.698,56 |
| CENTRALI DI COMMITENZA | € 46.041.430,00 |
| ISTITUTI AUTONOMI CASE POPOLARI | € 3.500.000,00 |
| PROVINCE | € 267.375,67 |
| SOCIETA' PUBBLICHE | € 120.000,00 |
| TOTALE | € 178.506.504,23 |

L'esame dei dati riportati nella Tabella 3 evidenzia che, ad eccezione dello strumento "Asta elettronica" per il quale si registra un notevole incremento in termini di importo per le gare espletate, pari a circa 10 volte quello dell'anno 2007, sia per lo strumento "Sistema Dinamico di Acquisizione" sia per lo strumento "Gara Telematica" i dati presenti in SIMOG mostrano, nei due anni considerati, una sostanziale diminuzione degli importi

complessivi e, più precisamente, di circa il 27% per la “Gara Telematica” e del 48% per il “Sistema Dinamico di Acquisizione”.

L’esame delle tabelle 4 e 5, relative alla classificazione degli strumenti “Gara Telematica” e “Asta Elettronica” per tipologia di Stazione Appaltante evidenzia che nell’anno 2007 sono state le Centrali di Committenza a ricorrere maggiormente all’uso di questi 2 strumenti, mentre nell’anno 2008 sono state le Aziende del Servizio Nazionale a ricorrervi maggiormente.

I dati mostrano inoltre che gli strumenti telematici di aggiudicazione sono utilizzati principalmente dalle centrali di committenza e dalle aziende del servizio sanitario nazionale. Non sembra esserci un uso diretto da parte dei Comuni, che costituiscono la parte più numerosa delle stazioni appaltanti, degli strumenti telematici. Ciò in relazione all’elevato costo delle infrastrutture necessarie per il ricorso alle aste elettroniche.

Gli importi di tutte le gare espletate da CONSIP nel periodo di riferimento e quelli relativi alle sole gare telematiche CONSIP sono riportati nella seguente tabella:

Tabella 6 - Gare telematiche espletate da Consip nel 2007 e nel 2008

| Anno | Importo a base d’asta di TUTTE le gare CONSIP | Importo a base d’asta delle GARE TELEMATICHE CONSIP * |
|---------------|--|--|
| 2007 | € 2.522.147.022,91 | € 219.248.382,53 |
| 2008 | € 2.642.726.776,12 | € 40.338.400,00 |
| TOTALE | € 5.164.873.799,03 | € 259.586.782,53 |

*dati rilevati sulla base di una ricerca testuale nell’oggetto del data base SIMOG

È opportuno evidenziare sin da subito, al fine di evitare errate interpretazioni dei dati riportati in tabella, che le informazioni di cui alla *Tabella 6* sono desunte sempre dalla Banca Dati SIMOG di questa Autorità, pertanto le Gare Telematiche Consip riportate nella *Tabella 6* rappresentano un sottoinsieme di quelle di cui alla *Tabella 3*.

Per comprendere meglio l’incidenza delle gare telematiche espletate dalla Centrale di Committenza CONSIP sul totale delle gare telematiche,

così come rilevate dalla banca dati SIMOG, se ne evidenzia la distribuzione percentuale nella tabella seguente.

Tabella 7 – Confronto tra appalti telematici Consip e appalti telematici Simog

| | IMPORTO A BASE D'ASTA DELLE GARE TELEMATICHE CONSIP | IMPORTO A BASE D'ASTA DELLE GARE TELEMATICHE RILEVATE IN SIMOG | RAPPORTO % GARE TELEMATICHE CONSIP SUL TOTALE GARE TELEMATICHE ANNUE SIMOG |
|---------------|--|---|---|
| 2007 | € 219.248.382,53 | € 228.311.046,09 | 96,03% |
| 2008 | € 40.338.400,00 | € 167.348.459,73 | 24,10% |
| TOTALE | € 259.586.782,53 | € 395.659.505,82 | 65,61% |

Semplici considerazioni legate alla lettura delle informazioni relative alle gare CONSIP fanno emergere che tali dati siano fortemente sottostimati. Appare, infatti, assai improbabile che su un importo complessivo dei contratti stipulati da CONSIP per un valore pari ad € 5.164.873.799,03 soltanto € 259.586.782,53, pari al 5 %, siano riconducibili alla gare telematiche. È plausibile che al momento della registrazione degli appalti nella banca dati SIMOG, possa non essere stata inserita l'indicazione nell'oggetto dell'appalto che trattasi di gare espletate tramite procedure elettroniche. Tale tesi risulta suffragata da quanto emerso a seguito di una verifica effettuata volta ad accertare, mediante un'analisi dei bandi pubblicati sul sito Consip negli anni 2007 e 2008, la corrispondenza delle gare telematiche riportate nel sito CONSIP con quelle rilevate dalla banca dati SIMOG. Gli esiti di tale confronto hanno evidenziato che alcune gare telematiche CONSIP, e più precisamente sei gare, non sono state individuate mediante la ricerca testuale nell'oggetto della gara presenti in SIMOG.

Una sintesi dei dati con riferimento agli importi è rappresentata nella *tabella 8*.

Tabella 8 - Gare Consip non rilevate in Simog

| | N° Gare telematiche e aste elettroniche Consip che non è possibile individuare direttamente in SIMOG | IMPORTO COMPLESSIVO |
|---------------|--|-------------------------|
| Anno 2007 | 3 | € 788.461.539,00 |
| Anno 2008 | 3 | € 93.300.764,00 |
| TOTALE | 6 | € 881.762.303,00 |

Per cui ne deriva che l'ammontare complessivo delle Gare Telematiche espletate da Consip negli anni 2007 e 2008 è pari a € 1.141.349.085,53 (€ 259.586.782,53 + € 881.762.303,00). Le informazioni relative ai contratti pubblici espletati tramite il ricorso al *market place* sono attualmente fornite da CONSIP poiché trattandosi di appalti di importo inferiore a 20.000 euro non è previsto l'obbligo per le stazioni appaltanti della trasmissione dei dati all'Autorità.

I dati del *market place* relativi agli anni 2007 e 2008 sono riportati nella seguente tabella:

Tabella 9 - Il mercato elettronico negli anni 2007-2008

| | |
|---|-------------------------|
| Mercato elettronico Pubblica Amministrazione Anno 2007 | € 84.000.000,00 |
| Mercato elettronico Pubblica Amministrazione Anno 2008 (valore stimato da CONSIP) | € 140.000.000,00 |
| TOTALE | € 224.000.000,00 |

Complessivamente, considerando il valore degli appalti presenti nella banca dati SIMOG, le informazioni fornite da Consip e le informazioni aggiuntive desunte dall'analisi dei bandi di gara Consip, la spesa totale sostenuta nel mercato dell'*e-procurement* negli anni 2007 e 2008 è pari ad € 1.905.682.945,75 (€ 799.920.642,75 da Tabella 2 + € 881.762.303,00 da Tabella 8 + € 224.000.000,00 da Tabella 9), la spesa relativa al 2007 è pari ad € 1.360.788.298,09 e quella relativa al 2008 ad € 544.894.647,66.

Le gare espletate con sistemi telematici nel 2007 mostrano un importo complessivo superiore a quello del 2008. Ciò è dovuto in particolare all'espletamento nel 2007 di una gara telematica CONSIP relativa

all'acquisto di buoni pasto per la durata di 4 anni di importo pari a € 538.461.539,00

Sebbene in Italia il mercato elettronico sia stato attivato nel 2002 con l'emanazione del DPR 101, il vero cambiamento è stato segnato nel 2006 con l'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici che eliminando l'obbligo di emettere preventivamente un provvedimento motivato per il ricorso ai strumenti telematici per l'aggiudicazione, introdotto dallo stesso DPR 101 per le stazioni appaltanti che intendevano avvalersi dello strumento dell'asta elettronica per acquisti di importo superiore alla soglia comunitaria, ha reso possibile un utilizzo generalizzato dello strumento elettronico.

Una barriera all'uso dell'*e-procurement* è costituita dall'elevato costo (di attivazione e gestione) delle piattaforme informatiche necessarie per il ricorso alle aste elettroniche, certamente non sostenibili dalla maggior parte delle Stazioni Appaltanti di piccole e medie dimensioni.

Al fine di rendere fruibili i vantaggi offerti dalle nuove tecnologie anche alle piccole stazioni appaltanti è opportuno rendere noto della possibilità per le stesse di usufruire delle piattaforme informatiche rese disponibili dalle centrali di committenza per l'accesso alle procedure telematiche.

CAPITOLO VII

L'INCIDENZA DEL CONTENZIOSO SUL MERCATO

7.1 Il contenzioso negli appalti pubblici

Il contenzioso negli appalti pubblici può riguardare sia l'affidamento che l'esecuzione del contratto con differenti finalità. Nel primo caso infatti, il contenzioso mira al ripristino della corretta procedura di gara ed alla tutela dell'interesse legittimo mentre nel secondo caso il contenzioso ha per oggetto, nella maggioranza dei casi, il riconoscimento di oneri conseguenti ad una gestione non ottimale del contratto da parte della stazione appaltante.

Per quanto riguarda il contenzioso in fase di gara, in questo capitolo vengono illustrate alcune previsioni delle direttive in relazione ai provvedimenti adottati in materia dal governo per contrastare la crisi economica nell'ottica di accelerare l'affidamento e l'esecuzione dei lavori; viene illustrata altresì l'attività del precontenzioso come strumento deflattivo e come mezzo celere per la risoluzione delle controversie.

Per quanto attiene al contenzioso in fase di esecuzione, sono state effettuate due indagini sull'accordo bonario e sull'arbitrato evidenziando le criticità dei due istituti. Infine è riportata l'attività espletata dalla Camera Arbitrale nel corso del 2008.

7.2 Provvedimenti anticrisi e direttiva ricorsi

L'art. 20 del cd. decreto anticrisi (D.L. del 29 novembre 2008, n. 185 e convertito in legge 28 gennaio 2009, n. 2), rubricato "*Norme straordinarie per la velocizzazione delle procedure esecutive di progetti facenti parte del quadro strategico nazionale e simmetrica modifica del relativo regime di contenzioso amministrativo*", introduce una serie di misure volte ad accelerare il più possibile il procedimento amministrativo e la risoluzione delle controversie che non sembrano, tuttavia, porsi in linea con quanto indicato dalla recente prevalente giurisprudenza amministrativa (da ultimo le Adunanze Plenarie

**Provvedimenti
anticrisi e
direttiva ricorsi**

del Consiglio di Stato n. 9 e n. 12 del 2008), nonché quanto stabilito espressamente dalla direttiva n. 2007/66/CE (cd. direttiva ricorsi che ha modificato le direttive n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE).

In particolare il comma 8 dell'articolo dispone che *“le misure cautelari e l'annullamento dei provvedimenti impugnati non possono comportare, in alcun caso, la sospensione o la caducazione degli effetti del contratto già stipulato, e, in caso di annullamento degli atti della procedura, il giudice può esclusivamente disporre il risarcimento degli eventuali danni, ove comprovati, solo per equivalente”*.

Tale previsione solleva dubbi in ordine alla compatibilità della norma con la finalità cui tende la direttiva n. 2007/66/CE, che è quella di rendere realmente effettiva la tutela dei partecipanti alla gara, conservando loro la possibilità di esperire azioni di ricorso, tese a rimuovere o correggere dette violazioni in una fase in cui le stesse possono ancora essere corrette. La concessione del risarcimento del danno non è, infatti, dalla direttiva considerata una sanzione adeguata e va accompagnata da sanzioni alternative alla rimozione del contratto che devono essere effettive, proporzionate e dissuasive (art. 2 sexies direttiva n. 2007/66/CE).

Non è stato tenuto conto della giurisprudenza del Consiglio di Stato secondo la quale la reintegrazione in forma specifica, e pertanto l'eventuale annullamento del contratto, non assume carattere eventuale o eccezionale, essendo, invece, sussidiaria, rispetto ad essa, quella risarcitoria per equivalente, quest'ultima dunque praticabile solo quando quella restitutoria non possa essere conseguita con successo (Cons. St., IV, 29 aprile 2002, n. 2280; IV, 27 ottobre 2003, n. 6666).

Altri dubbi sorgono in ordine al rapporto tra il provvedimento dichiarato illegittimo e gli effetti del contratto la cui complessa tematica, tuttavia, e il suo stretto collegamento anche al riparto di giurisdizione (nonché alla c.d. pregiudiziale amministrativa), non può essere in questa sede affrontata.

L'art. 8-bis del decreto anticrisi prevede, inoltre, che per la stipulazione dei contratti non si applica il termine di trenta giorni previsto dall'articolo 11, comma 10, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Da tale norma non si

desume, però, quale sia il nuovo termine da rispettare dal momento che lo stesso non è specificato. Sul punto deve osservarsi come l'art. 2 bis della direttiva ricorsi, in accoglimento della sentenza della Corte di Giustizia (del 28 ottobre 1999 nella causa C-81/98) ha introdotto un termine sospensivo minimo (c.d. "*standstill period*"), di dieci giorni, per cui la stipula del contratto di appalto non può avere luogo prima che sia decorso detto termine, a partire dal giorno successivo alla data in cui il provvedimento di aggiudicazione è stato inviato agli offerenti e ai candidati interessati. Tale termine sospensivo garantisce agli offerenti interessati sufficiente tempo per esaminare la decisione d'aggiudicazione dell'appalto e valutare se sia opportuno avviare una procedura di ricorso. Ciò al fine di evitare che i concorrenti alla gara, eventualmente interessati a chiedere l'annullamento del provvedimento stesso, vengano a conoscenza della suddetta decisione in un momento tardivo per potere utilmente far valere le proprie ragioni. In entrambe le ipotesi il ricorrente, ancorché vittorioso, sarebbe privato della possibilità di essere riammesso alla gara e di concorrere ad una nuova eventuale aggiudicazione.

Il suddetto termine sospensivo minimo, peraltro, va ad aggiungersi a quello già presente nelle direttive n. 2004/17/CE e 2004/18/CE, recepito dall'art. 11, comma 10 del Codice dei contratti, ai sensi del quale il contratto non può comunque essere stipulato prima di trenta giorni dalla comunicazione ai contro interessati del provvedimento di aggiudicazione, salvo motivate ragioni di particolare urgenza.

Il recepimento di tale direttiva, che deve avvenire entro il 20 dicembre 2009, è stato previsto dalla prossima legge comunitaria 2009 (AS 1078). Tale recepimento potrebbe costituire l'occasione per porre rimedio alle succitate previsioni normative che manifestano dubbi di compatibilità comunitaria (Dir. n. 2007/66, n. 2004/17 e 2004/18). In ogni caso, deve osservarsi come, secondo l'insegnamento costante del giudice comunitario, ogni direttiva benché non ancora attuata, impone da subito un obbligo ai legislatori nazionali di non adottare misure che si pongano in netto contrasto rispetto ai contenuti della direttiva medesima.

7.3 Il precontenzioso

Il precontenzioso

Lo strumento del precontenzioso di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006, ha trovato nel corso del 2008 un ulteriore sviluppo, grazie alle sue caratteristiche - tra le altre 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 - che rendono l'istituto idoneo a raggiungere gli obiettivi, ripetutamente evidenziati dalla Commissione europea, di garantire un accesso a mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché la possibilità di correggere le riscontrate violazioni lamentate in una fase in cui le stesse possono ancora essere emendate.

L'istituto consente peraltro di ottenere, senza oneri per le parti, un parere autorevole e neutrale, reso dall'Autorità che contribuisce a deflazionare il contenzioso amministrativo.

Alla luce dell'esperienza maturata nel corso del 2007, sulla base della casistica che via via si è creata, al fine di rendere il procedimento di precontenzioso più rispondente alle esigenze manifestate sia dal mercato, sia dalle stazioni appaltanti, con provvedimento del 10 gennaio 2008 l'Autorità ha emanato un 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, il quale ha definito e dettato alcuni aspetti del procedimento, che il previgente Regolamento non disciplinava.

In primo luogo, sono stati indicati i soggetti legittimati a presentare l'istanza di parere che, oltre alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, sono anche i portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi, costituiti in associazioni o comitati. Detti soggetti, possono, come avveniva nel previgente Regolamento, presentare istanza di parere disgiuntamente, ovvero congiuntamente.

E' stato chiarito, secondo quanto previsto dall'art. 3 del nuovo Regolamento, che l'istanza di parere non è presentabile e, laddove fosse presentata, sarebbe dall'Autorità considerata non ammissibile, nei seguenti

casi: nel caso la questione riguardi la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva; nel caso in cui per la fattispecie oggetto dell'istanza è stato presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria; in assenza di una controversia insorta fra le parti interessate; da soggetti che non son legittimati a presentare l'istanza.

Una questione che rimane aperta e che viene dibattuta in dottrina attiene agli effetti da attribuire a tale parere, qualificato dallo stesso art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006 come "non vincolante". A tal proposito si osserva che, anche se le disposizioni non riconoscono ai pareri dell'Autorità natura vincolante, l'emanazione di tali pareri di per sé non creativi di obblighi giuridici, ha determinato una deflazione del contenzioso attraverso lo spontaneo adeguamento agli stessi, peraltro non solo da parte dei soggetti coinvolti nel parere, ma anche da parte degli altri operatori del mercato che applicano il "precedente dell'Autorità" in casi simili. Tali pareri, inoltre, hanno consentito di individuare una vasta casistica di fattispecie ricorrenti che, in quanto tendenti ad uniformare i comportamenti degli operatori del mercato, nel rispetto della normativa di settore, possono contribuire insieme all'attività di regolazione dell'Autorità a fornire indirizzi regolatori, nonché a ridurre il contenzioso giurisdizionale.

Rispetto all'anno 2007 si segnala un incremento delle istanze di parere inviate del 32% (da 564 di istanze di parere pervenute nel 2007 a 743 del 2008).

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.

Tra le questioni da segnalare, una ha interessato la scelta del criterio di aggiudicazione più idoneo in relazione ad una gara per la fornitura di vaccini ed in particolare del vaccino antipapilloma *virus* umano. L'Autorità

**Fattispecie
ricorrenti e
attività di
regolazione**

Casistiche
rilevanti
analizzate in
sede di
precontenzioso

ha chiarito in merito, con parere n. 78 del 20.3.2008, che il criterio di scelta del contraente più idoneo è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto garantisce l'esigenza di una effettiva comparazione dei farmaci. Infatti, in assenza di alcun indirizzo preferenziale previsto dal legislatore a favore dell'uno o dell'altro criterio (prezzo più basso/offerta economicamente più vantaggiosa), e considerata l'ampia discrezionalità nella scelta del criterio da parte della stazione appaltante, la stessa all'atto di decidere quale criterio utilizzare deve tenere conto delle caratteristiche dell'oggetto del contratto (art. 81, comma 2 "Codice dei Contratti") e della valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Nel caso esaminato dall'Autorità erano presenti due offerte per vaccini diversi tra loro sotto vari profili, diversità che confermava la possibilità di mettere i due vaccini a confronto dal punto di vista qualitativo. Per tale diversità e tenuto conto della immissione in commercio dei due farmaci, l'Autorità ha ritenuto che sarebbe stato utile per l'azienda sanitaria mettere in concorrenza i farmaci anche dal punto di vista qualitativo, al fine di dare la possibilità di trovare soluzioni migliorative rispetto a quanto previsto nel capitolato tecnico, potendosi porre quali elementi di valutazione: la reattività dei vaccini con altri tipi di ceppi virali, l'eventuale protezione di altri ceppi virali, la tollerabilità di ciascun vaccino, la dimostrazione dell'efficacia clinica, la durata dell'efficacia di ciascun vaccino, i giorni di consegna del prodotto ecc. Pertanto, il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è sembrato essere maggiormente idoneo rispetto al criterio "meccanico" del prezzo più basso, perché consentiva l'individuazione dell'offerta davvero "migliore", mettendo in concorrenza altri fattori e valutando il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta. Particolare attenzione, pertanto, secondo l'Autorità, doveva essere prestata nella determinazione dei parametri di valutazione e dei rispettivi pesi, indicati nei capitolati tecnici, che non dovranno creare criteri preferenziali, e non preconstituire l'aggiudicazione a favore di una impresa determinata. Per di più l'Autorità ha considerato che il mercato dei farmaci è un "mercato

amministrato” di talché il prezzo non può essere l’unico criterio per raffrontare i prodotti, dal momento che esso è sin dall’inizio stabilito dalle autorità amministrative.

Altra questione che l’Autorità ha affrontato con alcune espressioni di parere (tra gli altri parere n. 111 del 9 aprile 2008 e n. 196 del 17 luglio 2008) attiene alla congruità dei prezzi utilizzati dalle stazioni appaltanti in relazione alle condizioni di mercato e alla conseguente necessaria verifica che il loro utilizzo avvenga nel rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza. Infatti una eventuale sottostima delle quotazioni delle voci di prezzo, che incida in modo significativo nel quadro economico dell’intervento e, più in generale l’utilizzo di prezzi non aggiornati, rappresenta, per le imprese interessate, un ostacolo alla partecipazione alla gara e alla libera concorrenza fra le stesse.

Nel caso in cui la stazione appaltante non disponga di un proprio prezzo e faccia riferimento a prezzi di altri soggetti, secondo quanto espresso dall’Autorità, deve fare riferimento al Prezzo Regionale, nel caso in cui sia stato pubblicato al momento dell’approvazione del progetto, previa verifica della congruità dei prezzi in esso indicati. A norma dell’art. 34 del D.P.R. n. 554/1999, infatti, il computo metrico estimativo va redatto applicando alle quantità delle lavorazioni i prezzi unitari dedotti dai prezzi della stazione appaltante o dai listini correnti nell’area interessata. In tal caso anche gli eventuali prezzi scaturenti da analisi relative a prezzi non previsti nel Prezzo Regionale devono essere aggiornati.

Il tenore letterale della citata norma induce a ritenere, fermo restando l’obbligo inderogabile di applicare il prezzo regionale vigente al momento della redazione del progetto, che la possibilità di non aggiornare i prezzi costituisce per la stazione appaltante una facoltà residuale, che necessita di puntuale e non generica motivazione, basata sull’assenza di significative variazioni economiche.

Il prezzo utilizzato al momento della redazione del progetto è stato comparato con il listino prezzi corrente al momento della pubblicazione del bando di gara; ugualmente, per le tabelle della manodopera, il responsabile

del procedimento avrebbe dovuto far riferimento a quelle utilizzate al momento della redazione del progetto.

7.4 Il contenzioso in fase di esecuzione: effetti sulla tempistica di realizzazione

Il contenzioso in fase di esecuzione

Le informazioni sul contenzioso vengono rilevate dall'Autorità con la scheda di fine lavori elaborata dall'Osservatorio. I dati relativi ai lavori sospesi sono invece raccolti con la scheda avanzamento lavori redatta dalle Stazioni Appaltanti in occasione dell'emissione di ciascun Stato Avanzamento Lavori (SAL). La sospensione dei lavori è ritenuta legittima per alcune fattispecie vale a dire in presenza di cause di forza maggiore che non consentono l'esecuzione dei lavori a regola d'arte, per la redazione di perizie di varianti resesi necessari, per l'indisponibilità dei luoghi e per l'intervento dell'Autorità Giudiziaria. Non rientra invece tra le cause ammissibili di sospensione dei lavori l'insorgere del contenzioso. Nel caso di abbandono di cantiere da parte dell'appaltatore è previsto, qualora lo stesso non riprenda tempestivamente i lavori, la rescissione in danno del contratto d'appalto. La normativa pertanto non ammette un blocco dei lavori conseguente ad un possibile contenzioso.

Per evitare che l'appaltatore abbia grave pregiudizio economico durante l'esecuzione dell'appalto a causa di una maggiore onerosità della prestazione, qualora l'ammontare delle richieste attivate con il contenzioso superino il 10% dell'importo contrattuale, è prevista una possibile soluzione accelerata della definizione delle controversie mediante l'accordo bonario. Qualora non si raggiungano i limiti per l'accordo bonario, la soluzione della controversia è demandata al giudice ordinario o ad una commissione arbitrale nel caso in cui nel contratto d'appalto sia stata inserita apposita clausola compromissoria.

Si evidenzia, tuttavia, che il contenzioso, sebbene non possa essere un pretesto dell'appaltatore per il blocco del cantiere, senza dubbio comporta un rallentamento dei lavori. Il blocco del cantiere si verifica certamente nei casi in cui si proceda alla rescissione del contratto per inadempimenti dell'appaltatore.

Con i dati dell'Osservatorio è possibile comunque effettuare alcune elaborazioni che mettono in risalto gli effetti del contenzioso sul regolare andamento dei lavori.

La *tabella 1* riporta per ciascuna fascia d'importo il numero di appalti conclusi nel periodo 2000-2007 per i quali si è verificato il contenzioso in fase di esecuzione. La tabella mostra che al crescere dell'importo dell'appalto aumenta il contenzioso con una incidenza di circa il 2% negli appalti di importo compreso tra € 150.000 e € 500.000, del 46% negli appalti di importo superiore a € 15.000.000. Negli appalti di importo elevato si registra un contenzioso ogni due contratti. Nella tabella sono riportati gli appalti le cui riserve sono state definite, per via amministrativa o mediante accordo bonario, prima della conclusione dei lavori. La soluzione delle controversie non definite sono demandate, successivamente alle operazioni di collaudo, al giudice ordinario oppure agli arbitri. I dati mostrano che più del 50% delle controversie trovano la definizione prima della conclusione dei lavori e ciò ovviamente a vantaggio dell'esecuzione delle opere.

Incidenza del contenzioso al crescere dell'importo dell'appalto

Tabella 1 – Contenzioso nei lavori conclusi nel periodo 2000- 2007

| Classe di importo | Lavori Conclusi | | Lavori conclusi con contenzioso | | | | | | | |
|----------------------------|-----------------|----------------------|---------------------------------|--------------|--------------|----------------------|-------------|----------------|-------------|--------------|
| | N. | Importo Totale Mln € | Definito | Non Definito | Totale | | Definito % | Non Definito % | Totale | |
| | | | | | N. | Importo Totale Mln € | | | % N | % Importo |
| ≥150.000 < 500.000 € | 47.807 | 12.601 | 371 | 648 | 1.019 | 292 | 0,78 | 1,36 | 2,13 | 2,3 |
| ≥ 500.000 € < 1.000.000 € | 10.041 | 6.966 | 249 | 294 | 543 | 398 | 2,48 | 2,93 | 5,41 | 5,71 |
| ≥1.000.000 < 5.000.000 € | 6.035 | 11.289 | 304 | 426 | 730 | 1.532 | 5,04 | 7,06 | 12,10 | 13,57 |
| ≥ 5.000.000 < 15.000.000 € | 396 | 3.164 | 62 | 59 | 121 | 1.058 | 15,66 | 14,90 | 30,56 | 33,44 |
| ≥ 15.000.000 € | 106 | 3.201 | 23 | 26 | 49 | 1.518 | 21,70 | 24,53 | 46,23 | 47,42 |
| Totale | 64.385 | 37.222 | 1.009 | 1.453 | 2.462 | 4.798 | 1,57 | 2,26 | 3,83 | 12,89 |

La *tabella 2* riporta invece, in termini percentuali, la maggiore durata dei lavori rispetto a quella stabilita nel Capitolato Speciale d'Appalto nei casi in cui si è registrato il contenzioso. Nella stessa tabella è riportata anche la maggiore durata di tutti gli appalti che hanno registrato ritardi, indipendentemente dalla causa. Il confronto tra questi dati mostra che, in