

Il campione è stato individuato selezionando segnalazioni di operatori economici ausiliari che hanno stipulato più di un contratto di avvalimento in favore del medesimo soggetto ausiliato o in favore di altre società.

Dall'esame effettuato è emerso, in primo luogo, che gli accordi di avvalimento riportano enunciazioni dell'oggetto oltremodo generiche, e che gli stessi non risultano corredati dalla prevista dichiarazione di avvalimento, né da alcuna altra documentazione che possa suffragare l'effettiva messa in disponibilità dei requisiti di ordine speciale. In tal modo, l'accordo si sostanzia in una generica immissione, in disponibilità dell'ausiliato, di requisiti a carattere immateriale (es.: know-how dell'impresa, fatturato globale e specifico, esperienza pregressa, certificazione del sistema di gestione per la qualità).

Tutti gli accordi di avvalimento esaminati, evidenziano come i requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica dell'operatore economico, siano conferiti all'ausiliato attraverso la sola esibizione di documentazione che ne attesta il possesso in capo all'ausiliario.

Nel corso dell'accertamento istruttorio sono state rilevate altre problematiche attinenti la prova dell'effettiva disponibilità, da parte dell'ausiliato, dei mezzi e delle risorse del soggetto terzo. Tale prova si presenta più semplice ed immediata per requisiti tangibili, come le attrezzature ed il personale specializzato, mentre appare più sfuggente per quando concerne i requisiti immateriali.

Seppure la Giustizia Amministrativa abbia sciolto il nodo della possibilità di avvalersi di qualsiasi requisito anche a carattere immateriale, in quanto la finalità dell'istituto è quella, *non già di arricchire la capacità del concorrente, ma di consentire a soggetti che ne siano privi dei requisiti minimi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti minimi di altri* (cfr. sent. n.1589 del 17.03.2009, Consiglio di Stato. Sez. V), più volte è stato sottolineato che risulta indispensabile che il soggetto ausiliato dimostri di poter disporre dei mezzi dell'ausiliario.

Proprio in questo ambito occorre stabilire modalità atte a fornire la reale prova del possesso di requisiti indicativi della reale capacità dell'impresa, quale garanzia del compimento delle obbligazioni

contrattuali. Solo rendendo effettivo l'insieme organizzato dei fattori produttivi, di cui si compone l'azienda, può sgomberarsi il campo dal rischio che l'avvalimento si risolva in un fatto meramente formale tale da creare effetti distorsivi al buon andamento del mercato.

Dopo i primi tre anni di entrata in vigore della norma, l'Autorità ha analizzato tutti gli atti di avvalimento comunicati con lo scopo di fornire un preliminare quadro sulle modalità applicative dell'istituto in relazione anche alle finalità perseguite dal legislatore circa l'apertura del mercato a nuovi operatori mediante l'utilizzo dei requisiti di ordine speciale posseduti da altri operatori.

A tal fine è stato predisposto un database nel quale sono state inserite le informazioni disponibili relative agli atti di avvalimento pervenuti in all'Autorità dal 1° gennaio al 31 dicembre 2009 (1317 atti).

Il diverso grado di utilizzo dell'istituto nelle tre tipologie contrattuali (lavori, servizi e forniture) è indice di un maggiore o minore interesse da parte degli operatori privi di requisiti, a competere in un sistema caratterizzato da meccanismi che prevedono la dimostrazione preventiva delle capacità tecniche, economiche e finanziarie.

Affinché l'istituto in questione possa contribuire ad una maggiore apertura del mercato, occorre vigilare sugli atti di avvalimento per verificare l'effettivo utilizzo dei requisiti oggetto dei contratti medesimi. In altre parole, è importante verificare sia sotto l'aspetto statistico sia sotto quello puntuale della vigilanza che non si verifichi un prestito virtuale dei requisiti finalizzato soltanto alla partecipazione alla gara e all'aggiudicazione dell'appalto da parte dell'impresa priva dei prescritti requisiti. Al riguardo, va precisato che le comunicazioni pervenute all'Autorità sono risultate disomogenee e in molti casi, come prima menzionato, prive dei contratti e delle dichiarazioni di avvalimento; in alcuni casi, infatti, le stazioni appaltanti si sono limitate a comunicare esclusivamente i nominativi delle imprese ausiliate e ausiliarie. La disomogeneità di tali dati ha comportato la costruzione di un database privo di alcune informazioni, in certuni appalti, che pur non mutando i

risultati tendenziali di carattere generale sarebbero stati utili per una più ampia e dettagliata analisi.

I 1.317 atti di avvalimento pervenuti si riferiscono a 1.013 appalti (il numero degli appalti è inferiore al numero degli avvalimenti poiché per uno stesso appalto possono sottoscriversi più atti di avvalimento). Le elaborazioni effettuate sui medesimi hanno consentito di predisporre la seguente tabella che rappresenta la distribuzione territoriale (Nord, Centro, Sud e Isole) delle stazioni appaltanti alle cui gare le imprese hanno fatto ricorso all'avvalimento per la partecipazione alle procedure di aggiudicazione.

**Avvalimenti
per area
geografica**

Tabella 1 - Distribuzione degli avvalimenti per area geografica delle stazioni appaltanti

Area Geografica	Numero Avvalimenti	Percentuale Avvalimenti
Nord	472	35,84%
Centro	574	43,58%
Sud	144	10,93%
Isole	68	5,16%
N.c.	59	4,48%
Totale	1.317	100,00%

Dalla distribuzione territoriale emerge una maggiore frequenza del ricorso all'avvalimento nelle gare espletate nel nord e nel centro del paese. In queste due aree si riscontra circa l'80% di tutti gli avvalimenti. Il dato relativo al centro del paese è significativamente influenzato dalle grandi stazioni appaltanti come ANAS e Ferrovie dello Stato le quali espletano gare per lavori da realizzarsi nelle diverse aree territoriali.

**Tipologia
contrattuale e
avvalimenti**

Per quanto riguarda la suddivisione degli avvalimenti per le diverse tipologie contrattuali, la tabella n. 2 riporta il numero e la percentuale degli avvalimenti per lavori, servizi e forniture.

Tabella 2 - Suddivisione per settori degli appalti per i quali sono stati sottoscritti atti di avvalimento

Tipologia Contrattuale	Numero Appalti	Percentuale Appalti
Lavori	736	72,66%
Servizi	165	16,29%
Forniture	44	4,34%
N.c.	68	6,71%
Totale	1013	100,00%

Dalla lettura dei dati riportati in tabella si evince un maggior ricorso all'istituto dell'avvalimento nelle gare aventi ad oggetto lavori. Tuttavia, con riferimento alle gare attivate nel periodo preso in analisi di importo superiore a € 150.000 (50.688 gare di cui 22.156 per lavori, 13.140 per servizi, 15.102 per forniture e 290 in settori non classificati) la percentuale di ricorso all'avvalimento risulta piuttosto modesta (nell'ordine del 2%). Per le diverse tipologie contrattuali le percentuali sono differenti e assumono maggiore rilievo nei lavori pubblici per i quali la percentuale è del 3,3%, mentre per le gare di servizi la medesima percentuale è pari all'1,2% e per le forniture allo 0,2%.

**Avvalimenti
suddivisi per
fasce d'importo**

Ai fini dell'analisi della distribuzione degli avvalimenti con riferimento gare distinte per fasce di importo (tabella 3), sono stati presi in considerazione solo 932 appalti dei complessivi 1.317 in quanto nella documentazione relativa ai restanti appalti (n. 385) inviata dalle stazioni appaltanti non è stato indicato il Codice Identificativo Gara (CIG) o l'importo posto base di gara.

Tabella 3 - Distribuzione degli avvalimenti per fasce di importo

Fascia	Numero Avvalimenti	Percentuale Avvalimenti
<=500.000	344	26,12%
>500.000 e <=1.000.000	290	22,02%
>1.000.000 e <=5.000.000	139	10,55%
>5.000.000 e <=25.000.000	60	4,56%
>25.000.000	99	7,52%
N.C.	385	29,23%
Totale	1.317	100,00%

La maggior parte degli avvalimenti si colloca nelle prime due fasce d'importo, denotando così che l'utilizzo dell'avvalimento avviene principalmente negli appalti di importo inferiore ad un milione di euro.

CAPITOLO IX

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DEL SISTEMA: LINEE DI TENDENZA, CRITICITÀ. LINEE EVOLUTIVE DELL'AUTORITÀ

9.1 L'evoluzione normativa del sistema: linee di tendenza

L'anno di riferimento si è contraddistinto per una attività legislativa caratterizzata da una particolare spinta innovativa e riformatrice del sistema normativo - processuale dei contratti pubblici, a volte anche dovuta ad esigenze di adeguamento della normativa nazionale con quella comunitaria.

Le linee dell'attività legislativa, dettate dalle suddette situazioni contingenti, vanno rinvenute nel perseguimento di un duplice obiettivo da parte del Governo: la velocizzazione e il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti (sono ascrivibili i due provvedimenti concernenti l' "Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici" e "schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo"), e il rafforzamento delle misure volte a protezione della spesa pubblica e, nella fattispecie, azioni di contrasto alla corruzione e alle infiltrazioni mafiose (sono ascrivibili i due provvedimenti concernenti le "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" e il "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia").

**Le linee
dell'attività
legislativa**

In tale ambito si è sviluppato un aperto dibattito che ha coinvolto l'Autorità, chiamata numerose volte in Audizione presso le competenti Commissioni parlamentari, nelle sedi istituzionali e non, in una attività consultiva per esprimere pareri, formulare proposte, favorire la soluzione di specifiche problematiche.

Alcune proposte hanno trovato il giusto recepimento nei disegni di legge, altre volte l'Autorità si è espressa criticamente sugli articolati, proponendo soluzioni alternative.

Nuovi ruoli e nuove funzioni, come di seguito sarà illustrato, vanno delineandosi per l'Autorità in aggiunta agli storici compiti di vigilanza e regolazione.

9.2 Criticità del settore

In tutte le occasioni l'Autorità ha sottolineato come i fattori che gravano pesantemente sul mercato dei contratti pubblici, quasi soffocandolo, siano ascrivibili a due grandi disfunzioni: la iper-regolamentazione del settore degli appalti a monte, la invasività giudiziaria a valle.

La iper-regolamentazione determina un irrigidimento e un'eccessiva burocratizzazione della materia, in un settore – quello dei contratti pubblici – caratterizzato, invero, da un mercato dinamico che richiede, al contrario, strumenti normativi snelli e di agevole applicabilità.

Le disfunzioni del mercato dei contratti pubblici

Un problema al quale l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, proprio in quanto organismo di gestione di regole per il mercato, si è dimostrata sensibile, richiamando su di esso, in più di un'occasione, l'attenzione del Governo e del Parlamento.

Il rischio di una iper-regolamentazione della materia non è in linea, peraltro, con gli obiettivi di semplificazione e razionalizzazione della disciplina in materia di contratti pubblici, perseguiti anche dal legislatore comunitario con l'adozione delle direttive di settore (CE/2004/18 e CE/2004/17), che, oggi, costituiscono l'impianto del Codice dei Contratti pubblici.

I problemi che si pongono, derivano, in questa materia, dalla presenza di una legislazione che assume il respiro e la dimensione di un Codice della materia, doppiato, poi, per buona parte, nelle varie sedi regionali. Questo complesso normativo viene integrato da un intervento regolamentare ancora più massiccio ed invasivo, con una impostazione fortemente analitica, sia pure mossa dall'intento di disciplinare in modo esauriente la

fattispecie per limitare le incertezze interpretative e garantire al meglio le parti in causa.

Subentra, quindi, la preoccupazione di una eccessiva pervasività e burocratizzazione della materia, che, nella specie, va ricordato, è un mercato sfaccettato e dinamico al quale occorrerebbe soltanto fornire linee di scorrimento di agile percorribilità e non disciplina dettagliata ed ostacolante.

Il rimedio a questo rischio di inflazione normativa l’Autorità lo ha rinvenuto nella funzione, nella prassi esercitata, che ha assunto un connotato ulteriore e differente rispetto alla mera vigilanza, la cosiddetta regolazione “interpretativa”. Si è cercato attraverso l’emanazione di determinazioni, una sorta di *soft law*, di consentire il corretto funzionamento del mercato senza ingessarlo, in osservanza non solo della normativa, ma dei principi di buon andamento ed efficienza dell’azione amministrativa, di concorrenza ed economicità.

L’azione dell’Autorità ha portato ad accertare che il mercato degli appalti ha bisogno di regole che costituiscano indicazioni semplificanti dei modi di conformarsi alla disciplina normativa.

Come dettagliatamente illustrato in occasione della Audizione presso la I commissione della Camera dei Deputati sull’ “indagine conoscitiva sulle Autorità amministrative indipendenti”, del 21 aprile 2010, l’Autorità ha spiegato l’importanza di questa esperienza, illustrando il proprio ruolo nel mercato come interlocutore e non come controparte, in quanto indipendente sia dall’articolazione statale, regionale e locale dei poteri pubblici, sia dai centri privati di potere.

Le stazioni appaltanti, nel corso degli anni, hanno maturato un atteggiamento di progressivo adeguamento agli orientamenti espressi dall’Autorità ed, in specie, quando le segnalazioni pervengano in fase non pregiudicata dal fatto compiuto, l’azione dell’Autorità ha contribuito a prevenire comportamenti devianti, ha determinato provvedimenti correttivi, ha evitato iniziative di ricorso al contenzioso che comporta riflessi negativi sull’efficienza e sull’economicità del sistema.

Nel settore si è venuto ad affermare un modello istituzionale, non usuale nelle concrete esperienze dell'ordinamento del nostro Paese, che guarda prevalentemente a regole vincolanti ed a connesse sanzioni, sistema basato, come innanzi si è detto, sul concetto di *moral suasion*.

Parimenti, l'Autorità ha spesso avuto modo di osservare come l'esistenza dell'enorme contenzioso che le procedure di affidamento e di esecuzione delle opere pubbliche sono solite generare, cui si affianca l'ineludibile e pregiudizievole lentezza del sistema giudiziario, gravi pesantemente sul mercato dei contratti pubblici, aumentandone notevolmente i costi, influenzando sui tempi di esecuzione del contratto e, quel che è più rimarchevole, condizionando il modo stesso di essere delle imprese.

È questo un segnale preoccupante dal momento che, come si è affermato in più sedi, lo stesso conformarsi dell'impresa ne viene a soffrire frustrando uno dei principali scopi della concorrenza che è quello di favorire l'innovazione, di industriarsi cioè sull'elemento dell'innovazione si che da esso possa derivare la migliore offerta. Invece, l'approdo al quasi immancabile contenzioso, e specie in quello arbitrale, offre un eventuale salvataggio dall'offerta non congrua.

La sempre più forte domanda di giustizia, come è noto, trova il fondamentale ostacolo nei tempi lunghi della giustizia togata; la semplice constatazione che la vita media delle imprese è più breve della durata dei giudizi, spiega in maniera inequivocabile non solo il cattivo funzionamento del servizio giustizia da parte dello Stato ma addirittura la sua estraneità al funzionamento del sistema economico.

Per di più non può essere sottaciuto, quantomeno in questo settore, il pericolo più grave di questa invasività giudiziaria che è quello della sostituzione del giudice all'amministrazione (il noto brocardo francese recita "Juger l'administration c'est encore administer").

In questo contesto va certamente confermata la funzione giudiziale, ma la suddetta deve offrire una risposta giurisdizionale all'istanza di giustizia mediante una decisione penetrante, conducente allo scopo e – per quanto consentito dalle regole del giudizio – sostanziale, non espropriare

**L'invasività
giudiziaria**

l'Amministrazione delle sue valutazioni e delle sue funzioni, non esautorarla, non invaderla.

Al contrario - come già denunciato dall'Autorità - si assiste, nel settore, ad un'azione giudiziaria che segue passo passo l'azione amministrativa; un'azione che ne doppia il procedimento, che lo interseca, ne rallenta i tempi e ne sconvolge l'andamento.

C'è, quindi, bisogno di una giustizia rapida che consenta alle imprese di poter esigere crediti e pretendere il rispetto dei contratti, senza invadere l'amministrazione.

Tale aspetto, se legato all'eccessiva regolamentazione, il proliferare, a ritmo incalzante, di regole, sia sostanziali che processuali, non di rado dettate dalla necessità di adeguamento al diritto comunitario, ma non sempre correlate ai principi generali che governano il processo, ha determinato quello che da tempo viene definito come un vero e proprio "diritto processuale degli appalti", un settore a sé stante, distinto o distinguibile dal diritto processuale amministrativo tradizionalmente inteso.

È indubbio, infatti, che alcuni istituti seguono nelle controversie relative ai contratti pubblici regole sempre nuove, diverse da quelle vevolevoli per tutte le controversie delle quali conosce il giudice amministrativo. A ciò si aggiunge che per garantire la tutela della concorrenza, elemento caratterizzante del mercato degli appalti, occorrono regole certe e uniformità della loro applicazione.

9.3 I provvedimenti del Governo sulla "velocizzazione e il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti".

Già nella relazione al Parlamento relativa all'anno 2008 e come sarà illustrato nel capitolo seguente, sull'incidenza del contenzioso sul maggior costo delle opere (cfr. capitolo 10.4), si è affermato che i dati dell'Osservatorio mostrano che al crescere dell'importo dell'appalto di lavori aumenta conseguentemente il contenzioso, cosicché, negli appalti di importo elevato si registra un contenzioso ogni due contratti.

**Provvedimenti del
Governo sulle
procedure di
ricorso in materia
di aggiudicazione**

Per quanto riguarda la durata dei lavori, si rileva per tutti gli appalti, un sostanziale ritardo, rispetto ai tempi inizialmente preventivati, di circa l'85%. Questo ritardo risulta essere maggiore dell'11% nei contratti in cui vi si è stato contenzioso.

Inoltre, in presenza di contenzioso, si registra un notevole incremento delle rescissioni contrattuali.

Come detto si avverte, quindi, il bisogno di una giustizia rapida che consenta alle imprese di poter esigere crediti e pretendere il rispetto dei contratti, senza invadere l'amministrazione.

In questo contesto si colloca la direttiva 2007/66/CE del Parlamento e del Consiglio dell'11.12.2007, cd. Direttiva ricorsi.

La suddetta norma comunitaria, è noto, è stata recepita nel sistema normativo italiano per il tramite del dal D.Lgs. 20 marzo 2010, n. 53, recante "Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici".

Successivamente, l'Atto di Governo n. 212 titolato "schema di decreto legislativo recante riordino del processo amministrativo", al fine di effettuare una codificazione della intera materia processualistica, prevede un intero capo relativo al "Rito in materia di procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture" (Libro IV, Titolo V, Capo II) dove trovano posto le recenti disposizioni introdotte nel Codice dei Contratti (D.lgs 163/2006) dal citato D.Lgs. 53/10, prevedendone la conseguente riallocazione previa abrogazione (come disposto dall'articolo 4, comma 1, n. 38 dell'Allegato 4, norme di coordinamento e abrogazioni, dello schema di decreto di riordino).

Sulle medesime disposizioni l'Autorità ha avuto modo di esprimere il proprio avviso nella Audizione informale innanzi alle Commissioni riunite II (Giustizia) e VIII (Ambiente) della Camera dei Deputati dell'11 febbraio 2010, relativamente al primo provvedimento, e il 20 maggio 2010, presso la I Commissione (Affari costituzionali) del Senato, sull'atto di Governo citato.

In quella sede si è concretizzata l'opportunità di segnalare alcune criticità in ordine alle scelte adottate dal legislatore nazionale nel recepimento delle normative comunitarie.

Alla base della tesi dell'Autorità muove il presupposto che la scelta del legislatore, operata *ab origine*, di individuazione dell'organo giudiziario quale organo deputato alla soluzione delle controversie relative alla aggiudicazione degli appalti sia opinabile.

Già nelle premesse della Direttiva cd. Ricorsi emerge come le garanzie di trasparenza e di non discriminazione - che costituiscono l'obiettivo delle disposizioni in materia - dovrebbero essere rafforzate per garantire che la comunità nel suo complesso benefici pienamente degli effetti positivi dovuti alla modernizzazione e alla semplificazione delle norme sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, operate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE.

La direttiva 2007/66/CE, invero, indica quale organo di ricorso non necessariamente il giudice nazionale, bensì un organo indipendente, terzo, dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

E ciò corrisponde al sistema Autorità, nel cui ambito possono collocarsi strumenti di risoluzione extragiudiziale delle controversie dei contratti pubblici e realizzarsi la presenza di un procedimento assistito da garanzie e che si faccia carico della funzionalità dell'Amministrazione pubblica (articolo 97 Cost.).

L'Autorità, conseguentemente, ha rappresentato altre perplessità sulla scelta del legislatore nazionale, sia per quanto riguarda l'opzione di collocare il tema della sorte del contratto nell'ambito delle conseguenze processuali dell'annullamento dell'aggiudicazione, finendo per privilegiare l'aspetto processuale, rispetto a quello sostanziale, di un tema così centrale quale l'efficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, sia per quanto concerne l'affidamento al giudice amministrativo del potere di operare una valutazione di opportunità sulla sorte del contratto e di irrogare le richiamate sanzioni.

Per quanto riguarda il potere sanzionatorio, infatti, la direttiva ricorsi riconosce tale competenza ad un "organo di ricorso indipendente dall'ente

aggiudicatore” e che una simile definizione non comporta univocamente l’identificazione di tale organo in un organo giurisdizionale.

Se a questo dato normativo positivo si aggiungono i forti dubbi in ordine alla compatibilità di questo potere con la funzione giurisdizionale, ecco che assume consistenza l’ipotesi di affidamento di tale funzione ad una autorità indipendente dotata di poteri di vigilanza e controllo sul mercato degli appalti pubblici, nonché di poteri sanzionatori strumentali ai primi, quale l’Autorità.

Sarebbe, dunque, complementare ai richiamati poteri di vigilanza e controllo, volti a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente nonché delle regole della concorrenza (art. 6, comma 5, d.lgs. n. 163/2006), il potere di sanzionare gli enti aggiudicatori che sono stati riconosciuti responsabili della violazione delle disposizioni poste a presidio di tali principi.

Si è evidenziato, pertanto, l’opportunità di rivedere l’attuale assetto che riconosce al giudice amministrativo la giurisdizione sulle sanzioni alternative valutando il ruolo fondamentale che l’Autorità potrebbe svolgere. Ciò perché si ritiene che un siffatto potere sanzionatorio, riconosciuto in un giudizio prevalentemente tra parti potrebbe configurare una aporia sistemica.

Si è ritenuto necessario, invece, al fine di rafforzare la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, proporre di ampliare gli strumenti di intervento a disposizione dell’Autorità, prevedendo, in particolare, il potere di annullare l’aggiudicazione e disporre la privazione di effetti del contratto per le sole ipotesi previste nei due provvedimenti, vale a dire in caso di omessa pubblicazione del bando o dell’avviso di gara, di procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti o di avvenuta stipulazione del contratto senza rispettare il termine dilatorio di trentacinque giorni o senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l’aggiudicazione definitiva.

In via subordinata, sarebbe utile prevedere in favore dell’Autorità la legittimazione ad impugnare, davanti agli organi della giustizia

amministrativa, per i profili di competenza, gli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti non conformi alla normativa nazionale e comunitaria, anche avvalendosi dell'Avvocatura dello Stato.

L'impugnativa, in questione, verrebbe configurata come estrema ratio nelle ipotesi in cui, nonostante le contestazioni mosse dall'Autorità in un procedimento in contraddittorio, i soggetti su cui la stessa esplica il potere di vigilanza, attribuite dall'art. 6 del Codice dei contratti, si rifiutassero di modificare gli atti illegittimi in modo conforme alle osservazioni effettuate dall'Autorità.

La suddetta legittimazione potrebbe essere limitata anche alle sole ipotesi, già previste nei provvedimenti citati in favore del giudice amministrativo vale a dire in caso di omessa pubblicazione del bando o dell'avviso di gara, di procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti o di avvenuta stipulazione del contratto senza rispettare il termine dilatorio di trentacinque giorni o senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva.

I casi indicati si prestano particolarmente ad un intervento dell'Autorità nel senso descritto: premesso che le violazioni delle norme sulla pubblicità e sulle procedure che garantiscono a tutti gli operatori l'accesso al mercato, nel rispetto della par condicio, si riflettono in una lesione del principio di concorrenza e considerato che l'Autorità è istituzionalmente preposta alla tutela del richiamato principio, ne discende che alla stessa dovrebbe essere consentito, per ragioni di efficienza, l'impugnazione delle aggiudicazioni intervenute in presenza delle violazioni citate.

In ordine alla volontà di deflazionare il carico giudiziario, fondamentale è la funzione che l'Autorità ha svolto e continua a svolgere nel ruolo di titolare dello strumento conciliativo del tipo *alternative dispute resolution* (ADR), introdotto sulla base dell'evoluzione della disciplina comunitaria dall'art. 6, comma 7, l. n), del d.lgs. 163/2006, che prevede che l'Autorità, su istanza di una o entrambe le parti, emetta in tempi celeri un

parere che rappresenta una proposta di soluzione, non vincolante per le parti, delle controversie insorte nella fase di scelta del contraente.

Precontenzioso

L'istituto del precontenzioso di cui all'art. 6, comma 7, lett. n.) del D.Lgs. n. 163/2006 è stato ampiamente utilizzato nel corso dell'anno 2009 dagli operatori del mercato degli appalti pubblici, grazie alle sue caratteristiche di strumento agile e flessibile di risoluzione delle controversie insorte nel corso delle procedure di gara, alternativo alla classica lite giudiziaria, che lo rendono particolarmente atto a raggiungere gli obiettivi, ripetutamente evidenziati dalla Commissione europea, di garantire un accesso ai mezzi di ricorso efficaci e rapidi avverso le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché la possibilità di correggere le violazioni riscontrate in una fase in cui le stesse possono ancora essere emendate.

In tale senso lo strumento in esame presenta il duplice vantaggio di deflazionare il contenzioso amministrativo e di contenere i tempi e i costi economici che la domanda di giustizia comporta nel settore degli appalti pubblici, atteso che l'autonoma iniziativa delle parti nel promuovere tale intervento presso l'Autorità consente di ottenere, senza oneri aggiuntivi, una parere autorevole e neutrale attraverso una procedura per la quale non sono richiesti particolari formalismi.

Tuttavia, nel momento in cui il legislatore nazionale ha introdotto l'istituto dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006), previsto come facoltativo dalla direttiva ricorsi, - ai sensi di detta disposizione l'operatore economico intenzionato a presentare ricorso giurisdizionale può inoltrare alla stazione appaltante una comunicazione contenente una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio e la stazione appaltante, nel termine di 20 giorni, adotta, se ritiene opportuno, atti in autotutela o dispone il non luogo a provvedere - non ha attuato il necessario coordinamento con il già presente istituto di cui al citato art. 6, comma 7, l. n.) del d.lgs. n. 163/2006, che disciplina il procedimento precontenzioso di fronte all'Autorità.

Si ha avuto modo di sottolineare, a tal riguardo, il notevole sviluppo che il precontenzioso ha avuto dalla sua istituzione, i rilevanti effetti deflattivi che sono stati ottenuti, l'elevato numero di casi in cui le stazioni appaltanti si sono adeguate, spontaneamente, al parere e il positivo riscontro ottenuto anche in sede giurisdizionale, avendo il giudice amministrativo condiviso nella maggioranza dei giudizi l'orientamento assunto dall'Autorità.

Per tali motivi, si ribadisce la necessità di sanare la mancanza di coordinamento tra la comunicazione dell'intenzione di proporre ricorso e il precontenzioso attraverso l'introduzione di apposita clausola di salvaguardia ("ferma restando la possibilità di richiedere parere all'Autorità ai sensi dell'art. 6, c. 7, l. n").

I due istituti presentano indubbie caratteristiche distintive, in quanto l'informativa appare ascrivibile alla specie dei ricorsi amministrativi in opposizione, in cui i soggetti coinvolti sono solo due (l'operatore economico e la stazione appaltante), mentre l'istanza rivolta a questa Autorità mira ad ottenere un parere attraverso un procedimento che vede coinvolti l'operatore economico e la stazione appaltante, in reciproca posizione di istante e controparte, nonché l'Autorità stessa, quale soggetto *super partes* con potere decisionale sulla questione controversa rimesso al suo massimo organo: il Consiglio dell'Autorità.

Molto più ampi, inoltre, appaiono i margini per presentare istanza di parere all'Autorità, essendo sufficiente anche un "principio di controversia" sulla base di un semplice scambio di corrispondenza tra le parti, rispetto alle condizioni necessarie per l'informativa, che presuppone logicamente l'adozione di un atto immediatamente lesivo.

Tuttavia, la comune finalità di risolvere in sede "precontenziosa" una controversia tra stazione appaltante e operatore economico relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara comporta che, in presenza di atti idonei a ledere immediatamente l'interesse dell'operatore economico concorrente, i due istituti in argomento possano essere parallelamente utilizzati sulla stessa questione.

In tali circostanze, è evidente che il procedimento di precontenzioso avviato dinnanzi alla Autorità per acquisirne il parere continua a svolgere un'autonoma e specifica funzione in quanto, proprio in considerazione della terzietà ed autorevolezza dell'organo da cui il predetto parere proviene, fornisce le più ampie garanzie in ordine alla correttezza dell'iter logico motivazionale da assumere a base della conseguente decisione di intervenire o meno in autotutela, rimessa comunque alla stazione appaltante, riducendo i margini della possibile successiva impugnativa del provvedimento adottato dalla stazione appaltante sulla base del parere medesimo, con effetto deflattivo dell'eventuale contenzioso.

Il richiesto intervento legislativo di coordinamento tra i due istituti, auspicato da questa Autorità, si rende indispensabile per una interpretazione sistematica che, attribuendo un significato utile alle due citate disposizioni, consenta al contempo agli operatori del settore, pubblici e privati, di chiedere utilmente il parere all'Autorità indipendente di settore istituzionalmente deputata a renderlo e a quest'ultima di esercitare la propria funzione istituzionale di regolazione interpretativa in materia di contratti pubblici in tempi tecnici certamente celeri, ma conciliabili con lo svolgimento di un'adeguata istruttoria procedimentale.

A tal fine appare compatibile con il richiamato sistema normativo e con i principi generali dell'ordinamento ritenere che, qualora il parere richiesto a questa Autorità per oggettive esigenze di approfondimento istruttorio non possa essere reso entro i quindici giorni previsti in capo alla stazione appaltante per l'assunzione della decisione sull'accoglimento o il diniego di autotutela, e la stazione appaltante medesima ritenga comunque di attendere che lo stesso venga emanato per tenerne debitamente conto ai fini della decisione da assumere - purché il parere giunga entro il termine previsto per la proposizione del ricorso giurisdizionale - un siffatto comportamento di attesa, pur traducendosi in un silenzio dell'amministrazione che, ai sensi del citato art. 6 del decreto legislativo di recepimento, equivale a diniego, non può tuttavia qualificarsi puramente e semplicemente come "inerzia", essendo stato legittimamente attivato un