

L'estensione
dell'operatività
dell'istituto

Al fine di dare attuazione a quanto previsto dalla norma appena richiamata l'Autorità ha emanato un apposito Regolamento che disciplina nel dettaglio il procedimento di precontenzioso e che è stato oggetto di una profonda revisione sfociata poi nella emanazione di un nuovo Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ex art. 6, co. 7, lett. n) del D.lgs. 163/2006 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Repubblica Italiana del 6 marzo 2014.

Nel corso del 2013, infatti, è stata avviata una riflessione sulla portata e sui limiti dell'istituto che ha tenuto conto, tra l'altro, delle esigenze espresse in più occasioni dagli operatori del settore (tanto gli operatori economici, le associazioni di categoria e gli ordini professionali quanto le stazioni appaltanti); da qui la decisione di delineare un istituto sempre più rispondente alle esigenze di celerità (e dunque di efficacia dell'intervento richiesto) e ampiezza dell'ambito di azione del precontenzioso che investe ora tutta la fase pubblicistica fino alla stipula del contratto.

Secondo il previgente Regolamento, infatti, l'aggiudicazione provvisoria costituiva il confine ultimo oltre il quale l'Autorità non si pronunciava in sede di precontenzioso, rimanendo così sottratta a tale funzione consultiva il segmento temporale che va dall'aggiudicazione definitiva alla stipula del contratto e che è ancora una fase pubblicistica in cui i rapporti tra amministrazione aggiudicatrice e concorrente, divenuto aggiudicatario definitivo, risultano regolati dalle norme di diritto pubblico.

Pertanto, nel tentativo di fornire agli operatori del settore un ausilio anche nella fase che intercorre tra l'aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto, e al fine di consentire all'Autorità di intervenire a sollecitare provvedimenti di autotutela delle SA in tutti i casi in cui in corso di gara si siano verificate illegittimità gravi o siano stati tenuti comportamenti illeciti, è stata introdotta, nel nuovo Regolamento sul precontenzioso, la previsione che consente di presentare istanze anche dopo l'aggiudicazione definitiva.

Basti pensare, solo a titolo esemplificativo, a tutte le questioni attinenti alla verifica dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del D.lgs. 163/2006 (verifica a cui la SA procede a seguito dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva e nei confronti del solo aggiudicatario definitivo)

che secondo la previgente disciplina potevano essere esaminate dall'Autorità solo con riferimento alla fase di ammissione alla procedura di gara e solo rispetto alle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione, e che oggi, a seguito delle modifiche al Regolamento, vengono attratte nell'orbita del parere di precontenzioso.

L'ampliamento dei confini del precontenzioso, pur nel rispetto dello spirito della norma, risulta tanto più opportuno se si considera che la casistica giurisprudenziale dimostra quanto il contenzioso si sviluppi anche in ordine a profili che attengono più propriamente alle valutazioni di merito dei requisiti, scaturite dall'effettiva posizione dell'aggiudicatario risultante in esito agli accertamenti disposti prima della stipula del contratto.

In tal modo viene ad essere effettivamente valorizzata la portata deflattiva del contenzioso propria dell'istituto.

Ulteriore casistica prima sottratta alla competenza del precontenzioso è quella relativa alla forma del contratto di appalto, che rappresenta il confine oltre il quale, per legge, non è possibile spingersi. Anche qui sono ipotizzabili situazioni di conflitto tra SA ed aggiudicatario: la violazione o l'errata interpretazione, infatti, dell'art. 11, co. 13, del Codice, che disciplina la stipula del contratto secondo modalità e forme sancite a pena di nullità, è foriera di contenzioso e merita attenzione ai fini della presente trattazione.

Sempre a ridosso della stipula del contratto, infine, non è escluso che l'amministrazione, disattendendo il contenuto degli atti di gara (segnatamente di quelli del capitolato) o, peggio ancora, i precetti normativi che disciplinano la fase pre-stipula, ponga in essere atti o attività da cui può scaturire un contenzioso con l'aggiudicatario: tipico esempio è la predisposizione di un contratto che non sia fedele alle condizioni tecniche e/o economiche contenute nel capitolato e/o nell'offerta risultata aggiudicataria. Tale comportamento ben può dare origine a contestazioni dell'aggiudicatario immediatamente prima della stipula del contratto. Gli esempi sopra riportati valgono in definitiva a dimostrare che la "zona d'ombra" sottratta finora all'esame dell'Autorità convoglia in sé una moltitudine di criticità, questioni e problematiche riconducibili tutte

**Forma del
contratto**

nell'ambito delle competenze del precontenzioso in quanto attinenti ad una fase della procedura prettamente pubblicistica.

**Attività
conciliative**

Tra le più significative novità introdotte dal nuovo Regolamento, infine, giova fare solo un accenno alla disposizione che disciplina le "attività conciliative" che consente all'Autorità di esprimere parere non vincolante su questioni insorte dopo la stipulazione del contratto, adottando il procedimento disciplinato nel medesimo regolamento.

Tale disposizione costituisce una novità di grande rilievo se si considera che d'ora in avanti il procedimento di precontenzioso, attivato tradizionalmente solo per questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, potrà costituire un valido strumento di deflazione del contenzioso in sede giurisdizionale ordinaria, essendo di competenza del giudice ordinario ogni questione relativa all'esecuzione del contratto.

E' chiaro che la disposizione in parola, che consente all'Autorità di estendere il proprio sindacato oltre la fase prettamente pubblicistica di scelta del contraente privato, non trova copertura normativa nell'art. 6, co. 7, lett. n) del D.lgs 163/2006, ma va ricondotta, in generale, ai poteri di regolazione e di vigilanza dell'Autorità.

Dal tenore delle modifiche al Regolamento appena descritte è plausibile prevedere un significativo aumento del flusso di richieste di parere che pervengono annualmente all'Autorità e che per l'anno 2013 si sono attestate sul numero di 696.

**Dati
quantitativi e
profili di
merito**

Nel corso del 2013 il Consiglio dell'Autorità ha emesso 219 pareri relativi ad appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali, di cui 58 relativi ad istanze presentate da SA, 144 ad istanze presentate da imprese, associazioni o ordini professionali e 18 presentate congiuntamente dalla SA e da uno o più OE.

In 112 casi l'Autorità ha formulato un giudizio di conformità della disciplina di gara e/o dell'operato della stazione appaltante ai principi e alla normativa di settore, mentre in 71 casi, nell'accogliere le doglianze prospettate dagli operatori economici o dalle associazioni di categoria, ha censurato la disciplina di gara predisposta dalla SA o ritenuto illegittimi provvedimenti di esclusione e/o di ammissione oggetto di contestazione;

nei restanti casi l'intervento dell'Autorità è andato nella direzione di indicare, a fronte di dubbi interpretativi mostrati dalle stazioni appaltanti, i comportamenti più opportuni da tenere o i provvedimenti da adottare nel rispetto della discrezionalità amministrativa che permane in capo alle stesse.

Con riferimento alla disciplina di gara, è importante segnalare che le SA non sempre predispongono bandi e disciplinari nel rispetto pieno delle norme di settore, in particolare di quelle aventi efficacia immediatamente precettiva, con la conseguenza che spesso l'intervento dell'Autorità è teso a salvaguardare e garantire proprio la portata eterointegrativa del Codice dei contratti. In altri termini, in sede di esame di istanze tese a segnalare comportamenti non conformi alla normativa di settore, tanto di SA quanto di OE, l'Autorità si trova spesso a dover garantire l'applicazione di norme del Codice che, avendo una efficacia immediatamente precettiva, trovano applicazione a prescindere dal loro espresso richiamo nel bando o nel disciplinare. Il principio quindi che viene affermato in occasione di molte pronunce di precontenzioso è che la *lex specialis* di gara deve essere necessariamente integrata con quelle norme del Codice che non possono non trovare applicazione, nonostante la SA non abbia espressamente richiesto la loro osservanza.

Sotto il profilo del merito, le questioni sottoposte all'attenzione dell'Autorità riguardano principalmente contestazioni circa l'operato della SA in sede di gara, in relazione all'ammissione ovvero all'esclusione di concorrenti, con riferimento al possesso dei requisiti di carattere generale o economico-finanziari e tecnico-organizzativi o alle modalità di presentazione della documentazione amministrativa.

In molti casi si tratta di segnalazioni rivolte ad ottenere una pronuncia dell'Autorità in ordine a clausole dei bandi di gara relative a requisiti di partecipazione, ritenute lesive della concorrenza, sproporzionate e illogiche e perciò limitative del mercato degli appalti. Al riguardo, e in estrema sintesi, è interessante sottolineare come il *modus procedendi* dell'organo di vigilanza sia improntato, in tali casi, alla massima prudenza, nel senso che se da una parte l'Autorità è tenuta a rispettare la discrezionalità tecnica

della stazione appaltante, che è sindacabile solo per manifesta illogicità o irragionevolezza o per evidente sproporzione tra il requisito richiesto e la prestazione da eseguire, dall'altra deve necessariamente assicurarsi che nell'esercizio di tale discrezionalità tecnica la SA non abbia posto in essere scelte arbitrarie che possano aver favorito, con ricadute negative sul principio di concorrenzialità, un determinato concorrente, a scapito di altri parimenti idonei all'aggiudicazione dell'appalto.

Moltissime sono poi le istanze con le quali si contestano i provvedimenti di esclusione disposti anche a seguito del solo esame della documentazione amministrativa prodotta ai fini della partecipazione alla procedura di gara. Quando l'Autorità è chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle cause di esclusione, valuta sempre la questione alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, co. 1 bis, del Codice. Con tale norma, che distingue le cause di esclusione in tre categorie generali, e che è di grande ausilio all'attività di precontenzioso, il legislatore ha voluto sostanzialmente ridurre il potere discrezionale delle SA, tenuto conto delle troppe volte in cui tale potere si è spinto, e continua tuttora a spingersi, fino alla previsione dell'esclusione dalla gara del concorrente che abbia violato prescrizioni meramente formali, la cui osservanza non risponde ad alcun apprezzabile interesse. Se l'art. 46, co. 1 bis del Codice individua le suddette tre categorie generali di legittime cause di esclusione, la determinazione n. 4/2012, adottata ai sensi dell'art. 64, co. 4 bis, del Codice, sviluppa la casistica di tali categorie generali; ne consegue che quando l'Autorità si pronuncia sulla legittimità o meno di una causa di esclusione, essa trova nell'art. 46, co. 1 bis, e nella determinazione citata, le indicazioni necessarie per poter compiere un'istruttoria quanto mai completa ed esaustiva.

Di seguito alcune tematiche affrontate in ambito precontenzioso nel 2013.

9.2.1 Presentazione della cauzione provvisoria

Numerosi sono stati i pareri di precontenzioso nei quali l'Autorità è stata chiamata ad esprimersi circa la legittimità o meno di un provvedimento di

esclusione disposto dalla SA a fronte di una cauzione provvisoria non conforme a quanto richiesto dalla disciplina di gara.

La tematica è stata affrontata sotto diversi profili che vanno, a titolo esemplificativo, dalla presentazione di una cauzione insufficiente rispetto all'importo richiesto, alla mancanza della prescritta autentica notarile della fideiussione, alla produzione di una cauzione di importo dimezzato in assenza della segnalazione e del deposito della certificazione di qualità.

Tematiche
affrontate

Nel merito, l'Autorità ha avuto modo di ribadire con riferimento a casi particolari quanto affermato in termini generali nella determina n. 4/2012 sui bandi tipo; circa la produzione di una cauzione di importo deficitario è da considerarsi doverosa l'esclusione da parte della SA, non potendo in tal caso trovare applicazione il cd. potere di soccorso ex art. 46 del D.lgs. 163/2006, dal momento che non si verserebbe in ipotesi di "incompletezza interna" o "ambiguità" dei documenti, certificati o dichiarazioni prodotte nei termini dai concorrenti; consentire una successiva integrazione dell'importo della cauzione costituirebbe dunque un *vulnus* al principio della *par condicio competitorum*.

Tuttavia, in un caso prospettato da una stazione appaltante, coinvolgente diversi concorrenti che avevano prodotto una cauzione di importo deficitario, si è avuto modo di chiarire (Parere di Precontenzioso n.110 del 19/06/2013) come errori materiali quali un errore di calcolo, quantificabile in poche decine di euro, consistente nell'aver considerato il valore dell'appalto al netto del costo degli oneri per la sicurezza o errore di calcolo della cauzione commesso dalla banca garante a fronte del valore dell'appalto correttamente indicato nella polizza, siano tali da giustificare il legittimo ricorso da parte della SA al cd. soccorso istruttorio consentendo così l'integrazione dell'importo insufficiente.

Con riguardo alla richiesta di autentica notarile della sottoscrizione della fideiussione, l'Autorità, nel ritenere legittima una clausola della *lex specialis* contenente tale previsione, ha ribadito (Parere di Precontenzioso n.102 del 19/06/2013) la necessità di escludere un concorrente che, a fronte di una espressa previsione del bando di gara, abbia omissis di produrre la cauzione provvisoria con sottoscrizione autenticata, purché nel bando tale

adempimento fosse chiaramente richiesto a pena di esclusione. L'autentica notarile della firma apposta dal fideiussore risponde, infatti, all'esigenza di acquisire la piena prova della provenienza della garanzia, impedendo il disconoscimento della sottoscrizione e non può considerarsi un mero requisito formale, né un aggravamento procedimentale.

Uno dei profili relativi alla presentazione della cauzione provvisoria che sono stati frequentemente oggetto di precontenzioso è quello della omessa segnalazione e deposito della certificazione di qualità a fronte della produzione di una cauzione di importo dimezzato ai sensi dell'art. 75, co. 7 del D.lgs. 163/2006. A tal proposito, si è in più occasioni ribadito (es. Parere di Precontenzioso n.76 del 9/05/2013) che la riduzione della cauzione configura sostanzialmente un beneficio che opera indipendentemente da un'espressa previsione della *lex specialis* di gara, la quale neppure potrebbe legittimamente escluderne a priori l'operatività. Tuttavia, occorre che vi sia una manifestazione di volontà espressa ed univoca da parte dell'impresa concorrente di volersi avvalere della riduzione, dichiarazione in mancanza della quale la SA si troverebbe di fronte ad una garanzia di importo ingiustificatamente dimezzato, circostanza che, oggettivamente considerata, integra gli estremi di una legittima causa di esclusione: perciò, trattandosi di un beneficio operante solo in presenza della certificazione di qualità, l'impresa che intenda avvalersene ha l'onere di dimostrare documentalmente, già in fase di offerta, il possesso di tale requisito.

9.2.2 Subappalto

Tra le tematiche più ricorrenti in ambito precontenzioso vi è la disciplina relativa al subappalto esaminata nei suoi diversi profili in numerosi pareri. Uno degli aspetti più significativi riguarda il cosiddetto "subappalto necessario" nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario per l'esecuzione di lavorazioni a qualificazione obbligatoria per le quali il concorrente non sia in possesso delle relative qualificazioni.

Al riguardo, il profilo su cui l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi in sede di precontenzioso (Parere di Precontenzioso n. 70 del 9/05/2013) riguarda la necessità o meno di indicare già in sede di presentazione

dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice fornendo la dimostrazione del possesso, da parte di questa, dei requisiti necessari all'esecuzione delle prestazioni da eseguire in subappalto.

Sul punto l'Autorità, anche richiamando quanto chiarito dalla determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 sui bandi-tipo, ha affermato il proprio orientamento, pur se in contrasto con un diverso orientamento recentemente affermatosi nella giurisprudenza amministrativa.

A fronte della decisione di una stazione appaltante che aveva ritenuto di dover escludere dalla procedura di gara tutti i concorrenti che, privi dell'attestazione SOA nelle categorie scorporabili e a qualificazione obbligatoria, avevano semplicemente dichiarato la volontà di subappaltarne per l'intero le relative opere, senza individuare, già in sede di offerta, le imprese appaltatrici a ciò qualificate e senza allegarne il certificato SOA e le dichiarazioni di cui all'art. 38 del Codice dei Contratti, l'Autorità ha ritenuto la decisione in esame non conforme alla *lex specialis* e alla disciplina normativa vigente in materia di subappalto.

In particolare, infatti, la normativa (art. 118 del Codice dei Contratti) non pone l'obbligo di indicare i nominativi dei subappaltatori in sede di offerta, ma di indicare semplicemente i lavori che intende affidare in subappalto, rinviando alla successiva fase di esecuzione dell'opera il deposito presso la SA del contratto di subappalto e della documentazione concernente il possesso dei requisiti da parte dell'impresa subappaltatrice almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

Una diversa interpretazione, oltre a contrastare con il tenore letterale delle norme richiamate, finirebbe per creare due distinte figure di subappalto, quello "facoltativo" e quello "necessario", con differenti regimi applicativi che non trovano alcun riscontro nell'ordinamento vigente ove, al contrario, è disciplinato allo stesso modo il procedimento di autorizzazione del subappalto, a prescindere dal fatto che lo stesso sia utilizzato dal concorrente per supplire alla mancanza di qualificazione in tutte le categorie di cui si compone l'opera, ovvero dall'affidatario come modalità esecutiva della stessa.

Diversamente opinando si finirebbe per giungere ad una indebita assimilazione tra subappalto e avvalimento che sono istituti differenti e conoscono una differente disciplina

9.2.3 Asta elettronica, previsione di un black out nella fase finale, contrasto con la Direttiva 2004/17/CE e rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 del TFUE

Tra i tanti interventi dell'Autorità in sede di precontenzioso, un cenno a parte merita il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea disposto ai sensi dell'art. 267 del TFUE e avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 56 della Direttiva 2004/17/CE e l'esame di validità dell'art. 292, co. 4, del D.P.R. n. 207 del 2010 (Parere di Precontenzioso n.85 del 22/05/2013).

Il Parere di Precontenzioso n.85 del 22/05/2013 con il quale il Consiglio dell'Autorità ha disposto il suddetto rinvio pregiudiziale, scaturisce da un procedimento di precontenzioso, avviato su istanza di un operatore economico, nell'ambito del quale l'Autorità è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di un'asta elettronica che prevedeva un *black out* di cinque minuti nella fase finale della procedura durante il quale ai concorrenti veniva preclusa la possibilità di visualizzare la propria posizione in classifica. Con riguardo a tale specifica previsione l'istante lamentava la violazione del principio generale di trasparenza e pubblicità che governa lo svolgimento delle gare per l'affidamento di appalti pubblici e in particolare evidenziava un contrasto con quanto stabilito dall'art. 56, 6 comma, della Direttiva 2004/17/CE ai cui sensi *"Nel corso di ogni fase dell'asta elettronica, gli enti aggiudicatori comunicano in tempo reale a tutti gli offerenti almeno le informazioni che consentono loro di conoscere in ogni momento la rispettiva classificazione"*.

La previsione inserita dalla SA nella lettera d'invito, tuttavia, altro non è che la riproduzione di quanto stabilito dal D.P.R. 207/2010 all'art. 92, co. 4 il quale espressamente prevede che, durante la fase dell'ultimo rilancio i concorrenti non possano visualizzare la propria posizione in classifica e le offerte degli altri operatori economici; da qui la richiesta dell'operatore

economico istante di disapplicare quest'ultima norma per contrasto con l'art. 56, sesto comma della Direttiva 2004/17/CE.

Per pronunciare sulla censura sollevata, l'Autorità ha dunque ritenuto necessario sollevare questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.

Ritiene, infatti, l'Autorità che dovrebbe essere privilegiata una interpretazione della Direttiva 2004/17/CE che imponga inderogabilmente alle stazioni appaltanti, per tutto lo svolgimento delle aste elettroniche e dopo ogni rilancio, di rendere conoscibili ai concorrenti le rispettive posizioni in classifica.

Al contrario, la disposizione dell'art. 292, quarto comma, del D.P.R. 207 del 2010, consentendo alle SA di impedire *"durante la fase dell'ultimo rilancio"* che i concorrenti conoscano la propria posizione in classifica, limiterebbe gli obblighi di trasparenza sanciti dalla normativa dell'Unione.

Secondo quanto rappresentato da questa Autorità nella richiamata ordinanza di rimessione, *"la previsione di un black-out di cinque minuti nella fase finale dell'asta elettronica, ossia nella fase solitamente decisiva per l'aggiudicazione dell'appalto al migliore offerente, sembra porsi altresì in contrasto con i principi di trasparenza e parità di trattamento, dai quali discende l'esigenza che vi sia un'effettiva competizione tra i concorrenti, i quali tutti dovrebbero essere messi a conoscenza dell'effettivo valore del contratto attraverso l'osservazione dei comportamenti degli altri concorrenti, ed in particolare degli ultimi rilanci, fino alla conclusione dell'asta elettronica"*.

L'intervento descritto si configura come il primo caso di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte di una Autorità amministrativa indipendente. Con il detto Parere l'Autorità ha evidenziato i caratteri salienti del procedimento di precontenzioso al fine di dimostrare la sua legittimazione quale autorità giurisdizionale nazionale e rafforzare conseguentemente la tesi dell'inquadramento del precontenzioso in materia di appalti nella categoria delle *Alternative Dispute Resolution*.

CAPITOLO X

IL CONTENZIOSO ARBITRALE E LA CONTRATTUALISTICA PUBBLICA

10.1 Premessa

La Camera arbitrale, nella composizione definita con la nomina dell'ottobre del 2010, e con l'arricchimento recente dei due componenti supplenti nominati nell'anno in riferimento, ha operato in sostanziale continuità con l'attività svolta nei precedenti anni nel quadro normativo aggiornato nella relazione annuale 2012 recante, tra l'altro, menzione delle determinazioni di carattere generale adottate in applicazione delle novità normative medio tempore intervenute.

La Camera arbitrale, come opportuna premessa al lavoro concreto svolto nell'anno decorso, non può non evidenziare - per l'intuibile rilevante ricaduta sulla propria attività - l'apparizione nello scenario in cui è chiamata a operare di due fenomenologie di grande portata.

La prima, che attiene al piano ordinamentale, è costituita dalla sostanziale entrata a regime della normativa, tendenzialmente sistematica, volta ad arginare il fenomeno della corruzione, giunto a livelli tali da compromettere lo sviluppo democratico, prima che economico del Paese.

Con la L. 6 novembre 2012 n. 190 (*Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e della illegalità nella pubblica amministrazione*) - entrata in vigore il 28 novembre 2012 - sono state apportate ulteriori rilevanti novità nella disciplina degli arbitrati, segnatamente sul piano procedimentale (art. 1, co. da 18 a 25).

Di alcune novità di palese, immediata, ricaduta sull'attività della Camera arbitrale è opportuno fare, sia pure sintetica, menzione.

In particolare, è stato stabilito che *"ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie è vietata, pena la decadenza, dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti, la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di*

Il rinnovato
quadro
normativo

arbitro unico", (co. 18), norma cui la Camera arbitrale ha dato immediatamente attuazione, con il comunicato n. 38/2012, cancellando i soggetti appartenenti alle predette categorie dall'albo degli aspiranti a far parte dei collegi relativi agli arbitrati amministrati.

E' stato inoltre sostituito il co. 1 dell'art. 241 del Codice, introducendo la previsione di un'autorizzazione motivata dell'organo di governo della p.a. quale condizione legittimante, a pena di nullità, la clausola compromissoria e l'arbitrato.

Importanti modifiche hanno anche riguardato la nomina dell'arbitro di elezione pubblica, da individuarsi - nei casi di controversie fra un privato e una pubblica amministrazione - preferibilmente tra i dirigenti pubblici; è ammesso in via residuale l'affidamento dell'incarico a un soggetto diverso, scelta che comunque deve essere sorretta da adeguata motivazione della p.a. (co. 23). Ulteriore condizione, a pena di nullità della nomina, è la preventiva determinazione del compenso spettante al dirigente pubblico (co. 24).

Viene infine precisato che le nuove disposizioni non trovano applicazione nel caso di arbitrati conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della legge (co. 25).

La Camera arbitrale, proprio in virtù del suo istituzionale ruolo, sia pure in un settore limitato e specifico, di interlocutore immediato di operatori chiamati nella realtà quotidiana a confrontarsi con un quadro normativo complesso ed innovativo, ha ritenuto di dover responsabilmente assumersi un ruolo di prima linea nel dare risposte e soluzioni sollecite in ordine ad una casistica multiforme, che all'evidenza non poteva tollerare le tempistiche procedurali di organismi complessi.

Nella stessa prospettiva, laddove i molteplici dubbi interpretativi suscitati dalla normativa *de qua* si collocavano a un livello di politica interpretativa, la Camera arbitrale ha immediatamente avvertito l'esigenza di investire l'Autorità su questioni coinvolgenti e condizionanti le linee guida operative, in un'ottica di doveroso rispetto istituzionale, orientata anche all'ottenimento di un conforto autorevole delle posizioni assunte.

L'Autorità, acquisito il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato del 24 giugno 2013, ha fornito le note indicazioni con la determinazione n. 6/2013 (in merito alla quale si rinvia alla parte della presente relazione concernente l'attività di regolazione).

La Camera arbitrale ha comunque elaborato, con la deliberazione del 26 settembre 2013, sulla base del medesimo parere AGS, un indirizzo (che ha trovato sostanzialmente conferma nella determinazione sopra citata), al fine di consentire la trattazione delle istanze di nomina del terzo arbitro, rientranti nell'ambito di applicazione della L. 190/2012. Al riguardo, è stato chiarito che laddove la nomina dell'arbitro di parte pubblica non sia intervenuta prima dell'entrata in vigore della novella legislativa (28 novembre 2012), le clausole compromissorie inserite nei contratti sono da ritenersi nulle se non vi sia stata la preventiva autorizzazione motivata dell'organo di governo della p.a. e che il problema di diritto transitorio, in merito ai contratti in corso per i quali non sia stato attivato il giudizio arbitrale prima della suddetta data, tenuto conto dell'immediata applicabilità dello *ius superveniens*, va risolto nel senso di ammettere la possibilità per la p.a. di autorizzare a posteriori le clausole compromissorie sottoscritte dalle parti in sede contrattuale e il ricorso all'arbitrato.

La C.A. ha inoltre approfondito la questione relativa all'applicabilità dell'art.241, co. 1, del D.lgs. 163/2006, modificato dalla L. 190/2012 nei sensi sopra esposti, alle controversie in cui sia parte una società a partecipazione pubblica o controllata o collegata a società a partecipazione pubblica o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici, secondo quanto stabilito al co. 20 dell'art.1 della L. 190/2012. Si è osservato al riguardo che un'interpretazione della disposizione coerente e coordinata con il quadro normativo vigente in materia di appalti pubblici suggerisce di fare riferimento a quei soggetti, pubblici o privati, comunque tenuti al rispetto della disciplina codicistica per la selezione dell'esecutore della prestazione da affidare.

Si fa presente infine che è stato anche affrontato il tema concernente gli onorari spettanti ai consulenti tecnici d'ufficio nominati dalla Camera

arbitrale, in merito al quale sono state fornite indicazioni con il comunicato n. 40/2013, illustrato nei paragrafi successivi.

Nell'anno 2013 la crisi finanziaria economica a livello mondiale ha notoriamente investito pesantemente anche il nostro Paese.

La committenza pubblica, a tutti i livelli, ha subito un massiccio ridimensionamento, che ovviamente si è riflesso con particolare intensità sui contratti pubblici e, quindi, a cascata sul settore del contenzioso arbitrale per alcuni profili coinvolgenti il ruolo affidato dall'ordinamento alla Camera arbitrale.

È, quindi, evidente in presenza di una siffatta realtà che la risorsa finanziaria di competenza dell'Autorità, filtrata negli esclusivi profili formali dalla Camera arbitrale (che come da tradizione ha riposto particolare, diligente impegno nel curare l'adempimento dell'obbligo dell'uno per mille), ha subito una riduzione, che si profila particolarmente drastico in prospettiva (Tab. 2, 3, 4 e 5).

La Camera arbitrale - secondo quella che ormai è una prassi, preliminarmente alla illustrazione del lavoro svolto nello scorso anno, che si caratterizza per l'adozione di deliberazioni su questioni di massima sollecitate da richieste degli operatori a loro volta originate dalla multiforme attività spiegata - ritiene opportuno e doveroso, per la rilevanza della presentazione del documento, insistere nel richiamo - ovviamente per le valutazioni e le determinazioni di competenza - su poche, tra le tante, ma estremamente significative problematiche che attengono al ruolo della stessa Camera arbitrale nonché al suo funzionamento, già evidenziate nella premessa alla precedente relazione.

La prima riflessione - che è di sistema e quindi ovviamente si colloca sul piano delle politiche della Autorità - attiene alla funzione della Camera arbitrale oggi limitata ad un intervento vicario in tema di collegi arbitrali. L'esistenza di un sistema alternativo - che ammette l'arbitrato libero e l'arbitrato amministrato - ha incontestabilmente determinato maggiori oneri per le stazioni appaltanti, inconveniente che - come da tempo diligentemente rappresentato - potrebbe essere agevolmente eliminato attraverso l'unicità del modello dell'arbitrato amministrato.

Un richiamo di attenzione si rende poi necessario sul problema della sottrazione delle parti al pagamento del contributo a favore dell'Autorità che si è affacciato notoriamente alla ribalta in tempi recenti, problema che evidenzia la necessità di una revisione – tenuto conto delle difficoltà non solo sul piano operativo derivanti dal quadro attuale di riferimento – della normativa vigente in tema di versamento dell'uno per mille del valore dei lodi depositati, finalizzata a garantire l'acquisizione di risorsa finanziaria di cui è superfluo sottolineare la rilevanza per l'attività dell'Autorità.

Sul piano ordinamentale va ricordata l'iniziativa propositiva già menzionata nella relazione del 2012, volta a sollecitare la definizione di un quadro aggiornato ed organico della disciplina –nel presente collocata in atti scollegati di varia natura e valore –delle regole organizzative e funzionali concernenti la Camera arbitrale.

Sempre su tale piano piace ricordare che l'auspicio formulato nelle precedenti relazioni della Camera arbitrale – finalizzato ad acquisire una sia pure minima conoscenza dell'area degli arbitrati liberi, attualmente ignota nei profili significativi per la rilevazione del fenomeno – ha trovato una prima significativa risposta da parte dell'Autorità con la determinazione adottata nell'anno di riferimento con la quale, dandosi attuazione al disposto dell'art. 242, co. 5 del DLgs. n. 163/2006, sono state fissate le modalità procedurali per l'esercizio dei poteri istruttori da parte degli uffici di supporto della Camera arbitrale.

10.2 I dati relativi agli arbitrati amministrati e all'attività della Camera arbitrale

Dalle tabelle che seguono è possibile trarre un quadro d'insieme del contenzioso che si è svolto presso la Camera arbitrale nel corso del 2013, tenuto anche conto dei giudizi non esauriti nei precedenti anni.

Si ritiene opportuno precisare che i dati relativi ai procedimenti arbitrali c.d. "amministrati", riportati nelle tabelle e nel prosieguo del capitolo, hanno carattere di certezza, non essendo in alcun modo condizionati, a differenza di quelli relativi agli arbitrati c.d. "liberi", da carenza di comunicazione ad opera delle parti dei relativi giudizi.

Tab. 1 Arbitrati amministrati in corso nel 2013 (dopo la costituzione dei collegi arbitrali)

A	Arbitrati attivati nei precedenti esercizi e non definiti al 31.12.2013	42
	Procedimenti attivati nel 2013 provenienti da anni precedenti	13
	Procedimenti attivati nel 2013 e provenienti dallo stesso anno (di cui 2 conclusi)	10
	Totale A	65
B	Lodi adottati nel 2013	26
	Conciliazioni	0
	Altri provvedimenti (rinuncia, cessata materia del contendere)	4
	Totale B	30
(A-B)	Arbitrati in corso al 31.12.2013 dopo la costituzione del collegio	35

Tab. 2 Domande di arbitrato pervenute nel 2013

Domande di arbitrato	34
di cui:	
Procedimenti ritirati, legge 190/2012 o abbandonati	16
Procedimenti attivati	10
Procedimenti sospesi per mancato versamento dell'acconto	8

L'andamento del contenzioso arbitrale nell'anno 2013 - quale si evince dalle tabelle che precedono - conferma l'andamento discontinuo che da anni caratterizza i procedimenti arbitrali iscritti presso la Camera arbitrale.

Ciò si desume sia dal numero delle domande di arbitrato con istanza di nomina di terzo arbitro pervenute alla Camera (n. 34 nel 2013, n. 46 nel 2012, n. 48 nel 2011, n. 47 nel 2010, n. 54 nel 2009, n. 89 nel 2008, n. 53 nel 2007 e n. 51 nel 2006), sia dalle determinazioni del deposito in acconto e dai