



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

AUDIZIONE

**PRESSO LA COMMISSIONE II E VIII DELLA CAMERA DEI DEPUTATI
DELL'AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI SERVIZI
E FORNITURE**

SU

ATTO DI GOVERNO N.167 recante «Attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti»

11 febbraio 2010



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

Roma, 11 febbraio 2010

AUDIZIONE

PRESSO LA COMMISSIONE II E VIII DELLA CAMERA DEI DEPUTATI DELL'AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI SERVIZI E FORNITURE

SU

ATTO DI GOVERNO N.167 recante «Attuazione della direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti»

1. L'Autorità ha avuto, spesso, modo di osservare 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, la invasività giudiziaria che spesso produce effetti ritardanti in ordine all'azione amministrativa.

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. 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, peraltro, non è in linea 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).

La funzione che l'Autorità ha nella prassi esercitato e che ha assunto un connotato ulteriore e differente rispetto alla mera vigilanza è la cosiddetta regolazione "interpretativa", attraverso l'emanazione di determinazioni: una sorta di *soft law* al fine di consentire il corretto funzionamento del mercato senza ingessarlo.

Questa presenza attiva nelle concrete vicende di gestione dei contratti pubblici ha portato l'Autorità ad articolare l'azione di vigilanza in interventi di regolazione, 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. Questa esigenza di regole risulta chiara dalla risposta che il mercato degli appalti ha dato alla istituzione dell'Autorità: appena raggiunto un iniziale tasso di visibilità, sono pervenuti all'Autorità numerosi esposti, segnalazioni e richieste di avvisi provenienti da soggetti pubblici, privati, imprese di piccole e grandi dimensioni.

2. 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.

E' questo un segnale preoccupante dal momento che, come si è accennato, 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 sì 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 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 administrer") e di cui potrebbe essere esempio, se non rettammente inteso, l'articolo 254 - bis, come 3 del decreto legislativo n.163 del 2006, come modificato dall'articolo 10 dello schema di decreto legislativo in esame, nella parte in cui affida al giudice amministrativo di decidere se disporre o meno la privazione degli effetti del contratto sulla base di un "bilanciamento degli interessi coinvolti", assolvendo, così, ad una funzione tipicamente amministrativa.

C'è, quindi, bisogno di una giustizia rapida che consenta alle aziende 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.

E' indubbio, infatti, che alcuni istituti seguono nelle controversie relative ai contratti pubblici regole sempre nuove, diverse da quelle vevoli per tutte le altre controversie delle quali conosce il giudice amministrativo. A ciò si aggiunge l'esigenza di tutela della concorrenza che anche caratterizza il mercato degli appalti.

I dati dell'Osservatorio dei contratti pubblici mostrano che al crescere dell'importo dell'appalto di lavori aumenta il contenzioso, con un'incidenza sul numero totale dei contratti aggiudicati e conclusi entro il 2008 è di circa il 2% negli appalti di importo compreso tra € 150.000 e € 500.000 sino ad arrivare al 46% negli appalti di importo superiore a € 15.000.000.

In altre parole, negli appalti di importo elevato si registra un contenzioso ogni due contratti.

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.

3. Nasce da qui l'esigenza di intervenire su due fronti: il miglioramento di efficienza del sistema giudiziario e, soprattutto, la ricerca di canali alternativi o ausiliari che possano aiutare il primo a non soccombere sotto il peso dei grandi numeri.

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

Al riguardo già nelle premesse emerge come le garanzie di trasparenza e di non discriminazione - che costituiscono l'obiettivo delle direttive 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'attuazione della nuova Direttiva ricorsi è stata disposta dalla legge 7 luglio 2009, n. 88 "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008". E, invero, la legge delega non sembra andare nella direzione

innanzi auspicata.

4. Con riferimento alla fase precedente la stipula del contratto, pertanto, la legge di recepimento predilige una procedura di tipo giurisdizionale ideando una nuova procedura di giudizio amministrativo *ad hoc*.

D'altro canto, punto centrale dell'articolato risulta quello di assicurare proprio la certezza dei contratti e, dunque, posticipare la stipula degli stessi ove possibile ad una fase successiva, dopo aver esaminato e risolto le problematiche inerenti l'aggiudicazione.

Sul punto si ricorda l'esperienza dell'Autorità sullo strumento del precontenzioso di cui all'art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006; che ha trovato nel corso di questi ultimi anni 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.

Alla luce dell'esperienza maturata dalla data di avvio nel 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 al fine di semplificare e rendere conoscibile alla parti le procedure.

Si segnala un incremento delle istanze di parere, fenomeno al quale ha contribuito il riconosciuto carattere di competenza e terzietà che ha determinato spesso che le Stazioni appaltanti e le parti in generale si adeguassero spontaneamente alle decisioni dell'Autorità conformandosi con quanto statuito, in una funzione di moral suasion tipica delle democrazie partecipative.

Infine, i ristretti tempi in cui l'Autorità opera e perviene al risultato non può che richiamare

i tre aspetti classici dell'azione amministrativa di cui al principio costituzionale sopra citato: l'efficienza, l'efficacia e l'economicità in correlazione con lo stato della sufficiente dotazione organica, della adeguata professionalità e della necessaria razionalità e semplicità dell'organizzazione degli uffici, nonché, si può aggiungere, con l'attuata semplificazione e pubblicità delle procedure.

Si richiama l'attenzione sul fatto che il percorso per arrivare alla realizzazione dell'opera pubblica è uno degli esempi più eclatanti di "costo ordinamentale" della partecipazione ai vari livelli dei portatori di interessi coinvolti.

Infatti, l'esigenza di tenere conto di tutti gli interessi toccati dalla realizzazione dell'opera pubblica (intesa anche come coinvolgimento dei vari livelli di governo in un ordinamento a policentrismo esteso) molto spesso finisce per rendere impossibile (o, comunque, particolarmente difficoltosa) la realizzazione stessa, anche per la connessa lievitazione del contenzioso che tale partecipazione estesa comporta.

A questo punto la fase amministrativa di possibile definizione della controversia assume pertanto una valenza, pre-giudiziale, sia nel senso che anticipa la fase giudiziale, cercando di evitarla, sia nel senso che la condiziona (c.d. giurisdizione condizionata), in quanto certamente la istruttoria non giurisdizionale entrerà a fare parte, almeno documentalmente, come avviene di regola nel processo amministrativo, del processo giurisdizionale successivo.

In questa fase si vuole maggiormente rappresentare che proprio la Direttiva che si recepisce (al considerato n.11) sancisce che "occorre che il ricorrente disponga di un termine minimo **ragionevole** per adire l'organo responsabile delle procedure di ricorso prima della conclusione del contratto nel caso in cui intenda contestare la risposta o la mancata risposta dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore".

5. L'articolo 7 dello schema di decreto, rubricato "*Informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale*", introduce una sorta di procedimento precontenzioso che l'operatore economico intenzionato a presentare ricorso giurisdizionale dovrebbe avviare presso la stazione appaltante con una comunicazione contenente una sintetica e sommaria indicazione dei presunti vizi di illegittimità e dei motivi di ricorso che si intendono articolare in giudizio.

La stazione appaltante, nel termine di 20 giorni, adotta, se ritiene opportuno, atti in

autotutela o dispone il non luogo a provvedere, informando l'operatore economico. La notifica dell'intenzione di proporre ricorso è facoltativa, non sospende il termine di 30 gg per l'impugnazione del provvedimento lesivo e viene valutata solo ai fini della condanna al pagamento delle spese processuali e del risarcimento del danno.

Pur non entrando nel merito del presente istituto che, previsto come facoltativo dalla direttiva, il legislatore della delega ha deciso di introdurre, si evidenzia una chiara mancanza di coordinamento tra la nuova disciplina e quanto previsto all'art. 6, c. 7, I. n) del codice, che ha introdotto il procedimento precontenzioso di fronte all'Autorità.

Anzitutto sarebbe opportuno che il termine per adire l'Amministrazione o l'Autorità sia ampliato in ragione di ricercare la possibilità affinché i due destinatari del ricorso abbiano il naturale tempo per adottare i provvedimenti di competenza: autotutela o parere di precontenzioso.

In particolare l'articolo 10 che introduce il nuovo art. 245 ter all'interno del D.Lgs. n. 163/2006 in recepimento di quanto contenuto nella direttiva, al comma secondo specifica che "La domanda di annullamento del provvedimento di aggiudicazione si intende sempre comprensiva della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto, nonché della domanda di privazione di effetti del contratto, ove nel frattempo stipulato, anche in difetto di espressa indicazione". La privazione degli effetti del contratto stipulato viene limitata dal successivo comma quarto alle ipotesi già indicate dalla direttiva. In questi termini si può ritenere che il nuovo testo di legge in corso di applicazione recepisca pienamente le indicazioni del legislatore comunitario. Come messo in rilievo dal parere del Consiglio di Stato (Commissione Speciale del 25 gennaio 2010), in coerenza con la scelta fatta nella delega (art. 44 l. n. 88/2009) la privazione degli effetti del contratto viene resa possibile in relazione ad ogni tipo di vizio dell'aggiudicazione e non solo per i vizi più gravi per i quali la direttiva impone agli Stati membri tale rimedio in via obbligatoria. Gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione, peraltro, sono rimessi al giudice ed i presupposti variano in funzione della tipologia e della varietà del vizio dell'aggiudicazione.

La nuova disposizione, tuttavia, non supera le criticità del comma 8 dell'art. 20 del decreto legge 29 novembre 2008 n.185, convertito con legge 28 gennaio 2009 n.2, relativo ai progetti facenti parte del quadro strategico nazionale. Si rileva, infatti, che l'art. 14 dello schema di decreto, rubricato "Abrogazioni di norme di coordinamento e norme transitorie" non prevede l'abrogazione del summenzionato comma 8, per le opere di cui all'art. 20 del D.L. 185/2008 per le

quali sia stato nominato il commissario alla data di entrata in vigore di detto schema, il cui contenuto è in aperto contrasto non solo con indicazioni di principio ricavabili dalla direttiva, ma con la normativa nazionale di riferimento (art. 9 e 10 schema decreto delegato).

Con riferimento allo *standstill period*, va rilevato che in linea con le osservazioni già espresse da questa Autorità, lo schema di decreto delegato ha invece previsto espressamente l'abrogazione del successivo comma 8 bis dell'art. 20 del decreto legge 29 novembre 2008 n.185. Come a suo tempo messo in evidenza in sede di analisi di tale decreto legge, il recepimento dei principi espressi nella direttiva ha comportato previsioni normative incompatibili con il comma 8 bis dell'art. 20 del decreto legge 29 novembre 2008 n.185, successivamente convertito in legge.

In merito alla disposizione all'esecuzione del contratto sotto riserva di legge, lo schema di decreto prevede, correttamente, che anche l'esecuzione di urgenza prevista al comma 9 dell'articolo 11, non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10 e durante il periodo di sospensione automatica del termine per la stipulazione del contratto conseguente alla proposizione del ricorso.

La norma tuttavia prevede due deroghe al divieto di esecuzione anticipata. La prima, pienamente coerente con le espresse previsioni della direttiva, riguarda il caso "in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara". La seconda deroga, invece, concerne "i casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare".

Così come ha rilevato il Consiglio di Stato la formula, oltre a risultare eccessivamente generica, perché basata sul concetto elastico di danno grave al pubblico interesse, non risulta in linea con la disciplina comunitaria, che indica con chiarezza le tassative ed eccezionali situazioni in cui può derogarsi alla regola del termine dilatorio.

La questione risulta rilevante e da analizzare attentamente in relazione alla frequenza con cui le stazioni appaltanti ricorrono all'esecuzione dei contratti sotto riserva di legge.

Infatti, dai dati dell'Osservatorio risulta che nel periodo 2004-2008 le stazioni appaltanti hanno proceduto all'esecuzione anticipata dei contratti nel 22% dei casi (14.560 esecuzioni anticipate su 66.470 contratti di lavori). La frequenza del ricorso all'esecuzione anticipata del contratto, dimostrata dai dati appena accennati, evidenzia la reale necessità delle Stazioni Appaltanti di utilizzare tale strumento, pur assoggettandosi le stesse ai rischi connessi

all'eventuale mancata stipula del contratto.

6. Venendo alla fase successiva la stipula del contratto, si osserva che per quanto riguarda l'accordo bonario, l'Autorità, già con atto di determinazione n. 5/2007, aveva rilevato alcune criticità nell'utilizzo dello strumento in questione nella soluzione delle controversie in sede di esecuzione del contratto. In particolare, l'analisi degli accordi bonari pervenuti in adempimento allo specifico comunicato del Presidente dell'Autorità in data 04/06/2001, ha evidenziato alcune questioni di carattere generale riguardanti l'applicazione del procedimento. Le criticità ricorrenti rilevate sono le seguenti:

1. l'ammontare di quanto riconosciuto in sede di accordo bonario è notevolmente inferiore alle pretese iscritte a riserva (ed inferiore, altresì, alla soglia de 10% dell'importo contrattuale);
2. il ricorrere, da parte di alcune imprese, sistematicamente a tale procedura avanzando sempre le medesime riserve (essenzialmente carenza progettuale, sorpresa geologica, andamento anomalo del cantiere);
3. l'elevata percentuale del ribasso generalmente offerto in sede di gara.

La circostanza di cui al punto 1 appare significativa della pretestuosità delle richieste iniziali, rivelatesi poi esorbitanti in sede di definizione dell'accordo; la sopravvalutazione economica delle riserve, stimando artificiosamente il valore della controversia quale maggiore del 10% di quello contrattuale, ha consentito di attivare la procedura di accordo bonario.

L'importo degli accordi, acquisiti dall'Autorità nel periodo 1999-2004, varia, infatti, da un decimo ad un terzo dell'iniziale richiesta formulata dall'impresa nella quasi totalità dei casi; solo una esigua percentuale di accordi bonari (16 su 649) si è conclusa con il riconoscimento all'impresa di una somma prossima a quella inizialmente richiesta (80%-100% dell'importo richiesto).

Tali risultati evidenziano una contraddittorietà con le disposizioni del DPR 554/99, richiamate anche nel D.Lgs. 163/2006, circa la necessità di valutare - ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell'importo contrattuale e, quindi, dell'attivazione del procedimento - la non manifesta infondatezza delle riserve.

In sostanza, si registra un'applicazione distorta dell'accordo bonario, che, pur essendo, nelle previsioni del legislatore, istituto di carattere eccezionale destinato a risolvere situazioni di particolare criticità, viene spesso strumentalmente utilizzato dalle imprese per pervenire, in tempi brevi, al riconoscimento di determinate richieste economiche.

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

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

Sul secondo punto sembra, invece, emergere una specializzazione di alcune imprese nel contestare sistematicamente le scelte progettuali e/o le attività poste in essere dalla Direzione Lavori, al fine di ottenere un riconoscimento economico.

Al riguardo si osserva come il riconoscimento, da parte del Responsabile del Procedimento, della fondatezza di richieste legate a presunte carenze del progetto, sia per effetto di circostanze imprevedibili che per errori o omissioni nella redazione dello stesso, comporti la necessità di richiedere alle competenti figure istituzionali (progettista e direttore dei lavori) la redazione di una perizia di variante, essendo questa – e non l'accordo bonario – lo strumento normativo previsto in tale eventualità (art. 132 del D.lgs. 163/2006).

Nel caso, poi, in cui le esigenze di apportare modifiche ed integrazioni al progetto siano riconducibili ad errore progettuale ed eccedano il quinto dell'importo contrattuale, la stazione appaltante, secondo quanto disposto dal comma 4 del citato art. 132, è legittimata a risolvere il contratto.

In relazione al terzo punto emerge, poi, una stretta relazione tra il ricorso all'accordo bonario ed il forte ribasso (in genere superiore al 20%) offerto in sede di gara. L'accordo bonario appare, pertanto, strumentalmente utilizzato dall'impresa per correggere la formulazione di offerte non

pienamente ponderate in sede di appalto o, comunque, recuperare parte del ribasso offerto.

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

In definitiva dalle informazioni acquisite dall'Autorità è emerso chiaramente un uso improprio del procedimento, che dovrebbe essere finalizzato a risolvere eccezionali situazioni di criticità, per le quali il rinvio della trattazione delle riserve potrebbe determinare seri problemi per il prosieguo dei lavori, stante la rilevante incidenza economica dei maggiori oneri per l'impresa.

Invece, il procedimento:

- appare spesso attivato sulla base di richieste pretestuose
- viene spesso utilizzato per il riconoscimento di ulteriori e maggiori lavori, che dovrebbero essere contemplati in una variante in corso d'opera;
- sembra a volte prestarsi strumentalmente al perseguimento, da parte dell'impresa, di maggiori compensi per oneri già presenti in sede di formulazione dell'offerta

7. L'obbligatorietà di un mediatore unico negli appalti di importo inferiore a 10 milioni di euro (come da modifica proposta del comma 15 dell'art.240) , e soprattutto nel caso di importi più modesti, introduce di fatto un ulteriore onere economico per le parti, potendosi, all'attualità, risolvere l'accordo bonario in molti casi più semplici con la sola proposta del responsabile del procedimento, senza oneri economici.

La obbligatorietà del mediatore unico non appare, pertanto, opportuna nel caso di appalti di importo modesto; presumibilmente, con senso di misura e a titolo esemplificativo, occorrerebbe rimettere esclusivamente al responsabile del procedimento la formulazione della proposta nel caso di appalti di importo inferiore ad 1 milione di euro e lasciare la "possibilità" (non obbligo) di ricorrere al mediatore unico nel caso di appalti tra 1 milione di euro e 10 milioni di euro.

La previsione legislativa appare, invece, appropriata nel caso di appalti di importo superiore a

10 milioni di euro, nei quali non venga promossa la costituzione della Commissione.

8. Appare, poi, poco condivisibile l'esenzione, senza ulteriori precisazioni, da responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei Conti in materia di contabilità pubblica.

Al riguardo, si evidenzia come l'Autorità, con la citata determinazione n.5/2007, abbia affermato che "ove vengano accertati profili di danno per il pubblico erario in relazione ad una distorta applicazione dell'istituto dell'accordo bonario, l'Autorità procederà a segnalare lo specifico caso alla competente Procura della Corte dei Conti per i provvedimenti di competenza".

Tra i casi di distorta applicazione, ha evidenziato:

- l'attivazione sulla base di richieste pretestuose;
- l'utilizzazione per il riconoscimento di ulteriori e maggiori lavori, che dovrebbero essere contemplati in una variante in corso d'opera;
- l'utilizzazione strumentalmente al perseguimento, da parte dell'impresa, di maggiori compensi per oneri già presenti in sede di formulazione dell'offerta.

Deve, poi, precisarsi come l'accordo bonario non possa coprire eventuali responsabilità dei soggetti che hanno partecipato alla realizzazione degli interventi in relazione alle circostanze che hanno determinato le riserve dell'appaltatore.

Restano, quindi, ferme le responsabilità dei progettisti, del direttore dei lavori, del responsabile del procedimento sia in relazione alle rispettive competenze nell'esecuzione dell'intervento, sia in relazione all'esigenza di fornire informazioni e controdeduzioni in merito alle richieste dell'appaltatore, tali da evitare un uso distorto dell'accordo bonario e consentire un'adeguata difesa della committenza pubblica.

9. La proposta di provvedimento rimette alla competenza dell'Autorità la nomina del terzo componente-Presidente della Commissione o del mediatore unico, assegnando a questa un compito di rilevante importanza.

La nomina, secondo il provvedimento, dovrà essere effettuata con riferimento a determinate categorie di soggetti.

Al riguardo, non appaiono condivisibili i criteri di individuazione delle categorie di soggetti.

E' prevista, infatti, la scelta tra magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio Superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti pubblici di prima fascia, ovvero tra avvocati in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contendere.

La limitazione presenta evidenti incongruenze.

In primo luogo si osserva che i componenti del Consiglio Superiore interni all'amministrazione ministeriale sono dirigenti di seconda fascia (ad eccezione del Presidente e dei Presidenti di Sezione): non è, pertanto, chiaro perché, rispetto a questi, dovrebbero essere discriminati altri dirigenti pubblici di seconda fascia di comprovata esperienza tecnica - professionale nel settore.

Inoltre, le questioni trattate in sede di accordo bonario hanno spesso carattere prevalentemente tecnico, per cui appare del tutto incongrua limitare la possibilità di nomina, con riferimento a soggetti esterni alla pubblica amministrazione, ai soli avvocati, che, tra l'altro, in questi casi dovrebbero ricorrere al supporto di un perito tecnico.

10. Venendo all'esame dell'articolo 6 relativo alle disposizioni razionalizzatrici dell'arbitrato sia esso amministrato che libero, si ritiene opportuno prendere le mosse dall'esame dei dati in possesso dell'Autorità.

Per quanto rileva l'anno 2008, dalla loro lettura si evince che i lodi adottati in esito a procedure amministrative sono stati 26, mentre i lodi depositati in esito ad arbitrati liberi sono stati 158.

L'Autorità ha rilevato, inoltre, che le controversie di maggior valore sono state nella gran parte dei casi decise da collegi arbitrali "liberi" anziché in arbitrati amministrati.

Il valore delle controversie degli arbitrati amministrati varia da un minimo di € 42.311,62 ad un massimo di € 35.311.105,66, per un valore medio delle controversie pari a € 3.718.327,25; negli arbitrati "liberi", invece, il valore della controversia varia da un minimo di € 22.423,27 ad un massimo di € 360.000.000,00, per un valore medio delle controversie pari a € 13.680.697,36.

Per quanto riguarda la soccombenza, in entrambi i tipi di arbitrato l'Amministrazione Pubblica è risultata perdente (totalmente o parzialmente) nella quasi totalità dei casi; infatti,

un'indagine condotta dall'Autorità ha evidenziato che la stazione appaltante è risultata soccombente nell'83% dei casi mentre l'impresa è risultata soccombente nel 2% dei casi.

Infine, per quanto riguarda la durata dei procedimenti, quelli amministrati hanno avuto una durata media di circa 289,65 giorni, mentre quelli liberi hanno avuto una durata media di circa 546,79 giorni.

I dati elaborati dall'Autorità nel corso degli anni hanno mostrato un maggior costo complessivo delle opere pari al 30%, come conseguenza del contenzioso.

Le spese relative al compenso spettante agli arbitri hanno inoltre evidenziato un onere per la P.A. valutata in 2 milioni di euro per gli arbitrati amministrati; per quelli liberi, riferiti solo a 98 arbitrati su 158, l'onere è risultato pari a circa 17 milioni di euro.

Posto che la scelta per l'arbitrato libero passa per l'accordo della stazione appaltante sul nominativo del terzo arbitro, occorre rilevare come la percentuale di soccombenza della Pubblica Amministrazione, elevata in entrambi i casi, è, comunque, in qualche misura minore negli arbitrati amministrati e che la durata degli arbitrati amministrati è stata in media, sia nel 2007 che nel 2008, minore di quella degli arbitrati liberi (addirittura, nel 2008 i secondi hanno avuto una durata media pari al doppio di quella dei primi).

Per quanto riguarda l'anno concluso, il 2009, i lodi adottati ammontano a 175: in esito a procedure amministrative sono stati 39, mentre i lodi depositati in esito ad arbitrati liberi sono stati 136.

Da una analisi compiuta su un campione di 60 procedure arbitrali concluse nel medesimo anno l'Autorità ha rilevato, che le controversie di maggior valore sono state nella gran parte dei casi decise da collegi arbitrali "liberi" anziché in arbitrati amministrati.

L'entità delle singole controversie è oscillata da un minimo di € 77.000,00 ad un massimo di € 10.000.000,00 negli arbitrati amministrati, mentre negli arbitrati liberi è oscillata da un minimo di € 25.422,00 ad un massimo di € 280.000.000,00

Per quanto riguarda la soccombenza, la percentuale di soccombenza delle SS.AA. per le spese di funzionamento del collegio è risultata del 66,67% e l'entità della condanna nel merito delle Stazioni appaltanti, esclusi i compensi agli arbitri, le spese legali, CTU e generali ammonta ad € 111.655.319,00.

Sempre da questo campione emerge che la percentuale media della condanna nel merito delle SS.AA. è risultata pari al 31,88% così determinando l'entità della condanna generale delle SS.AA. ad € 115.407.675,00

Infine, per quanto riguarda la durata dei procedimenti è stata in media di 473 giorni.

Le spese relative al compenso spettante agli arbitri, sul campione in analisi, ha evidenziato un onere pari ad € 2.786.494,00.

Sui compensi degli arbitri questa Autorità ha suggerito di promuovere una riduzione della spesa mediante riconduzione di tutte le procedure sotto l'egida della Camera arbitrale per i contratti pubblici. Ciò avrebbe consentito di ridurre gli eccessi di talune autoliquidazioni, con l'eventuale ausilio della determinazione di nuove tariffe più moderate ed articolate in modo di limitare eccessi di discrezionalità nelle liquidazioni.

11. L'analisi da parte dell'Autorità dei dati fin qui illustrati è possibile in ragione della sussistenza, a vigente normativa, dell'obbligo del deposito presso la Camera arbitrale del lodo, sia per gli arbitrati amministrati che liberi.

Ciò induce l'Autorità a ribadire – manifestando in tal modo avviso contrario a quello espresso dal Consiglio di Stato nel proprio parere n. 00368/2010 - la necessità della norma che prevede che: il lodo si ha pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la camera arbitrale per i contratti pubblici.

Al riguardo si ritiene che una tale disciplina sia da apprezzare e non costituisca una cesura rispetto alla disciplina generale dell'art. 824 bis c.p.c. tale da porre in dubbio la natura "giurisdizionale" del lodo pronunciato in materia di contratti pubblici.

La natura pubblica di una delle parti, l'importanza economica e sociale spesso rivestita dai lodi, nonché esigenze di tipo conoscitivo del fenomeno arbitrale sul territorio nazionale, già perseguite con l'istituzione stessa della Camera Arbitrale, fanno sì che la scelta del legislatore sia pienamente condivisibile.

Il deposito presso la camera arbitrale, peraltro, assicura alle parti una migliore conoscibilità e facilità nel computo dei termini.

Con riferimento alla discrasia, rilevata dal Consiglio di Stato, tra l'efficacia del lodo e il termine lungo per impugnarlo, si suggerisce, infine, che il comma 1, I. m) dell'art. 6 venga sostituito in tal modo: "16. L'impugnazione per nullità è proposta nel termine di trenta giorni dalla

notificazione del lodo e non è più proponibile dopo il decorso di centoventi giorni dalla data di deposito presso la camera arbitrale".

12. Infine, sia consentito ricordare che, nei mesi precedenti il recepimento della direttiva, l'Autorità ebbe modo di rappresentare il proprio punto di vista in questa materia, auspicando che il Legislatore facesse tesoro della descritta positiva esperienza dell'Autorità in materia di contratti pubblici, con particolare riferimento ai due esaminati strumenti di rapida definizione in sede stragiudiziale del contenzioso, vale a dire il cd. precontenzioso e il giudizio arbitrale.

Si chiedeva, infatti, una riflessione sull'opportunità di razionalizzare e rafforzare il "doppio binario" – giudiziario e stragiudiziale – di cui oggi disponiamo, rendendo più completo e solido il secondo e stabilendo, ove necessario, delle nuove norme di coordinamento fra i due.

In particolare, le proposte in più sedi avanzate dall'Autorità riguardavano:

- a) l'introduzione, per determinati tipi di contratto o per determinati tipi di progetti, dell'obbligo per le parti (Amministrazione ed impresa) di adire in prima istanza l'Autorità, conferendo ad essa il potere di emettere una decisione vincolante (ex art. 6, comma 7, lett. n) del Codice, ovviamente da modificare) circa le controversie insorte prima dell'aggiudicazione definitiva, nel rispetto del principio del contraddittorio; la decisione avrebbe dovuto essere assunta entro un termine breve, durante il quale doveva essere disposta la sospensione della possibilità di stipulare il contratto; le parti avrebbero potuto, comunque, adire la giustizia amministrativa avverso tale decisione;
- b) la revisione dei costi e dei tempi dell'arbitrato amministrato, ivi compresi i compensi dei componenti il collegio;
- c) la soppressione dell'obbligo del versamento dell'acconto per l'avvio dell'arbitrato amministrato;
- d) la diversa composizione dell'organo arbitrale secondo l'entità o la complessità della controversia, dalla previsione di un solo arbitro (da nominarsi ovviamente dalla Camera arbitrale) per le controversie di modesta entità, sino a prevedere una composizione di cinque membri per gli arbitrati più complessi, non escludendo la presenza di tecnici nello

stesso collegio;

- e) una nuova disciplina della Camera arbitrale sempre garantita nella sua autonomia come struttura dell'Autorità, ma chiamando a far parte di essa, oltre che rappresentanti delle istituzioni, i rappresentanti degli altri interessi in gioco, sia pubblici (si pensi al Ministero dell'Economia, alle Regioni, agli Enti locali), sia privati (si pensi ai vari protagonisti dei mercati interessati).

