

predisposto la documentazione contabile per l'emissione di 702 mandati di pagamento a favore dei componenti dei collegi arbitrali.

Occorre evidenziare, come già segnalato nelle precedenti Relazioni, che dette liquidazioni, previste dall'art. 10 del D.M. n. 398/00, vanno effettuate mediante il complesso e farraginoso meccanismo di contabilità pubblica prescritto dall'art. 151, comma 11, del D.P.R. n. 554/99, di cui la Camera Arbitrale ha denunciato più volte l'irrazionalità ai competenti organi dotati di potestà legislativa, trattandosi di un credito di *privati* verso altri *privati* e tale, quindi, da escludere le regole della contabilità pubblica.

Si auspica che le opportune iniziative normative per la semplificazione di tali adempimenti abbiano esito positivo e si concludano in tempi rapidi.

Per quanto riguarda la tipologia del contenzioso arbitrale, le linee di tendenza che la Camera Arbitrale ha potuto ricavare dalle domande di arbitrato pervenute, nonché dai lodi depositati, sono le seguenti:

- va confermato che il procedimento arbitrale è generalmente promosso su iniziativa dell'impresa appaltatrice contro la stazione appaltante. Per quest'ultima le percentuali relative ai giudizi promossi hanno indicato le seguenti tipologie degli enti convenuti in giudizio: a) 22 Comuni, pari al 36%; b) 12 Amministrazioni dello Stato, pari al 20%; c) 6 Regioni e Province, pari al 10%; d) 20 altri soggetti (IACP, Consorzi, Aziende Autonome, ASL, ANAS) pari al 34%;
- quasi sempre la controversia ha per oggetto la risoluzione del contratto e/o il risarcimento dei danni, che l'appaltatore chiede per illegittime o ingiustificate sospensioni dei lavori disposte dall'amministrazione committente o per tardiva consegna delle aree di cantiere, con prolungamento del rapporto d'appalto; in questo schema rientra anche la richiesta di maggiori spese, oneri e danni per difetti o lacune del progetto, con conseguente necessità di perizie di variante;
- l'Amministrazione intimata risponde spesso, ma non sempre, con articolato atto di resistenza e in pochi casi ha proposto domanda riconvenzionale, chiedendo a sua volta la risoluzione del contratto per

- colpa ed in danno dell'appaltatore o la conferma della rescissione già disposta d'ufficio;
- in qualche fattispecie l'oggetto del contendere riguarda il diritto spettante all'impresa quando essa ha eseguito parzialmente un appalto che poi è venuto meno a seguito di annullamento della gara;
  - la natura delle controversie, individuata attraverso l'esame delle domande di arbitrato e degli atti di resistenza, risulta ancora caratterizzata da problematiche giuridiche in misura del tutto prevalente rispetto a problematiche tecniche;
  - il valore pecuniario delle controversie, quale è dato desumere dalla domanda di arbitrato e dalla (eventuale) riconvenzionale, diverge notevolmente da caso a caso. I dati offerti dalla attuale casistica, e sempre con riferimento alle richieste di parte, oscillano da un minimo di € 100.000 a un massimo di € 70.000.000, risultando così sostanzialmente confermata la tendenza dell'anno precedente;
  - il deposito in acconto, imposto alle parti ai sensi dell'art. 3, comma, 1 del D.I. n. 398 del 2000, è stato determinato, nella sua entità, in relazione al valore della controversia ed alla presumibile complessità delle questioni da trattare: per i procedimenti in corso è variato da € 9.000 a € 128.000 con un certo aumento della fascia media che è salita ad € 35.000/40.000. L'esecuzione dei versamenti, per i quali la norma regolamentare non prevede, peraltro, un termine da rispettare, non sempre avviene con tempestività. Al riguardo, è stato evidenziato - e se ne fa ancora avvertenza alle parti - che una sollecita effettuazione del deposito è indispensabile per la costituzione del Collegio Arbitrale e per lo svolgimento della procedura nei termini di legge;
  - la costituzione dei collegi arbitrali, effettuata dal terzo arbitro-presidente entro i quindici giorni successivi al deposito in acconto, avviene, generalmente, nel predetto termine;
  - la Camera Arbitrale predispose, secondo un apposito calendario, la disponibilità dell'aula per la costituzione del collegio, in modo che questa avvenga tempestivamente (non si è mai registrato alcun ritardo

per indisponibilità dell'aula o per altro incumbente di competenza dell'ufficio);

- il tentativo di conciliazione, obbligatoriamente previsto dal D.I. n. 398/00, è stato esperito, nell'anno 2004, senza esito favorevole;
- la nomina di consulenti tecnici d'ufficio, consentita dall'art. 7, comma 2, del D.I. n. 398/00, e di esclusiva competenza del Collegio Arbitrale, è stata fatta, nel periodo considerato, in 41 procedimenti;
- non si è verificata nessuna ipotesi di istanza di riconsunzione del terzo arbitro;
- nel corso dei giudizi arbitrali tuttora pendenti non sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale, pur essendo gli arbitri a ciò legittimati (C. Cost. n. 376 del 2001).

Quanto al contenuto dei lodi depositati si forniscono i seguenti dati:

- 1) in 3 casi non è stata emessa pronuncia nel merito, per declaratoria di incompetenza del Collegio Arbitrale o per altri motivi formali;
- 2) in 7 casi è stata dichiarata la invalidità della nomina del terzo arbitro;
- 3) in 6 casi è stata dichiarata, la cessazione della materia del contendere;
- 4) quanto alle pronunce di merito, in 7 casi il collegio ha trattato anche questioni di rito relative principalmente ai profili di competenza del collegio stesso.

Le linee tendenziali che emergono, risultano dai seguenti dati: soccombenza delle Amministrazioni in 56 casi, in 52 dei quali il collegio ha accolto solo in parte le domande proposte dall'impresa, ossia in misura inferiore al *petitum*; in altri 2 casi ha accolto la domanda riconvenzionale proposta dall'Amministrazione resistente, in esclusiva o in concorso con le domande proposte dall'appaltatore.

Nel corso dell'anno 2004, le problematiche attinenti alla materia dei lavori pubblici hanno avuto puntuale rilievo presso l'Autorità Giurisdizionale Amministrativa.

Una parte rilevante delle suddette pronunce ha riguardato proprio l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

**Il contenzioso  
giurisdizionale**

Dall'analisi del contenzioso, giunto a definizione nel corso del 2004, è emerso che il Consiglio di Stato ed i Tribunali Amministrativi Regionali hanno emesso oltre 150 sentenze in materia.

Incarichi  
di  
progettazione

Alcune pronunce giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato n. 6620/04; T.A.R. Piemonte n. 749/04; T.A.R. Liguria n. 658/04; T.A.R. Sardegna n. 1909/04) hanno avuto ad oggetto questioni relative agli incarichi di progettazione cosiddetti di prima fascia, ovvero al di sotto di € 100.000. In tale ambito operativo le problematiche hanno riguardato principalmente le modalità di affidamento dei suddetti incarichi. In particolare, la giurisprudenza prevalente ha rilevato come tali incarichi possano essere affidati senza l'esperimento di una formale procedura di aggiudicazione, in quanto risultano prevalenti le esigenze di semplificazione amministrativa. Le stazioni appaltanti debbono pertanto verificare che siano assolti gli oneri della verifica dell'esperienza e della capacità professionale. Al riguardo l'Autorità ha precisato (nella determinazione n. 30 del 13 novembre 2002) che tali incarichi debbano essere affidati sulla base dell'art. 62 del D.P.R. n. 554/99, assolvendo anche all'obbligo di pubblicità ivi previsto.

Un'ulteriore serie di pronunce, relative al profilo degli incarichi di progettazione sotto € 100.000, ha sancito - analogamente a quanto precisato dall'Autorità nella richiamata determinazione n. 30/02 - che la scelta del contraente viene effettuata dal responsabile del procedimento, escludendo così eventuali ingerenze dell'organo politico-amministrativo della amministrazione.

Altro profilo problematico trattato a più riprese dalla giurisprudenza ha riguardato la possibilità di derogare ai minimi stabiliti dalle tariffe professionali in sede di offerta. Tale possibilità risulta essere esclusa, in quanto rappresenta causa di nullità della stessa offerta, stante il carattere inderogabile delle norme di riferimento; da ciò consegue, altresì, che un'offerta formulata in violazione dei minimi non può essere neanche ridotta d'ufficio. Al riguardo della problematica *de qua*, si precisa che l'Autorità, con la citata determinazione n. 30/02, ha stabilito a quali prestazioni possa applicarsi la riduzione percentuale della tariffa.

Diverse pronunce hanno specificato ulteriormente poteri e funzioni del responsabile del procedimento (cfr. Consiglio di Stato n. 5322/04, T.A.R. Campania - Napoli n. 2589/04). Fra le varie questioni, affrontate prevalentemente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, si evidenzia quella relativa alla possibilità che il responsabile del procedimento possa rivestire anche la qualità di componente della commissione di gara. Dall'analisi di diverse sentenze emerge che tale cumulo è pacificamente consentito in capo alla medesima persona fisica, al fine di consentire la completa attuazione dei compiti connessi alla procedura e per la realizzazione della evidente finalità di assicurare economicità ed efficienza dell'azione amministrativa.

**Responsabile del  
procedimento**

Su tale problematica l'Autorità è intervenuta con la deliberazione n. 145 del 22 maggio 2002 e con la determinazione n. 10 del 23 febbraio 2001.

In tale ottica, il Consiglio di Stato, con decisione n. 1812 del 1° aprile 2004, ha ritenuto che negli enti locali il dirigente non può sottrarsi alla titolarità delle competenze affidategli dall'art. 107, comma 3, del D.Lgs. n. 267/00, comprensive della "presidenza delle commissioni di gara e di concorso" e della "responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso". Pertanto, il dirigente dell'ente locale deve partecipare alla commissione per l'aggiudicazione della gara anche se ha istruito gli atti preliminari del procedimento.

Sul profilo della qualificazione vi è stata una notevole produzione giurisprudenziale (cfr. Cons. di Stato n. 8292/04; n. 6701/04; T.A.R. Campania - Napoli n. 19698/04). Tra le varie problematiche emerse va evidenziata quella relativa alla possibilità di fare ricorso a forme di qualificazione diverse rispetto a quanto previsto dall'art. 8 della legge n. 109/94 e s.m.i. Le pronunce giurisprudenziali, sia del Consiglio di Stato che dei T.A.R., hanno sostanzialmente confermato l'esclusività del sistema di qualificazione, a meno che non sussistano previsioni normative speciali che autorizzino la stazione appaltante a fare riferimento a forme di qualificazione ulteriori, purché non in contrasto con i principi di rango comunitario. Tale questione, peraltro, è stata oggetto di trattazione da parte dell'Autorità nell'atto di regolazione n. 29 del 9 giugno 2000.

**Qualificazione**

Un'ulteriore questione trattata a più riprese sia dal Consiglio di Stato, che dai T.A.R., concerne la qualificazione per la categoria OG 11, in particolare se essa possa ricomprendere altre categorie. La giurisprudenza sul punto ha precisato che gli impianti ricompresi nella categoria OG 11 sono riconducibili al sotto-sistema degli impianti termofluidici ed al sotto-sistema degli impianti elettrici e che a tali sotto-sistemi sono riconducibili le opere ricomprese nelle categorie OS 3, OS 5, OS 28 e OS 30, pienamente aderendo all'orientamento dell'Autorità espresso con le determinazioni n. 48 del 12 ottobre 2000, n. 7 del 15 febbraio 2001, n. 8 del 7 maggio 2002.

Sempre con riferimento alla categoria OG 11 la giurisprudenza ha affrontato il profilo della subappaltabilità delle lavorazioni contenute nella suddetta categoria. Secondo alcune pronunce per le lavorazioni contenute nella OG11 non opera il divieto di subappalto *ex art. 13, comma 7, della L. n. 109/94*, rilevando che tale divieto opera esclusivamente per le categorie speciali e non anche per quelle generali. Su tale questione è intervenuta l'Autorità con la determinazione n. 31 del 18 dicembre 2002.

Un considerevole numero di pronunce, inoltre, ha avuto ad oggetto la definizione dell'attività svolta dalle S.O.A. e dei poteri di annullamento delle attestazioni da parte dell'Autorità (cfr. Cons. Stato nn. 991 e 993 del 2004).

In particolare, è stato sollevato il problema relativo alla possibilità per l'Autorità di annullare, oltre che le autorizzazioni alle S.O.A., come disposto espressamente dal regolamento D.P.R. 34/00, anche le singole attestazioni rilasciate alle imprese. La giurisprudenza ha precisato che le S.O.A., pur essendo organismi privati, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione che sfocia in una attestazione con valore di atto pubblico, verificandosi in tal modo un'ipotesi di esercizio privato di pubblica funzione. In questo sistema le attestazioni sono destinate ad avere una particolare efficacia probatoria, come confermato dall'art. 1 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34.

Da quanto sopra emerge, inoltre, che se da una parte le S.O.A. sono soggetti privati che esercitano una funzione pubblica e all'Autorità sono attribuiti poteri penetranti di vigilanza e controllo sia sulle S.O.A. sia sulle

single attestazioni, dall'altra parte, è logico desumere la sussistenza del potere in capo all'Autorità di annullare direttamente le attestazioni rilasciate dalle stesse S.O.A. In tal senso depone la circostanza secondo cui se l'Autorità può vincolare il contenuto dell'attestazione e se può, in caso di inadempimento della S.O.A. nel recepire tale contenuto, sanzionare la S.O.A. revocando alla stessa l'autorizzazione, precludendone, così, ogni ulteriore attività, deve allora ritenersi che possa anche intervenire direttamente sull'attestazione, annullandola.

Una serie di pronunce ha affrontato la questione relativa alla rilevanza delle situazioni di controllo e collegamento tra imprese partecipanti alla medesima gara, in particolare soffermandosi sulla interpretazione dell'art. 2359 c.c. e stabilendone i criteri applicativi. La problematica affrontata ha, pertanto, riguardato la legittimità di eventuali clausole che concretamente individuino elementi di fatto da cui possa desumersi l'esistenza di ipotesi di collegamento tra imprese oltre a quelli già stabiliti direttamente dalla legge.

Dall'analisi delle numerose sentenze si può conseguentemente rilevare che la giurisprudenza ha ribadito i precedenti orientamenti, rilevando che l'art. 10, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., secondo cui *"non possono partecipare alla medesima gara imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo previste dall'articolo 2359 del codice civile"*, si inquadra nell'ambito dei divieti normativi di ammissione alla gara di offerte provenienti da soggetti che, in quanto legati da una stretta comunanza di interessi caratterizzata da una certa stabilità, non sono ritenuti dal legislatore legittimati a formulare offerte contraddistinte dalla necessaria indipendenza, serietà ed affidabilità. L'interesse giuridico tutelato è quello del corretto e trasparente svolgimento delle gare di appalto di lavori pubblici, nelle quali il libero gioco della concorrenza e del libero confronto, finalizzati alla scelta del giusto contraente, risulterebbero irrimediabilmente alterati dalla eventuale presentazione di offerte che, pur provenendo formalmente da due o più imprese giuridicamente diverse, siano sostanzialmente riconducibili ad un medesimo centro di interessi, tale essendo quello che, secondo la previsione del legislatore, si realizza

Controllo e  
collegamento  
fra le imprese

concretamente nelle ipotesi di controllo o collegamento societario indicate dall'art. 2359 del codice civile. La norma in esame, attraverso un rinvio recettizio, introduce nella serie procedimentale la normativa sul collegamento e controllo societario elaborata ai fini civilistici e basata esclusivamente su di una presunzione assoluta, *iuris et de iure*, non suscettibile di prova contraria. La delineata *ratio* ed il particolare oggetto giuridico tutelato consentono di ritenere che con essa il legislatore non ha inteso limitare o escludere il potere dell'amministrazione di governare effettivamente (ed ulteriormente) la serie procedimentale delle gare per l'appalto di lavori pubblici, vietando l'introduzione nella *lex specialis* di previsioni di clausole relative ad altri fatti e situazioni cui ricollegare l'esclusione dalla partecipazione alla gara, i quali, pur non integrando gli estremi del collegamento o del controllo societario civilistico in senso stretto, siano pur tuttavia capaci ed idonei ad alterare la serietà, indipendenza, completezza e segretezza delle offerte presentate da imprese diverse. In tal senso è determinante la considerazione che la previsione della norma civilistica richiamata dall'art. 10, comma 1 *bis*, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i., non esclude il ricorrere di altre ipotesi di collegamento o controllo societario atte ad alterare le gare di appalto. Deve, pertanto, ammettersi la previsione, da parte dell'amministrazione appaltante, di clausole di esclusione dalla gara, non automatiche, in presenza di tali ulteriori ipotesi di fatto. Il potere di accertamento e valutazione di tali situazione ben può essere esercitato dalla commissione di gara che, in quanto incaricata di vagliare la documentazione delle imprese partecipanti e le relative offerte, è in grado di percepire, in modo quanto mai diretto e immediato proprio nell'espletamento della sua specifica funzione, anomalie tali da far ritenere sussistente una situazione idonea ad alterare la gara stessa. In sostanza, sulla base della problematica prospettata precedentemente circa la legittimità della previsione di clausole che concretamente individuino elementi di fatto da cui possa desumersi l'esistenza di ipotesi di collegamento sostanziale tra imprese (al di là ed in aggiunta a quelli già stabiliti direttamente dalla legge), il limite della legittimità di tali ulteriori previsioni è da rinvenirsi nella loro



ragionevolezza e nella loro logicità rispetto alla tutela che intendono perseguire e cioè la corretta individuazione del giusto contraente (*ex multis*, Cons. Stato n. 2367 del 2004; Cons. Stato n. 2721 del 2004; Cons. Stato n. 2149 del 2004; Cons. Stato n. 5185 del 2004).

Sulle questioni prima affrontate si sono avute molteplici pronunce dell'Autorità, fra le quali l'atto di regolazione n. 27 del 9 giugno 2000.

Alcune pronunce giurisdizionali hanno riguardato la problematiche emergenti dall'interpretazione dell'art. 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94, in particolare affrontando il profilo della legittimità della sanzione inflitta dall'Autorità in caso di tardiva dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara da parte dell'impresa. Secondo la giurisprudenza riscontrata, premesso che la *ratio* dell'art. 10, comma 1 *quater*, della legge n. 109/94 va individuata nella volontà di garantire la *par condicio* nelle gare di appalto, oltre che una funzione di deterrenza preventiva al fine di evitare la partecipazione di imprese non aventi diritto, si è affermata la assoluta legittimità della sanzione.

**Verifica dei  
requisiti dei  
concorrenti**

Una serie di pronunce, poi, ha affrontato la questione relativa all'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici nel caso di condanne penali che incidano sulla moralità professionale, ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e s.m.i., in particolare valutando quali fattispecie possano o meno incidere sulla moralità professionale. Secondo le suddette pronunce non è configurabile, in via interpretativa, un *numerus clausus* di reati cui far necessariamente conseguire una sfavorevole valutazione della moralità professionale, in quanto la disposizione in esame non contiene alcuna indicazione di ipotesi tassative per determinare l'esclusione, limitandosi a prescrivere che essa vada disposta nei confronti dei soggetti verso i quali è stata pronunciata sentenza di condanna per reati che incidono sulla affidabilità morale e professionale e rimettendo la relativa valutazione caso per caso alla Amministrazione appaltante, che gode, pertanto, di un ampio margine di valutazione e di apprezzamento circa l'effettiva riconducibilità delle situazioni in concreto rilevate alla fattispecie legale.

Peraltro, poiché è rimessa alla stazione appaltante e non ai concorrenti la valutazione circa l'incidenza di determinati reati sulla moralità e professionalità degli stessi concorrenti, le imprese partecipanti ad una gara sono tenute in ogni caso ad indicare nel modello di autocertificazione eventuali sentenze penali divenute irrevocabili, al fine, appunto, di consentire alla stazione appaltante di valutarne l'incidenza. E', quindi, legittimamente escluso dalla gara d'appalto il concorrente che non abbia dichiarato l'esistenza di condanne penali a suo carico, in quanto tale circostanza, che ha valore autonomo, incide direttamente sulla sua moralità professionale (cfr. Cons. Stato n. 5651/04; Cons. Stato n. 1660/04).

Va rilevato, altresì, che le suesposte considerazioni sono conformi alle indicazioni dell'Autorità, espresse da ultimo con la determinazione n. 13/2003.

**Procedura  
di scelta del  
contraente**

Relativamente al profilo in esame, va previamente rilevato come le pronunce oggetto della disamina hanno riguardato varie questioni. In particolare, un numero rilevante delle stesse ha interessato la problematica relativa alla portata delle prescrizioni contenute nel bando di gara, soffermandosi in particolare sui poteri discrezionali dell'amministrazione, circa la possibilità di disattendere il bando stesso. La giurisprudenza, ribadendo un consolidato orientamento, ha sul punto affermato che dalla portata vincolante delle suddette prescrizioni deriva che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento e che non può, pertanto, essere in alcun modo disattesa (cfr. Cons. Stato n. 5196/04; Cons. Stato n. 3903/04).

Da ciò consegue, dunque, che, qualora il bando o la lettera d'invito comminino espressamente l'esclusione dalla gara in conseguenza di determinate prescrizioni, l'amministrazione è tenuta a dare precisa e incondizionata esecuzione a dette prescrizioni, restando preclusa all'interprete ogni valutazione circa la rilevanza dell'inadempimento, la sua incidenza sulla regolarità della procedura selettiva e la congruità della sanzione contemplata nella *lex specialis*, alla cui osservanza la stessa

amministrazione si è autovincolata in precedenza. Peraltro, la giurisprudenza ha altresì affermato che il complesso delle regole in esame debba essere evidenziato mediante l'utilizzo di formule non equivoche; in caso contrario la clausola stessa va interpretata nel senso più favorevole, consentendo così la più ampia partecipazione (*ex multis* Cons. Stato n. 6580/04). Tuttavia, seppur vincolata alle proprie indicazioni, in ogni caso all'amministrazione si riconosce un potere di autotutela attraverso il quale si attribuisce la facoltà di annullare d'ufficio le clausole ritenute illegittime (cfr. Cons. Stato n. 8992/04). In tal senso l'Autorità, attraverso la determinazione n. 17 del 10 luglio 2002, ha affermato, conformemente all'orientamento giurisprudenziale sopra descritto, che nelle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici vige il principio dell'autotutela che consente all'amministrazione di riesaminare, annullare e rettificare gli atti invalidi. Il complesso delle regole sull'autotutela ha portata generale ed è espressione tipica del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica.

Nell'ambito dei criteri di aggiudicazione numerose sono state le pronunce giurisprudenziali, fra le quali alcune hanno affrontato la tematica dell'anomalia delle offerte ed il relativo procedimento di verifica. Preliminarmente va rilevato come la giurisprudenza nazionale risulti conforme agli orientamenti della Corte di Giustizia Europea (sent. n. 27 novembre 2001 C-285/99 e C-286/99), laddove prevede l'obbligo a carico dell'amministrazione di motivare l'eventuale giudizio di anomalia ed il conseguente provvedimento di esclusione.

Su tale questione si è precisato, altresì, che la valutazione dell'anomalia dell'offerta costituisce l'espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale spettante all'amministrazione, derivandone, peraltro, che l'esclusione delle offerte ritenute anomale non può mai avvenire in maniera automatica se non per quanto concerne gli appalti sotto soglia (Cons. Stato n. 5013/04; Cons. Stato n. 3554/04; T.A.R. Piemonte n. 2217/04).

**Criteri di  
aggiudicazione.  
Offerte anomale**

Altra problematica affrontata dalla giurisprudenza ha riguardato, invece, la rilevanza delle cosiddette giustificazioni da presentare a corredo dei prezzi offerti; in particolare, si è posta la questione circa la loro valenza quale requisito di partecipazione alla gara a pena di esclusione. Secondo alcune pronunce, tali giustificazioni rappresentano solo un onere di collaborazione tra concorrenti ed amministrazione al fine di accelerare la successiva fase di verifica delle offerte anomale e ciò in quanto la presentazione delle giustificazioni a corredo dell'offerta non è imposta a pena di esclusione delle offerte, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale, nella fase successiva della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta risulti sospetta di anomalia. Tale orientamento, peraltro, risulta conforme a quanto espresso dall'Autorità con la deliberazione n. 157 del 29 maggio 2002 (cfr. Cons. Stato n. 1271/04).

**Riunione  
di concorrenti**

Un numero consistente di pronunce ha affrontato la problematica inerente alla validità dell'offerta presentata da parte delle imprese costituente in ATI. In tal senso, conformemente, peraltro, al dettato dell'art. 13 della legge n. 109/94, l'offerta presentata da parte di soggetti non ancora costituiti in associazione temporanea di imprese deve contenere, a pena di esclusione, la sottoscrizione di tutte le imprese che costituiranno il raggruppamento e deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza a una di esse, da indicare in sede di offerta e da qualificare come capogruppo (Cons. Stato n. 623/03; T.A.R. Sicilia n. 1358/04).

**Gli accordi  
bonari**

A seguito dell'invito, rivolto mediante apposito comunicato dell'Autorità (diffuso via *internet* e a mezzo stampa, nonché pubblicato nella Gazzetta ufficiale) ai responsabili dei procedimenti per la realizzazione di lavori pubblici, sono continuati a pervenire, nel corso del 2004, i verbali relativi agli accordi bonari sottoscritti dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Le stazioni appaltanti hanno inviato complessivamente circa 700 accordi bonari. Dagli accordi classificati è stato possibile desumere i seguenti dati:

- le regioni che hanno fatto pervenire il maggior numero di accordi bonari sono la Lombardia (25%), il Veneto (10%), l'Emilia Romagna (8%) e il Lazio (7%);
- le regioni che in assoluto hanno fatto pervenire il minor numero di accordi bonari sono il Molise, la Calabria e la Sicilia.

Per quanto riguarda, in particolare, le stazioni appaltanti siciliane, si rileva che la maggior parte di queste hanno ritenuto di non applicare la procedura prevista dall'art. 31 *bis* della legge n. 109/94 sino all'entrata in vigore della legge regionale n. 7 del 2002, che ha definitivamente sancito l'applicabilità delle norme nazionali sui lavori pubblici anche nell'ambito regionale. Al riguardo, occorre comunque rilevare come già nel 1999 l'Ufficio Legislativo della Regione Siciliana avesse chiarito, con parere n. 64, che l'art. 31 *bis* rientrava tra le norme che trovano diretta applicazione nella Regione Siciliana, in quanto disciplina una materia che non è di competenza del legislatore regionale o che comunque non può che essere disciplinata unitariamente in ambito nazionale.

Le riserve apposte ai documenti che hanno originato il contenzioso definito poi per via amichevole oscillano tra una percentuale minima del 10% dell'importo contrattuale dei lavori (come richiesto dalla legge) e una percentuale massima del 221%. La media di tali percentuali è del 48%.

Gli importi corrisposti in sede di stipula di accordo bonario variano: a) in relazione all'importo contrattuale dei lavori tra una percentuale dello 0,39% dell'importo contrattuale dei lavori e una percentuale massima del 222,59%. La media di tali percentuali è del 12%; b) in relazione all'importo originario delle riserve apposte, tra una percentuale del 1,75% e una percentuale massima del 111,53%. La media di tali percentuali è del 31,08%.

Gli accordi pervenuti sono stati oggetto di classificazione e di approfondimento volti a verificare la conformità della procedura adottata dalla stazione appaltante ai contenuti ed agli obblighi previsti dalla disciplina in tema di lavori pubblici.

Un primo esame ha riguardato il rispetto delle disposizioni di carattere procedurale, aventi riflessi di carattere formale, poste dall'articolo 31 *bis* della legge n. 109/1994 e dall'articolo 149 del regolamento di

attuazione ed esplicitate dall'Autorità con apposita determinazione (la n. 22/2001 del 5 dicembre 2001) e con la predisposizione di uno schema-tipo di accordo bonario pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 21 maggio 2002, n. 117. Tra queste, ad esempio, l'indicazione nel verbale di accordo bonario di alcuni elementi essenziali, quali l'importo e la natura delle riserve, il riferimento alla valutazione del responsabile del procedimento circa la fondatezza e l'ammissibilità di dette riserve, il riferimento alla copertura finanziaria degli oneri conseguenti, il superamento dei termini procedurali di lieve entità. Nei casi in cui si sono riscontrate tali anomalie l'Autorità ha effettuato delle contestazioni dirette ai responsabili dei procedimenti interessati, con contestuale richiesta dell'avvenuto recepimento, anche ai fini di suggerimento per il futuro operato.

Un secondo esame ha riguardato il rispetto delle disposizioni procedurali la cui mancata osservanza assume riflessi di carattere sostanziale (quali il superamento consistente dei termini previsti dagli artt. 31 *bis* della legge n. 109/94 e 149 del D.P.R. n. 554/99, la stipula dell'accordo da parte del responsabile del procedimento senza il preventivo assenso da parte della stazione appaltante, l'avvio della procedura a fronte di riserve di importo inferiore al 10% dell'importo contrattuale dell'opera).

Si è potuta evidenziare, in particolare, la persistenza dell'inosservanza dei termini di legge non perentori prescritti dal legislatore. A tal proposito, l'Autorità ha precisato che un consistente superamento degli stessi svincola la natura dell'accordo bonario volto ad accelerare la definizione del contenzioso in materia di opere pubbliche (cfr. la citata determinazione n. 22/01).

In alcuni casi oggetto di approfondimento è risultato, come già verificato in precedenti occasioni, che i suddetti termini siano stati abbondantemente superati (anche più di un anno dall'apposizione dell'ultima delle riserve che ha consentito il superamento del limite del 10% dell'importo contrattuale dei lavori) ed in altri casi, addirittura, il procedimento relativo a riserve iscritte in occasione della firma del primo

stato di avanzamento dei lavori è stato definito alcuni mesi dopo l'ultimazione dei lavori.

Nei casi in cui si sono riscontrate tali violazioni, l'Autorità ha provveduto a richiedere gli opportuni chiarimenti alle stazioni appaltanti e, pertanto, ad aprire la relativa istruttoria, provvedendo altresì ad emanare apposita deliberazione in caso di rilievi da formulare, nonché a trasmettere gli atti alla competente Procura regionale della Corte dei conti ogni qualvolta si sia riscontrata l'ipotesi di danno all'erario.

Alcune amministrazioni (ad esempio il Comune di Venezia) hanno provveduto ad inviare una circolare a tutti i responsabili del procedimento, invitandoli ad un più puntuale rispetto del disposto degli artt. 31/*bis* della legge n. 109/94 e art. 149 del D.P.R. n. 554/1999.

Altre amministrazioni (ad esempio il Comune di Montalbano Jonico), dopo aver precisato come il lungo periodo trascorso tra l'annotazione delle riserve e la definizione dell'accordo sia da attribuirsi per lo più ai tempi occorsi per l'acquisizione dei pareri, hanno stabilito per il futuro che l'acquisizione di detti pareri dovrà avvenire attraverso l'indizione di conferenze di servizi, al fine di accelerare i meccanismi di conciliazione.

Va rilevato, in ordine a tale argomento, che non si dispongono di dati in ordine alla nuova procedura dettata dalla legge n. 166/02 - resa obbligatoria per gli appalti di importo superiore a € 10 milioni per i quali, alla data di entrata in vigore della medesima norma, non era stato ancora individuato il soggetto affidatario - in quanto non sono a tutt'oggi pervenuti all'Autorità accordi di tal genere. Tale ultima circostanza è dovuta, oltre che ad un logico fattore temporale (l'accordo bonario è un istituto finalizzato alla definizione delle riserve apposte dalle imprese e, pertanto, è riferito ad appalti la cui esecuzione sia già in fase avanzata - eccezion fatta per quei casi, da considerarsi residuali, in cui riserve consistenti siano già apposte in occasione della consegna dei lavori - mentre la nuova normativa, come testé rilevato, si applica solo ad appalti aggiudicati successivamente alla sua entrata in vigore), anche alla circostanza che non è ancora intervenuto il nuovo regolamento attuativo che detti la relativa disciplina applicativa e di dettaglio.

Un terzo esame ha riguardato il merito delle questioni risolte con la composizione amichevole della controversie. Anche qui, in caso di riscontro di particolari anomalie (ad es. varianti non consentite dalla norma, sospensioni illegittime dei lavori, carente programmazione e progettazione dei lavori,...), l'Autorità ha provveduto a richiedere alle stazioni appaltanti opportuni chiarimenti ed informazioni e ad effettuare, ove necessario, apposite contestazioni e/o segnalazioni agli organi competenti.

Oggetto di particolare verifica ha riguardato tutte quelle fattispecie in cui l'appalto è stato aggiudicato con un elevato ribasso percentuale. Detto ribasso è stato posto in relazione al rapporto tra l'importo dell'accordo e quello contrattuale dei lavori. Ciò perché, ove queste percentuali risultassero simili, potrebbero far desumere un utilizzo improprio dell'accordo, quale "strumento per recuperare l'eccessivo ribasso offerto in sede di gara".

Ebbene, l'attività di classificazione ed istruttoria ha evidenziato una diminuzione delle anomalie di carattere sostanziale riscontrate nei precedenti anni, anche alla luce delle indicazioni fornite dall'Autorità con la delibera n. 249 del 17 settembre 2003, con la quale sono state indicate alle stazioni appaltanti le linee guida, conformi alle norme e ai principi, necessarie per assicurare l'esercizio dell'attività di accordo bonario e per ovviare, in particolare, alle anomalie sopra riscontrate.

Tra le anomalie rilevate, occorre rammentare le seguenti:

- sottoscrizione dell'accordo bonario da parte del responsabile del procedimento in luogo dell'organo che rappresenta la volontà dell'amministrazione;
- anomalie che attengono al contenuto dell'accordo (varianti non rientranti nella casistica di cui all'art. 25 della legge n. 109/94, tenuta delle scritture contabili non conforme alla normativa, definizione mediante accordo bonario di questioni non prospettabili tramite riserva);