

è quella relativa alla sottoscrizione dell'offerta da parte di tutte le imprese che costituiranno l'ATI, che deve contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione, verrà conferito mandato speciale con rappresentanza ad una di esse (articolo 13, comma 5, legge n. 109/94). Le ulteriori problematiche trattate sono quelle relative al possesso dei requisiti delle singole imprese e di quella mandataria (articolo 95, comma 2 e segg. DPR n. 554/99), l'immodificabilità dell'ATI rispetto all'impegno presentato in sede di offerta, i divieti ai concorrenti di partecipare alla gara in più di una ATI (articolo 13, comma 4, legge n. 109/94).

- programmazione dei lavori pubblici (rif. riscontrati: articolo 14, legge n. 109/94, Decreto ministeriale 21 giugno 2000). Le questioni trattate riguardano la competenza sull'approvazione dei programmi triennali e sull'elenco annuale dei lavori, le attività preliminari alla programmazione triennale, le priorità degli interventi da realizzare.
- criteri di aggiudicazione e verifica offerte anomale (rif. riscontrati: articolo 21, legge n. 109/94, articoli 89, 90, DPR n. 554/99). In tale sottoinsieme è preponderante la percentuale relativa alle questioni in materia di offerte anomale (88%), riferite al "taglio delle ali", alla legittimità o meno dell'esclusione automatica delle offerte anomale, al calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia e, nella massima parte, alla verifica delle giustificazioni addotte dai concorrenti la cui offerta è risultata anomala. Il residuale 12% riguarda i criteri di aggiudicazione indicati dagli articoli 89 e 90 del DPR n. 554/99.
- concessioni di costruzione e gestione (rif. riscontrati: articolo 19, comma 2, articolo 31 *bis*, comma 4, legge n. 109/94; articolo 98, DPR n. 554/99). Le questioni trattate sono: a) inquadramento della fattispecie della concessione di costruzione e gestione e sua differenza con le concessioni di costruzioni e con quelle di committenza, ora vietate (50%); b) requisiti richiesti dall'articolo 98 del DPR n. 554/99, in aggiunta a quelli ordinari per la qualificazione, che devono possedere i soggetti che intendono partecipare a gare per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici (20%); c) equiparazione della tutela

giurisdizionale agli appalti di lavori pubblici *ex* articolo 31 *bis*, comma 4, legge n. 109/94 (30%).

- *project-financing* (rif. riscontri: articolo 37 *bis* e segg. legge n. 109/94, articolo 99, DPR n. 554/99). Le questioni maggiormente trattate si riferiscono alla fattispecie in generale e alle differenze rispetto all'appalto di lavori (30%), nonché ai requisiti della proposta del promotore (20%). Le ulteriori problematiche discusse concernono le risorse del promotore, i requisiti delle ATI per partecipare alla gara *ex* articolo 37 *quater*, lett. *a*).
- affidamento lavori a trattativa privata (rif. riscontri: articolo 24 legge n. 109/94, articolo 41, Regio decreto n. 827/24, articolo 78 DPR n. 554/99). Le problematiche maggiormente evidenziate si riferiscono alla sussistenza o meno dei presupposti per ricorrere a detto affidamento (con particolare riferimento al presupposto dell'urgenza), alla necessità di motivazioni adeguate in merito, allo svolgimento della gara informale.

Gli ulteriori argomenti trattati, di natura eterogenea, hanno percentuali non significative.

E' stata anche condotta un'indagine del contenzioso giurisdizionale amministrativo in materia di lavori pubblici riferita alla ripartizione per ambito territoriale.

Nel premettere che dai dati complessivi sono stati esclusi quelli (ben il 35%) riferiti alle decisioni degli organi di secondo grado, e, quindi, a contenziosi instaurati prima del periodo oggetto di approfondimento, è risultato che le regioni maggiormente interessate dal contenzioso in materia di lavori pubblici sono la Campania e la Lombardia, seguite dal Lazio e dalla Sicilia (tutte con percentuali oscillanti tra il 13 e il 14%) e dalla Puglia (di poco inferiore al 10%).

In relazione alla tipologia di contenzioso, nelle regioni con dati numericamente più rappresentativi sopra indicate non si riscontra un prevalente oggetto del contendere, in quanto da una ulteriore indagine (incrociata) effettuata è emerso che le fattispecie riscontrate sono di carattere eterogeneo. L'unico dato significativo può essere riferito alla

Campania e alla Sicilia, ove vi è una prevalenza (circa il 40%) di ricorsi in materia di verifica dei requisiti delle imprese *ex* articolo 10, comma 1 *quater*, legge n. 109/94.

L'esame della giurisprudenza ha dato luogo, pertanto, al riscontro di ripetute anomalie che attengono sia alla fase dell'aggiudicazione sia a quella dell'esecuzione dei lavori.

Al fine di fornire indicazioni utili per la soluzione delle problematiche che hanno dato luogo al sorgere di contenziosi ricorrenti in materia, l'Autorità, oltre a fornire risposta diretta ai quesiti posti dagli operatori del settore², ha emanato nel corso dell'anno 2003 alcune determinazioni volte a chiarire i profili interpretativi ed applicativi in materia di cause di esclusione dalle gare d'appalto per l'esecuzione di lavori pubblici³, a fornire indicazioni circa la redazione dei bandi di gara di concessione di lavori pubblici⁴, a chiarire il problema relativo alla forma che deve assumere l'offerta progettuale nelle procedure per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici⁵. Ulteriori determinazioni sono indirizzate a verificare la possibilità di inserire nei bandi di gara clausole di esclusione non previste nell'ordinamento⁶ nonché, in materia di qualificazione delle imprese, a indicare le conseguenze della revoca dell'autorizzazione ad una S.O.A. sulle attestazioni da questa rilasciate e sui contratti in corso⁷, ovvero ancora a fornire chiarimenti in ordine al rilascio di attestazione di qualificazione di una impresa cessionaria di una azienda o di un ramo di azienda⁸.

Al fine, poi, di avere una visione in tempo reale dell'insorgenza del contenzioso in materia (tra i compiti istituzionali dell'Autorità rientra la segnalazione al Governo e al Parlamento sulle disfunzioni riscontrate nel settore degli appalti con riferimento allo sviluppo anomalo del contenzioso, ai sensi dell'articolo 4, comma 4, lettera *f*), legge n. 109/94) è stato definito

² Vedi Capitolo 3.

³ Determinazione n. 13/2003 del 15/7/03. Vedi Sezione II.

⁴ Determinazione n. 16/03 del 29/10/03. *Ibidem.*

⁵ Determinazione n. 1/03 del 22/01/03. *Ibidem.*

⁶ Determinazione n. 14/03 del 15/10/03. *Ibidem.*

⁷ Determinazione n. 17/03 del 29/10/03. *Ibidem.*

⁸ Determinazione n. 5/03 del 26/02/03. *Ibidem.*

un modello tipo che diverrà operativo a partire dal 2004 mediante il quale le stazioni appaltanti, parti in contenziosi innanzi al giudice amministrativo ed ai collegi arbitrali, dovranno comunicare all'Autorità l'inizio di tale procedura.

Ciò in quanto, ai fini di una compiuta indagine del fenomeno, occorre poter disporre tempestivamente di tali dati e le informazioni che pervengono all'Osservatorio, in forza degli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 4, comma 17, legge n. 109/94, non risultano sufficienti essendo trasmesse solo nei casi in cui si sia pervenuti alla sottoscrizione del verbale di aggiudicazione o di affidamento dell'appalto.

Passando ad esaminare la situazione del contenzioso arbitrale, la Camera arbitrale ha provveduto al puntuale esame delle domande di arbitrato pervenute entro il 31 dicembre 2003 secondo le modalità e lo scadenziario stabiliti, provvedendo ritualmente alla nomina dei terzi arbitri ed ai consequenziali adempimenti. Alla fine dell'anno 2003 il quadro statistico sul contenzioso arbitrale può essere così riassunto. Le operazioni di sorteggio preliminari alla scelta del terzo arbitro e il conseguente esame comparativo dei nominativi estratti per ciascuna pratica hanno portato, alla predetta data, alla nomina di 122 presidenti di collegi arbitrali: di essi, 91 sono già costituiti e gli altri, dopo il versamento alla Tesoreria del deposito in acconto di cui agli articoli 150, comma 5 e 151 comma 11, del DPR 21 giugno 1999, n. 550, in via di costituzione (tuttavia, in 10 casi il versamento dell'acconto è già avvenuto, mentre in 21 casi si è ancora in attesa del suddetto versamento). Per l'anno 2003 i dati del contenzioso arbitrale vanno così specificati: 136 istanze di nomina di terzo arbitro pervenute; 122 nomine di terzo arbitro deliberate dal Consiglio, relativamente alle istanze esaminate e definitivamente ammesse; 116 procedimenti arbitrali iscritti nell'anno; 108 procedimenti arbitrali pendenti.

Per quanto riguarda la tipologia del contenzioso arbitrale, le linee di tendenza che la Camera ha potuto ricavare dalle domande di arbitrato finora pervenute sono le seguenti. Va confermato che il procedimento arbitrale è generalmente promosso su iniziativa dell'impresa appaltatrice con-

Il contenzioso
arbitrale...

...tipologia del
contenzioso
arbitrale...

tro la stazione appaltante (nel 2003 in un solo caso parte attrice è stata la stazione appaltante). Per quest'ultima, le percentuali relative ai giudizi promossi hanno indicato le seguenti variazioni, rispetto all'anno precedente, nella tipologia degli enti convenuti in giudizio: a) 64 Comuni, pari al 46 %; b) 21 Amministrazioni dello Stato, pari al 15 %; c) 26 Regioni e Province, pari al 18,5%; d) 28 altri soggetti (I.A.C.P., Consorzi, Aziende autonome, A.S.L., A.N.A.S.), pari al 20%

...oggetto...

Si ribadisce inoltre che 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 38 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.

...natura...

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 (112 casi) rispetto a problematiche tecniche (27 casi).

...valore
pecuniario

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 € 150.000 a un massimo di € 15.000.000, con qualche rara punta superiore, risultando così sostanzialmente confermata la tendenza dell'anno precedente. Il deposito in acconto, imposto alle parti ai sensi dell'articolo 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 trattare⁹.

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 avvertenza alle parti – che una sollecita effettuazione del deposito, oltre ad essere indispensabile per la costituzione del collegio arbitrale e per lo svolgimento della procedura nei termini di legge, serve anche ad evitare che la persona nominata come terzo arbitro rimanga in attesa inoperosa *sine die* e, contemporaneamente, esclusa dalla possibilità di poter utilmente aspirare ad un nuovo incarico. La costituzione dei collegi arbitrali, effettuata dal terzo arbitro-presidente entro i 15 giorni successivi al deposito in acconto, avviene, generalmente, nel predetto termine. Il tentativo di conciliazione, obbligatoriamente previsto dal D.I. n. 398/2000, è stato esperito con successo in 7 casi, stesso dato dell'anno precedente. La nomina di consulenti tecnici d'ufficio, consentita dall'articolo 7, comma 2, del D.I. n. 398/2000, è stata fatta, nel periodo considerato, dai collegi arbitrali in 28 procedimenti (complessivamente sono stati 49 i procedimenti in cui è stato nominato il CTU). Non si è verificata nessuna ipotesi di istanza di ricusazione del terzo arbitro; tuttavia è stata proposta istanza di ricusazione dell'arbitro di parte dinanzi al Presidente del Tribunale di Roma, per la quale il Presidente del Collegio Arbitrale ha disposto sospensione del giudizio. Nel corso dei giudizi arbitrali tuttora pendenti non sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale, pur essendo gli arbitri a ciò legittimati (Corte Costituzionale n. 376 del 2001).

Alla data odierna risultano depositati 139 lodi arbitrali definitivi e 1 non definitivo. Quanto al contenuto dei lodi, si forniscono i seguenti dati: 1) in 26 casi non è stata emessa pronuncia nel merito, per declaratoria di incompetenza del collegio arbitrale o per altri motivi formali. 2) quanto alle pronunce di merito, in 53 casi il collegio ha trattato anche questioni di rito relative principalmente ai profili di competenza del Collegio stesso.

Ulteriori
considerazioni

⁹ Per i procedimenti in corso varia generalmente da € 6.000 a € 90.000, con una fascia media di € 15.000/20.000.

In ogni caso, le linee tendenziali che emergono risultano dai seguenti dati: soccombenza delle amministrazioni in 102 casi, in 79 dei quali il Collegio ha accolto solo in parte le domande proposte dall'impresa, ossia in misura variabilmente inferiore al *petitum*; in altri 17 casi ha accolto la domanda riconvenzionale proposta dall'amministrazione resistente, in esclusiva o in concorso con le domande proposte dall'appaltatore.

Nell'anno 2003, il Consiglio della Camera Arbitrale ha inoltre provveduto alla liquidazione dei compensi arbitrali (*ex* articolo 10, comma 2, DM n. 398/2000, nonché tariffario ivi allegato) in 138 casi; il Consiglio ha, altresì, provveduto, nel medesimo periodo, alla liquidazione di 31 consulenti tecnici d'ufficio.

Resta infine da rilevare che una recente sentenza del Consiglio di Stato¹⁰ ha dichiarato illegittime annullandole, le seguenti norme del DPR n. 554/99: a) articolo 150, comma 3, che attribuisce alla Camera Arbitrale la nomina di terzo arbitro; b) articolo 151, comma 5, che prevede le categorie e i requisiti di professionalità dei soggetti che possono essere ammessi all'albo degli arbitri; c) articolo 151, comma 7, che dispone l'inserimento di tali soggetti nell'albo degli arbitri; d) articolo 151, comma 8, il quale stabilisce che l'appartenenza all'albo degli arbitri ha durata triennale.

Si è venuto così a determinare uno sconvolgimento dell'arbitrato camerale nei suoi punti più significativi per le ragioni ampiamente illustrate dalla Camera Arbitrale con la deliberazione adottata nella seduta del 29 ottobre 2003, cui è seguita delibera di temporanea sospensione delle nomine di terzo arbitro, delle estrazioni, nonché delle ammissioni all'albo degli arbitri. Sul punto è intervenuta anche l'Autorità con un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento¹¹. Allo stato attuale, la situazione, anche a livello operativo, è caratterizzata dalla massima incertezza.

Accordi
bonari

A seguito dell'invito, rivolto mediante apposito comunicato (diffuso via *internet* e a mezzo stampa, nonché pubblicato sulla Gazzetta ufficiale) ai

¹⁰ Sentenza n. 6335 del 17 ottobre 2003.

¹¹ Atto di segnalazione del 6 novembre 2003 in tema di *Camera arbitrale – sentenza n. 6335, del 17 ottobre 2003, del Consiglio di Stato*.

responsabili dei procedimenti per la realizzazione di lavori pubblici, sono continuati a pervenire, nel corso del 2003, i verbali relativi agli accordi bonari sottoscritti dalle amministrazioni aggiudicatrici¹², a far data dall'entrata in vigore del regolamento di attuazione della legge quadro.

Le stazioni appaltanti hanno inviato, a tutt'oggi, complessivamente, circa 600 accordi bonari.

Dagli accordi classificati è stato possibile desumere i seguenti elementi:

- le regioni che hanno fatto pervenire il maggior numero di accordi bonari sono la Lombardia (27%), il Veneto (11%), l'Emilia Romagna (9%) e il Lazio (7%);
- le regioni che in assoluto hanno fatto pervenire il minor numero di accordi bonari sono il Molise e la Sicilia¹³;
- 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 47%;
- gli importi corrisposti in sede di stipula di accordo bonario variano: a) in relazione all'importo contrattuale dei lavori tra una percentuale del 0,39% dell'importo contrattuale dei lavori, e una percentuale massima del 105,97%. 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%.

¹² Ai sensi dell'articolo 31 *bis*, legge n. 109/94.

¹³ 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'articolo 31 *bis* della legge 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 che già nel 1999 l'ufficio legislativo e legale della Regione Siciliana aveva chiarito, con parere n. 64, che l'articolo 31 *bis* rientra 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.

Gli accordi pervenuti sono stati oggetto di classificazione e di approfondimenti volti 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 determinazione¹⁴ e con la predisposizione di uno schema-tipo di accordo bonario pubblicato in Gazzetta Ufficiale¹⁵. 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 provveduto ad effettuare 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 (di natura sostanziale) ha riguardato il rispetto delle disposizioni la cui mancata osservanza assume riflessi di carattere sostanziale (quali il superamento consistente dei termini previsti dall'articolo 31 *bis*, legge n. 109/94 e articolo 149, DPR 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. 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 apposite deliberazioni in caso di rilievi da formulare.

¹⁴ Determinazione n. 22/2001 del 5 dicembre 2001. Vedi Volume II, Sezione IV della *Relazione* al Parlamento 2002.

¹⁵ G.U. n. 117 del 21 maggio 2002.

Un terzo esame, anch'esso di natura sostanziale, ha riguardato il merito delle questioni risolte con la composizione amichevole della controversie, ovvero le ipotesi in cui l'appaltatore abbia apposto riserve di importo consistente, tali da superare il 70% dell'importo previsto contrattualmente. 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 visite ispettive.

Nel corso dell'anno 2003 sono state effettuate 19 contestazioni dirette alle stazioni appaltanti per le violazioni di carattere formale riscontrate, ed in tutti i suddetti casi i responsabili dei procedimenti hanno fatto comunicato di aver recepito le osservazioni formulate, anche ai fini del prosieguo della propria attività.

Si è reso necessario, invece, un approfondimento istruttorio per 40 accordi bonari, la cui definizione è stata così ripartita:

- 38 definizioni con rilievi di carattere procedurale aventi riflessi sostanziali (consistente superamento dei termini *ex* articolo 31 bis), ovvero sostanziale (varianti non consentite dalla norma, tenuta delle scritture contabili non conforme alla normativa, definizione mediante accordo bonario di questioni non prospettabili tramite riserva);
- 2 archiviazioni.

Nell'ambito degli accordi definiti con rilievi, per 8 interventi vi è stata la segnalazione alla Corte dei conti, mentre per altri 8 vi è stata la segnalazione alla Procura della Repubblica.

L'attività di classificazione ed istruttoria hanno evidenziato il ripetersi delle seguenti anomalie nei procedimenti di risoluzione bonaria del contenzioso *ex* articolo 31 bis, legge n. 109/94:

- consistente superamento dei termini procedurali previsti dalla normativa (stipula dell'accordo 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; in alcuni casi, in particolare, pur essendo le riserve iscritte in occasione della consegna dei lavori o

alla firma del 1° Sal, la stipula dell'accordo è avvenuta alcuni mesi dopo l'ultimazione dei lavori);

- inizio della procedura solo dopo l'avvenuta ultimazione dei lavori;
- inversione della procedura prevista dell'articolo 31 *bis*, legge n. 109/94 e dell'articolo 149, DPR n. 554/99. Si è riscontrato, infatti, come l'accordo venga spesso sottoscritto dal responsabile del procedimento senza la preventiva delibera di approvazione della stazione appaltante della proposta per la definizione dell'accordo;
- sottoscrizione dell'accordo bonario da parte del responsabile del procedimento in luogo dell'organo che rappresenta la volontà dell'amministrazione;
- anomalie di carattere formale;
- anomalie che attengono al contenuto dell'accordo (varianti non rientranti nella casistica di cui all'articolo 25 della legge n. 109/94, tenuta delle scritture contabili non conforme alla normativa, definizione mediante accordo bonario di questioni non prospettabili tramite riserva);
- accordi bonari stipulati a fronte di riserve, avanzate dalle imprese, per maggiori oneri conseguenti ad errori progettuali dovuti soprattutto ad una inadeguata valutazione dello stato di fatto. In tali casi, il contenzioso è stato originato dalla non completa disponibilità delle aree interessate dall'intervento, dalle diverse condizioni dello stato dei luoghi variate rispetto all'epoca del progetto, dall'insufficiente accesso all'area di cantiere, da immobili o aree interessate dalla realizzazione del progetto occupati e quindi indisponibili all'atto della sottoscrizione del verbale di consegna, dalla mancata effettuazione degli espropri, dalla non corretta valutazione dei parametri fisici e chimici dei luoghi, dalla mancata rilevazioni della presenza di infrastrutture a rete interferenti, dalla presenza nell'area di cantiere di acqua di falda, da maggiori lavori di sbancamento eseguiti per differenze di quote tra quanto progettato e quanto rilevato in sito, dalla bonifica da ordigni bellici e sorprese geologiche, dalla bonifica dei luoghi per rinvenimento

di vasche e cisterne contenenti materiali altamente inquinanti, dalle maggiori quantità di calcestruzzo necessarie per la realizzazione pali di fondazione derivanti da diverse condizioni del sottosuolo. Ciò, oltre a comportare il contenzioso con l'impresa e un costo maggiore dell'opera, aggiunge gli effetti negativi conseguenti al ritardo che deriva nella realizzazione dei lavori;

- accordi bonari parziali, cioè accordi che, contrariamente a quanto previsto dalla normativa, definiscono solo una parte delle riserve oggetto del contendere, rimandando la soluzione delle residue problematiche ad avvenuta ultimazione dei lavori;
- scostamento, in termini economici, non adeguatamente motivato tra: 1) la proposta avanzata dal responsabile del procedimento e le conclusioni indicate nella relazione riservata del direttore dei lavori e l'organo di collaudo; 2) la proposta del responsabile del procedimento e la determina di approvazione di detta proposta da parte della stazione appaltante;
- definizione della procedura, in termini di mancato accordo, operata direttamente dal Responsabile del Procedimento che, avendo convocato l'impresa per sentirla sulle condizioni dell'eventuale accordo, non ha avuto alcuna risposta ovvero alcuna partecipazione da parte della medesima;
- sovrastima delle riserve (dimostrata dall'accettazione di percentuali molto basse in sede di accordo bonario) che dimostra un comportamento delle imprese non improntato ai principi di correttezza e buona fede cui debbono essere improntati i rapporti tra le parti non solo in sede di formazione della volontà, ma anche in sede di esecuzione di contratto;
- concessione di proroghe per l'ultimazione dei lavori.

Tali anomalie sono state evidenziate in una delibera dell'Autorità¹⁶ con la quale sono state indicate alle stazioni appaltanti le linee guida, conformi alle norme e ai principi, necessarie per assicurare l'esercizio

¹⁶ Delibera n. 249 del 17 settembre 2003.

dell'attività di accordo bonario e per ovviare, in particolare, alle anomalie sopra riscontrate.

L'Autorità ha avviato, anche, un'indagine tesa a verificare l'effettivo invio, da parte dei responsabili dei procedimenti, degli accordi bonari, come richiesto dal comunicato pubblicato in Gazzetta ufficiale¹⁷. Per effettuare detto riscontro, utilizzando i dati in possesso dell'Osservatorio, sono state inviate richieste di chiarimenti alle stazioni appaltanti che, pur avendo indicato nelle schede di riferimento di aver stipulato un accordo bonario, non hanno ottemperato alla richiesta dell'Autorità. Dalle risposte pervenute (circa 200), è risultato che nella maggior parte dei casi vi è stata una erronea compilazione della scheda - in quanto gli atti richiamati quali accordi bonari nella sostanza erano verbali di concordamento di nuovi prezzi, atti di sottomissione, accordi necessari per la realizzazione dell'intervento (quali acquisizione di aree, costituzione di servitù, occupazione temporanea di aree) - ovvero un mero errore materiale. Nei casi di inadempienza riscontrata, invece, ammontanti a 51, è stata avviata la procedura sanzionatoria.

Una considerazione a parte, di carattere generale, va fatta con riferimento agli accordi bonari stipulati dall'ANAS.

Nell'esaminare e classificare tutti i verbali di accordi bonari inviati dai compartimenti regionali di detta amministrazione, si è rilevato che per la totalità dei medesimi è stata adottata una identica procedura che non è aderente al dettato e lo spirito della normativa dei riferimento.

Nel dettaglio:

- la procedura per la composizione amichevole della controversia viene attivata quasi sempre a lavori ultimati, anziché immediatamente dopo l'iscrizione delle riserve sui documenti contabili che hanno comportato il superamento del 10% dell'importo economico dell'opera, eccezion fatta per le ipotesi in cui è il medesimo appaltatore ad avanzare formale richiesta per l'attivazione della procedura *ex* articolo 31 *bis*, legge n. 109/94;

¹⁷ G.U n. 123 del 29 maggio 2001.

- i tempi (pur ordinatori) occorrenti per la definizione di tali procedura superano di gran lunga quelli previsti dall'articolo 31 *bis* della legge n. 109/94 e dall'articolo 149 del DPR n. 554/99. Va rilevato, a tal fine, come all'inutile decorso dei 150 giorni senza che sia intervenuta alcuna decisione dell'amministrazione si potrebbe riconnettere la possibilità per l'appaltatore di esperire azione giurisdizionale, azione che il tentativo di accordo bonario tende appunto a scongiurare. Se, infatti, da un lato l'articolo 33 del DM n. 145/2000 nulla dice in proposito, sarebbe incongruente condizionare la procedibilità innanzi agli organi giudiziari (ovvero arbitrali) alla decisione dell'amministrazione, perché in tal modo questa potrebbe sottrarsi a suo piacimento all'azione evitando di assumere e di comunicare le proprie decisioni all'appaltatore.

La doppia circostanza sopra indicata (attivazione degli accordi ad avvenuta ultimazione dei lavori, tempi eccessivamente lunghi per la procedura) comporta che in numerosi casi detti accordi vengano definiti alcuni anni dopo l'apposizione dell'ultima delle riserve che ha consentito il superamento della soglia *ex* articolo 31 *bis*, legge n. 109/94. Tale considerazione è foriera di ricadute concrete, in termini di maggiori e non giustificati esborsi economici, in quanto una parte (consistente) delle somme corrisposte a seguito dell'accordo sono riconosciute a titolo di interessi legali e rivalutazione monetaria, e a sua volta almeno una parte di tali ultimi riconoscimenti è strettamente conseguente ai ritardi riscontrati nella definizione della procedura di accordo bonario¹⁸.

¹⁸ In ordine a ciò, l'ANAS ha generalmente riconosciuto: a) per quel che concerne i "debiti di valuta", soggetti al principio nominalistico, i soli interessi legali sulle somme dovute a titolo di indennizzo, senza l'ulteriore risarcimento conseguente all'avvenuto riconoscimento del maggior danno subito ai sensi dell'articolo 1224, comma 2, c.c., e gli interessi determinati ai sensi degli artt. 35 e 36 del DPR n. 1063/62 (comprensivi, quindi del risarcimento *ex* articolo 1224, comma 2, c.c.) per i debiti relativi a prezzi non contabilizzati; b) per quel che concerne i "debiti di valore", i cui indennizzi hanno carattere risarcitorio, il riconoscimento della sola rivalutazione monetaria mediante applicazione dei coefficienti ISTAT, come da giurisprudenza ordinaria ed arbitrale, assumendo come data di riferimento quella intermedia (ad esempio, del periodo di sospensione illegittima) sul presupposto che i danni verificatisi non si producono istantaneamente.

I ritardi nella definizione della procedura *de qua* sono in gran parte da attribuirsi alla complessa istruttoria esercitata in merito dall'ANAS che trova in parte giustificazione in questioni organizzative proprie di detta amministrazione, articolata in più sedi periferiche.

In sintesi:

- a) le proposte di accordo bonario del responsabile del procedimento - che nella quasi totalità dei casi sono citate nei verbali senza indicazione del relativo importo economico - vengono inviate alla direzione Generale dell'ANAS per il prosieguo della trattazione e valutate, unitamente agli altri atti istruttori, dal rappresentante legale dell'ANAS, a livello centrale;
- b) la Direzione generale dell'ANAS, tramite il proprio Ufficio legale, richiede in ogni caso, prima di pronunciarsi in merito, il parere dell'Avvocatura Generale dello Stato (tale sub-procedimento richiede un tempo medio di tre mesi);
- c) il rappresentante legale dell'ANAS (ovvero l'amministratore di tale ente), valutati tutti gli atti istruttori, quantifica l'importo da corrispondere e adotta i provvedimenti necessari per la definizione dell'accordo bonario (in particolare, delega un dirigente della Direzione Centrale Lavori alla stipula del verbale per conto dell'amministrazione, nonché all'emissione della determina con cui si autorizza il pagamento del quantum in favore della controparte).

In merito va comunque sottolineato come la problematica sui tempi sia stata affrontata in sede centrale-ANAS con l'emanazione di direttive e circolari che indirizzano i vari compartimenti di detta amministrazione verso una più stringente applicazione del dettato normativo.

Per ovviare in parte a tale disfunzione, inoltre, dovuta anche alla complessità della procedura adottata dall'ANAS, l'attuale presidente dell'ente ha disposto, con provvedimento n. 116 dell'11 luglio 2003, in attuazione a quanto deliberato in sede di consiglio di amministrazione nella seduta del 20 marzo 2003, che le proposte di composizione bonaria avanzate dai responsabili del procedimento, di importo contenuto entro il limite di

€ 2.500.000, verranno sottoposte all'esame di una Consulta giuridica, il cui parere sostituirà quello dell'Avvocatura dello Stato.

Tale procedura può considerarsi legittima, alla luce di quanto disposto dall'articolo 149, comma 3, 2° periodo, del DPR n. 554/99, per il quale nel termine di 60 giorni dal ricevimento della proposta del *rup*, la stazione appaltante può acquisire gli eventuali ulteriori pareri ritenuti necessari. D'altro canto la struttura propria dell'ANAS, fortemente radicata a livello periferico, unita alla scelta di centralizzare ogni decisione in merito al contenzioso, avviato e istruito dai singoli compartimenti, può rendere opportuno un ulteriore esame della questione da parte di un gruppo *ad hoc*, da ultimarsi comunque nei tempi richiesti dalla normativa. Va rilevato, tuttavia, come l'intervento della Consulta giuridica non appaia giustificato con riferimento alla nuova procedura introdotta dalla legge n. 166/02 (articolo 31 *bis* nel testo novellato) che prevede la costituzione di una Commissione per la formulazione della proposta di accordo bonario all'amministrazione, obbligatoria per gli appalti già aggiudicati al momento dell'entrata in vigore di detta norma di importo superiore a € 10.000.000 e facoltativa per quelli di importo inferiore. In tal modo, infatti, si verrebbe a creare una sovrapposizione di organi, pur se strutturalmente differenti, similari nella funzione, con ovvie ricadute negative in termini temporali.

A differenti conclusioni occorre pervenire con riferimento alla richiesta generalizzata e ripetuta di parere avanzata all'Avvocatura Generale dello Stato la cui definizione, in quanto organo esterno all'amministrazione, richiede fisiologicamente un consistente intervallo temporale che incide pesantemente sulla procedura *de qua*. Tale richiesta non può costituire prassi dell'amministrazione, da adottarsi per ogni accordo bonario le cui proposte di definizione avanzate dal *rup* superino un certo importo (€ 2.500.000 come da provvedimento n. 116/03 del presidente dell'ANAS), bensì può essere giustificata in relazione ad istruttorie complesse che richiedano un intervento chiarificatore particolarmente qualificato.

Per quanto riguarda il contenzioso riferito ad atti emanati dall'Autorità occorre sottolineare come nel 2003 esso si sia incentrato prin-

Ricorsi avverso
provvedimenti
dell'Autorità