



Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Gli strumenti alternativi per la risoluzione delle
controversie nella fase di affidamento delle gare
di appalto

Silvia Pomes

Roma, 11-14 maggio 2009



Agenda

Il cd. "Precontenzioso" dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici:

- l'Istituto;
- il procedimento;
- i casi più significativi.



art. 6, comma 7, lett. n), Dlgs n. 163/2006

“su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione”



L'Istituto

Regolamento sul procedimento per la soluzione delle controversie ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera n) del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163

Testo modificato dalla delibera del 10 gennaio 2008.



Regolamento e formulario su sito Autorità
(www.autoritalavoripubblici.it)



L'Istituto

Lo strumento del precontenzioso per la sua natura di ADR (Alternative Dispute Resolution), presenta un triplice vantaggio:

- deflazionare la giustizia amministrativa;
- contenere i tempi e i costi economici, in termini di strutture e di risorse umane, che la risposte alla suddetta domanda di giustizia richiedono;
- ottenere, senza dovere versare alcun corrispettivo aggiuntivo al contributo, un parere autorevole e neutrale, reso dall'Autorità attraverso un sistema caratterizzato da un accesso e da un procedimento "agili" e da tempi di risposta ragionevoli, finalizzato a rimuovere e correggere le riscontrate violazioni lamentate dalle parti in una fase in cui le stesse possono ancora essere emendate*.

* In linea con le indicazioni contenute nella Direttiva n. 2007/66/CE che modifica le direttive n. 89/665/CEE e n. 92/13/CEE



Il Procedimento

Art. 2 (Soggetti richiedenti)

Possono presentare istanza di parere i seguenti soggetti:

- la stazione appaltante, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente;
- l'operatore economico, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente;
- soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, in persona del soggetto legittimato ad esprimere all'esterno la volontà del richiedente.

*possono, **singolarmente** o **congiuntamente**, rivolgere all'Autorità istanza di parere*



Il Procedimento

Art. 3 (Istanze non ammissibili)

Si considerano non ammissibili le istanze presentate:

- su una questione riguardante la fase successiva al provvedimento di aggiudicazione definitiva;
- nel caso in cui per la fattispecie oggetto dell'istanza è stato presentato ricorso innanzi all'autorità giudiziaria;
- in assenza di una controversia insorta fra le parti interessate;
- da soggetti che non rientrano tra quelli individuati dal precedente articolo 2, comma 2.



Il Procedimento

L'istanza, da inoltrare secondo il modello presente sul sito dell'Autorità, può essere trasmessa tramite:

- fax;
- raccomandata del servizio postale;
- per posta elettronica certificata ai sensi della normativa vigente.



Il Procedimento

L'istanza deve obbligatoriamente contenere, pena la non ammissibilità della stessa, le seguenti informazioni:

- intestazione riportante la seguente dicitura “istanza di parere per la soluzione delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n), del d. Lgs. n. 163/2006”;
- indicazione del/i soggetto/i richiedente/i;
- eventuale/i soggetto/i controinteressato/i;
- qualora intervenuta, data dell'aggiudicazione provvisoria;
- eventuale pendenza, per la fattispecie in esame, di un ricorso innanzi all'autorità giudiziaria;
- oggetto della gara ed importo a base d'asta;
- compiuta descrizione della fattispecie cui attiene la controversia;
- eventuale richiesta di audizione.



Il Procedimento

L'istanza deve obbligatoriamente contenere, pena la non ammissibilità della stessa, la seguente documentazione:

- bando di gara;
- disciplinare di gara;
- capitolato tecnico;
- lista delle categorie delle lavorazioni (appalto di lavori);
- eventuale provvedimento di esclusione;
- corrispondenza intercorsa fra la stazione appaltante e l'operatore economico;
- in caso di esclusione, copia dell'eventuale segnalazione del fatto al Casellario informatico;
- memoria contenente la definizione della questione sottoposta all'attenzione dell'Autorità e rappresentazione delle rispettive posizioni delle parti interessate.



Il Procedimento

L'Ufficio del precontenzioso **apre l'istruttoria** rendendo noto l'avvio del procedimento ed il nominativo del relativo **responsabile**, mediante comunicazione formale da inviarsi entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza al protocollo dell'Autorità, nei confronti:

- del/i sottoscrittore/i dell'istanza;
- del/i controinteressato/i chiaramente identificato/i nell'istanza stessa.

La comunicazione di avvio del procedimento contiene l'indicazione della data dell'eventuale audizione.

L'Ufficio del precontenzioso, ove lo ritenga necessario, con la comunicazione di avvio del procedimento, chiede alle parti interessate ulteriori informazioni e deduzioni sulla questione oggetto dell'istanza



Il Procedimento

Quando l'istanza è formulata dalla stazione appaltante, la stessa deve contenere l'impegno della medesima a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità.

Nel caso l'istanza è presentata da un operatore economico, nella lettera avvio istruttoria l'Autorità invita la stazione appaltante a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità.



Il Procedimento

E' istituita la “Commissione per la soluzione delle controversie” composta da due Consiglieri dell’Autorità, individuati a rotazione, in carica per un periodo di due mesi. Possono essere invitati a partecipare alle riunioni della Commissione i dirigenti dell’Ufficio Affari Giuridici e dell’Ufficio del precontenzioso.

La Commissione, alla prima adunanza utile, presenta al Consiglio dell’Autorità lo schema di parere per la soluzione della controversia, per la relativa approvazione.

Il Consiglio dell’Autorità, qualora non concordi con la soluzione individuata dalla Commissione, adotta il proprio parere per la soluzione della controversia.

L’Ufficio del precontenzioso trasmette alle parti interessate il parere della Commissione.

Istanza Stazione
Appaltante

Istanza una o più
Parti

Ufficio precontenzioso
Per mezzo del Responsabile
del procedimento

istruttoria in merito alle ragioni di fatto e
di diritto esposte dall'istante

**Commissione
soluzione
controversie**

Emette parere motivato

Previa **AUDIZIONE**. Relazione finale
dell'Ufficio Precontenzioso con
proposta soluzione

Senza **AUDIZIONE**. Relazione finale
dell'Ufficio Precontenzioso con
proposta soluzione



Il Procedimento

Dall'esame dei dati relativi al 2008, sia pur parziali, attualmente in possesso dell'Autorità emerge la **tendenza ad uniformarsi** a tali pareri.

- Adeguamento "pieno", inteso nel senso di modifica del proprio operato da parte della stazione appaltante in esito a parere negativo emesso dall'Autorità riguarda 54 pareri su 125;
- Mancato adeguamento investa solo 28 pareri, mentre 43 sono i casi in cui il parere emesso dall'Autorità ha sostanzialmente confermato l'operato della stazione appaltante, per cui l'adeguamento riscontrato non riveste particolare significatività.



I casi più significativi

Scelta del criterio di aggiudicazione più idoneo (parere n. 78 del 20.3.2008)

Gara per la fornitura del vaccino antipapilloma virus umano.

Il criterio di scelta del contraente più idoneo è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in quanto garantisce l'esigenza di una effettiva comparazione dei farmaci. Infatti, in assenza di alcun indirizzo preferenziale previsto dal legislatore a favore dell'uno o dell'altro criterio (prezzo più basso/offerta economicamente più vantaggiosa), e considerata l'ampia discrezionalità nella scelta del criterio da parte della stazione appaltante, la stessa all'atto di decidere quale criterio utilizzare deve tenere conto delle caratteristiche dell'oggetto del contratto (art. 81, comma 2 "Codice dei Contratti") e della valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza.

Determinazione dei parametri di valutazione e dei rispettivi pesi che non creino criteri preferenziali, e non precostituiscano l'aggiudicazione a favore di una impresa determinata. Il mercato dei farmaci è un "mercato amministrato" di talché il prezzo non può essere l'unico criterio per raffrontare i prodotti, dal momento che esso è sin dall'inizio stabilito dalle autorità amministrative.



I casi più significativi

Requisiti di partecipazione (Deliberazioni n. 20, 33 e 62, e 209 del 2007)

Art. 41 – Requisiti economico- finanziari

La stazione appaltante può fissare, nell'ambito della propria discrezionalità, i requisiti di partecipazione superiori a quelli previsti per legge, ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico.

Limite a detta scelta, come anche è dell'avviso il giudice amministrativo, si rinvia allorché la stessa sia manifestamente irragionevole, arbitraria, sproporzionata, illogica e contraddittoria, nonché lesiva della concorrenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 14.12.2006 n. 7460; Cons. Stato, sez. V, 13.12.2005 n. 7081; Cons. Stato, sez. IV, 22.10.2004, n. 6967).

La ragionevolezza dei requisiti richiesti per la partecipazione all'appalto non viene valutata in astratto, ma in correlazione con il valore dell'appalto stesso.



I casi più significativi

Requisiti di partecipazione e criteri di aggiudicazione (Deliberazioni n. 30, 233, 257 del 2007)

Laddove si ricorra al sistema di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'amministrazione non può operare una commistione tra requisiti soggettivi di partecipazione alla gara ed gli elementi oggettivi di valutazione dell'offerta.

Detta commistione si pone, infatti, in contrasto, sia con la normativa comunitaria, sia con la normativa nazionale di riferimento che pongono una chiara e ragionevole distinzione tra i requisiti soggettivi di partecipazione e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (Cons. di Stato, sez. V, 20 marzo 2006 n. 1446; 28 novembre 2005 n. 6631; sez. V, 16 aprile 2003 n. 1993; 15 giugno 2001 n. 3187).

Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 1 marzo 2007.



I casi più significativi

Congruità dei prezziari utilizzati (parere n. 111 del 9 aprile 2008; n. 196 del 17 luglio 2008)

Il loro utilizzo deve avvenire nel rispetto dei basilari principi di efficienza, efficacia e correttezza di cui all'art. 2, comma 1, del D. Lgs. n. 163/2006. Infatti una eventuale sottostima delle quotazioni delle voci di prezzo, che incida in modo significativo nel quadro economico dell'intervento e, più in generale l'utilizzo di prezziari non aggiornati, rappresenta, per le imprese interessate, un ostacolo alla partecipazione alla gara e alla libera concorrenza fra le stesse.



I casi più significativi

Leasing immobiliare (Parere n. 24 del 31.01.2008)

- ritiene che l'appalto in esame è ascrivibile all'istituto della locazione finanziaria immobiliare di cui all'art. 160 bis del D.Lgs. n. 163/2006 e sia da qualificarsi come appalto di lavori pubblici;
- ritiene che i requisiti di partecipazione alla procedura di gara debbano riferirsi a quelli previsti per l'appalto di lavori pubblici.