

Giorgio Giovannini

Presidente del Consiglio di Stato

Audizione VIII Commissione Senato

14 gennaio 2015

Ringrazio la Commissione per aver fissato questa mia audizione, che mi consente di esprimere il punto di vista della giustizia amministrativa in materia e che spero possa apportare qualche elemento utile per le decisioni che la Commissione dovrà assumere.

1.Premessa

La materia della contrattualistica pubblica, principalmente nella sua fase attinente al procedimento di affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture, è tra quelle che impegnano maggiormente il Consiglio di Stato ed i Tribunali amministrativi regionali.

Ciò sia quantitativamente, anche se negli ultimi tempi abbiamo assistito ad una riduzione del flusso dei ricorsi, motivata presumibilmente in parte dal diminuito numero delle procedure esperite, come testimoniato dalle relazioni annuali dell'Autorità preposta alla vigilanza del settore, e, in parte, dall'abnorme aumento del contributo unificato che ha colpito questo contenzioso a seguito di vari recenti interventi legislativi.

Ma le difficoltà si evidenziano soprattutto sul piano qualitativo, perché i giudizi in materia richiedono un'attività giurisdizionale

particolarmente complessa, sia dal punto di vista istruttorio, sia dal punto di vista dell'interpretazione delle norme.

Prova ne è, a quest'ultimo riguardo, che negli ultimi anni il maggior numero di controversie pervenute all'esame dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha riguardato proprio la contrattualistica pubblica. E questo è, per l'appunto, un chiaro segno delle difficoltà di applicazione della disciplina di settore e, in particolare modo, del codice dei contratti pubblici, poiché, come sapete, a norma del codice del processo amministrativo, in Adunanza plenaria vengono rimesse le questioni sulle quali siano emersi o possano emergere contrasti di giurisprudenza proprio causati dalla complessità del quadro normativo, dalla sua scarsa chiarezza, dalle lacune in esso presenti e così via.

Abbiamo pertanto visto con soddisfazione l'emanazione delle tre nuove direttive europee sui contratti pubblici e le concessioni, perché la loro attuazione ci sembra l'occasione per pervenire ad una disciplina della materia, più chiara, più snella e, in una parola, che meglio soddisfi le esigenze del settore, dando sperabilmente meno adito alle vertenze giurisdizionali.

Vorrei anche aggiungere, sfatando qualche luogo comune spesso riportato anche dai mezzi di informazione, che i nostri giudizi su tali vertenze sono particolarmente celeri, anzi direi che sono tra i più celeri tra quelli che si svolgono nei vari rami dei nostri ordinamenti processuali.

A questo proposito, in Consiglio di Stato sono in corso i lavori di un apposito gruppo di studio, chiamato ad elaborare le statistiche circa i tempi di risposta della giustizia amministrativa rispetto al momento di proposizione dei ricorsi.

Dai primi risultati di questo esame sta emergendo che, appunto, nella particolare materia dei contratti pubblici, a partire dal 2010, anno di entrata in vigore del codice del processo amministrativo, i giudizi si concludono — mediamente — in nove/dieci mesi dinanzi ai Tribunali amministrativi regionali ed in sette/otto mesi dinanzi al Consiglio di Stato. Ciò, ovviamente, salvo le eccezioni date dalla particolare complessità della vertenza.

La durata poi dei giudizi cautelari incidentali è, a sua volta, contenuta di norma nei soli stretti tempi tecnici posti dalla legge a tutela delle parti, poiché la pronuncia interviene, salvo eccezione, sia in primo che in secondo grado nei trenta giorni successivi alla proposizione del ricorso o dell'apposita istanza.

Prevediamo che questi tempi siano destinati a ridursi ulteriormente o — meglio — sono già in corso di riduzione con l'applicazione delle nuove disposizioni introdotte dall'art. 40 del d.l. n. 90 (conv. in legge n. 114) dello scorso anno, che stabilisce termini ancora più stringenti per la definizione del merito di questi giudizi.

Giustamente, quindi il disegno di legge delega in esame, pur fissando criteri in tema di rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, su cui mi soffermerò in seguito, nulla ha previsto in riferimento al processo amministrativo, la cui durata non è ormai ulteriormente comprimibile, senza incidere sulla stessa possibilità di adeguata difesa delle parti e, quindi, sulla effettività della loro tutela.

2. Gli adempimenti formali nelle gare.

Fatta questa premessa e utilizzando l'esperienza maturata nel nostro contenzioso in materia, vorrei formulare qualche riflessione su taluni punti della normativa che dovranno essere toccati in sede di attuazione delle nuove direttive, esprimendo anche qualche possibile auspicio.

Un primo auspicio è che la nuova regolamentazione riduca nella massima misura i formalismi non strettamente necessari.

È un'affermazione che faccio sulla base del rilievo che in seno alla gran parte dei giudizi amministrativi in tema di affidamento dei contratti pubblici vengono poste questioni attinenti al "famigerato" art. 38 del codice dei contratti, il quale impone ai partecipanti alle gare di corredare le loro offerte con una serie di dichiarazioni circa il possesso dei requisiti prescritti per l'ammissione alle stesse. Si tratta di dichiarazioni che nel tempo si sono fatte sempre più numerose a seguito di varie integrazioni apportate al testo originario di detto art. 38.

È questo un adempimento che è frutto dell'impostazione del codice caratterizzata da una certa diffidenza nei confronti delle stazioni appaltanti e che è, pertanto, volta a fornire una disciplina minuta e particolareggiata con valore assolutamente vincolante di tutte le attività sia delle stazioni appaltanti stesse sia dei partecipanti alle gare. Questo indirizzo legislativo nel tempo si è rivelato, però, una sorta di trappola perché la quantità delle dichiarazioni imposte, da un lato, e la obbligatorietà di esse stabilita a pena di invalidità, d'altro lato, ha comportato che qualsiasi manchevolezza, qualsiasi irregolarità conducesse all'esclusione del concorrente che, in ipotesi, poteva pur aver nella sostanza presentato una offerta anche grandemente conveniente per l'amministrazione.

Al che è anche in larga misura dovuta la entità del contenzioso promosso dinanzi alla giustizia amministrativa.

In sede giurisdizionale abbiamo per la verità tentato di reagire a questo stato di cose, valorizzando al massimo l'istituto del cosiddetto "soccorso istruttorio", consentendo all'amministrazione di sollecitare il concorrente a regolarizzare le sue dichiarazioni o la presentazione di elementi mancanti.

Tuttavia ciò è stato possibile soltanto entro limiti ben definiti, perché la espressa vincolatività delle disposizioni del codice ce lo ha permesso solo per quei casi in cui il vizio non presentasse carattere essenziale. Dal che, poi, è ovviamente sorta l'ulteriore questione di quale vizio possa essere considerato essenziale e quale no.

Recentemente un principio di soluzione di questo problema è stato fornito con il già citato d.l. n. 90 del 2014 (art. 39), il quale, proprio in riferimento alle dichiarazioni previste dall'art. 38 del codice dei contratti, ammette la sanatoria dei vizi pur se attinenti ad aspetti essenziali, previa diffida delle stazioni appaltanti e fissazione di un termine ultimo per la regolarizzazione, nonché sotto comminatoria del pagamento di una pena pecuniaria fissata dal bando di gara.

È ancora presto per sapere se tale previsione limiterà questa obiettiva disfunzionalità del procedimento e, per conseguenza, il tasso di litigiosità che su di essa si è alimentato, perché le procedure svoltesi sotto il suo vigore sono troppo poche per avere precisi dati al riguardo.

Tale nuova previsione risponde, però, ad una riflessione che nell'ambito della giustizia amministrativa avevamo più volte fatto e che,

forse, meriterebbe di essere estesa ad altri aspetti del procedimento di aggiudicazione.

Ad esempio, l'attuale art. 48 del codice dei contratti impone, sia in sede di verifica a campione dei requisiti, sia da parte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, la presentazione entro un dato termine della documentazione atta a dimostrare il reale possesso dei requisiti prescritti e meramente autocertificati all'inizio della gara. Si è discusso a lungo se tale termine abbia natura perentoria o meno e si è giunti, da ultimo, a ritenerne la perentorietà. Ciò con il risultato, in caso di violazione del termine, di dover disporre l'annullamento dell'aggiudicazione malgrado la relativa offerta si sia dimostrata la più conveniente per la stazione appaltante.

Ecco, una estensione anche a questa ipotesi del principio introdotto dal ricordato d.l. n. 90, realizzerebbe quella prevalenza delle esigenze di sostanza delle procedure rispetto ai pur importanti aspetti formali, che è obiettivo — credo — che il legislatore dovrebbe perseguire, pur con tutte le cautele necessarie ad evitare che per questa via non risulti alterata la *par condicio* dei concorrenti.

Credo che il disegno di legge delega già ora consenta di porre, in sede attuativa, una simile previsione, alla luce del criterio stabilito dalla lett. f) dell'art. 1, il quale prescrive la “riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti”.

Forse, però, un'aggiunta recante un richiamo ai principi di cui al d.l. n. 90 sarebbe opportuna.

3. L'accentramento della domanda

Un secondo tema sul quale vorrei soffermarmi attiene ad una caratteristica che differenzia in parte le nuove direttive rispetto alle precedenti del 2004, e che è costituita dal riconoscimento, da parte del legislatore europeo, di una maggiore area di discrezionalità in capo alle stazioni appaltanti.

È stato, ad esempio, ampliato il ruolo della negoziazione con le imprese, sempre ovviamente preceduto dalla pubblicazione del bando. Al riguardo la dottrina ha già notato, infatti, come anche nei settori ordinari i suoi presupposti vengano fissati in modo molto più elastico e sfumato rispetto alla casistica precedente, mentre nei settori speciali già in passato essa era equiordinata alle procedure di gara aperte e ristrette.

L'aspetto della negoziazione inerisce, inoltre, ad una ampliata serie di procedure di selezione, essendo esso presente oltre che nelle procedure competitive con negoziazione, anche nel dialogo competitivo e nel partenariato per l'innovazione.

Ciò senza contare i contatti che le stazioni appaltanti sono legittimate dalle direttive ad operare con il mercato e con le imprese ancor prima della indizione delle gare, al fine di conferire a queste ultime un oggetto il più possibile determinato.

Ma gli spazi di discrezionalità aumentano per le stazioni appaltanti anche in riferimento al momento decisorio dell'aggiudicazione.

In proposito viene infatti espressa dalle direttive una netta preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ridefinita ora come quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo. Si tratta del criterio che, come sappiamo, comporta una ponderazione, di

carattere appunto tecnico-discrezionale, circa gli aspetti tecnici e quelli economici delle offerte; ponderazione che le stesse direttive delineano come particolarmente delicata e complessa, perché coinvolgente anche numerosi, specifici nuovi elementi, come la qualità della prestazione, la sua sostenibilità ambientale e sociale, il costo relativo all'intero ciclo di vita del prodotto ed altro ancora.

Non scompare ovviamente il criterio automatico di aggiudicazione al prezzo più basso, ma ad esso si conferisce un ruolo limitato a taluni tipi di procedure come i sistemi dinamici di acquisizione e le aste informatiche, soprattutto per acquisti di uso corrente.

Si tratta dunque di una accresciuta area di discrezionalità che nel complesso richiede il concorso di conoscenze e professionalità vaste e specifiche: dalla giuridico-amministrativa, alla tecnico-merceologica, a quel tipo di competenze economiche che nel mondo anglosassone vengono normalmente individuate come proprie delle figure del *buyer* e del *controller* ed altro forse ancora.

Ora, è difficile ritenere che tali requisiti possano rinvenirsi adeguatamente presenti in ciascuna delle 35.000 — si dice — stazioni appaltanti operanti nel nostro ordinamento.

È difficile, in particolare, ritenere che tali professionalità, specializzazione ed esperienza di settore possano essere garantite specie dalle realtà amministrative di minore entità, presso le quali la stipulazione dei contratti avviene non frequentemente ed ove una medesima struttura è, per forza di cose, priva di preparazione specifica, in quanto preposta ai più diversi compiti amministrativi.

Del resto, già oggi, pur in presenza di regole che meno fanno affidamento sulla discrezionalità delle stazioni appaltanti, nel contenzioso che ci perviene verificiamo spesso errori od omissioni causate da non altro che inesperienza o mancata approfondita conoscenza delle norme.

Credo, quindi, che l'attuazione delle direttive debba essere assunta come l'occasione anche per riprendere con forza il cammino per giungere ad un ampio sviluppo dell'istituto delle centrali di committenza.

Al riguardo va ricordato che accanto alla tutto sommato scarsa previsione contemplata in materia dall'art. 33 del codice dei contratti pubblici, si è via via affiancata una serie estremamente nutrita di disposizioni contenute in varie leggi, prima finanziarie ed ora di stabilità, nonché nei provvedimenti legislativi anticrisi emanati a partire dal 2011 fino al decreto legge n. 66 (conv. in legge n. 89) dello scorso anno, recante misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale.

La concreta realizzazione di questo obiettivo è, però, ancora lontana.

Basti considerare le vicende che hanno riguardato l'obbligo di aggregazione delle domande da parte dei Comuni minori, obbligo il quale fu stabilito dal decreto Salva-Italia del dicembre 2011, con una norma la cui concreta operatività è stata però oggetto di rinvio in rinvio.

Pure, l'agire per centrali di committenza o, comunque, mediante domande in forme aggregate sarebbe di grande utilità, perché consentirebbe economie di scala, agevolerebbe i controlli anche in funzione antimafia ed anticorruzione e farebbe sì che le procedure

selettive sarebbero svolte da personale particolarmente qualificato e specializzato, perché deputato primariamente a tale funzione.

Diversamente dalle direttive del 2004, quelle attuali prestano particolare attenzione alle forme di aggregazione della domanda delle stazioni appaltanti e, dunque, ben possono essere assunte come ulteriore impulso, in sede attuativa, per la più ampia realizzazione di questo istituto.

Il disegno di legge delega già contiene, alla lettera g) dell'art. 1 una previsione conforme, che forse meriterebbe di essere rafforzata per mostrare il particolare favore del Parlamento per tale soluzione.

In questa ottica dovrebbe comunque essere preservata, sempre per espressa volontà delle direttive, la tutela delle piccole e medie imprese per la partecipazione alle selezioni, che può rischiare di risultare pregiudicata a causa della maggiore portata dei contratti conseguenti alla centralizzazione delle domande.

4. I rimedi alternativi di tutela.

Un criterio di particolare interesse posto dal disegno di legge delega è quello contenuto nella lettera l) dell'art. 1, con il quale è demandata al legislatore delegato la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione dei contratti.

Per la verità questo criterio non mi sembra rispondere ad una previsione delle direttive e neppure a previsioni contenute delle direttive ricorsi che si sono succedute tra il 1989 ed il 2007.

Esso è però ugualmente da condividere, da un lato, perché è consonante con un generale orientamento dell'Unione europea favorevole a queste forme di rimedi, orientamento che, come è noto, si è espresso in materia civile e commerciale con la direttiva n. 52 del 2008 sulla mediazione.

Il criterio è poi, d'altro lato, più in generale da condividere perché, ove adeguatamente attuato, potrebbe contribuire a realizzare una certa deflazione del contenzioso giudiziario.

Per quanto in particolare riguarda la giustizia amministrativa, infatti, è vero, come ho accennato prima, che riusciamo a far fronte ai ricorsi in materia contrattualistica pubblica in tempi estremamente celeri. Ciò, però, avviene a discapito dell'altro contenzioso di nostra pertinenza, che per volontà della legge e per forza di cose finisce coll'essere posposto a detti ricorsi e vede così accrescersi i tempi di attesa delle decisioni.

L'introduzione e l'implementazione dei rimedi alternativi alla giurisdizione — e, cioè, le cosiddette a.d.r. (*alternative dispute resolution*) secondo l'acronimo anglosassone — pongono peraltro problemi diversi a seconda che attengano alla fase di aggiudicazione dei contratti, ovvero a quella della loro esecuzione.

Quanto a quest'ultima, ci si trova in presenza di rapporti di diritto-obbligo di carattere patrimoniale correnti tra la stazione committente e l'affidatario del contratto e, dunque, il rimedio è di più agevole realizzazione, potendo assumere connotazione transattiva nelle più varie forme.

Attualmente il codice dei contratti pubblici prevede l'istituto dell'accordo bonario, che è promosso o deciso da una commissione composta da tre membri o, per i contratti di minor valore, dallo stesso responsabile del procedimento.

Francamente non so quanto statisticamente questo istituto abbia deflazionato il contenzioso giurisdizionale che, per questa fase, è di pertinenza del giudice ordinario. Tuttavia si potrebbe rafforzarlo, assicurando maggiori garanzie di indipendenza dei componenti o, quanto meno, del presidente della commissione, il quale potrebbe, ad esempio, essere nominato dall'Autorità anticorruzione, ovvero ad essa potrebbe essere rimessa la tenuta di un apposito registro di soggetti idonei a tale funzione, secondo requisiti predeterminati.

Più delicata è l'individuazione di possibili rimedi alternativi per le controversie che sorgono con riferimento alla fase di aggiudicazione dei contratti.

Qui, infatti, ci troviamo in presenza di rapporti di potestà pubblica-interessi legittimi, correnti tra la stazione appaltante ed i partecipanti alle selezioni, situazioni soggettive queste le quali hanno la caratteristica dell'indisponibilità e che, quindi, non possono essere oggetto di strumenti *lato sensu* transattivi di alcun tipo.

Forse la soluzione migliore sarebbe quella di affidare la risoluzione alternativa non giurisdizionale di tali controversie ad un organo che nell'ambito dell'apparato amministrativo dello Stato fruisca del massimo grado di neutralità e terzietà. E qui, ovviamente, la scelta non potrebbe – mi sembra – che cadere sull'Autorità nazionale anticorruzione, la quale per la verità già ora, in base all'art. 6, comma 7, lett. *u*) del codice dei contratti pubblici, annovera tra i suoi compiti quello di esprimere, su

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

Si tratta di una competenza che è stata accuratamente disciplinata dalla stessa Autorità nei suoi profili procedimentali e che potrebbe allo scopo in questione essere ulteriormente valorizzata.

5. Le società “in house”.

Non so se per scelta consapevole o meno, il disegno di legge delega non contiene alcun criterio in riferimento alle cosiddette società “in house”, a quelle società, cioè, che sono sotto il controllo di amministrazioni pubbliche e che, come tali, possono essere affidatarie di contratti – di fatto prevalentemente concernente i servizi – in via diretta e, quindi, senza l’espletamento di gara.

A proposito di queste società il problema di fondo è quello di evitare fenomeni elusivi. Ed a tal fine è necessario che esse si atteggiino come strutture totalmente proprie dell’amministrazione o delle amministrazioni precedenti, giustificandosi soltanto così il fatto che la prestazione sia loro affidata senza l’applicazione delle norme attuative delle regole europee poste a tutela del principio di concorrenza.

Qui in Italia la giurisprudenza amministrativa si è basata soprattutto sui criteri enunciati dall’Adunanza plenaria con la decisione n. 1 del 2008, pronunciata in un caso nel quale un servizio di assistenza domiciliare era stato affidato in via diretta ad una società mista di capitale pubblico e privato.

In quella fattispecie l'Adunanza plenaria negò la legittimazione di detto affidamento diretto, perché la società presentava caratteristiche tali, quanto a "governance", quanto a partecipazione dei privati, etc., da non poterla considerare una reale mera *longa manus* dell'amministrazione allora procedente.

Questo indirizzo interpretativo è sostanzialmente conforme a quello seguito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Sulla materia è poi intervenuto in modo drastico il legislatore nazionale, il quale, con l'art. 4, comma 8, del d.l. n. 95 del 2012, conv. in legge n. 135 del 2012, ha disposto che a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione "in house".

A differenza delle precedenti direttive del 2004, le nuove direttive contemplano talune disposizioni appunto in tema di società "in house", consentendo che ad esse partecipino anche, a determinate condizioni, capitali privati.

Sembrerebbe pertanto necessaria la fissazione di un criterio che demandi al legislatore delegato il compito di armonizzare questo principio con la nostra più restrittiva legislazione, anche per fornire un indirizzo alle Regioni, alle quali il citato art. 4, comma 8, non si applica (per le Regioni a statuto ordinario, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità di detto comma, in quanto loro riferentesi, pronunciata dalla Corte costituzionale con sentenza 23 luglio 2013, n. 229, e, per le Regioni a statuto speciale, in virtù della clausola di salvaguardia contemplata dall'art. 24 *bis* del medesimo d.l. n. 95).

6. Conclusione

Secondo una recente ricerca dell'ufficio per la legislazione straniera della Biblioteca della Camera, l'attuazione delle precedenti direttive del 2004 è stato operato dal legislatore tedesco con 38 articoli, da quello britannico con 97 articoli, da quello francese con 295 articoli. Qui da noi essa ha invece richiesto ben 616 articoli confluiti, in parte, nel codice dei contratti pubblici e, in parte, nel relativo regolamento.

Ecco, credo che un primo possibile complessivo auspicio sia proprio che il legislatore delegato riesca a semplificare e snellire il quadro normativo rispetto a quello attuale.

Si tratta peraltro – mi rendo conto – di un compito arduo, sicuramente non facilitato dalla consistenza delle nuove direttive, le quali, a loro volta, presentano 100 articoli in più rispetto alle precedenti.

Forse perciò, più ancora che allo snellimento, dovremmo aspirare alla chiarezza ed organicità delle norme. Del resto il codice civile è composto da quasi 3.000 articoli, eppure mi sembra che funzioni abbastanza bene.

Altro aspetto auspicabile – che peraltro non dipenderà interamente dalla attuazione delle direttive – è che detto nuovo quadro normativo si atteggi come ragionevolmente stabile.

Qualcuno ha conteggiato in oltre 100 gli interventi di modifica subiti dal codice dei contratti pubblici nei suoi 8 anni di vita, interventi spesso mal coordinati sia tra di loro, sia rispetto alle originarie disposizioni del codice stesso.

È questo un fenomeno che provoca incertezza negli operatori del settore, aumenta i rischi di errore delle stazioni appaltanti, quanto meno di quelle meno specializzate, genera spesso nuove questioni interpretative, accrescendo l'entità del contenzioso e così via.

È quindi sperabile che le nuove norme, rispondendo a criteri di chiarezza, completezza ed organicità, riescano ad impedire tale inconveniente, quanto meno nella eccessiva misura in cui si è finora verificato.