

Convegno IGI 21 luglio 2020. Relazione: Claudio Rangone

Un esempio virtuoso di P.A.: il caso francese

Indice:

- I. Sguardo all'evoluzione della disciplina dell'Unione**
- II. Come “pesare” il grado di discrezionalità delle stazioni appaltanti dei vari sistemi paese: il caso francese (Cenni a Germania e Portogallo)**
- III. Risoluzione alternativa delle controversie: la mediazione giudiziale in Francia**
- IV. Informatizzazione degli appalti pubblici in Francia: cenni**

SOMMARIO

La centralità del ruolo di stazioni appaltanti tecnicamente competenti e dotate di ampi poteri decisionali in un contesto concorrenziale di Mercato unico, rappresenta il cuore stesso delle direttive UE che, generazione dopo generazione, hanno sviluppato un articolato insieme di procedure flessibili, ad alto contenuto qualitativo ed innovativo, che richiedono facoltà decisionali importanti per essere espletate al meglio.

Questo presupposto di qualità elevata della p.a. si traduce in un fattore di complessità del diritto dell'Unione che è alla base dei ritardi e delle difficoltà di recepimento delle direttive 2014 da parte di molti Stati membri, mentre nel sottosoglia (che rappresenta circa l'80% della spesa globale del procurement a scala UE), da almeno un decennio, avanza in quasi tutti i paesi un processo di liberalizzazione decisionale e di semplificazione procedurale con parallelo alleggerimento delle tutele: tale processo risulta più accentuato nei sistemi civilistici, dove, nel sotto soglia, le tutele sono ridotte al reclamo all'ente e poi al ricorso al giudice civile per il risarcimento danni (Germania), ma è presente anche in molti ordinamenti amministrativi.

Tuttavia, a mia conoscenza, nessun paese UE ha previsto oltre le soglie (minori) degli affidamenti diretti e fuori dei settori connessi all'emergenza Covid, il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicità nel sottosoglia: e, certamente, non nei maggiori Stati Ue e nel Regno Unito.

Il grado di discrezionalità della p.a. di un sistema paese può essere “pesato” ricorrendo a molteplici indici: di seguito, ne sono stati individuati, senza pretesa di esaustività, quattro per la Francia.

- 1) Tra gli Stati a sistemi amministrativo, la Francia - campione della centralizzazione statale e della codificazione legislativa- è il paese che più ha coltivato nel tempo una visione di alto profilo della p.a., fornita di competenza che garantisce autorevolezza e che consente di negoziare nelle aggiudicazioni e di transare nelle liti in fase realizzativa delle prestazioni, al punto che “l'osare il negoziare e l'ammettere l'errore per transare al meglio” rappresentano 2 capisaldi sostanziali dell'efficace comportamento del buon funzionario, perché, spiegano le Circulaires, “fanno risparmiare tempo e denaro allo Stato”.

Per “allenare” le stazioni appaltanti all'uso della discrezionalità (soprattutto nelle procedure complesse), già dal 2006, con Decreto del Primo Ministro, è stato reso obbligatorio per i Ministeri il ricorso alla procedura del dialogo competitivo –DC- per un numero annualmente prefissato di affidamenti (esteso anche nel sottosoglia e pure per interventi “solo complessi”) e, dal 2015, generalizzato ai contratti PPP. Così la Francia si trova ad essere campione di DC in Europa con circa 3800/4000 affidamenti (su circa 11000 nell'Unione a 27: secondo, il Regno Unito con circa 3000, mentre la Germania arriva a 100), in prevalenza nel settore energia (edifici e infrastrutture), illuminazione pubblica ed edifici “complessi” come centri scolastici, sportivi, sanitari e simili oppure ambasciate in aree a rischio, strutture di difesa ecc..

- 2) Oltre ad essere l'unico paese a sistema amministrativo a fare la qualificazione gara per gara

- come nei sistemi civilistici e
- 3) ad aver fatto della suddivisione in lotti un cardine del Code de la Commande Publique, il che presuppone una P.A. competente, attiva e decisionista,
 - 4) la Francia ha una lunga tradizione di metodi di composizione amichevole delle liti in alternativa alla giurisdizione amministrativa: la legge di “Modernizzazione della giustizia del XXI secolo” del 2016 e vari decreti attuativi del 2017 e 2018, hanno esteso tale approccio al Code de la Justice Administrative - CJA-, rendendo la mediazione - per ora in via sperimentale - una modalità organica e strutturale alla funzione pubblica del giudicare, sia in fase pre-giudiziale ad iniziativa delle parti che in fase endoprocedimentale ad iniziativa del giudice (di 1^a e 2^a grado), sempre previo accordo con le parti ricorrenti (ad oggi, su 318 procedimenti di mediazioni, il 40% riguardano gli appalti pubblici, principalmente per aspetti esecutivi).

La Francia ha avviato da un decennio il processo di digitalizzazione della p.a., legandolo strettamente a quello generale del paese: allo stesso modo, la “dematerializzazione” degli appalti pubblici avviata dal 2015 avanza (lentamente) in parallelo con il processo di informatizzazione dell’intera p.a., nella convinzione che per mutare in profondità la cultura dei funzionari pubblici e farla sviluppare in chiave e-procurement, occorra creare un contesto generale adeguato e solido che possa accoglierla stabilmente.

I. SGUARDO ALL’EVOLUZIONE DELLA DISCIPLINA NELL’UNIONE

Il decreto Semplificazione pare aver fatto uscire il nostro legislatore da un lungo letargo di idee, complice l’incubo Covid e l’incombente, grave crisi economica e sociale: e, come in tutti i bruschi risvegli, si manifesta una certa confusione, che però lascia intravedere una visione nuova del procurement, costituita dalla centralità delle stazioni appaltanti munite di vasti poteri discrezionali: questa riscoperta (tutta italiana, perché molto tardiva e perché tutta da confermare nei fatti) ci porta dritti al cuore stesso delle direttive UE, profondamente impregnate di un’idea alta di P.A., in ciò influenzate profondamente nella loro formazione dalle esperienze determinanti di due ordinamenti dell’Unione tra loro agli antipodi (il Regno Unito e la Francia), accumulati però dalla tradizionale competenza ed autorevolezza di una p.a. appaltante che svolge un ruolo attivo nel mercato degli appalti e delle concessioni, facendo ampio ricorso a poteri discrezionali, riconosciuti per legge ed applicati di fatto.

Ho detto che si tratta di una “scoperta” tutta italiana perché negli altri paesi UE il concetto appare scontato: le direttive presuppongono una p.a. molto competente e fortemente decisionista.

Peraltro, solo questa centralità delle stazioni appaltanti giustifica la pluralità e l’articolazione crescente, generazione dopo generazione di direttive, di procedure a forte presenza di vaste scelte discrezionali (anche complesse), fondate su elementi qualitativi nell’individuazione degli aggiudicatari e di obbligatorio contraddittorio con gli interessati prima di assumere un qualsiasi provvedimento negativo.

In effetti, quanto affermato trova riscontro nel fatto che il recepimento ha visto tempi lunghi (ben 21 Stati destinatari di lettere di messa in mora) e difficoltà diffuse in molti paesi, con completamento delle misure di attuazione delle leggi di recepimento da parte della maggior parte degli Stati circa 2 anni dopo il termine (tanto da aver indotto la Commissione a pubblicare, nel 2017, una Raccomandazione centrata sull’esigenza di professionalizzazione degli addetti delle stazioni appaltanti).

Quanto poi alle caratteristiche del recepimento, in estrema sintesi, si può dire: 3 Stati (Regno Unito, Irlanda e Danimarca) lo hanno fatto con modalità “fotocopia”, 10/12 con modalità “quasi fotocopia” (tra questi, principalmente Germania, Olanda, Svezia, Paesi Baltici, ecc), mentre gli altri (e segnatamente, i Paesi del sud Europa, Polonia, Belgio, Cipro, ecc) con modalità “rielaborativa” o addirittura “iper-rielaborativa”. Inoltre, quasi tutti gli Stati hanno recepito la direttiva settori ordinari (D. 24) in modalità meno fotocopia della direttiva settori speciali (D. 25), mentre la direttiva concessioni, nella maggior parte degli Stati (e soprattutto in quelli civilistici) è stata recepita per ultima in ordine di tempo, con provvedimento ad hoc ed in modo quasi letterale, data la scarsa conoscenza e pratica dell’istituto in molti paesi: ragion per cui la disciplina del recepimento della direttiva concessioni risulta piuttosto omogenea in Europa.

Nonostante le difficoltà ricordate, le direttive hanno raggiunto un importante successo applicativo in almeno tre ambiti: 1) la centralizzazione della domanda, diffusa in tutti gli Stati e spesso abbinata alla programmazione mediante accordi quadro; 2) la suddivisione in lotti degli appalti, a diffusione crescente in quasi tutti gli Stati (capifila: Germania, Francia e regno Unito, che hanno fortemente voluto l’inserimento dell’istituto, già applicato nei rispettivi ambiti nazionali, nelle direttive), con conseguente crescita del ruolo del pubblico, obbligato, al fine di gestire efficacemente tale complessa metodologia di affidamento/esecuzione in lotti, a forme nuove di autoproduzione, soprattutto di attività tecniche normalmente esternalizzate; 3) la diffusione crescente (rilanciata dalla centralità del ruolo strategico della p.a. sancito dal TFUE, ratificato nel 2009) delle diverse forme di cooperazione tra enti pubblici, sia verticale (in house providing) sia orizzontale, che hanno visto messa in discussione in molti paesi (Germania in testa) la logica e la formula anglosassone della partecipazione privata alla realizzazione e gestione dei servizi pubblici (mediante PFI/PPP/concessioni) e conseguente “municipalizzazione” degli affidamenti in concessioni a privati, PPP ecc e con pubblicizzazioni di società miste.

Se è dunque vero che le Direttive pretenderebbero una p.a. competente e decisionista, è altrettanto vero che tutti gli Stati UE spendono prevalentemente i fondi pubblici prescindendone.

Infatti, i dati statistici sul procurement a scala dell’Unione evidenziano da anni una percentuale minoritaria di affidamenti con le direttive pari a circa il 20% del totale della spesa pubblica in appalti e concessioni (corrispondenti a circa 380/400 miliardi annui); sul piano numerico, poi, i contratti UE rappresentano in media circa il 28% del totale, mentre nel primo mercato della UE, la Germania, la percentuale risulta solo del 4,6% (addirittura tra il 2 e il 3% il numero dei contratti di lavoro UE).

Ciò significa che il sottosoglia è largamente maggioritario in Europa quanto a volume di spesa pubblica e a numero di contratti, anche se non certo per importanza strategica degli affidamenti.

Anche le stazioni appaltanti che fanno affidamenti sopra soglia sono indicate da Eurostat in 30.000 (su 250.000 attive complessivamente), ma di queste solo la metà (cioè circa 15.000) svolge più di una gara comunitaria all’anno e solo poche migliaia affidano con continuità contratti UE.

Dando uno sguardo d’insieme a scala UE si nota che la disciplina nazionale del sottosoglia ha visto una continua “fuga” dallo schema delle direttive, dato che tutti gli Stati hanno semplificato le discipline e liberalizzato le procedure, accentuando la libertà decisionale delle stazioni appaltanti: queste sono facoltizzate (nei sistemi civilistici completamente, ma anche in quelli amministrativi in modo accentuato) a scegliere la procedura ritenuta migliore, “ispirandosi” a quelle delle direttive.

Di fatto, a parte gli affidamenti diretti per gli appalti minori (in genere, fino alla soglia compresa tra 40.000 e 80.000 per forniture e servizi e tra 75 e 150.000 per i lavori), la procedura più utilizzata fino alle soglie UE nei vari settori è la negoziata preceduta da pubblicità con aggiudicazione al massimo ribasso (ovvero con il criterio dell’offerta più vantaggiosa limitata a 2 criteri, termine e prezzo), mentre la modalità di espletamento risulta essere la suddivisione in lotti (sempre la Francia ne ha fatto uno dei principi cardine del Code de la Commande Publique).

Infine, va menzionato il fatto che anche le tutele nel sottosoglia sono state attenuate (nei sistemi amministrativi) o ridotte (nei sistemi civilistici) al solo reclamo all’ente appaltante e, in caso

negativo, ricorso al giudice civile per il risarcimento danni: annullamento della procedura e sospensiva sono limitate a casi veramente eccezionali, mentre crescente è il ricorso alle forme alternative di risoluzione delle controversie.

Peraltro, contrariamente a quanto auspicato da molti, le nuove direttive non paiono fino ad ora avere prodotto un'espansione della percentuale di spesa pubblica sul totale aggiudicata con le regole europee (infatti, l'indicata percentuale 20-80 è stabile da anni) e neppure un diffuso effetto "imitativo" e di ricaduta sulle normative nazionali del sottosoglia.

Per gli affidamenti tra gli importi di soglia che ammettono l'affidamento diretto e le diverse soglie UE, la procedura è di norma scelta dalla stazione appaltante previa pubblicità adeguata all'intervento, potendo decidere liberamente "ispirandosi" a quelle previste dalle direttive.

Tuttavia, non sono rari i casi di procedure "miste" (e non solo in paesi a sistema civilistico come la Germania: par. 21 del VOB/A): infatti, ad esempio, la Francia prevede una disciplina "ultraflessibile" nel caso delle procedure c.d. *adaptées* (cioè quelle del sottosoglia da distinguersi da quelle "formalisées" del soprasoglia), per cui, ai sensi dell'art. 27, 2^a comma del Décret 2016-360 attuativo del Code de la Commande Publique, l'ente può bandire gare "costruendo le procedure più adatte" al contesto, prevedendo di negoziare e poi affidando senza negoziazione ovvero, all'inverso, impostare una gara aperta e poi chiamare a negoziare le offerte migliori.

D'altra parte, le stazioni appaltanti francesi godono di un tradizionale ampio margine decisionale: le Circulaires di indirizzo affermano a chiare lettere che il "saper negoziare nell'aggiudicazione" ed il "saper transigere nell'esecuzione" rappresentano due competenze considerate decisive, ed il Conseil d'Etat, dopo aver riaffermato il pieno rispetto di tutti i principi anche nel sottosoglia, ribadisce nella famosa sentenza CE 4/7/2012 - n. 353305 - Cabinet Fremont "la libertà di scelta delle stazioni appaltanti circa la modalità della pubblicità e di svolgimento delle procedure più appropriate alle caratteristiche del singolo appalto".

L'indicata tendenza a deregolamentare il sottosoglia prende avvio dopo la crisi mondiale 2007/2008, si accentua con la crisi finanziaria europea del 2011 e si concretizza progressivamente nella diffusione in tutti gli Stati della modalità della suddivisione (a monte) degli appalti per mandare in aggiudicazione lotti di importo minore, più adatto alle PMI locali.

In altre parole, in quasi tutti i paesi e con accentuazione più o meno marcate, ma comunque sempre presenti tra i diversi sistemi nazionali, la disciplina del sottosoglia si potrebbe assimilare (per esemplificare al massimo situazioni differenti da paese a paese) a quella propria dei settori speciali e l'ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti elevata, di fatto e di diritto, a regola generale, con facoltà delle stesse di ispirarsi liberamente alle procedure delle direttive e di crearne di nuove assumendo elementi dalle stesse (creando così un fenomeno diffuso di ibridazione procedurale).

II. COME "PESARE" IL GRADO DI DISCREZIONALITÀ DELLE STAZIONI APPALTANTI DEI VARI SISTEMI NAZIONALI: IL CASO FRANCESE. Cenni a Germania e Portogallo.

Per potersi avere alta qualità nell'azione della p.a. appaltante (con garanzia di spesa pubblica efficiente e insieme di qualità), i vari ordinamenti nazionali hanno "inventato" diversi approcci: nei sistemi civilistici, la via è stata, da un lato, la semplificazione normativa spinta soprattutto nel sottosoglia con incremento della discrezionalità decisionale delle stazioni appaltanti e riduzione delle tutele, dall'altro lato, però, una estensione parallela delle normative tecniche, i c.d. standards.

Campione di tale impostazione è la Germania, che ha recepito la D. 24 con solo una novantina di articoli inseriti nella preesistente struttura del VOB/A, ma è dotata di un corpus di migliaia di norme tecniche (le famose DIN NORMEN), valide anche nel sottosoglia, che "guidano" in ogni dettaglio il comportamento pratico dei funzionari, pur in un contesto di amplissima discrezionalità decisionale (non a caso, si dice che l'appalto in Germania è affare da ingegnere e non da avvocato: ciò si può ben riscontrare nel paragone tra i progetti - e pure tra i capitolati e atti tecnici - , dove quello tedesco è talmente precisato in ogni dettaglio, che si potrebbe dire che il nostro progetto esecutivo è forse poco più di un preliminare tedesco!).

Tra i sistemi amministrativi presenti a scala dell'Unione, troviamo invece, in estrema sintesi, 2 modalità abbastanza diverse finalizzate a garantire un alto livello qualitativo della p.a.: da un lato, il Portogallo, che vede un approccio giocato sull'aspetto organizzativo e gestionale delle (poche) stazioni appaltanti importanti - qualificazione professionale continua tramite uso sistematico di Fondi UE - abbinata alla digitalizzazione spinta (primo paese in Europa per % di e-procurement sul totale di spesa e primo per numero di awards UE circa la qualità nell'uso dei Fondi strutturali) e, dall'altro, la Francia, con un approccio pratico-operativo fondato sulla pressione del Governo verso la p.a. 1) per l'uso diffuso e reiterato di procedure discrezionali, in chiave di "allenamento", come il dialogo competitivo; 2) per il ricorso sistematico alle indagini preliminari di mercato e alla programmazione delle gare a medio termine per creare un mercato più stabile e competitivo; 3) per l'approccio informatico, organizzato in modo sistematico verso tutta la p.a., e non solo quella appaltante, in chiave di modifica profonda della cultura generale della p.a., adeguandola alle mutate esigenze economico-sociali (trasparenza, green, partecipazione le parole chiave).

Molteplici fattori possono essere utilizzati per cercare di "pesare" l'ampiezza dei poteri discrezionali presenti in un sistema paese in materia di appalti pubblici: ne indicherò quattro che mi paiono significativi, anche se non certo esaustivi:

1) la Francia risulta l'unico sistema amministrativo che, nei settori classici, non adotta la qualificazione preventiva obbligatoria, ma quella gara per gara, tipica dei sistemi civilistici, anche se la certificazione privata è molto diffusa e normalmente richieste nei bandi di gara, restando però facoltativa (il più famoso è il certificato OPQCB); inoltre, 2) è l'unico paese a sistema amministrativo che ha posto come uno dei principi cardine del Code de la Coomande Publique la suddivisione in lotti degli appalti. Aspetti che denotano e presuppongono una capacità ed un potere decisionale importante delle stazioni appaltanti.

Inoltre, 3) in quasi tutti gli ordinamenti nazionali, e soprattutto in quelli più performanti come la Germania, l'Olanda, la Svezia, ecc, si è fatta strada l'idea di una P.A. che gioca un ruolo almeno alla pari con il mondo privato, che ha visione complessiva e che sa programmare a lungo termine (meglio dei privati) mentre opera (con efficienza non minore al privato) nel giorno per giorno delle gestioni dei servizi pubblici e di interesse generale.

Pure la Francia non è esente da tale rivalutazione del ruolo pubblico, sia come p.a. auto produttrice diretta (soprattutto di servizi tecnici) che come promotrice di forme di cooperazione tra enti pubblici, quale cooperazione verticale (in house providing) che orizzontale.

Oltre a quanto evidenziato una modalità di verifica della discrezionalità mi pare possa essere dato dall'approfondimento di 2 aspetti tipici del sistema d'oltralpe: il ricorso diffuso al dialogo competitivo e la spinta alla previsione di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie negli appalti pubblici.

Con riferimento alla procedura del dialogo competitivo (di cui, secondo la Banca dati del TED, si hanno nella UE più di 11.000 affidamenti complessivi) troviamo in posizione di avanguardia la Francia che, per Decreto del Primo Ministro, obbliga (già a partire dal Code des marches publics del 2004: obbligo poi esteso ai PPP dall'Ordonnance del 2015) tutti i Ministeri ad un numero prefissato annuo di affidamenti con la formula del dialogo competitivo: sono ammessi anche interventi sottosoglia e pure in caso di interventi "solo complessi". Il fine è quello di "allenare le stazioni appaltanti alla discrezionalità": ad oggi risultano effettuati complessivamente 3800/4000 affidamenti con tale formula, contro i circa 3000 del Regno Unito ed i neppure 100 tedeschi. I settori più "appropriati" sono risultati il settore dell'energia, del risparmio energetico degli edifici, dell'illuminazione pubblica e le diverse tipologie di opere e servizi in PPP, metodo di affidamento obbligatorio per gli interventi sopra soglia dal 2015.

III. RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE: LA MEDIAZIONE GIUDIZIARIA IN FRANCIA

Quanto alla risoluzione alternativa delle controversie, la Francia vede una lunga tradizione di preferenza per la **composizione amichevole dei litigi**.

Infatti, l'art. 27 del Code des marchés publics 2006 prevedeva la facoltà delle amministrazioni aggiudicatrici/poteri aggiudicatori di fare ricorso alla composizione amichevole dei litigi. In realtà, la relativa Circulaire applicativa del 19 dicembre 2009 (Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics) enumera tre diversi dispositivi: 1) la Conciliazione, 2) l'Arbitraggio, 3) i Comitati per l'amichevole composizione dei litigi.

Quest'ultimo dispositivo risulta essere quello che ha visto sul piano pratico la maggiore estensione, secondo i dati del Ministero, forse anche per il suo carattere gratuito.

I Comitati di composizione amichevole (CCRA) sono organismi consultivi di conciliazione che possono essere investiti di ogni tipo di litigio intervenuto nel corso dell'esecuzione del contratto. Questi Comitati non sono giurisdizioni e neppure istanze arbitrali: emettono pareri che l'amministrazione è libera di seguire o meno, così come l'aggiudicatario. Sono interpellati in via facoltativa, anche se il contratto di appalto può rendere il ricorso a tali Comitati obbligatorio. Possono essere interpellati sia dall'appaltatore che dalla stazione appaltante per ogni tipo di litigio connesso all'esecuzione dell'appalto affidato secondo il Code, ovvero da entrambi.

E' previsto un Comitato nazionale per i contratti affidati centralmente dallo Stato e, per tutti gli altri, sette Comitati locali per gli enti locali e per gli altri enti di ambito locale dislocati a Parigi, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lione, Nancy e Marsiglia e competenti per i relativi territori.

La domanda di parere accompagnata dalla memoria esplicativa dei motivi del litigio (con contratto allegato), può essere inviata in cartaceo e/o per e-mail.

Il Presidente del Comitato investito della richiesta istruisce la pratica, che può essere completata e corretta a richiesta: la domanda è gratuita e solo le spese di riproduzione degli atti per i componenti del Comitato devono essere rimborsate.

La richiesta di composizione al Comitato trasmessa nei modi dovuti e non dichiarata irricevibile dal Presidente, produce la sospensione dei termini di ricorso giurisdizionale fino alla notifica del parere del Comitato.

Il parere del Comitato si deve basare su di un criterio di soluzione amichevole ed equa e non solo sul diritto (art. 12 del Code e décret n° 2010-1525 dell'8/12/2010).

I Comitati sono organismi paritetici presieduti da un membro delle giurisdizioni amministrative o contabili e sono costituiti da rappresentanti delle amministrazioni e degli organismi professionali degli imprenditori.

Secondo l'art. 8 del citato decreto n°2010-1525, il CCRA deve fornire il parere entro il termine massimo di sei mesi, termine prolungabile di un solo mese a titolo eccezionale con decisione motivata dal Presidente.

Se le parti decidono di accettare il parere, possono giungere ad una transazione, con sottoscrizione di una variante al contratto.

La Francia si caratterizza per un operare della p.a. autorevole, che proprio per questo deve "saper transigere"

La Direction des affaires juridiques istituita presso il Ministero delle Finanze e degli Affari economici è, dalla Rivoluzione del 1789, l'Organo di rappresentanza e di difesa dello Stato in giudizio.

Con tale autorità di ruolo, la DAJ si esprime appoggiando caldamente il ricorso alla transazione: proprio la nuova direttrice della DAJ, Catherine Bergeal, consigliere di Stato, ha redatto una Circulaire datata 6 aprile 2014 in cui si invitano le p.a. a sviluppare correttamente il ricorso alla

transazione per regolare le divergenze in via amichevole.

La Circulaire si colloca in un tradizionale filone di pensiero che risale agli anni '90 basato su di una famosa presa di posizione del supremo organo giurisdizionale amministrativo, il Consiglio di Stato, dal titolo "Règlez autrement les conflits".

Come è sancito nella citata Circulaire, saper transigere significa, innanzitutto, "saper riconoscere i propri errori", cosa che la stessa Circulaire evidenzia quale cosa "pas évident" per degli enti abituati al ruolo decisionale e protetti in modo significativo nella fase decisionale e procedurale.

Innanzitutto, viene riconosciuto in via generale alla transazione il duplice effetto della rapidità della soluzione dei conflitti e dell'ottimizzazione nell'uso del denaro pubblico. Pertanto, la Circolare invita caldamente (che nel contesto transalpino equivale ad un quasi-obbligo di legge!) le p.a. "in tutti i casi di lamentela fondata (sul piano giuridico) a ricorrere alla transazione". Le parole utilizzate sono eloquenti: "l'administration s'honore en entrant, sans tarder, dans un de marché transactionnel, sans contraindre les intéressés à saisir le juge".

La transazione è dunque un modo onorevole di riparare ai propri errori e di spendere al meglio i denari pubblici: nel merito, il titolo 1.3.4.1 della Circolare tratta delle reciproche concessioni che caratterizzano la transazione, che devono essere fondate sui principi elaborati al riguardo dalla giurisprudenza: sarà infine il giudice a verificare "la reciprocità e l'equilibrio" di tali concessioni secondo una giurisprudenza pluridecennale culminata nella decisione in plenaria del Conseil d'Etat 11 luglio 2008, causa società Krupp e Hazemag.

Nella Circulaire del 7 settembre 2009 sono esposti i principi generali in materia di transazione, così riassumibili:

"La transazione in forma di conciliazione o di mediazione deve comportare delle concessioni reciproche: la giurisprudenza è costante su tale aspetto sostanziale, secondo cui

- 1) le concessioni tra le parti devono essere reali, anche se
- 2) non necessariamente equivalenti; ma sempre
- 3) equilibrate e reciproche"

Il giudice amministrativo tradizionalmente si muove nella logica della valutazione delle concessioni che la parte pubblica accetta o propone alla parte privata sanzionando la mancanza palese di equilibrio di tali concessioni, pur riconoscendo sempre un importante margine di manovra al contraente pubblico (da ultimo: Conseil d'Etat - CE, Ass. 11 luglio 2008, société Krupp Hazemag).

Seguendo questo metodo tradizionale di risoluzione alternativa delle liti, nel 2010 viene istituito il "**MEDIATORE DELLE IMPRESE**" (sotto lo slogan "osate la mediazione") presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Il Mediatore riprende e unifica le missioni precedentemente svolte da due entità: 1) Mediatore delle relazioni tra le imprese e 2) Mediatore degli appalti pubblici.

Il servizio, gratuito e confidenziale, è rivolto a tutte le imprese e le Pubbliche amministrazioni che incontrano difficoltà nelle relazioni commerciali tra privati o tra pubblici e privati.

Grazie alla rete di mediatori nazionali e regionali, sono trattati circa 1000 casi all'anno, con 75% di percentuale di accordo: inoltre, l'attività produce un incentivo al ricorso delle parti alle buone pratiche che fa riferimento all'attestato ("Label") di buone relazioni, attribuito da CEDAF - Conseil national des Chat - (1630 sono le organizzazioni firmatarie).

L'attività di mediazione ha inizio con l'invito al mediatore entro 7 giorni dall'evento. L'attività copre l'intera gamma delle relazioni imprenditoriali in ogni settore economico, con la particolare finalità di stimolare il diffondersi di una cultura di pratiche corrette sia nel pubblico che nel privato e di far avanzare la logica dell'innovazione e della leale cooperazione.

Con riferimento specifico agli appalti pubblici, settore che vede la più alta percentuale con il 35% dei casi, di cui 7% nei lavori, l'oggetto principale della mediazione riguarda i ritardi nei pagamenti (mediazione fatta sia singolarmente che in forma raggruppata - médiation collective).

La rete dei mediatori ufficiali (ma sono incentivati anche mediatori interni a ciascuna entità) vede al momento una ventina di mediatori nazionali e 45 regionali: la mediazione si effettua unicamente su Internet, rapidamente e con riservatezza e nella fase che precede la presa in carico del caso, il richiedente può porre varie questioni di chiarimento al mediatore.

Dalla casistica emerge che per le PMI del settore degli appalti pubblici, le questioni più esaminate sono le penalità per ritardo e i lavori supplementari non presi in conto.

Naturalmente, uno degli obiettivi è quello di limitare il ricorso ai tribunali, risparmiando tempi e costi: inoltre, la mediazione consente in molti casi di salvare la relazione una volta raggiunto l'accordo, potendo il mediatore essere investito di ogni tipo di questione (finanziaria, tecnica, giuridica ecc).

Inoltre, dal 1° aprile 2015 in forza del decreto n° 2015/282 dell'11 marzo 2015, non è più possibile introdurre un'istanza giurisdizionale senza aver dimostrato di aver esperito il tentativo di risoluzione amichevole del contenzioso.

L'ultima evoluzione di questa lunga propensione alla transazione nelle liti avviene con la legge n° 2016-1547 del 18 novembre 2016 sulla "Modernizzazione della giustizia del XXI secolo" che ha inserito la mediazione nel Code de la Justice administrative (CJA): la disciplina è completata dal Décret n° 2017-566 del 18 aprile 2017 relativo alla mediazione delle liti attinenti le competenze del giudice amministrativo e dal Decreto 16 febbraio 2018, n° 2018/101, che ha introdotto una fase sperimentale.

La mediazione può essere richiesta dalle parti al giudice competente a) sia in fase precorso che b) in fase endoprocedimentale, sia dalle parti che proposta dal giudice ed accettata dalle parti: in tal caso, il giudice decidendo sull'ammissibilità, nomina il mediatore (tra gli elenchi appositi). La decisione sospende i termini del ricorso giurisdizionale.

La mediazione è gratuita nei casi in cui la mediazione preliminare al ricorso giurisdizionale è obbligatoria.

Il nuovo regime della mediazione nel CJA ha carattere sperimentale e presenta le seguenti cifre:

- 318 mediazioni
- 219 terminate (63% tasso di successo)
- 40% delle mediazioni attengono gli appalti pubblici
- 20% riguardano l'esercizio di funzioni pubbliche
- 11% riguardano il demanio pubblico
- 7% riguardano l'urbanistica

Così si esprime la giurisprudenza al riguardo: "Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parts, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci" (L 213-7 du CJA) y compris en référé avec comme conséquence la suspension de la décision entreprise sans condition (Tribunal administratif de Strasbourg, Groupement forestier du Herrenstein, 6 mars 2018, n° 1800945).

IV. INFORMATIZZAZIONE DEGLI APPALTI PUBBLICI

Il processo di informatizzazione della p.a. ha preso concreto avvio un decennio fa e mantiene sempre un approccio organico e strutturato relativo alla trasformazione digitale dell'intero paese. Allo stesso modo, la dématérialisation des marchés publics è un capitolo della digitalizzazione della p.a. nel suo complesso: sull'onda del Piano di attuazione dell'informatizzazione degli appalti pubblici, approvato dal Governo nel 2015, la DAJ ha preso l'iniziativa di costituire un gruppo di lavoro "collaborativo" (che comprende, cioè, tutti gli attori, pubblici e privati, del settore), con l'obiettivo di proporre le misure più adeguate possibilmente concordate. Tali misure sono state propedeutiche alla formulazione delle 6 arrêtés previste dal Piano del Governo e pubblicato negli anni successivi per formulare in dettaglio le disposizioni attuative necessarie all'applicazione della c.d. "dématérialisation des marchés

publics”.

Oltre alla conduzione di questa vasta attività elaborativa, la DAJ ha svolto anche una consultazione pubblica per raccogliere tutte le osservazioni possibili attinenti, in particolare, a: 1) profilo degli acquirenti pubblici; 2) dati essenziali obbligatori della procedura informatizzata; 3) firma elettronica; 4) strumenti di comunicazione appropriati per le procedure totalmente informatizzate; 5) copia di riserva degli atti rilevanti; 6) documento di credibilità dell’informatizzazione.

Nonostante molti sforzi, l’informatizzazione del settore non è molto avanzata, ma procede di pari passo con il processo generale delle p.a. e del paese.

Questa appare una scelta molto seria perché il cambio culturale/comportamentale che sottende al processo di informatizzazione è veramente efficace e duraturo solo se profondamente introiettato ed ancorato solidamente ad una visione coerente del futuro (digitalizzazione come mezzo per una transizione del paese ad una società più inclusiva e ad una economia più verde e sostenibile).