

Le analogie e le differenze con lo strumento del ricorso amministrativo e le ADR nella materia degli appalti

*(Stefano Fantini) *¹*

Interpreto la prima parte del tema assegnatomi nel senso di evidenziare le analogie funzionali e le differenze funzionali tra ricorsi amministrativi e mediazione, intesa quale figura eminente dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR, acronimo anglosassone che sta per *alternative dispute resolutions*).

Il tema è complesso anche a livello sistematico, perché, a bene considerare, nell'ordinamento amministrativo, specie processuale, non vi è una disciplina delle ADR, ma si rinviene, secondo una lettura di prossimità tematica, solamente l'affermazione del principio di effettività ("*tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*") all'art. 1 Cod. proc. amm., e del principio di ragionevole durata del processo all'art. 2 Cod. proc. amm., principi, questi, entrambi, che inducono a postulare la necessità di "rimedi alternativi" al giudizio, nella specie amministrativo.

Ciò in un ragionamento deduttivo che va per astrazioni e proporzioni e che muove dal contesto dato, secondo il metodo che, anche di recente, ci ha ricordato, facendo applicazione della logica matematica, il saggio della scrittrice Chiara Valerio (*La matematica è politica*, Torino, 2020), tale per cui, essendo la giustizia una risorsa preziosa ma limitata, si impone il ricorso a rimedi alternativi e/o complementari per mirare realisticamente al raggiungimento dell'obiettivo.

Esistono plurimi modelli di ADR nel mondo della *common law*, ove sono originate, ed in particolare negli Stati Uniti d'America, ove, a partire quanto meno dalla Conferenza di Chicago del 1976, si sono andati profilando una pluralità di percorsi (*arbitration, mediation, early neutral evaluation, mini trial*), disciplinati nel 1980 e più dettagliatamente con l'*Alternative Dispute Resolution Act* del 1998, caratterizzati dalla natura modulabile e flessibile. Questi due caratteri sono essenziali in quanto il loro sviluppo è ipotizzabile nella misura in cui garantiscano una soluzione soddisfacente,

*Relazione tenuta nel webinar organizzato in data 1 dicembre 2020 in collaborazione tra l'Ufficio Studi, massimario e formazione della Giustizia amministrativa ed il Gruppo di lavoro sulla giustizia amministrativa di "Lettera 150" su "*La mediazione amministrativa: introduzione del modello e possibile impatto in termini di efficienza della giurisdizione amministrativa*".

oltre a soddisfare la rapidità nella risoluzione della lite e la minore onerosità (rispetto al rimedio giurisdizionale).

Occorre riconoscere che anche nell'ordinamento sopranazionale europeo hanno avuto una progressiva implementazione le ADR, dapprima proprio come rimedio per i casi di cattivo funzionamento delle istituzioni comunitarie (il riferimento è anzitutto all'istituzione, nel 1992, del mediatore europeo, oggi previsto dall'art. 228 del TFUE), e poi come strumento di portata generale, anche con lo scopo di incentivare il commercio transfrontaliero. Significativa dimostrazione dell'assunzione di importanza sempre maggiore della soluzione alternativa delle controversie è il Libro Verde della Commissione in data 19 aprile 2002, che enuclea l'ambito oggettivo delle ADR e ne promuove l'adozione (tra l'altro, sottolineandone la natura di *“forma di pacificazione sociale più consensuale e, in molti casi, più appropriata del ricorso al giudice o ad un arbitro”*).

Sotto il profilo tassonomico generale, le ADR possono caratterizzarsi anzitutto come **endoprocessuali** ovvero **extraprocessuali (o convenzionali)**, a seconda che originino nella pendenza del processo, od al di fuori dello stesso.

Nel delineato, seppure minimale, contesto di riferimento, occorre inquadrare anzitutto il tema, a sua volta articolato, dei **ricorsi amministrativi**, espressione ed epilogo di quello che Giannini definiva il *“procedimento di riesame giustiziale”*, a sottolinearne il carattere amministrativo (più icasticamente, se si vuole, di rimedio interno all'amministrazione, con esito provvedimentoale), ma al contempo la funzione *“giustiziale”*, non dunque di amministrazione attiva e neppure consultiva. Più propriamente, funzione *“giustiziale”* significa *«attività di riesame della legittimità e dell'opportunità di un provvedimento amministrativo da parte di un organo dell'amministrazione stessa, su domanda del diretto interessato»* (così Immordino, in *Giustizia amministrativa*, a cura di Scoca, Torino, 2020, 662), e dunque in funzione di tutela del cittadino il quale, con la presentazione del ricorso, attiva un procedimento di secondo grado facendo valere un proprio interesse.

Sotto il profilo oggettivo, appare condivisibile l'opinione che ricomprende i ricorsi amministrativi nell'ambito delle ADR, sottolineandosi, da un canto, la centrale importanza di un rimedio che consente il sindacato sull'opportunità del provvedimento amministrativo impugnato (precluso, di regola, alla cognizione del giudice amministrativo) ed al contempo il limite maggiore degli stessi che può ravvisarsi nella

mancata formalizzazione della garanzia di terzietà, pur nel vigore dei principi di imparzialità e di buon andamento, dell'organo chiamato a decidere (limite, questo, che invero non sussiste nell'ambito dei c.d. "ricorsi non impugnatori", concernenti la risoluzione di controversie tra privati ed anche gestori di servizi pubblici, con devoluzione, dunque, di situazioni giuridiche di diritto soggettivo, coinvolgenti le Autorità amministrative indipendenti, quali AGCom, Autorità per i trasporti, Garante per la protezione dei dati personali, etc., che però fuoriescono dal perimetro dei ricorsi amministrativi *stricto sensu* intesi).

Non è questa la sede per un approfondimento in ordine alle varie tipologie di ricorsi amministrativi, apparendo sufficiente, oltre al già prospettato richiamo ai ricorsi non impugnatori, concentrare l'attenzione sulla distinzione tra **ricorso gerarchico** e **ricorso straordinario al Capo dello Stato**, che costituiscono poi i due rimedi di carattere generale, tali cioè da non richiedere un'espressa base legislativa, oltre a quella costituita dal d.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199.

Il ricorso gerarchico, come prima accennato, è esperibile per motivi di legittimità e di merito, mentre il ricorso straordinario ha oggetto provvedimenti definitivi ed è proponibile solo per motivi di legittimità. Il ricorso straordinario, nell'evoluzione che lo ha caratterizzato, sia dal punto di vista giurisprudenziale che normativo, si è progressivamente emancipato da una dimensione meramente amministrativa per assumere una connotazione sostanzialmente giurisdizionale, caratterizzato come è dal parere obbligatorio e vincolante (a seguito della legge n. 69 del 2009) del Consiglio di Stato (espressione di giurisdizione ai sensi dell'art. 267 del T.F.U.E., secondo l'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia), seppure assume la forma del decreto motivato del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministero competente, tanto da assumere il valore di cosa giudicata, suscettibile, secondo l'ormai consolidata giurisprudenza, di ottemperanza, ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. b), Cod. proc. amm.

Tale diversa natura necessariamente refluisce sul diverso valore di ADR che assumono, allo stato, i due ricorsi, entrambi extraprocessuali; quello gerarchico da intendere come meramente facoltativo (e non ulteriormente, o più specificamente qualificabile), il ricorso straordinario come strumento alternativo alla via giurisdizionale, concludendosi con un atto limitatamente impugnabile in sede giurisdizionale, solamente per vizi di

forma o del procedimento, secondo quanto disposto dall'art. 10, comma 3, del d.P.R. n. 1199 del 1971.

Procedendo ora alla trattazione della seconda parte del tema assegnatomi, riguardante le ADR nella materia degli appalti pubblici, potrei forse rinvenire un *trade union* nella considerazione del fatto che in tale materia non è dato spazio ai ricorsi amministrativi, disponendo il comma 1 del travagliato art. 120 Cod. proc. amm. che gli atti delle procedure di affidamento relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'A.N.A.C. ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente tramite ricorso al Tar.

Al di là delle agevoli suggestioni, le ADR in questo argomento riflettono le difficoltà sistematiche che generalmente vengono evidenziate con riguardo all'indisponibilità del potere amministrativo e dunque, per logico corollario, alla situazione giuridica soggettiva che con lo stesso dialoga, l'interesse legittimo. Si tratta di una pregiudiziale ideologica, non priva certamente di valore, ma, si può forse dire, superata dall'evoluzione dell'azione amministrativa, che conosce da tempo delle forme di contrattazione o, meglio di negoziazione dell'interesse pubblico, ed anche dal diritto positivo, rilevando in tale senso vari dati, il più significativo dei quali è però certamente quello dell'art. 11 della legge n. 241 del 1990 in tema di accordi (integrativi e sostitutivi) tra amministrazione e privati, che riconoscono *expressis verbis* l'equiparazione della discrezionalità amministrativa ad un'attività negoziale orientata funzionalmente (Gigliani, Nervi, *Gli accordi delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2019), o comunque l'inserimento del modello consensuale nell'attività amministrativa. Concorre al superamento del dogma dell'indisponibilità dell'interesse pubblico, cui fa da necessario *pandant* il monopolio della giurisdizionale statale sulle inerenti controversie, anche l'articolazione delle azioni oggi contemplate dal Cod.proc. amm., che inevitabilmente colloca in una diversa posizione l'interesse legittimo, nelle due fondamentali vesti di interesse oppositivo e pretensivo, facendolo talora divenire una situazione soggettiva che si relaziona con valori fondamentali (come emerge, ad esempio, nell'esame analitico di quello che viene generalmente definito "diritto alla salute").

Certo, è realistico ammettere che si tratta di un'evoluzione in corso, in cui l'approdo definitivo non è stato ancora raggiunto. Ma fin da ora appare difficile negare come a moduli consensuali di azione amministrativa siano attinenti strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, più basati sul consenso, sulla conciliazione, sulla mediazione, che si conclude con una proposta di soluzione della controversia.

Questo ordine di argomenti ha ovviamente valore anche allorchè le ADR si inseriscono nel contesto di un rapporto concessorio (magari integralmente pattizio : le c.d. concessioni contratto) rispetto al quale talora risulta più efficace la logica conciliativa o quella della mediazione. In fondo, anche la disciplina emergenziale di questo "tempo difficile", caratterizzato dalla pandemia, evidenzia l'utilità di tali strumenti in relazione al fenomeno delle sopravvenienze nelle concessioni e nei contratti pubblici di durata; storicamente, il ricorso a collegi di arbitratori, cioè di soggetti esperti in materia economica e finanziaria, è stato sperimentato già alla fine delle due guerre mondiali che hanno segnato il secolo decorso.

Gli studiosi dei rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale parlano, in proposito, di "*mending justice*", cioè di una giustizia che non decide chi abbia torto o ragione, ma piuttosto "rammenda" le relazioni e ristabilisce il dialogo tra le parti, anche proponendo e/o raccomandando soluzioni di compromesso.

Capiremo, con il tempo, se l'ordinamento procederà in questa direzione anche al cospetto dell'attività amministrativa.

Allo stato attuale, il quadro delle ADR è, pur nella sua complessità, abbastanza limitato, anche con riguardo agli appalti pubblici.

Scendendo nel dettaglio del sistema, seppure solo per sommi capi, occorre muovere dalla distinzione tra la fase di scelta del contraente (il procedimento di evidenza pubblica, o di valutazione comparativa concorrenziale) e la fase dell'esecuzione contrattuale. E' consolidata l'opinione, tale da costituire *ius receptum*, per cui, intervenuta l'aggiudicazione e stipulato il contratto, la fase dell'esecuzione contrattuale è caratterizzata da situazioni giuridiche di diritto soggettivo, correlate a posizioni tendenzialmente paritetiche, mentre il procedimento di evidenza pubblica vede interessi legittimi che dialogano con il potere amministrativo esercitato nell'ambito di un contenitore procedimentale particolarmente complesso, o, come si suole dire, "strutturato", con regole sue proprie che lo rendono insensibile al *ius superveniens*

(salvo l'esercizio del potere di autotutela della stazione appaltante), e dunque, in termini simmetrici, retto dal principio del *tempus regit actionem*.

Le ADR si connotano dunque in modo differente nella fase dell'evidenza pubblica, ed in quella della esecuzione contrattuale.

Il Capo II della Parte VI del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016), dedicato appunto ai "rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale", enuclea tre istituti che afferiscono all'esecuzione contrattuale, coinvolgendo dunque situazioni di diritto soggettivo: l'accordo bonario, per i lavori (art. 205) e per i servizi e le forniture (art. 206); la transazione (art. 208); l'arbitrato (art. 209).

L'**accordo bonario** è strettamente correlato alle "riserve", cioè alle pretese patrimoniali che l'appaltatore fa valere nei confronti della stazione appaltante, verbalizzandole, nel rispetto di una precisa tempistica, nel registro di contabilità. Nel contraddittorio tra le parti, il responsabile del procedimento può fare la sua proposta, se ritiene la richiesta (comportante una variazione dell'importo contrattuale tra il 5 ed il 15 per cento) fondata; ove la proposta sia accettata, l'accordo bonario ha natura di transazione.

La **transazione** è consentita solamente nell'ipotesi in cui non risulti possibile esperire altri rimedi alternativi all'azione giurisdizionale; è dunque un istituto residuale; richiede il parere (obbligatorio, ma non vincolante) dell'avvocatura dello Stato o del legale interno alla struttura allorchè il valore oggetto di concessione o rinuncia sia superiore a 100.000 euro o 200.000 in caso di lavori pubblici. Quanto al resto, salvo le cautele specifiche connesse al rischio di responsabilità amministrativa, la norma contiene un rinvio alla disciplina civilistica della transazione (stabilendo anche la forma scritta *ad substantiam actus*).

L'**arbitrato**, pur costituendo il più rilevante strumento di giustizia alternativa nelle controversie sui contratti pubblici, ha vissuto un pendolarismo normativo accentuato, con l'inserimento (in modalità facoltativa od obbligatoria) o l'espunzione dall'ordinamento. L'art. 209 del d.lgs. n. 50 del 2016 consente attualmente di deferire ad arbitri le controversie concernenti diritti soggettivi a condizione che nel bando di gara o nell'invito sia indicato se il contratto conterrà la clausola compromissoria (che può essere ricusata dall'aggiudicatario entro venti giorni dall'aggiudicazione), previa autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice. Ai giudizi arbitrali si applicano le norme del c.p.c. ed il lodo, depositato presso la Camera arbitrale

(istituita presso l'A.N.A.C.), è impugnabile per nullità ed anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

Occorre considerare, senza indugiare in una più approfondita trattazione, che l'arbitrato, per le sue caratteristiche strutturali, ed in particolare per il fatto che si conclude con un lodo, è escluso, dal Libro verde della Commissione europea del 2002, dall'ambito oggettivo delle ADR, e ritenuto più simile al rimedio giurisdizionale.

L'accordo bonario, la transazione (nei suoi limiti di operatività) e l'arbitrato (con le sue caratteristiche strutturali) attengono, come si è premesso, alla fase dell'esecuzione contrattuale e dunque sfuggono al problema della indisponibilità dell'interesse pubblico.

In questa prospettiva un maggiore valore sistematico deve essere riconosciuto ai **pareri di precontenzioso dell'ANAC**. In particolare, l'art. 211 del d.lgs. n. 50 del 2016, nel prevedere che «*su iniziativa della stazione appaltante o di una delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara [...]*» costituisce la prima disposizione che ammette una soluzione alternativa a quella giurisdizionale di controversie inerenti il corretto esercizio del potere nella fase dell'evidenza pubblica, cioè laddove si fa questione di interessi legittimi. Il parere deve essere reso entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta, ma tale termine è stato ritenuto dall'ANAC ordinatorio.

Quanto all'efficacia, il parere è definito vincolante per le parti che abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito; è peraltro impugnabile dinanzi al giudice amministrativo secondo il rito speciale di cui all'art. 120 Cod. proc. amm., ma sembra corretto ritenere che l'eventuale accertamento giurisdizionale dell'illegittimità del provvedimento reso in conformità del parere escluda la responsabilità civile dell'amministrazione proprio per l'assenza della colpa dell'apparato. Al contrario, se l'amministrazione non si attiene al parere vincolante, non sussistono rimedi. Il che dimostra come sia forse un po' enfatica l'affermazione della natura vincolante del parere di precontenzioso.

Questa veloce rassegna delle ADR in materia di appalti non può che concludersi con un breve riferimento all'istituto del **CCT-Collegio Consultivo Tecnico**, introdotto dall'art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "decreto semplificazioni"), convertito nella legge 11 settembre 2020, n. 120, in ordine al quale sono anche intervenute le Linee guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici in data 21 dicembre 2020, nonché le "prime

indicazioni per la nomina dei componenti e del presidente “ ad opera della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome” n. 20/240/CR5B/C4.

Si tratta di un istituto solo in parte nuovo, in quanto il CCT era stato previsto dall’art. 207 del d.lgs. n. 50 del 2016, salvo poi essere abrogato dalla novella del 2017, al fine di prevenire controversie in sede di esecuzione del contratto; era poi stato reintrodotta, con funzione simile dalla legge 14 giugno 2019, n. 55 (di conversione del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. “sblocca cantieri”: art. 1, comma 11), ma senza più attribuire all’eventuale accordo raggiunto natura transattiva.

L’art. 6 ora in esame, a bene vedere, enuclea tre differenti tipologie di CCT : a) un CCT obbligatorio per le opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria (comma 1) per la risoluzione delle controversie e delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell’esecuzione del contratto; b) un CCT facoltativo per le opere pubbliche di importo inferiore alle soglie comunitarie (comma 4), con medesime finalità; c) un CCT facoltativo nella fase antecedente l’esecuzione del contratto (comma 5).

A prescindere dalla provvisorietà dell’istituto (fino al 31 dicembre 2021), il CCT obbligatorio è formato da tre o cinque componenti di diversa estrazione professionale, ma con necessaria competenza tecnica, come conferma il divieto di nomina di consulenti tecnici di ufficio (comma 7). La norma in esame configura il CCT come organo collegiale; le sue decisioni sono assunte a maggioranza ed hanno la natura di lodo contrattuale (di cui all’art. 808-ter c.p.c.), con conseguenti limiti di accesso alla giurisdizione rispetto al lodo rituale. L’inosservanza delle determinazioni del CCT viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali; l’osservanza delle determinazioni del CCT è invece causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

Il CCT facoltativo per le opere sottosoglia trova la propria legittimazione nella volontà delle parti, le quali ne prevedono i compiti, potendo anche escludere che le relative decisioni abbiano natura di lodo contrattuale, ma, ad esempio, di mera proposta o con valore di accertamento.

Il CCT facoltativo per la fase dell’evidenza pubblica è invece un’innovazione del “decreto semplificazioni”, con la funzione di «risolvere le problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla

esecuzione del contratto». Diversamente dal CCT facoltativo per la fase esecutiva, quello previsto per la fase procedimentale della scelta del contraente è istituito dalla S.A. (tramite il RUP), a prescindere dall'accordo delle parti, il che comporta che i suoi compiti non possano che essere consultivi, di assistenza della S.A., traducendosi essenzialmente in pareri non vincolanti.

Resta dunque da chiedersi se il CCT dia luogo ad un metodo alternativo di risoluzione delle controversie. La risposta al quesito è tendenzialmente affermativa, ma con l'evidenziazione di tratti di specialità, contenutisticamente più limitati per il CCT in fase di evidenza pubblica, assolvente ad un'attività prevalentemente di consulenza, e con un *quid pluris* nel caso del CCT obbligatorio, che dà luogo ad un arbitrato (irrituale) obbligatorio, e dunque ad uno strumento totalmente alternativo al rimedio giudiziale (con qualche dubbio di compatibilità con l'art. 24 Cost.; cfr. al proposito Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020).