

ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI AMMINISTRATIVI - A.N.M.A.

Presso: T.A.R. del Lazio - Via Flaminia, 189 – 00196 ROMA

Tel./Fax 06.3202929 - email: info@anmadirettivo.it

RELAZIONE A.N.M.A.

**STATO E PROSPETTIVE DEL CONTENZIOSO SUGLI APPALTI
PUBBLICI IN RELAZIONE AL DISEGNO DI LEGGE DELEGA N. 1678
PER IL RECEPIMENTO DELLE DIRETTIVE EUROPEE**

Sommario

RELAZIONE A.N.M.A.....	1
Sommario.....	2
1. Lo stato del contenzioso con particolare riferimento alla materia degli appalti.	3
Lo stato del contenzioso dei T.A.R.: la diminuzione dell’arretrato	3
La scopertura dell’organico	3
Il “raro” ricorso all’appello in Consiglio di Stato	3
Il contenzioso degli appalti pubblici.....	4
2. La storica farraginosità delle norme di “diritto sostanziale”	5
La disciplina più risalente	5
L’impatto con la normativa comunitaria.....	6
La cd. riforma Merloni.....	6
Il codice dei contratti: criticità	7
3. La sfida del rito super accelerato. Velocità ed effettività: un binomio possibile innanzi al giudice amministrativo.	8
Premessa.....	8
Le caratteristiche del rito appalti	9
L’efficacia del contenzioso	10
Il fallimento del precontenzioso: ipotesi allo studio (A.N.A.C.).....	10
4. Conclusioni e proposte	12

1. Lo stato del contenzioso con particolare riferimento alla materia degli appalti.

Lo stato del contenzioso dei T.A.R.: la diminuzione dell'arretrato

La Giustizia Amministrativa, almeno a partire dalla riforma della L. 205/2000, ha conseguito *performance* notevolissime essendosi registrata una drastica riduzione dell' "arretrato storico" che costituisce un vero e proprio unicum nel panorama della giustizia italiana.

Limitando l'analisi all'ultimo quinquennio, in cui è entrato in vigore (settembre 2010) il codice del processo amministrativo, basti osservare che **i fascicoli pendenti presso i T.A.R., al 31.12.2009, erano ben 640.000, mentre, al 31.12.2014, erano circa 267.000. La diminuzione percentuale è stata, quindi, di oltre il 58%.**

Va detto che il numero dei ricorsi complessivi proposti in primo grado, dopo una fase che sembrava tendere a una stabilizzazione "verso il basso" rispetto al dato storico (la media annua tra il 2009 e il 2013 è stata di circa 55.000 ricorsi con un picco negativo nel 2012, 51.022 ricorsi, e uno positivo nel 2010, 56.716 ricorsi), ha visto un **nuovo sensibile aumento nel 2014 in cui si è giunti al numero di 63.723 ricorsi proposti** (la media nel periodo 2009-2014 è, quindi, di 56.292 ricorsi annui). È presto, tuttavia, per dire se si tratti di una nuova inversione di tendenza o se, viceversa, sia legata all'esplosione di taluni settori del contenzioso (es. abilitazione scientifica nazionale universitaria, v. rel. di inaugurazione dell'anno giudiziario 2015 del Presidente del Consiglio di Stato, Giorgio Giovannini).

L'aumento del numero dei ricorsi proposti in primo grado, nell'ultimo anno, non ha impedito una consistente riduzione dell'arretrato.

La scopertura dell'organico

Il risultato è tanto più notevole, come meglio si dirà a breve, per la **costante elevatissima percentuale di scopertura dell'organico dei T.A.R. che si è mantenuta sul 27%** (dato dell'ottobre 2011) e che, **al 31.12.2014, è di oltre il 15%**, senza contare gli imminenti passaggi –già disposti- di diversi colleghi al Consiglio di Stato per anzianità e i numerosi pensionamenti che riporteranno, **già nei primi mesi del 2015, il dato oltre il 20%.**

Va considerato in proposito che la scopertura di organico è tanto più grave in relazione alle ridotte dimensioni del sistema della giustizia amministrativa in Italia rispetto a quello di altri paesi (ad es. in Germania i giudici amministrativi sono oltre 2.300 mentre in Francia sono oltre 1.300 a fronte dei circa 450 giudici italiani, tra primo e secondo grado).

Il "raro" ricorso all'appello in Consiglio di Stato

Le elaborazioni statistiche degli uffici, riprese da pregevoli scritti dottrinari¹, evidenziano che la **grande maggioranza del contenzioso si "esaurisce" presso i T.A.R. senza che venga**

¹ v. i report annuali sullo stato della giustizia amministrativa di Talice C. e Talice S., in www.sentenzeitalia.it

proposto appello al Consiglio di Stato. Degli appelli proposti, poi, la maggior parte sono respinti con la conseguenza che, in rapporto alla mole complessiva del contenzioso, può essere considerato raro il caso in cui la situazione giuridica non trovi definizione in primo grado.

Il dato medio degli appelli proposti tra il 2008 e il 2013² è del 15,8% con un picco positivo nel 2010 (21,10% di decisioni appellate) e uno negativo nel 2012 (8,30% di decisioni appellate; da segnalare che la percentuale è stata bassa anche nel 2013 con appena il 9,77% di decisioni di primo grado appellate). **Il dato rivela che nel 84,92% dei casi (dato medio 2008-2013) la decisione dei T.A.R. non è stata appellata.**

Se si sposta l'attenzione sugli appelli accolti, si verifica che la percentuale di accoglimento è intorno al 40% per tutti gli anni di riferimento tranne che nel 2009 allorchè il dato ha superato il 50 per cento. Il dato medio relativo alla percentuale di accoglimenti dell'appello è, quindi, di circa il 42 %.

Aggregando i dati appena esposti, ossia sommando il dato delle decisioni non appellate con quello relativo alle decisioni confermate in secondo grado, si può dire che **oltre il 93,5 % delle istanze rivolte alla giustizia amministrativa trova il proprio assetto definitivo in primo grado innanzi ai T.A.R.. L'appello al Consiglio di Stato determina un assetto diverso rispetto a quello stabilito dal giudice di primo grado nel solo 6,5% dei casi.**

Il contenzioso degli appalti pubblici

Nell'ambito del contenzioso complessivo, il contenzioso relativo agli appalti pubblici pesa per circa il 9% del totale³ del contenzioso al T.A.R. e per circa il 17% del totale del contenzioso in appello. Il dato rivela una maggior propensione all'appello nella materia dei lavori pubblici, seppure è agevole stimare, **in rapporto alle elevatissime percentuali in cui la definizione delle questioni risolte in primo grado assume il carattere di definitività (in mancanza di appello o a seguito della conferma della Sentenza in primo grado), che una percentuale intorno all' 85% delle decisioni prese in primo grado dai T.A.R. nella materia degli appalti pubblici restano definitive (perché non appellate o perché confermate in appello).**

Sul punto, va rilevato che le modifiche normative che si sono succedute negli ultimi 15 anni hanno disegnato un contenzioso particolarmente celere che garantisce la decisione delle istanze cautelare in tempi brevissimi (si veda il par. 3) e la rapida definizione del giudizio con Sentenza. In materia, l'estrazione dei dati dal sistema informatico della Giustizia Amministrativa ha rivelato che il tempo medio di definizione del ricorso con Sentenza in primo grado, **nel periodo 2009-2013, è pari a circa 234 giorni se la sospensiva è accolta (circa sette mesi e mezzo) e a 333 giorni se la sospensiva è respinta (circa undici mesi).**

² Non è ancora disponibile il dato 2014; per il 2008 e il 2009 non si è tenuto conto del dato del Consiglio di Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, pur poco rilevante numericamente sul totale, perché non è disponibile un dato aggregato.

³ Il dato medio per il periodo 2008-2013 è, infatti, dell' 8,95%.

Il dato è eccellente se lo si paragona ai tempi di definizione in primo grado delle liti nel settore civile. La durata media dei processi civili di primo grado è, infatti, stata di 590 giorni nel 2012 (ultimo dato disponibile nelle elaborazioni del Consiglio d'Europa)⁴.

L'eccellenza della performance, peraltro, è confermata anche dall'analisi comparata con altri sistemi di giustizia amministrativa, pur con i pochi dati disponibili. Il Consiglio d'Europa evidenzia che in Paesi come la Spagna e l'Inghilterra (sistema U.K. & Galles), paesi a giurisdizione unica, il tempo per la definizione delle liti "amministrative" in primo grado è superiore ai 365 giorni; nei paesi con un sistema separato di giustizia amministrativa (es. Francia, Germania) la durata delle liti di primo grado è tra i 200 e i 365 giorni⁵.

Le prime elaborazioni relative al 2014, che scontano le novità normative del D.L. 90/2014, convertito con legge n. 114/2014, che hanno ulteriormente velocizzato il contenzioso in materia di lavori pubblici (su cui v. infra par. 2 e 3), rivelano un dato ancora migliore nei due T.A.R. maggiori, T.A.R. Lazio - Roma e T.A.R. Campania - Napoli, dove si è registrato un tempo medio di definizione di **121 giorni, a Napoli, e di 111, a Roma.**

I dati appena riportati, infine, trovano conforto nell'esame della percentuale dei ricorsi definiti o prossimi alla definizione tra quelli proposti nel 2013 e nel 2014 che è superiore all'81% in entrambi gli anni presi in esame⁶.

Si può concludere nel senso che **la gestione del contenzioso degli appalti pubblici** da parte del sistema di giustizia amministrativa italiana (l'indagine qui rappresentata è stata condotta con particolare riferimento alla situazione dei T.A.R.) **sia un'eccellenza se confrontata tanto con l'esperienza "interna" del settore civile quanto con quelle di altri paesi europei.**

I dati, peraltro, non potranno che migliorare a seguito delle recenti modifiche legislative nel senso di un'ulteriore accelerazione del relativo rito e già si notano i primi segnali in tal senso.

2. La storica farraginosità delle norme di "diritto sostanziale".

La disciplina più risalente

La materia degli appalti, a partire dalla fine dell'800, è stata oggetto di innumerevoli provvedimenti legislativi, **frammentari e disorganici, succedutisi –confusamente e senza un filo conduttore- nell'arco di 130 anni;** il più delle volte, essi sono stati dettati dalla necessità di sopperire a situazioni di emergenza piuttosto che ispirati a precisi obiettivi collegati ad una visione organica e complessiva del fenomeno, spesso sollecitati dal moltiplicarsi e dall'estendersi dell'intervento pubblico ad un numero sempre maggiore di settori e caratterizzati da una transitorietà in genere tendente a tramutarsi in ordinarietà, al di fuori di ogni raccordo con le norme di settore preesistenti.

⁴ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf.

⁵ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf, cit.

⁶ Il dato è stato tratto empiricamente dal sistema informatico della G.A. e comprende i ricorsi definiti o, comunque, avviati alla definizione perché assegnati al relatore in vista della discussione in udienza.

Il risultato: un impianto normativo privo di coerenza ed intrinseca razionalità, che – a rigore – non avrebbe potuto definirsi “regime giuridico”, risolvendosi in un complesso di deroghe, modifiche ed eccezioni, innestate su di un nucleo di provvedimenti molto risalenti e che, certamente, non ha potuto svolgere una funzione dissuasiva dei fenomeni corruttivi.

Secondo una stima effettuata **nel 1988** dal Comitato scientifico Eidos per l’Agenzia dei servizi interparlamentari, **l’intero sistema normativo degli appalti ammontava a 421 leggi**, escluse le disposizioni regionali e le normative tecniche inerenti la progettazione in senso stretto e costituenti un corpo specifico a sé stante, composto di ulteriori 300 disposizioni di vario tipo. Con l’aggravante che la mole di disposizioni promanava da soggetti ampiamente diversificati, le tematiche normate apparivano notevolmente parcellizzate e la tecnica legislativa discutibile.

L’impatto con la normativa comunitaria

L’impatto con la normativa europea di prima generazione (fine anni ’70 – inizio anni ’80) non ha contribuito a migliorare la disorganicità del quadro normativo di riferimento.

Le direttive comunitarie *self-executing*, in quanto tali direttamente applicabili e le leggi di recepimento non sempre tempestive, hanno introdotto nel nostro ordinamento principi fortemente innovativi, con applicazione limitata agli affidamenti di importo superiore ad una certa soglia di valore, lasciando – conseguentemente – immutato il regime giuridico per gli affidamenti di importo inferiore.

La spaccatura di sistema ha rischiato di divenire insormontabile sul piano interpretativo a causa della **diversa ispirazione delle due discipline, comunitaria e nazionale**: l’una preordinata alla salvaguardia dei meccanismi concorrenziali e, in ultima analisi, della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi all’interno dell’area comunitaria; l’altra ispirata essenzialmente al contenimento della spesa pubblica.

La cd. riforma Merloni

In questo contesto asistemico si è innestato il primo tentativo di intervento organico, riguardante però il solo settore dei lavori pubblici (la l. n. 104/94, cd. riforma Merloni), ispirato dall’intento di razionalizzare le migliaia di norme vigenti e di coordinare la disciplina degli appalti sopra e sotto soglia; obiettivo che difficilmente avrebbe potuto essere raggiunto in via meramente interpretativa.

Le aspettative collegate alla nuova disciplina andarono, però, deluse. La crisi del settore, fortemente provata da “tangentopoli”, fu aggravata dalla nuova regolamentazione che, rivelandosi in parte inapplicabile, determinò un ulteriore blocco degli appalti; e ciò per una serie di ragioni che vennero essenzialmente individuate per un verso nell’assenza di un regime transitorio e di un regolamento attuativo, per altro verso nelle carenze organizzative e nell’impreparazione dell’Amministrazione, ma soprattutto nella **farraginosità di alcune procedure**. Ne fu pertanto disposta la sospensione, con slittamento dell’entrata in vigore –

peraltro solo parziale- all'anno successivo (il 17 giugno 1995), dopo un primo rimaneggiamento (la cd. Merloni-bis del 1995).

Il nuovo corpo normativo ha, quindi, disciplinato la materia dei lavori pubblici per tutto il successivo decennio, ma non senza passare per un ulteriore corposo intervento correttivo risalente al 1998 (la cd. Merloni-ter), ancora una volta preordinato a mitigare **l'eccessiva rigidità e rigidità dimostrata dalla riforma in sede di prima applicazione**; e affiancandosi alla regolamentazione, in parte di matrice comunitaria, degli affidamenti di servizi e forniture, cristallizzata in differenti provvedimenti normativi e distinta per soglie di valore.

Il codice dei contratti: criticità

Soltanto nel 2006 e nuovamente in occasione del recepimento di disposizioni comunitarie (direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), si è approdati ad una regolamentazione omnicomprensiva di tutti i settori interessati dalle commesse pubbliche, ad eccezione degli appalti esclusi (di cui alla parte I, titolo II), sebbene con regole in parte differenziate per gli appalti sotto soglia: il d.lgs. n. 163/2006 (cd. codice dei contratti).

Ancora una volta la disciplina dei procedimenti preordinati agli affidamenti di cui si tratta, si è rivelata –in sede applicativa- inadeguata e imbrigliata in disposizioni talora troppo rigorose, incentrate sulla preminenza accordata al dato formale. **L'obiettivo di comprimere qualsiasi forma di discrezionalità delle stazioni appaltanti ha finito per tradursi nel risultato di alimentare una notevole mole di contenzioso, senza riuscire a porre l'auspicato argine ai ben noti fenomeni di corruzione.**

Sia sufficiente in questa sede porre mente alla litigiosità provocata dall'art. 38 del codice in esame, afferente le dichiarazioni di "moralità" che amministratori e procuratori delle società che partecipano alle gare pubbliche devono rendere; disposizione all'origine di un vasto contenzioso che ha impegnato il giudice amministrativo nella ricerca di soluzioni che, pur restando aderenti al dato normativo, fossero in grado di realizzare il giusto temperamento tra *favor participationis* e *par condicio*. E che tuttora lo impegna, considerato il vivace dibattito registratosi per tutto il 2014 che ha visto, sul punto, anche un arresto dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (la decisione n. 16/2014).

Anche il codice dei contratti è stato oggetto di una serie di interventi correttivi (che ammontano all'incredibile numero di circa 50 interventi tra quelli su singole norme e di sistema, come da tabella riportata sul sito www.codiceappalti.it); l'ultimo di essi, già richiamato sub paragrafo 2, risalente al giugno 2014 (il D.L. 90/2014 convertito con legge n. 114/2014), è orientato –tra l'altro- proprio a determinare un superamento delle cause di esclusione meramente formali di cui si è appena detto. Sembra infatti che –recependo l'*incipit* riveniente dall'elaborazione di una parte della giurisprudenza- si sia inteso favorire una **visione**

⁷ Cfr. http://www.codiceappalti.it/norme_di_modifica.htm.

“sostanzialista” degli adempimenti, attribuendo alla stazione appaltante una maggiore elasticità nella valutazione delle domande di partecipazione dei concorrenti, incentrata sulla **verifica del possesso “effettivo” dei requisiti** di partecipazione ed emancipata dalla originaria rigidità del dato normativo, certamente non funzionale ad assicurare la concorrenza e la scelta del miglior contraente.

Questa inversione di tendenza del legislatore, tesa a valorizzare il **cd. soccorso istruttorio**, si coglie appieno dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2 *bis* e 46, comma 1 *ter* del codice dei contratti, **nel testo da ultimo riformato**, alla stregua del quale la dimenticanza di una dichiarazione che doveva essere resa, anche da terzi, ai fini della partecipazione alla gara in base alla legge, al bando o al disciplinare, ovvero la sua incompletezza o irregolarità non determinano l'esclusione dalla gara stessa bensì l'applicazione di una sanzione pecuniaria; tendenza in verità già emersa in sede di precedente modifica del richiamato art. 46 nel senso della tassatività delle cause di esclusione, evidentemente funzionale a garantire la massima partecipazione dei soggetti “sostanzialmente” in possesso dei requisiti (cfr. comma 1-bis introdotto dal D.L. n. 70/2011 convertito dalla legge n. 106/2011).

Quanto fin qui detto, volendo soffermarsi in via esemplificativa soltanto su alcuni dei profili di criticità della nuova disciplina; quelli che più frequentemente sono emersi in sede contenziosa e ai quali si è cercato da ultimo di porre rimedio in sede legislativa, tralasciando –in questa sede– altre questioni di diritto sostanziale pure ricorrenti nelle controversie poste all'attenzione del giudice amministrativo.

Poche regole chiare potrebbero, forse, risultare il miglior rimedio nell'ottica, ormai costantemente perseguita dai più recenti interventi legislativi, di favorire la deflazione del contenzioso giurisdizionale. Tanto più che dalle nuove disposizioni europee sembra emergere **un mutamento di prospettiva, con una virata nella direzione di “restituire” una certa discrezionalità alle stazioni appaltanti;** obiettivo rispetto al quale un “alleggerimento” della regolamentazione si rivelerebbe certamente funzionale.

3. La sfida del rito super accelerato. Velocità ed effettività: un binomio possibile innanzi al giudice amministrativo.

Premessa

Sia la disciplina sostanziale (su cui v. *supra* il par. 2) sia quella processuale in materia di appalti costituiscono recepimento ed attuazione del diritto europeo. Quanto, in particolare alla disciplina processuale interna deve farsi riferimento alle Direttive comunitarie 89/665/CEE, 92/13/CEE e, da ultimo 2007/66/CE (c.d. Direttive ricorsi).

La “signoria” del diritto europeo in tale materia si giustifica in quanto l'affidamento delle commesse pubbliche, che rappresentano una parte rilevante del mercato con evidenti risvolti

sui sistemi economici degli Stati membri e dell'Unione, deve essere preordinato, sotto tale profilo, alla tutela della concorrenza e alla effettiva competitività delle imprese.

Ciò spiega anche perché il legislatore (prima comunitario, poi nazionale) abbia riservato una disciplina speciale anche alle forme di tutela processuale di tali principi.

Infatti fin dal 2000 il giudizio relativo agli appalti (impugnazione del bando, dell'esclusione, dell'aggiudicazione per gli appalti di lavori, servizi e forniture) è stato disciplinato da una "normativa" ad hoc improntata ad una particolare accelerazione del relativo rito.

La L. 205/2000 infatti, ha introdotto nella L. 1034/1971 (c.d. Legge TAR) l'art. 23 bis, prevedendo un rito "speciale", con il dimezzamento dei termini processuali per l'attività difensiva delle parti e un termine particolarmente stretto per il deposito del dispositivo della decisione (7 giorni) del Tribunale.

La successiva evoluzione legislativa confluita nel codice del processo amministrativo (D.lgs. 104/2010) ha delineato un rito ancor più improntato, da un lato, all'accelerazione, anche nella proposizione del ricorso, e, dall'altro, all'eccezionalità delle misure cautelari che il giudice può concedere, secondo una logica che tende al massimo bilanciamento delle esigenze di tutela delle imprese ricorrenti con quella dell'interesse pubblico alla realizzazione delle opere e allo svolgimento dei servizi.

Le caratteristiche del rito appalti

Di seguito una **sintesi schematica delle caratteristiche del processo in materia di appalti**, che tiene conto delle ultime modifiche apportate al codice del processo amministrativo dal D.L. 90/2014, convertito nella L. 114/2014:

- termine di 30 giorni per impugnare gli atti di gara, ovvero per notificare il ricorso (l'ordinario termine di impugnazione dei provvedimenti amministrativi è di 60 giorni): si mira, in tal modo, a porre subito all'attenzione del giudice le impugnazioni;
- in caso di domanda cautelare (c.d. sospensiva) la camera di consiglio viene fissata entro 10 giorni dal perfezionamento dell'ultima notifica ed entro 5 giorni dal deposito del ricorso presso la Segreteria del Tar; il giudizio può essere definito direttamente con sentenza; la domanda cautelare è accolta soltanto in caso di estrema gravità ed urgenza; qualora non ricorrano tali presupposti ma il Tribunale ritenga la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e un pregiudizio grave ed irreparabile, viene disposta la fissazione dell'udienza di merito, entro trenta giorni;
- in caso di assenza della domanda cautelare (c.d. sospensiva) l'udienza è fissata entro 60 giorni dal deposito del ricorso;
- il giudizio nel merito è definito con sentenza da depositare entro 30 giorni dall'udienza di discussione; le parti possono chiedere la pubblicazione del dispositivo entro 2 giorni.

Nei giudizi riguardanti le controversie in materia di opere strategiche il legislatore ha dettato ulteriori speciali disposizioni che, nel bilanciamento tra le esigenze delle imprese private e quelle

dell'interesse pubblico alla realizzazione delle opere, tendono a dare assoluta prevalenza a quest'ultimo. Con tale obiettivo è previsto che, in caso di **domanda cautelare**, debba tenersi conto delle probabili conseguenze del provvedimento cautelare per tutti gli interessi che possano essere lesi nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera e va temperato l'irreparabilità del pregiudizio del ricorrente con l'interesse dell'aggiudicatario alla celere prosecuzione delle procedure. È inoltre stabilito che la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto, che quindi va eseguito con il compimento delle opere, residuando per il ricorrente vittorioso una tutela esclusivamente risarcitoria.

L'efficacia del contenzioso

Dalla schematica analisi dei tratti peculiari del rito in materia di appalti si possono trarre le seguenti osservazioni.

La disciplina del giudizio, così come oggi delineata dal codice del processo amministrativo, è rispondente alla necessità di **accelerare il processo** in una materia, quale quella dell'affidamento di commesse pubbliche, nella quale vengono in rilievo rilevanti interessi per l'economia nazionale, riuscendo a coniugare tale esigenza con quella, di pari rango e dignità, della tutela immediata richiesta dalle imprese che si ritengono pregiudicate da una procedura che reputano illegittima.

Il perseguimento di tali obiettivi è tradotto nella creazione di una sorta di **corsia processuale preferenziale per i giudizi in materia di appalti**, la cui trattazione viene fissata con assoluta priorità rispetto alle altre controversie e per i quali è prevista la possibilità di definizione nel merito già in fase cautelare.

La misura cautelare privilegiata dal sistema è **non la sospensione dell'affidamento, ma la celere fissazione dell'udienza di merito**, per garantire una definizione della controversia con una **decisione con carattere di stabilità**, che consenta a tutte le parti coinvolte di avere certezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche in tempi rapidi. **La misura cautelare "classica"** (ossia la sospensione del provvedimento impugnato) è circoscritta ad ipotesi aventi **presupposti per così dire "aggravati"** ovvero in casi di estrema gravità ed urgenza che non consentano di attendere i pur veloci tempi della definizione nel merito.

L'applicazione pratica del sistema delineato dal **codice del processo amministrativo**, come dimostrano i dati statistici sopra riportati, pur a fronte di una pesante carenza di organico, **ha dato prova di assoluta tenuta e di concreto perseguimento degli obiettivi posti dal legislatore.**

Il fallimento del precontenzioso: ipotesi allo studio (A.N.A.C.)

Altrettanto non può dirsi con riguardo a quegli istituti pensati in funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale.

Si fa riferimento, precisamente, al c.d. **preavviso di ricorso** previsto dall'art. 243 bis del codice dei contratti pubblici (D.lgs. 163/2006), concepito come un'occasione di "ripensamento" da parte della stazione appaltante di una procedura affetta da illegittimità, come rappresentante dal concorrente escluso o pretermesso. Nella pratica tale istituto è risultato alquanto negletto da parte delle Amministrazioni, che raramente agiscono in autotutela annullando i propri atti, preferendo attendere il preannunciato ricorso e quindi la decisione del giudice. La circostanza che assai di rado il preavviso induca l'amministrazione al ripensamento **alimenta, anzi, il clima di sfiducia tra ricorrenti e stazioni appaltanti** con conseguente aumento della litigiosità e della conflittualità nell'ambito delle liti già intraprese.

Anche il **parere richiesto alla (ex) Autorità sui contratti pubblici (oggi A.N.A.C.)**, previsto dall'art. 6 del Codice dei contratti pubblici, non sembra aver dato significativi risultati in termini di deflazione del contenzioso, preferendo le parti rivolgersi comunque al giudice anche tenuto conto dei brevi termini previsti per proporre il ricorso.

La preferenza in concreto manifestata per decisioni di carattere giurisdizionale, piuttosto che per sistemi amministrativi di pre-contenzioso, è determinata da vari fattori che si tenta di enucleare:

- la garanzia di terzietà di cui il giudice è espressione;
- l'alta specializzazione del giudice amministrativo nelle controversie relative agli appalti pubblici;
- l'eliminazione di qualunque tipo di controllo di legittimità preventivo, demandando così alla sede giurisdizionale il presidio della legalità dell'azione amministrativa;
- la farraginosità, complessità e non chiarezza delle norme sostanziali, che portano alla necessità di un intervento "tecnico" ed imparziale di interpretazione da parte del giudice amministrativo.

Le considerazioni che precedono inducono a valutare con **sfavore** l'ipotesi di introdurre un **ulteriore meccanismo di precontenzioso**, pur su base volontaria, innanzi all'A.N.A.C., secondo quanto ipotizzato in alcune sedi istituzionali; meccanismo che dovrebbe prevedere, come corollario, il ricorso in unico grado al Consiglio di Stato avverso i provvedimenti emanati all'esito della fase precontenziosa, con sostanziale elisione di un grado di giudizio.

Per quanto la ventilata volontarietà dell'attivazione del precontenzioso la renda un'ipotesi potenzialmente marginale, in senso contrario si suggeriscono alcune ulteriori osservazioni.

In primo luogo, **già esiste -e da lungo tempo- una forma di reclamo** in unico grado al Consiglio di Stato che, tuttavia, non ha mai incontrato grosso favore: il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica.

In secondo luogo, nell'ottica del meccanismo delineato, è **facilmente ipotizzabile un ingolfamento del Giudice di Appello** che - nonostante l'85% del contenzioso sia assorbito dai T.A.R. (v. supra par. 1) - mostra qualche difficoltà nello smaltire l'arretrato, in ragione dei

problemi di organico e della complessità del contenzioso⁸. È prevedibile, infatti, che –stante la scarsa cultura del precontenzioso e l'elevata litigiosità che contraddistinguono il Paese - la parte che si vedesse dar torto in sede amministrativa sarebbe propensa a frapporre appello più di quanto già non avvenga nei confronti di una decisione giurisdizionale (dove, si è visto, la percentuale di sentenze appellata è bassa), così **appesantendo i ruoli del Consiglio di Stato che già mostrano le criticità evidenziate.**

In terzo luogo, **la descritta rapidità del rito appalti e lo scarso numero di fascicoli arretrati in materia** (la maggior parte è definita entro l'anno dalla proposizione del ricorso), depongono nel senso della **scarsa utilità** di un sistema alternativo a quello giurisdizionale.

Ancora, **non sembra opportuno** ipotizzare un sistema che comporti una **perdita di un grado di giudizio, innanzi a un giudice terzo e indipendente**, in favore di una forma di precontenzioso innanzi a un'Autorità –l'A.N.A.C.- che, sebbene presenti un elevato tasso di indipendenza, ha pur sempre natura amministrativa.

È appena il caso di accennare –in questa sede- ai problemi di compatibilità costituzionale che in dottrina sono stati sollevati nei confronti delle *Authorities* e delle loro competenze “atipiche” ed eccentriche rispetto al sistema di separazione dei poteri previsto dalla Costituzione, sottolineando che tale dibattito si è sviluppato proprio con particolare riferimento alle funzioni para-giurisdizionali, cui sarebbe ascrivibile questa forma di precontenzioso.

Infine, non può sottacersi che l'ipotesi ventilata determinerebbe il coagularsi di molteplici competenze in capo a un apparato amministrativo il quale difficilmente, ad organico immutato, potrebbe far fronte tempestivamente a tutte le competenze che allo stesso si vogliono attribuire; laddove, se si volesse perseguire il risultato di un'ulteriore velocizzazione della decisione delle controversie in materia di appalti, **la strada maestra sarebbe quella di aumentare gli organici dei magistrati amministrativi**, potenziando una struttura che, per quanto si è detto, già raggiunge buoni risultati nella gestione di questa tipologia di contenzioso.

4. Conclusioni e proposte

La disamina che precede, senza avere la pretesa di esaustività e con l'intento di scongiurare un nuovo trend legislativo dell'emergenza, vorrebbe condurre a riflettere sull'opportunità di recuperare **una visione del quadro complessivo in occasione del recepimento della nuove direttive sugli appalti (2014/23/UE, 2014/24/UE, 2014/25/UE)** dirigendo l'attenzione prioritariamente a monte del processo:

- alle **norme di diritto sostanziale** in materia di appalti che -ancora una volta- rischiano di scomporsi in un sistema frammentato e privo di un filo conduttore;

⁸ Nel 2014, il numero di fascicoli pendenti innanzi al Consiglio di Stato è aumentato di 791 ricorsi fino a raggiungere il numero di 25.026. In materia di appalti, peraltro, le prime elaborazioni statistiche rivelano l'assoluta celerità del giudizio anche in Appello (v. relazione del Presidente del Consiglio di Stato, Giorgio Giovannini, all'inaugurazione dell'anno giudiziario).

- ad interventi tesi a favorire una **maggiore “qualificazione” delle stazioni appaltanti, anche andando nella direzione –già intrapresa a livello di ordinamento complessivo- della centralizzazione della domanda** ma per livelli omogenei che non superino la dimensione regionale, nel tentativo di realizzare un giusto equilibrio tra competenza, specializzazione e professionalità dei soggetti agenti e sufficiente vicinanza al territorio. Una centralizzazione ultra-regionale rischierebbe infatti di tradursi in procedimenti troppo complessi e macchinosi.

Da giudicare con **sfavore**, invece, è l'introduzione di un'ipotesi, discussa in diverse sedi istituzionali, di **precontenzioso presso l'A.N.A.C.** con elisione di un grado di giudizio, per le ragioni espresse nel paragrafo precedente.

Quanto invece **alla fase processuale**, non sembrano praticabili ulteriori interventi tesi alla velocizzazione del rito considerato che –come già evidenziato nel primo paragrafo- **la giustizia amministrativa italiana è attestata su risultati ottimali rispetto alla media dei Paesi europei** pur avvalendosi di una dotazione di personale in numero inferiore alla media stessa, neanche a pieno regime.

Inoltre, va rilevato che già **le disposizioni vigenti comportano notevoli sacrifici all'effettività della tutela, pur nell'ottica della velocizzazione del processo**. Si pensi, in particolare, ai tempi oltremodo compressi per la proposizione e decisione dei ricorsi, rivenienti dai più recenti interventi legislativi. O, ancora, si pensi alle ulteriori misure introdotte nel giugno 2014, concepite in chiave “dissuasiva” del contenzioso ma problematiche se lette nell'ottica del suddetto principio, di rilevanza costituzionale e comunitaria⁹ soprattutto ove coniugate all'ulteriore aumento del **contributo unificato** (si rammenta che **pende innanzi alla Corte di giustizia europea la questione della compatibilità dei precedenti aumenti con le direttive europee** in materia di appalti pubblici, sollevata dal T.A.R. Trentino-Alto Adige, sede di Trento, con ordinanza n. 23/2014).

Margini di intervento da apprezzare favorevolmente potrebbero consistere, invece:

- nell'introduzione, ipotizzata da ultimo dallo stesso Presidente Cantone (si veda il documento presentato all'audizione innanzi alla commissione lavori pubblici del Senato svoltasi in data 18.02.2015), di forme di **controllo di legittimità “oggettivo” in chiave di limitazione dei fenomeni corruttivi**, vera piaga del nostro Paese¹⁰; in tal senso, si suggerisce la possibilità di **valutare un intervento dell'A.N.A.C. modellato su quello dell'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato (A.G.C.M.)** in funzione di repressione dei comportamenti anticoncorrenziali¹¹. All'A.N.A.C. si potrebbe attribuire

⁹ Si allude alla possibile imposizione di cauzione in caso di concessione della misura cautelare quand'anche da questa non derivino effetti irreversibili; misure “punitive” del soccombente in aggiunta alla fattispecie della lite temeraria

¹⁰ V. tra gli altri, il rapporto sul sito della funzione pubblica http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1016257/rapporto_corruzione.pdf

¹¹ Legge 10 ottobre 1990, n. 287, art. 21-bis Inserito dall'articolo 35 del decreto-legge 201/2011 convertito, con modifiche, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214: «*Poteri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato sugli atti amministrativi che determinano distorsioni della concorrenza* 1. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti

il potere di segnalare alle stazioni appaltanti talune illegittimità “qualificate” (spia di comportamenti corruttivi da individuare in sede legislativa) e, nel caso in cui le amministrazioni non si adeguassero alle indicazioni fornite dalla medesima Autorità, **sarebbe legittimata a impugnare gli atti nell’interesse della legalità;**

- nell’introduzione di eventuali **misure di tipo conciliativo** il cui esperimento, per poter condurre a **risultati apprezzabili**, dovrebbe essere portato **innanzi allo stesso giudice che si occupa del contenzioso**, sul modello di altri Paesi europei (cfr. in particolare recenti disposizioni normative approvate in **Germania** nel luglio 2012, su Federal Law Gazette p. 1577, con cui è stata introdotta la mediazione pre-giudiziale anche innanzi alle Corti di giustizia amministrativa).

Su tale ultimo punto, va osservato che la **maggiore potenzialità “conformativa”** di indicazioni provenienti dallo stesso organo giurisdizionale si commenta da sé, posto che la **scarsa efficacia dei rimedi preventivi** è certamente collegata anche **all’incoercibilità delle indicazioni** che in tale sede vengono fornite, la cui attuazione è inevitabilmente rimessa all’accordo tra le parti, considerata la natura dei rimedi stessi. Si consentirebbe, dunque, una sorta di anticipazione dell’effetto conformativo di una futura eventuale sentenza; che potrebbe essere rafforzato dalla previsione di misure sanzionatorie del tutto peculiari, quale **l’accollo dei complessivi costi del giudizio – stimati a monte- a carico della parte che risultasse poi soccombente nel processo.** Nel **Regno Unito e in Galles**, ad esempio, nella prima fase del giudizio **le parti sono “costrette” a discutere dei costi del processo** (spese e onorari per i propri legali) innanzi al Giudice con il prevedibile esito di **incentivare fortemente la conciliazione** onde evitare il rilevante aggravio dei costi nel caso di prosecuzione della lite;

- nel potenziamento degli organici della magistratura amministrativa, in costante stato di rilevante scopertura della pianta organica;
- nel potenziamento della struttura territoriale del giudice amministrativo mediante il decentramento del Consiglio di Stato per macro regioni. Tanto rafforzerebbe il controllo di legittimità degli atti delle stazioni appaltanti **anche in funzione anticorruptiva**. Non può, peraltro, essere mancata l’occasione di ribadire con forza che una tutela effettiva ed efficace del cittadino nei confronti dei poteri pubblici non può prescindere da una “vicinanza” del giudice all’amministrato.

Conclusivamente, va precisato che il presente contributo è riferito specificamente al contenzioso degli appalti pubblici; **restiamo, evidentemente, disponibili a confrontarci circa la possibilità di modifiche riguardanti l’intero giudizio amministrativo**, ivi

amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato. 2. L’Autorità garante della concorrenza e del mercato, se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette, entro sessanta giorni, un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate. Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l’Autorità può presentare, tramite l’Avvocatura dello Stato, il ricorso, entro i successivi trenta giorni (...)»

ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI AMMINISTRATIVI - A.N.M.A.

Presso: T.A.R. del Lazio - Via Flaminia, 189 – 00196 ROMA

Tel./Fax 06.3202929 - email: info@anmadirettivo.it

comprese eventuali **forme semplificate di decisione in talune materie**, come suggerito anche dal Presidente del Consiglio di Stato, Giorgio Giovannini, all'inaugurazione dell'anno giudiziario del Consiglio di Stato 2015.