**Intervento alla Tavola Rotonda su “Efficienza degli investimenti ed effettività della tutela dell’interesse pubblico e degli interessi legittimi”**

**Bologna 14 dicembre 2022**

**Franco Mastragostino**

\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*\*

Avendo riguardo al titolo della Tavola rotonda “*Efficienza degli investimenti ed effettività della tutela dell’interesse pubblico e degli interessi legittimi*”, il mio intervento si propone di verificare se ed in che misura sia in concreto possibile conciliare la piena tutela anche in sede giudiziale dei diritti e degli interessi dei cittadini con la tutela dell’interesse pubblico, nel cui ambito è fondamentale favorire, allorché ci si occupa di contratti pubblici, lo sviluppo economico ed il coerente, corretto ed efficiente utilizzo degli investimenti pubblici.

A tal fine, mi sia consentito prendere avvio da un caso emblematico, rappresentato da due procedure gemelle (riguardanti distinti ambiti territoriali) inerenti l’affidamento in concessione di un servizio pubblico essenziale, per una durata di 15 anni e per importi rilevanti, rispettivamente pari a circa 800 e 400 milioni di Euro.

Il contenzioso, insorto fra i due soli concorrenti in gara, ha avuto inizio nel luglio 2018 a seguito della determinazione di ammissione degli stessi alle successive fasi della procedura, nonostante entrambi presentassero talune pendenze di carattere penale, nessuna delle quali aveva però prodotto condanne neppure in primo grado.

Essendo a quel momento vigente il comma 2 bis dell’art.120 C.p.a., tutti e due i concorrenti impugnavano l’ammissione avversaria. E nonostante il TAR avesse respinto entrambi i ricorsi, il Consiglio di Stato in sede di appello disponeva l’accoglimento di uno di essi, sul presupposto che la stazione appaltante non avrebbe effettuato la verifica dei requisiti dichiarati (che, in verità, gli atti prodromici della gara riservavano ad un momento successivo all’avvenuta aggiudicazione).

La stazione appaltante effettuava la verifica nei confronti di entrambi i concorrenti e confermava la loro ammissione. Il TAR nuovamente adito da entrambe le imprese rigettava i rispettivi ricorsi, mentre il Consiglio di Stato in sede di appello, sempre in accoglimento di uno dei due ricorsi, pur dando atto dell’assenza allo stato di condanne penali, imponeva alla stazione appaltante di effettuare una autonoma valutazione circa la rilevanza o meno dei provvedimenti penali pendenti in relazione al requisito dell’integrità ed affidabilità dei concorrenti, suscettibile di rilevare ai sensi dell’art.80 del d.lgs.n.50/2016 ai fini della loro eventuale esclusione dalla procedura.

Operazione certamente non agevole, dal momento che l’Amministrazione non disponeva di tutti gli accertamenti istruttori acquisiti dal Giudice penale, ma che la stazione appaltante ha esperito nei confronti di entrambi i concorrenti confermando la loro ammissione alla gara.

In tal caso, essendo stato nel frattempo abrogato il comma 2 bis del cit. art.120, ed essendo quindi preclusa la immediata impugnabilità delle rinnovate ammissioni la gara ha avuto ulteriore corso ai fini della valutazione delle offerte tecniche ed economiche. Ma nel frattempo erano decorsi oltre due anni dalla iniziale determinazione di ammissioni dei candidati.

Nel luglio 2021 interveniva l’aggiudicazione.

Il secondo graduato impugnava il relativo provvedimento, lamentando fra l’altro, con il primo motivo di gravame la mancata ostensione di parte dell’offerta dell’aggiudicatario, che la stazione appaltante aveva rifiutato motivatamente in base all’opposizione della ditta vincitrice.

Il TAR respingeva il ricorso sia con riferimento al profilo dell’accesso che al merito, mentre il Consiglio di Stato, con riferimento al primo motivo d’appello (inerente l’accesso) emetteva ordinanza istruttoria con cui ordinava all’Amministrazione il deposito presso la Segreteria della Sezione di tutta la documentazione in versione integrale, onde verificarne l’ostensibilità, consentendone la visione in contraddittorio fra le parti per consentire loro di proporre proprie osservazioni in vista della decisione parziale sull’accesso.

La visione in contraddittorio è stata prevista per l’ultima settimana di gennaio 2023 e non è dato sapere quando il giudizio d’appello si concluderà.

E’ certo che qualora il Consiglio di Stato dovesse ritenere illegittima la mancata ostensione di parte dei documenti originariamente negati, si aprirebbe una nuova fase del giudizio d’appello attraverso la proposizione di motivi aggiunti o addirittura di nuovi motivi nel rispetto del doppo grado di giurisdizione.

Nel frattempo, a quasi 5 anni dall’avvio della procedura, i relativi contratti non sono stati ancora stipulati, nonostante la stazione appaltante ne avesse la facoltà, presumibilmente per motivi prudenziali stante l’incertezza sugli esiti dei relativi contenziosi.

Non c’è chi non veda come l’inusitato protrarsi del contenzioso – stante la pervicacia di entrambi i concorrenti, di per sé senz’altro comprensibile, considerata la rilevanza della posta in gioco, suscettibile di incidere significativamente sul futuro delle rispettive aziende nonché grazie anche ad un atteggiamento oltremodo garantista del Consiglio di Stato – stia determinando una grave compromissione dell’interesse pubblico.

Con l’effetto che, in situazioni come quella in esame, le disposizioni sull’accelerazione del rito appalti, la più ampia ricorribilità alle sentenze in forma semplificata, l’ampliamento dei caso in cui all’annullamento dell’aggiudicazione può non conseguire la caducazione del contratto *medio tempore* stipulato risultano in qualche modo vanificate, rendendo ancor più attuale chiedersi se ed in che misura la tutela dei diritti individuali – che il codice e ancor prima la legge n.205 del 2000 pongono giustamente al centro del processo, invertendo il precedente assetto *ab origine* fondato sul carattere oggettivo della giurisdizione amministrativa – possa ritenersi conciliabile con la salvaguardia dell’interesse pubblico generale (che ovviamente non sempre coincide con quello particolare della stazione appaltante), nel cui ambito è fondamentale favorire lo sviluppo economico e l’efficienza degli investimenti.

Non par dubbio, peraltro, che alla bilateralità del pregiudizio è stato sempre riconosciuto dal Giudice amministrativo il giusto peso, oggi ulteriormente valorizzato nel settore dei contratti pubblici dal necessario rispetto di esigenze imperative connesse ad interessi generali sia con riferimento alle decisioni cautelari che alla eventuale declaratoria di inefficacia del contratto, che, anche al di là della peculiare disciplina riguardante le infrastrutture strategiche e gli interventi del PNRR, vede sempre più ampliato il relativo ambito generale di operatività nell’ottica della preminente protezione dell’interesse generale; si pensi, in primo luogo, ai settori inerenti la salvaguardia dell’ambiente o la tutela della salute e dell’incolumità pubblica. Tant’è che oggi in base al nuovo codice, pur a fronte del pregiudizio lamentato dalle parti private, diventa sempre più rilevante la considerazione del contrapposto pregiudizio della stazione appaltante e, più in generale, quello correlato alle esigenze imperative di cui sopra si è detto. Con l’ulteriore effetto che il Giudice è sempre più proiettato a garantire la stabilità del rapporto con l’aggiudicatario e ad anticipare già nella fase cautelare le valutazioni di merito circa la sussistenza o meno delle condizioni per procedere alla caducazione del contratto.

C’è allora da chiedersi se, a fronte di tali possibili incongruenze del sistema abbia senso ragionare, oltre che su una più adeguata valorizzazione dei controlli interni, su istituti di precontenzioso, deflattivi ed ulteriormente acceleratori rispetto alla giurisdizione, ispirandosi a quelli presenti, con significativo successo, in altri ordinamenti continentali.

Senza voler accedere a quanto previsto nell’ordinamento britannico, fondato su strumenti obbligatoriamente alternativi in determinati ambiti rispetto alla giurisdizione, che comporterebbero se esportati nel nostro ordinamento più che evidenti problemi di costituzionalità, rilevano il precontenzioso previsto nell’ordinamento tedesco che, a quanto consta, presenta una elevata percentuale di casi in cui si evita la fase processuale o, come misura di mera semplificazione, il ricorso per determinate controversie ad un giudice monocratico, nell’ordinamento spagnolo. Anche se è vero che la previsione contenuta nel testo originario del codice e correlata alla comunicazione circa l’avvenuta aggiudicazione e la decorrenza de termine dello *stand still*, sul preavviso di ricorso, onde stimolare l’eventuale esercizio dell’autotutela, ha come è noto prodotto pessimi risultati; ma in tale contesto era la stessa Amministrazione con tutto il suo fardello di cultura legalista e formalistica chiamata ad esercitare il relativo potere/dovere, smentendo il proprio precedente operato.

Potrebbe un tale ruolo essere in prospettiva assolto da Collegi consultivi tecnici, oggi rivitalizzati dal d.l. semplificazioni n.76 del 2020 (sia pure sino al 30 giugno 2023) e da ultimo contemplati nello schema del nuovo Codice dei contratti pubblici? Oltre che delle questioni correlate all’esecuzione dei contratti, con riferimento alle quali, su iniziativa di una delle parti pubblica o provata i Collegi consultivi tecnici sono chiamati ad esprimere pareri o anche determinazioni e, quindi, vere e proprie decisioni aventi natura di lodi contrattuali, gli stessi parrebbero legittimati ad occuparsi anche di questioni giuridiche inerenti le clausole del bando o dell’invito, la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione o di aggiudicazione e, quindi, di ambiti di norma riservati alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Senonchè, per come è formulata, la relativa disposizione non parrebbe preludere l’introduzione di un vero e proprio precontenzioso, nella misura in cui per i suddetti profili giuridici l’attivazione dei Collegi consultivi è attribuita alle sole stazioni appaltanti, in funzione dell’espressione di un parere e non di una decisione, suscettibile quindi da fungere quale strumento di ausilio e di supporto per la stazione appaltante.

E’ vero, d’altronde, che anche se la norma fosse formulata in modo differente, tale da consentire, nel rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di iniziativa di entrambe le parti del rapporto controverso, l’emissione di una vera e propria decisione, come tale inevitabilmente impugnabile davanti al giudice amministrativo, una siffatta strumentazione non si rivelerebbe di alcuna utilità, determinando anzi una defatigante duplicazione e rallentamento delle procedure ed una ancor più grave compromissione dei valori di cui sopra si è detto.

Dal ruolo del giudice amministrativo e dall’insieme delle misure acceleratorie introdotte *in progress* dal legislatore per rendere il giudizio vieppiù rispondente ad oggettive esigenze di tempestività ed efficienza non è, dunque, dato prescindere, potendosi al più auspicare che, al di là di un sempre più attento bilanciamento degli interessi in gioco, possano essere a margine meglio definiti e circoscritti gli ambiti delle responsabilità di chi agisce per conto delle stazioni appaltanti, il timore delle quali costituisce spesso, anche a prescindere dai pronunciamenti del giudice o, comunque, nelle more dell’esaurimento delle fasi giudiziali, causa di rallentamenti e di inusitati differimenti/dilazioni in ordine al completamento delle procedure di gara, ovvero alla stipulazione del contratto ovvero all’avvio della sua esecuzione