

Verso la riduzione delle tutele giurisdizionali

A cura di **Fabio Cauli**

Come l'ANAC possa assolvere a tutti i compiti e alle importanti funzioni che il nuovo Codice le assegna, con lo stesso organico e le risorse a disposizione, davvero non è dato sapere. Intervista a **Patrizio Leozappa**



Patrizio Leozappa
Studio legale
Leozappa - Roma

Avvocato, questo Codice degli Appalti ancora prima di nascere ha sollevato un vespaio di critiche e polemiche. Come mai?

Per certi versi è inevitabile. Tutti i cambiamenti e le novità di un certo rilievo, come nel caso di interventi sulla normativa che regola un mercato chiave quale quello dei contratti pubblici, generano dibattiti, anche accesi. Nel caso del nuovo Codice Appalti, il confronto più significativo si è registrato tra quanti auspicavano un recepimento delle direttive europee snello e semplificato (i fautori della c.d. "soft law") e coloro che ritenevano una tale modalità di attuazione non compatibile con il nostro ordinamento ed estranea alla nostra tradizione giuridica.

Risolto in favore dei primi un tale confronto, resta il grave e colpevole ritardo con il quale, ancora una volta, si è arrivati sul filo di lana a tagliare il traguardo del recepimento delle direttive europee, che risalgono al mese di febbraio del 2014. La legge di delega al Governo per l'attuazione delle direttive, improntata all'inedito modello della soft regulation, ha infatti visto la luce solo il 28 gennaio 2016 e lo schema di decreto delegato è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo scorso, il che ha comportato che il Consiglio di Stato e le Commissioni parlamentari hanno dovuto necessariamente esprimere il parere di loro competenza in tempi ristrettissimi e contestualmente, così da consentire al Governo di varare definitivamente il nuovo Codice il 15 aprile 2016, appena in tempo per rispettare la scadenza del 18 aprile 2016 e non incorrere

nella procedura di infrazione. E si sa che la fretta non è mai buona consigliera. Prova ne è il fatto che talune disposizioni del decreto legislativo, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 2016 ed il giorno stesso entrato immediatamente in vigore, continuano a recare incoerenze sistematiche, refusi ed imprecisioni lessicali (a partire dal nome: lo chiamiamo Nuovo Codice dei contratti pubblici per semplicità e perché succede al Codice del 2006, ancorché, a ben vedere, il d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 inspiegabilmente ometta di qualificarsi come tale) o, il che è certamente più grave, si espongono a seri dubbi di legittimità costituzionale e di compatibilità con l'ordinamento europeo e ciò nonostante i puntuali rilievi mossi dal Consiglio di Stato nel parere reso il 1° aprile 2016.

Quali sono a Suo avviso i punti di forza e quelli di criticità del nuovo Codice?

Sicuramente da apprezzare è lo sforzo di semplificazione e di sistematizzazione che è stato fatto con la scelta di adottare un unico decreto per il recepimento delle tre direttive europee e per il riordino della materia degli appalti di lavori, forniture e servizi. Ricordo infatti che la legge delega lasciava libero il Governo di adottare entro il 18 aprile 2016 il decreto legislativo di recepimento delle direttive ed entro il 31 luglio 2016 quello per il riordino complessivo della disciplina vigente.

Ritengo condivisibile anche la filosofia ispiratrice del Codice, risalente alla legge di delega, di optare per un completamento della fonte normativa di rango primario non più, come avvenuto in passato, con l'adozione di un complesso



regolamento unico di esecuzione ed attuazione, ma con un diverso modello che garantisca maggiore celerità nel completamento attuativo della riforma e nel suo aggiornamento funzionale. Va riconosciuto infatti che il modello classico del regolamento di esecuzione non ha dato buona prova di sé, tanto con riferimento alla fase di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici (la c.d. legge "Merloni"), nel lontano 1994, quanto del previgente Codice dei contratti pubblici, nel 2006. Proprio a causa della loro complessità contenutistica e procedimentale, entrambi tali regolamenti, come è noto, sono intervenuti rispettivamente cinque e quattro anni dopo l'entrata in vigore delle norme primarie che dovevano completare e rendere applicabili, lasciando così in vita "transitoriamente" per diversi anni le datate disposizioni regolamentari previgenti e comunque impedendo l'entrata a pieno regime della nuova normativa.

Tra le novità di maggiore interesse, che necessitano però di concreta definizione ad opera degli atti che spetterà ad ANAC emanare, c'è il nuovo sistema di centralizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti, che persegue il condivisibile obiettivo di ridurre il numero (in Italia enorme: ben 32.000) e di qualificarle sulla base di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione, nonché di valorizzare le centrali ed i soggetti aggregatori, evitando così la proliferazione diffusa e, per certi versi, incontrollata delle procedure di gara.

Ciò detto e venendo alle criticità, ho qualche dubbio sulla concreta idoneità del nuovo e flessibile sistema della "soft law",

ideato dalla legge delega e realizzato dal Codice, a pervenire al completamento in tempi rapidi della riforma della materia dei contratti pubblici. La disciplina regolatoria è ora infatti essenzialmente affidata al Ministero delle Infrastrutture ed all'ANAC, ai quali spetterà di emanare, sotto il nome di "linee guida", rispettivamente non meno di 16 decreti e di 15 atti di attuazione della nuova normativa (che in totale però assommano a ben 51, ulteriori 15 atti dovendo essere adottati da altri ministeri, 4 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ed 1 dalla CONSIP).

Altro tema di estrema delicatezza è proprio quello della natura giuridica delle tre tipologie di atti costituenti le "linee guida" (nome *juris* sconosciuto al nostro sistema delle fonti del diritto), previsti dal Codice in base alla legge delega e tutti giustiziabili davanti al giudice amministrativo. Personalmente ritengo che, mentre i decreti ministeriali contenenti le "linee guida" adottate su proposta dell'ANAC e soggetti a parere delle commissioni parlamentari costituiscano veri e propri regolamenti, in quanto tali sottoposti allo schema procedimentale previsto dall'art. 17 della legge n. 400/88 (ivi compreso il parere del Consiglio di Stato), alle "linee guida vincolanti" dell'ANAC si debba invece riconoscere natura giuridica non di regolamenti ma di atti di regolazione tipici di un'Autorità amministrativa indipendente quale è l'ANAC, con conseguente assoggettamento di tali atti a garanzie procedurali minime quali, ad esempio, la consultazione pubblica, l'analisi e la verifica di impatto della regolazione, l'adeguata pubblicità e la pubblicazione; le "linee guida non

vincolanti" dell'ANAC; infine, avranno un mero valore di indirizzo a fini di orientamento dei comportamenti delle stazioni appaltanti e degli operatori economici.

L'elevato numero degli atti di attuazione previsti e l'eterogeneità delle Amministrazioni chiamate ad emanarli, laddove dovesse mancare un'efficace attività di monitoraggio, coordinamento e sollecitazione, ritengo possano compromettere l'obiettivo di pervenire sollecitamente al completamento della disciplina di attuazione del nuovo Codice. Come poi l'ANAC possa assolvere a tutti i compiti e alle importanti funzioni, anche sul piano del contrasto alla corruzione ed alle infiltrazioni criminali nel mercato degli appalti, che il nuovo Codice le assegna, con lo stesso organico e le risorse attualmente a disposizione, davvero non è dato sapere. Ed anche questa è un criticità non di poco momento, se si pensa che il nuovo Codice, anche per quanto riguarda i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, "gira" intorno all'ANAC.

Cosa la preoccupa di più?

L'aspetto sicuramente più preoccupante è che con il nuovo Codice si è imprevedibilmente e contraddittoriamente imboccata la strada della riduzione delle tutele giurisdizionali. Si tratta di un problema forse poco considerato ma che avrà invece un sicuro impatto sulle imprese nei loro rapporti con le stazioni appaltanti. L'art. 113 della Costituzione (laddove recita che: "Contro gli atti della Pubblica Amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti") è sempre stato ritenuto in Italia un baluardo contro il cattivo esercizio o l'inerzia del potere amministrativo ed una storica ed irrinunciabile conquista di civiltà giuridica e non solo.

La pienezza e l'effettività di questa sacrosanta tutela nei confronti della Amministrazione invece ora vacillano a causa delle nuove disposizioni processuali sul contenzioso in materia di appalti pubblici introdotte dall'art. 204 del nuovo Codice. E questo è paradossale per un Governo che fa della lotta alla corruzione la sua bandiera. Mi sembra infatti evidente che se si rende difficoltoso e troppo oneroso il ricorso al giudice amministrativo, come l'applicazione dell'art. 204 finisce per fare, si preclude il sindacato di legittimità – che spesso è anche il solo controllo di legalità – sull'operato dell'amministrazione e, quindi, si rinuncia anche alla possibilità di far luce su eventuali episodi di corruzione che avessero sviato l'azione amministrativa dal suo corretto percorso.

Si vogliono realizzare le opere ad ogni costo...

Il punto è a mio avviso un altro: si devono realizzare le opere ad ogni costo... ma solo se a farlo è il legittimo aggiudicatario e non l'operatore che si ritrovi primo in graduatoria grazie ad atti illegittimi della stazione appaltante! In uno stato di diritto la tutela della posizione del concorrente illegittimamente escluso o risultato non aggiudicatario deve venire prima dell'interesse a realizzare le opere ad ogni costo. Anche perché, se così non fosse, il costo che la collettività potrebbe essere chiamata a pagare sarebbe davvero troppo alto: basti pensare al caso dell'operatore che risulti vincitore di una gara nonostante la carenza, non ravvisata dalla stazione appaltante, dei requisiti di qualificazione o di quelli generali o speciali richiesti dalla legge e dalla disciplina di gara. La verità è che l'unico obiettivo perseguito dal rito super-accelerato previsto dall'art. 204 del nuovo Codice è quello di deflazionare drasticamente il contenzioso in materia di opere pubbliche. Il ricorso al giudice amministrativo è visto con sfavore ed il controllo esercitato da quest'ultimo un fastidioso ostacolo alla realizzazione delle opere pubbliche, quasi che il problema fosse la reazione alla illegittima azione amministrativa e non la illegittimità dell'azione amministrativa, di cui sembra in questo modo volersi tollerare la esistenza e la permanenza degli effetti.

Cosa prevede l'art. 204 del nuovo Codice?

L'art. 204 prevede un rito super-accelerato che impone una serrata tempistica per la proposizione del ricorso, il deposito dei documenti e delle memorie, ma anche della stessa sentenza di primo grado che, oramai, sarà resa sempre e solo in forma semplificata, a prescindere dunque dal grado di complessità della controversia, con il rischio (contrario all'obiettivo della riforma) di accrescere i giudizi di appello al Consiglio di Stato, contributo unificato permettendo. Ma non è tanto questo a preoccupare, perché alla ristrettezza dei tempi per ricorrere siamo ormai abituati, quanto piuttosto la improvvida novità di aver imposto l'onere di immediata impugnazione degli atti di ammissione alla gara dei concorrenti, a pena di decadenza. In particolare, intervenendo sull'art. 120 del Codice del processo amministrativo ma anche cancellando d'un colpo decenni di granitica giurisprudenza sull'attualità e la concretezza quali presupposti ineludibili dell'interesse a ricorrere al giudice amministrativo, l'art. 204 del nuovo Codice impone ora di impugnare nel termine di 30 giorni, decorrente peraltro da quello di pubblicazione sul sito della stazione appaltante e non di comunicazione individuale, il provvedimento di ammissione degli altri concorrenti alla gara all'esito della valutazione dei loro requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.



Detto in altri termini, ai concorrenti che volessero preservare integra la loro posizione giuridica di aspiranti aggiudicatari della gara, si impone ora non solo di ricorrere "al buio" contro gli atti di ammissione alla procedura degli altri concorrenti in tutti quei casi (che è facile prevedere saranno la maggioranza) nei quali tali "provvedimenti" di ammissione non saranno neppure motivati dalle stazioni appaltanti, ma anche e necessariamente di proporre tanti ricorsi quanti sono i concorrenti ammessi, dal momento che, per definizione, nella fase preliminare di ammissione alla gara, ciascuno di essi evidentemente ignora in che posizione potrà collocarsi la propria e la altrui offerta nella graduatoria che solo all'esito della gara sarà possibile predisporre e conoscere.

Quindi, considerando anche solo il costo spropositato del contributo unificato da pagare per ognuno dei ricorsi da introdurre, è evidente che si grava i potenziali ricorrenti di un

sacrificio economico che prevedibilmente nessun concorrente sarà disponibile o in condizione di sopportare, tanto più perché richiesto in un momento in cui ciascun concorrente non può far altro che scommettere sulle sorti della gara ed è quindi certamente del tutto carente dell'interesse a ricorrere in giudizio contro gli atti di ammissione degli altri concorrenti, la cui collocazione finale in graduatoria, così come quella dello stesso potenziale ricorrente, ben potrebbe risultare irrilevante e quindi in nessun modo lesiva o lesa. Poiché, però, la mancata tempestiva impugnazione degli atti di ammissione è sanzionata dall'art. 204 con la preclusione di far valere la illegittimità derivata dei successivi atti di gara ed in particolare della stessa aggiudicazione – anche con ricorso incidentale, ossia da parte dell'aggiudicatario che volesse difendersi dal ricorso avversario a sua volta attaccando e contestando l'ammissione alla gara del ricorrente – va da sé che risulta manifestamente vulnerato il diritto di difesa, costituzionalmente garantito.

Auspico, quindi, che sull'art. 204 possa intervenire presto un ripensamento, prevedendo che, in difetto, non tarderanno ad essere sollevate questioni di legittimità costituzionale e di pregiudizialità comunitaria.

Una brutta novità, questa, di cui davvero non si sentiva il bisogno e che sembra ispirata ad un'unica e non condivisibile finalità: quella, come si diceva, di risolvere il "problema" del contenzioso nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici in nome dell'interesse generale all'esecuzione ad ogni costo del contratto d'appalto che, con un discutibile sovvertimento dei principi costituzionali, il nuovo Codice reputa costituire un'esigenza imperativa ahimè evidentemente superiore a quella del ripristino della legalità. Speriamo di sbagliare su questa brutta deriva degli ultimi tempi, ma ho sempre a mente la storiella del tiranno di Siracusa.

E cioè?

Un crudelissimo tiranno di Siracusa, Dionisio, si stupì di sapere che una vecchietta pregava perché avesse vita lunga e la mandò a chiamare. Quando le chiese come mai pregasse perché egli avesse vita lunga anziché un regno il più breve possibile, come auspicava tutta la popolazione, la vecchietta spiegò sinceramente di aver in passato anche lei pregato che il precedente dittatore morisse quanto prima in quanto malvagio e crudele, ma, essendo stata esaudita ed essendo subentrato al suo posto Dionisio, che dei precedenti era di gran lunga il più malvagio e brutale, ora pregava perché avesse salute così da risparmiare alla città un nuovo e ancora peggiore dittatore. ●