

Convegno di Cortina
8 luglio 2016 - "Il nuovo Codice dei contratti pubblici"

Con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, che pone delle barriere particolarmente incisive alla giustizia amministrativa in tale settore, il lavoro di noi avvocati amministrativisti diviene una scommessa.

Ma così anche per quello dei giudici amministrativi.

Anche per le pubbliche amministrazioni, fare le gare è una scommessa.

Perché tutto è diventato così? Perché il legislatore - cioè il governo - ha deciso di scompaginare un assetto secolare, che ci era ben noto, e di puntare sull'avvento dell'Anac.

C'era un tempo, quello di Feliciano Benvenuti (ma anche gli anni successivi), in cui se un'Amministrazione sbagliava, chi ne era penalizzato faceva ricorso al Tar.

Era in condizione di farlo.

Quel tempo probabilmente sta finendo.

Già volgeva al termine nel momento in cui è stato elevato in modo abnorme l'ammontare del contributo unificato.

Ma oggi sembra chiudersi definitivamente, con la frattura tra la fase delle ammissioni e quella dell'aggiudicazione, e con il regime di preclusioni all'impugnazione che ne deriva.

Questa frattura - posta dal nuovo codice - è imposta dalle direttive comunitarie ora recepite? Certamente no.

È almeno conforme alle direttive (a cominciare da quella direttiva ricorsi sempre citata nelle direttive oggi recepite) ?

Sembra proprio di no, sia perché - sotto un profilo più specifico - nell'ordinamento comunitario pare esservi una tendenza a rinviare la verifica dei requisiti a un momento successivo, e non ad anticipare tale fase rispetto a quella della valutazione delle offerte e a creare tra di esse una barriera insuperabile; sia soprattutto perché - sotto un profilo generale - il sistema ora posto dal nuovo codice rappresenta un modo assai efficace per impedire l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Senza scendere nei dettagli della concreta disciplina, essa però rende pressoché impossibile nei fatti la proposizione di una seria impugnazione, non consentendo al ricorrente neppure di conoscere le ragioni che giustificano la censura giudiziaria nei confronti delle ammissioni, e quindi costringendolo ad agire "al buio".

A parte il fatto - fondamentale - che lo si costringe ad agire quando non ha interesse a farlo; a parte i tempi oltremodo ristretti di questo nuovo rito; a parte la duplicazione del contributo unificato.

Ed è una disciplina evidentemente punitiva quella del rating d'impresa connesso ai requisiti reputazionali, che tengono conto sia del contenzioso promosso nelle procedure di gara sia di quello promosso in fase di esecuzione del contratto (articolo 213 del codice).

Confidiamo che i profili di incostituzionalità e di contrasto con la normativa comunitaria prima o poi emergano.

Ma intanto, come avvocati, smetteremo di lavorare?

Non lo so.

Credo che qualcosa ci inventeremo.

Se non sarà possibile la proposizione di ricorsi al giudice amministrativo - perché diventati improponibili, costosi e inutili - in alcuni casi saremo magari tentati, su impulso dei nostri clienti, di presentare esposti in altre sedi quando sia possibile dare ai vizi procedurali riscontrati un qualche rilievo penale.

E poi, soprattutto, c'è l'Anac.

E' vero, non è un giudice, ma rivolgersi all'Anac non costa, e poi l'Anac ha anche più poteri di un giudice.

L'Anac infatti, guardando il nuovo codice, è tante cose insieme.

Ha poteri in qualche modo normativi; ma anche di persecuzione degli illeciti (e quindi quasi da pubblico ministero); ma anche poteri di applicazione delle norme e di intervento nel caso specifico; ma anche poteri di aggregazione e di gestione dei dati; ma anche poteri di vincolare l'amministrazione ad un "facere"; ma anche poteri di irrogazione di sanzioni amministrative che trapassano dalla pubblica amministrazione alla persona del funzionario.

Una cosa del genere non si era mai vista.

Non so se per le stesse pubbliche amministrazioni sia preferibile un sistema come quello attuale, nel quale subiranno meno ricorsi giudiziari (e con uno "standstill" limitato agli affidamenti sopra soglia), ma si trovano esposte a un soggetto con così tanti poteri tutti insieme, e alla possibilità che esso intervenga nella vicenda specifica.

Se una pubblica amministrazione riceve una diffida a non procedere perché un operatore le rappresenta che è stata segnalata all'Anac un'illegittimità - e quindi è necessario vedere cosa ne pensa l'Anac - quell'amministrazione (e il funzionario competente) dormirà sonni tranquilli se decidesse di procedere ugualmente?

Basta evocare l'Anac per paralizzare ogni cosa?

Sarà possibile rivolgersi all'Anac come a un'autorità amministrativa che è tenuta a dare una risposta?

L'Anac saprà strutturarsi per rispondere a questo suo multiforme ruolo?

E soprattutto: è certamente possibile rivolgersi a un giudice amministrativo contro un provvedimento dell'Anac (il codice sente il bisogno di precisarlo).

Ma sarà possibile rivolgersi al giudice amministrativo contro il silenzio dell'Anac su una richiesta che le viene rivolta ?

A seconda della risposta che si dà a questa domanda cambia tutto. Se è possibile solo inviare degli esposti all'Anac, perché li usi se e quando vuole, come "notitia criminis", allora non c'è da aspettarsi una vera tutela da quella parte.

Se invece l'Anac sarà tenuta a rispondere, allora il suo ruolo sarà molto diverso, come lo potrà essere quello del giudice amministrativo, però su un piano nuovo rispetto a quello che finora abbiamo conosciuto.

Saprà il giudice amministrativo rivendicare nei confronti dell'Anac il ruolo che gli spetta per garantire la tutela giudiziaria degli operatori, delle stazioni appaltanti, dei cittadini?

Il sistema potrà trovare un equilibrio soddisfacente tra Anac, giustizia amministrativa “residuale” - cioè quella che si esercita nei confronti non degli atti della stazione appaltante ma nei confronti degli atti dell'Anac - e giudice penale?

Su questi temi il convegno di oggi, e – per quello che ne resterà - il nostro lavoro da domani in poi.

Stefano Bigolaro

Presidente dell'Associazione veneta
avvocati amministrativisti