

## ANGELO CLARIZIA

---

### Il c.d. pre-contenzioso tra deflazione dei processi ed effettività dei poteri dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture<sup>1</sup>.

---

*Sommario: 1. Introduzione. Lo sviluppo delle procedure pre-contenziose anche in ottica comunitaria - 2. Il procedimento per la soluzione delle controversie: l'evoluzione determinata dall'iter del Codice De Lise - 3. Inquadramento dell'istituto anche alla luce del regolamento attuativo - 4. Potenziali profili di interferenza con il procedimento in corso e con l'eventuale fase giurisdizionale - 5. I limiti derivanti dalla qualificazione consultiva - 6. Conclusioni.*

#### **1. Introduzione. Lo sviluppo delle procedure pre-contenziose anche in ottica comunitaria.**

Da tempo, anche nell'ambito dell'esperienza giuridica europea, si sottolinea la necessità di sviluppare le procedure di risoluzione delle controversie 'alternative' alla giurisdizione, note con l'acronimo "A.D.R." (*Alternative dispute resolution*), che tuttavia non hanno trovato fino ad oggi, nell'ordinamento positivo italiano, quella tendenziale diffusione riscontrata originariamente nei paesi di *common law*.

Il successo di tali forme procedurali è dettato, principalmente, dall'esigenza di assicurare forme più "rapide" ed effettive di tutela delle posizioni giuridiche soggettive, sottraendole alla rigidità e alla solennità del tradizionale sindacato giurisdizionale e, nel contempo, tentando di abbattere il congestionamento giudiziario che caratterizza la nostra epoca.

In concreto i c.d. procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie hanno trovato spazio nelle prescrizioni legislative riferite a tipologie di contenzioso, caratterizzate da un elevato grado di ripetitività, da un valore economico relativamente basso e, solitamente, dalla presenza di una 'parte debole' all'interno della controversia (c.d. '*small claims*'), tenuto conto dell'esigenza di prevenire l'espandersi della una tale notevole mole di contenzioso in sede giurisdizionale e di favorire quindi la composizione della lite, anche in via transattiva, prima e all'esterno delle aule giudiziarie.

Un chiaro esempio della attitudine deflattiva dei procedimenti c.d. pre-contenziosi e della loro 'tendenziale' applicazione agli '*small claims*', si rinviene nell'ordinamento italiano proprio in relazione ad una Autorità amministrativa indipendente, l'Autorità per l'energia elettrica e il gas, alla quale, ai sensi dell'art. 2, comma 24, lettera b) della Legge n. 481/95, è attribuito l'espletamento di "*procedure di conciliazione o di arbitrato in contraddittorio nei casi di controversie insorte tra utenti e soggetti esercenti il servizio*". Si tratta di un procedimento di carattere para-giurisdizionale, che tuttavia non involge in alcun modo l'esercizio di funzioni amministrative, (sebbene incardinato dinanzi ad una Autorità indipendente), né di potestà anche latamente pubblicistiche, atteso che le controversie tra utenti e soggetti esercenti il servizio rivestono natura esclusivamente contrattuale.

Nella delineata prospettiva, appare difficile ricondurre al menzionato precedente normativo il procedimento per la soluzione delle controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara dinanzi l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, poiché sia l'oggetto della controversia, incentrata su questioni di diritto soggettivo, sia la natura del potere esercitato sono in assoluto diversi. Se infatti è ormai pacifica la generale applicabilità di procedure pre-contenziose o para-giurisdizionali anche nei confronti della P.A., attesa l'irrelevanza a tal fine di ogni profilo soggettivo di differenziazione, ben diverso approccio - come si vedrà in prosieguo - è necessario adottare in relazione all'oggetto della controversia, là dove involge l'esercizio di potestà e la cura di interessi prettamente pubblicistici.

In tal senso, anche in relazione al c.d. pre-contenzioso emerge la generale problematica dell'incerta e labile delimitazione del rapporto e del bilanciamento tra autonomia privata ed esercizio del pubblico potere, con tutte le conseguenze correlate in ordine al sistema di riparto di giurisdizione, soprattutto quando si pretende applicare alle potestà amministrative istituti tipici del diritto privato.

Si sottolineano così le criticità radicate nella cultura giuridica italiana ed i correlati condizionamenti anche del legislatore nazionale, pur sempre riluttante ad accogliere forme di tutela diverse e/o alternative al tradizionale impianto giurisdizionale.

Se già da tempo il dibattito interno si è animato in relazione non solo alla c.d. negoziabilità del potere amministrativo (basti pensare all'accordo procedimentale e/o provvedimento), ma anche alla estensione della compromettibilità in arbitri delle controversie tra privato e Pubblica Amministrazione aventi ad oggetto diritti soggettivi, ancor maggiore è l'impatto determinato dalla introduzione di meccanismi alternativi di soluzione delle controversie concernenti l'esercizio di potestà tipicamente

discrezionali, proprio in considerazione della forza potenzialmente dirimpente di tale innovazione, diretta ad incidere proprio su quei profili sensibili, ai quali si faceva riferimento.

In tale prospettiva basta avere riguardo, da una parte, ai limiti di attribuzione ad un soggetto terzo (per quanto caratterizzato da alta competenza tecnica e piena indipendenza) di poteri cognitori riguardanti la legittimità dell'esercizio del potere amministrativo, dall'altra, alla ampiezza del potere dispositivo eventualmente configurabile in capo ad esso, con tutte le problematiche connesse al necessario coordinamento e alle eventuali interferenze tra processo amministrativo e procedimento 'pre-contenzioso'.

In ogni caso, attesa l'incidenza di tali profili sulle questioni di ordine sistematico, prima di inoltrarsi nella disamina della natura e delle caratteristiche del procedimento per la soluzione delle controversie insorte in sede di gara davanti alla Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, è comunque opportuno rilevare come la previsione di strumenti di soluzione preventiva del contenzioso in materia di procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente privato della pubblica amministrazione sia stata oggetto di precedenti iniziative normative già a livello comunitario.

Le direttive comunitarie hanno infatti già da tempo posto l'attenzione sulla necessità di garantire una tutela celere ed effettiva delle posizioni soggettive coinvolte nelle procedure di gara, concentrando l'attenzione sulla conformazione dei procedimenti giurisdizionali, con particolare riguardo alla accessibilità ad una adeguata tutela cautelare, anche *ante causam*, ed alla esperibilità di domande risarcitorie.

Non sono mancate, inoltre, chiare aperture sulla ammissibilità di strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, mediante il conferimento della risoluzione della *res dubia* anche ad organi esterni all'apparato giurisdizionale.

Già dai primi anni '90, invero, è stata messa in risalto l'opportunità di prevedere meccanismi conciliativi di risoluzione delle controversie, non senza sottolineare, tuttavia, la difficoltà di applicare tali procedure a fattispecie concernenti l'esercizio di poteri di rilevanza pubblicistica.

L'espressione più significativa di tale indirizzo si concretizzò nella direttiva ricorsi 92/13/CE (relativa agli appalti pubblici nei c.d. settori "speciali"), con la previsione di strumenti alternativi alla tutela giurisdizionale, unitamente alla introduzione della c.d. 'attestazione' di conformità alle regole stabilite a livello comunitario e nazionale, nel senso che le stazioni appaltanti potevano sottoporre le proprie procedure di aggiudicazione ad una sorta di certificazione di legittimità.

In relazione al primo ordine di previsioni, si introduceva in via facoltativa l'istituto della 'conciliazione', diretta a favorire la celere composizione dei contrasti sorti in sede di gara.

Significativo è il contenuto dell'art. 10, comma 4, della direttiva, ai sensi del quale i conciliatori "*si adoperano per trovare quanto prima un accordo tra le parti, nel rispetto del diritto comunitario*": emergeva così una configurazione eminentemente sostanzialistica, che rispetto a qualsiasi considerazione formale privilegiava l'accordo delle parti, ai fini del rispetto del diritto comunitario, preoccupandosi comunque (v. art. 11) di specificare che "*i provvedimenti adottati a norma del presente capitolo lasciano impregiudicati: [...] b) i diritti di chiunque si avvalga della procedura di conciliazione, dell'ente aggiudicatore o di qualsiasi altro soggetto*".

Tale configurazione destò perplessità, in quanto determinava un impatto critico in sede di applicazione ad una procedura ad evidenza pubblica, correlata a posizioni giuridiche soggettive "indisponibili"; tant'è che tali strumenti non furono recepiti dalla normativa interna, senza tra l'altro determinare l'apertura di procedure di infrazione nei confronti dello Stato italiano, non solo in considerazione dell'elevato livello di garanzia fornito dal sistema giurisdizionale nazionale (soprattutto in relazione all'ampiezza delle misure cautelari, alla celerità delle procedure, ed alla esperibilità di rimedi anche risarcitori), ma anche perché, invero, non erano stati attuati neanche negli altri Paesi.

La generale carenza di effettività dei rimedi previsti dalla direttiva 92/13 nei settori c.d. 'speciali', è stata del resto riconosciuta nella proposta di modifica delle medesime direttive ricorsi (formulata il 4 maggio 2006), che ha previsto la radicale abolizione del meccanismo di attestazione, che "*non è stato quasi mai utilizzato e non può realizzare l'obiettivo di prevenire un numero considerevole di violazioni del diritto comunitario*".

"Analogamente", recita il considerando 17 della proposta, "*il meccanismo di conciliazione non ha suscitato un reale interesse da parte degli operatori economici, non solo per il fatto che non permette di per sé stesso di ottenere provvedimenti provvisori vincolanti tali da impedire tempestivamente la conclusione illegittima di un contratto, ma anche per le sue caratteristiche difficilmente compatibili con il rispetto dei termini particolarmente brevi dei ricorsi ai fini dei provvedimenti provvisori e di annullamento delle decisioni illegittime*".

Dalla stessa proposta di direttiva, quindi, emergono sia il rilievo garantista della tutela, soprattutto cautelare, già accordata dagli ordinamenti nazionali mediante gli ordinari meccanismi giudiziari sia la consapevolezza della scarsa incidenza che i previsti strumenti conciliativi possono esercitare sul carico

di contenzioso giurisdizionale.

Anche a livello comunitario, per i procedimenti di gara, si riconosce pertanto la difficoltà di una adeguata risposta alla conclamata esigenza di risolvere in via alternativa le controversie rispetto ai tradizionali rimedi giurisdizionali.

## 2. Il procedimento per la soluzione delle controversie: l'evoluzione determinata dall'*iter* del Codice De Lise.

Già in altre occasioni si è sottolineata l'importanza del Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, soprattutto poichè rappresenta il più considerevole tentativo di semplificazione e omogeneizzazione normativa.

Tale *ratio* ha trovato peculiare applicazione nella disciplina dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (già Autorità di vigilanza sui lavori pubblici), proprio in ragione del riordino operato dal legislatore delegato nell'ottica dell'estensione della sfera di competenza all'ambito dei servizi e delle forniture e nel pieno riconoscimento della autonomia organizzativa dell'organismo.

Tra le innovazioni apportate, emerge la previsione dell'art. 6, comma 7, lettera n) del Codice, ai sensi del quale l'Autorità *"su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione"*.

Al fine di inquadrare la disciplina, che ha successivamente trovato attuazione procedurale in un regolamento approvato dall'Autorità, è opportuno soffermarsi su alcune questioni di carattere preliminare.

In via di prima approssimazione è pacifico che l'istituto sembra senz'altro potersi ascrivere nel novero dei richiamati strumenti deflattivi del contenzioso, i quali, offrendo un livello (facoltativo) di tutela ulteriore, rapida e preventiva, sono volti a disincentivare il ricorso agli 'ordinari' meccanismi di tutela giurisdizionale, così rispondendo alle istanze di "alleggerimento" del carico processuale, sempre più frequentemente sollevate in riferimento tanto alla fase di scelta del contraente, quanto a quella di esecuzione contrattuale.

Il favore generalmente manifestato verso lo sviluppo di tali istituti in materia di affidamento di contratti pubblici, del resto, trova riscontro, oltre che nella normativa comunitaria precedentemente richiamata, anche nel costante indirizzo normativo nazionale, diretto anch'esso ad assicurare il massimo grado di celerità ed effettività alla tutela delle posizioni giuridiche coinvolte nelle procedure di gara e nei conseguenti rapporti negoziali con la pubblica amministrazione.

La delineata esigenza, che ha già trovato concreta espressione nella previsione di meccanismi di semplificazione prettamente processuali (quali il rito accelerato in materia di procedure di affidamento, e, da ultimo, l'esperibilità della tutela cautelare *ante causam* nel processo amministrativo), si estende oggi alla previsione di strumenti addirittura preventivi all'instaurazione del giudizio.

Questi ultimi, mentre in passato concernevano essenzialmente l'esecuzione del contratto, attraverso la sempre più dettagliata disciplina dell'accordo bonario, ancor più valorizzata nel Codice dalla specifica previsione della transazione come ordinario strumento alternativo, oggi riguardano anche la fase della procedura di gara, in una prospettiva sostanzialmente "pre-contenziosa", volta a prevenire, o quantomeno limitare, il ricorso agli strumenti ordinari di tutela giurisdizionale.

Il "procedimento per la soluzione delle controversie" dinanzi l'Autorità di vigilanza trova quindi naturale collocazione, nell'intenzione del legislatore, accanto ai tradizionali meccanismi di tutela (alternativi, transattivi e comunque deflattivi del contenzioso) tipici della fase di esecuzione contrattuale, i quali, sebbene già previsti nella previgente normativa in tema di lavori pubblici, trovano applicazione generalizzata nel Codice dei contratti pubblici estesa a servizi e forniture.

Tuttavia, a fronte della individuata *ratio*, la collocazione sistematica della procedura non appare altrettanto immediata.

Non a caso, sulla conformazione dell'istituto e sulla sua effettiva capacità deflattiva, ha significativamente inciso il tormentato *iter* procedurale che ha condotto alla attuale formulazione della citata disposizione, profondamente modificata rispetto all'originario impianto normativo.

Lo schema di decreto delegato recante la prima formulazione del Codice dei contratti, all'art. 6, comma 7, lettera n), attribuiva all'Autorità il compito di svolgere *"su iniziativa delle parti, attività di composizione delle controversie insorte tra stazioni appaltanti ed operatori economici durante le procedure di gara, in tempi ristretti e comunque non superiori a venti giorni"*.

Nella originaria impostazione, quindi, la deflazione del contenzioso processuale veniva perseguita mediante l'attribuzione all'Autorità di vigilanza di una funzione di diretta "composizione" della controversia, in una prospettiva tipicamente para-giurisdizionale o quanto meno contenziosa

dell'istituto.

Il Consiglio di Stato, in sede di parere preventivo sul testo del Codice, rilevò l'estraneità dell'istituto, così configurato, tanto ai criteri fissati dalla legge di delega, quanto al contenuto delle direttive comunitarie oggetto di recepimento. Dopo aver osservato che *"l'attribuzione di una funzione del tutto nuova e para-contenziosa ad una autorità indipendente richiede un espresso intervento del legislatore"*, l'Adunanza Generale del Consiglio di Stato suggerì la conseguente radicale espunzione della norma dal testo del decreto legislativo delegato.

La volontà di offrire una risposta alle delineate esigenze deflattive evidenziò comunque la necessità di ridefinire la disciplina, attribuendo all'intervento la forma del "parere non vincolante", solo eventualmente corredato da una "ipotesi di soluzione" della "questione" insorta in sede di gara, e si concretizzò quindi nella definitiva formulazione dell'art. 6, comma 7, lettera n), chiaramente improntata alla *ratio* di contemperare le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato con la volontà di dotare l'Autorità di uno strumento efficace ed incisivo per consentire, in tempi necessariamente brevi e compatibili con l'esercizio di un'eventuale azione impugnatoria ordinaria, la formulazione di deliberazioni comunque utili anche *pro futuro* per tutte le vicende analoghe.

### 3. Inquadramento dell'istituto anche alla luce del regolamento attuativo.

Con regolamento adottato il 10 ottobre 2006, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha disciplinato il *"procedimento per la soluzione delle controversie"* insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, dando così espressa attuazione al disposto dell'art. 6, comma 7, lettera n), del D.lgs. 163/2006.

Dalla lettura del testo emerge immediatamente la tendenza a valorizzare l'ambito dell'istituto nel tentativo di contemperare le delineate opposte esigenze.

Già *prima facie*, l'intestazione del regolamento *"soluzione delle controversie"* (vedi anche l'art. 1, il quale, delimitando l'oggetto della normativa, dispone che *"il regolamento disciplina la procedura per la soluzione delle controversie di cui all'art. 6, comma 7, lettera n"* del Codice dei contratti pubblici) sembra rivestire una valenza evocativa del superato testo stigmatizzato dal Consiglio di Stato, anche se in effetti tale previsione di apertura, come del resto tutto l'articolato, è principalmente orientata a sottolineare la *ratio* deflattiva, che costituisce tuttora il fulcro attorno al quale trova sviluppo l'intera disciplina procedurale.

E' infatti nell'articolo 2 che trova spazio l'esatta qualificazione del procedimento e la ponderazione degli effetti giuridici che dal medesimo possono conseguire, così permettendo, in definitiva, di cogliere l'interpretazione del testo di legge fatta propria dal regolamento attuativo (*"istanza di parere per la formulazione di una ipotesi di soluzione della questione insorta durante lo svolgimento delle procedure di gara degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture"*).

Si conferma, così, in aderenza al disposto dell'art. 6 del Codice, la natura consultiva della procedura, pur in mancanza nel testo regolamentare dell'espressa qualificazione "non vincolante" del parere reso dall'Autorità, comunque sottolineata direttamente dal Codice.

Tuttavia, rispetto a tale pacifica configurazione, alcune disposizioni del regolamento dell'Autorità potrebbero dare adito a "fughe" interpretative, nell'ottica di attribuire una valenza decisoria che possa dare maggiore effettività all'istituto.

L'articolato pone una disciplina concisa delle varie fasi che compongono il procedimento, dalle modalità di presentazione dell'istanza ai termini per l'adozione del parere conclusivo, attribuendo particolare risalto alle forme della partecipazione dei soggetti a vario titolo interessati e della complessiva attività istruttoria.

L'iniziativa, ai sensi dell'art. 2, spetta alla stazione appaltante o ad una o più parti interessate, le quali possono, singolarmente o congiuntamente, rivolgere all'Autorità l'istanza di parere.

A tale riguardo si segnala una apparente difformità con la previsione dell'art. 6 del Codice dei contratti, per il quale l'avvio della procedura è riconnesso all'iniziativa "della stazione appaltante e di una o più altre parti". Tale formulazione evoca non solo la necessità di una iniziativa congiunta (come indicato dall'uso della congiunzione "e") e la sussistenza di una 'contrapposizione' già in essere tra le parti, ma addirittura la volontà dei soggetti interessati a deferire all'Autorità le "ipotesi di soluzione della vicenda".

Appare evidente, quindi, come la disciplina attuativa, in contrasto con il dato letterale della disposizione legislativa, sia volta ad estendere la possibilità di accesso alla procedura anche ai casi in cui l'iniziativa sia adottata dalla sola stazione appaltante o dal singolo concorrente, così da ampliare l'ambito di operatività anche alle fattispecie nelle quali il contrasto non abbia ancora trovato concreta espressione e, soprattutto, in modo da ricondurre l'istituto nell'alveo della mera funzione consultiva. Una particolare attenzione, inoltre, è stata rivolta alla semplificazione ed alla estrema informalità della procedura. Si consideri che l'istanza, da inoltrare esclusivamente secondo il modello disponibile

sul sito *internet* dell'Autorità, può essere presentata tramite raccomandata, *fax*, o anche per posta elettronica certificata.

Per quanto concerne il contenuto dell'istanza, il citato art. 3, comma 2, prescrive di indicare altresì *"eventuali soggetti controinteressati"*, presumibilmente al fine di coinvolgerli nel procedimento consultivo.

Ulteriori elementi di valorizzazione della più ampia partecipazione nel procedimento sono contenuti nell'art. 5 del regolamento attuativo, recante la disciplina dell'eventuale audizione delle parti, esperibile sia a richiesta delle stesse, sia su iniziativa dell'Ufficio Affari Giuridici, *"qualora lo ritenga necessario"*.

Questa è senz'altro la novità più significativa, strettamente correlata alla caratterizzazione concorsuale delle procedure di gara. In detti procedimenti, infatti, il notevole rilievo attribuito alla posizione dei controinteressati allarga l'ambito della valutazione sull'attività non solo della stazione appaltante, ma anche di molti concorrenti (l'aggiudicatario e i controinteressati).

Il delineato ampliamento rappresenta un rafforzamento della funzione consultiva, rendendo compiuto il giudizio espresso sulla scorta delle prescrizioni offerte da tutti gli interessati, e nel contempo sembra far propendere per una prospettiva sindacatoria più che di mera ponderazione, giustificandosi in tal senso il rilievo dei controinteressati, altrimenti estranei ad una attività meramente consultiva. Ma ciò che più rileva è che, in tale prospettiva, il parere acquisisce una particolare valenza partecipativa, sconosciuta alla tradizionale configurazione dell'istituto.

La formulazione del parere spetta ad un organismo appositamente costituito presso l'Autorità, denominato *"Commissione per la soluzione delle controversie, presieduta a rotazione da un membro del Consiglio dell'Autorità e composta da esperti nei settori degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nominati dal Consiglio dell'Autorità"* (v. art. 6 del regolamento) costituito per esigenza di maggiore neutralità dell'organo deliberante.

In effetti tale giustificazione non appare adeguata: non si comprende come la stessa Autorità possa ritenere che la delibera, affidata a soggetti esterni ancorché esperti nei settori degli appalti pubblici e posti sotto la presidenza di un membro del Consiglio dell'Autorità, possa accrescere le garanzie di terzietà ed autonomia di giudizio rispetto ad una pronuncia del *plenum* del Consiglio stesso, come è stabilito che avvenga nelle more della costituzione della Commissione. Sembra quindi che l'attribuzione alla Commissione debba essere ricondotta ad esigenze di semplificazione - snellimento strutturale ed operativo delle attività del Consiglio, che proprio con il Codice ha visto accrescere notevolmente l'ambito di operatività che forse non si è ancora colto in pieno.

Per quanto riguarda, infine, la definizione dei tempi di conclusione dell'intero procedimento, deve aversi riguardo alle esigenze istruttorie richieste dalle singole questioni.

Considerato che la relazione istruttoria del dirigente responsabile deve essere trasmessa alla Commissione nei dieci giorni decorrenti dalla comunicazione di avvio del procedimento, ovvero dalla data di ricezione della documentazione integrativa o della eventuale audizione delle parti, e che la deliberazione della Commissione deve essere adottata entro dieci giorni dalla data di trasmissione della relazione istruttoria finale, può facilmente desumersi che la procedura per il rilascio del parere (anche nel caso in cui siano richiesti sia integrazioni documentali sia l'audizione diretta delle parti), comporti una durata complessiva non superiore a 40 giorni.

#### **4. Potenziali profili di interferenza con il procedimento in corso e con l'eventuale fase giurisdizionale.**

La particolare celerità impressa al procedimento impone di verificare l'incidenza sia sulla procedura di gara, sia sul procedimento giurisdizionale (eventuale o attivato).

In proposito, particolare attenzione meritano alcuni elementi della disciplina procedurale, presenti nel citato regolamento, i quali, almeno potenzialmente, sembrano anche confermare la delineata collocazione sistematica dell'istituto in commento, con particolare riguardo agli artt. 3, comma 3 (*"quando l'istanza è formulata dalla stazione appaltante, la stessa deve contenere l'impegno della medesima a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità"*), e 4, comma 4 (*"quando l'istanza è presentata da una parte diversa dalla stazione appaltante, con la comunicazione di avvio del procedimento l'Autorità formula alla stazione appaltante l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino alla definizione della stessa da parte dell'Autorità"*).

Se può comprendersi l'esigenza sostanziale della presentazione di tale "impegno", qualora l'istanza di parere venga proposta dalla stazione appaltante, per evitare che questa possa vanificare, con la propria attività, un procedimento avviato di propria iniziativa, più difficile appare conciliare "l'invito a non porre in essere atti pregiudizievoli" formulato a seguito dell'istanza di un concorrente alla procedura di gara, con la dichiarata natura facoltativa e non vincolante del parere.

Né può tralasciarsi la posizione dei concorrenti "terzi" rispetto al procedimento avviato presso l'Autorità, i quali potrebbero certamente far valere il proprio interesse a che la procedura selettiva non venga "sospesa" o ritardata, considerato che la durata della stessa nel caso si rendano necessari adempimenti istruttori, può essere di circa quaranta giorni.

D'altro canto non è chiaro quale conseguenza sia connessa alla eventuale inottemperanza all'invito formulato dall'Autorità, non potendosi ritenere che quest'ultima non proceda alla formulazione per fatto non imputabile all'istante.

Sembra tranne così conferma quella prospettiva informale che, in linea con il precedente rilievo, sembra contraddistinguere la procedura.

Le perplessità relative alla portata di tali 'impegni', peraltro, si collegano ai profili di eventuale interferenza con il procedimento giurisdizionale, eventualmente pendente in relazione alla controversia contestualmente devoluta all'Autorità. E' del tutto evidente come in tal caso debba fermamente respingersi la prospettiva di una potenziale concorrenza tra Giudice Amministrativo e Autorità di vigilanza, in relazione tanto alla gestione della 'condotta' delle parti nelle more del procedimento, quanto alla possibile sovrapposizione con pronunce, sia cautelari sia di merito.

In ogni caso, a scongiurare comunque il rischio di un uso distorto dell'istituto, si sottolinea quanto previsto dall'articolo 3, comma 2, del regolamento attuativo, secondo il quale l'istanza di parere deve obbligatoriamente *"rappresentare l'eventuale pendenza, per la fattispecie in esame, di un ricorso innanzi all'autorità giudiziaria"*.

Sebbene non venga esplicitato dalla citata disposizione, l'eventuale pendenza di un ricorso in sede giurisdizionale deve condurre alla declaratoria di "improcedibilità", così da eliminare in radice la possibilità del verificarsi di interferenze e sovrapposizioni distorsive e strumentali.

Una ulteriore osservazione in ordine ai potenziali effetti del parere non vincolante, riguarda il regime di impugnabilità dello stesso insieme con il provvedimento lesivo, ogniqualvolta il primo costituisca elemento integrante dell'*iter* logico-motivazionale del secondo, secondo il tradizionale criterio di connessione degli atti presupposti rispetto a quello finale, lesivo dell'interesse.

Si incrementa così l'ampiezza dell'eventuale successiva impugnativa, che riguarderà anche tale ultima fase procedurale, ma nel contempo si pongono in risalto le preoccupazioni sull'incisività ed effettività dell'istituto rispetto alla *ratio* che ne ha determinato la disciplina anche a seguito del parere del Consiglio di Stato.

Le citate disposizioni in tema di interferenza con la fase giurisdizionale sembrano quindi confermare la tendenza ad un modulo "compromissorio" nella formulazione dell'impianto normativo e meritano adeguato approfondimento per evitare qualsiasi erosione dei confini propri di un istituto avente natura meramente consultiva, proprio al fine di esaltarne efficacia ed incisività.

## 5. I limiti derivanti dalla qualificazione consultiva.

Sulla base dell'*excursus* delineato si è sottolineata la natura consultiva della procedura, ma più volte sono stati citati riferimenti (ampliamento ai controinteressati; ipotesi di soluzione della questione; blocco del procedimento pendente etc.) che sembrano far propendere per un presunto carattere 'compositivo' dell'istituto o sull'affermazione della reviviscenza della natura para-contenziosa e/o direttamente decisoria (espressamente censurata dal Consiglio di Stato) e che sono direttamente correlati all'intenzione del legislatore di contrastare il proliferare del contenzioso.

E' pacifico che tale fondamentale *ratio* può trovare attuazione solo se all'esito della procedura *de qua* trovi definizione concreta la vicenda sostanziale, tant'è che nel testo continua a farsi riferimento all'eventuale "ipotesi di soluzione". Ma tali connotazioni debbono essere in assoluto superate, se si tiene conto della conformazione dei poteri dell'Autorità, del carattere facoltativo dell'iniziativa, della qualificazione non vincolante del parere, della significativa sostituzione del termine "controversia" con quello di "questione".

Innanzitutto deve radicalmente escludersi la riconducibilità ad una ipotesi transattiva, atteso il carattere assolutamente imperativo ed inderogabile della disciplina dei procedimenti ad evidenza pubblica, i quali coinvolgono, oltre al pubblico interesse alla selezione del 'miglior' contraente privato, anche posizioni giuridiche di terzi.

In effetti, la qualificazione dell'istituto in commento in termini compositivi si ricondurrebbe in generale, all'ormai consolidato riconoscimento dell'ammissibilità di accordi tra privato e Pubblica Amministrazione, non solo in relazione ai rapporti che coinvolgono posizioni giuridiche di diritto soggettivo (cfr. nel Codice De Lise gli articoli 239 e 240 in tema di accordo bonario e transazione), ma anche con riguardo ai procedimenti di formazione del contenuto discrezionale di un atto di esercizio del potere.

L'attuale formulazione dell'art. 11 l. 241/90, invero, rubricato "Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento", prevede che la pubblica amministrazione può concludere accordi con gli interessati al

fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero in sostituzione di questo, senza pregiudizio dei diritti dei terzi e in ogni caso nel perseguimento del pubblico interesse. Anche volendo ammettere che, nell'ipotesi di accordi, possano riscontrarsi i presupposti tipici della transazione (sussistenza di una *res dubia*, disponibilità delle posizioni giuridiche coinvolte, disposizione di reciproche concessioni, causa contrattuale tipica, incentrata sulla composizione anche preventiva della lite attraverso reciproche concessioni), tale paradigma non può comunque applicarsi alle procedure instaurate davanti all'Autorità di Vigilanza ai sensi dell'art. 6, co. 7, lettera n) del Codice dei contratti.

In tal senso potrebbe valorizzarsi la previsione legislativa dell'ipotesi di soluzione dell'Autorità, configurando quest'ultima come proposta formulata da un soggetto terzo, in funzione di "mediatore" tra le contrapposte posizioni delle parti, le quali sarebbero poi libere di aderirvi, conformando la propria successiva condotta alla soluzione così prospettata. La configurazione del rapporto tra la stazione appaltante ed il concorrente in gara sarebbe quindi il risultato delle reciproche concessioni, se pure in adesione alla soluzione proposta dall'Autorità di vigilanza in qualità di "mediatore".

Tale ricostruzione risente evidentemente dell'influenza della *ratio* tipica degli istituti pre-contenziosi, prevalentemente ispirati alla logica della volontaria composizione bonaria della istauranda controversia; logica non ammissibile nella specie, in relazione alla peculiarità delle procedure di gara e del ruolo svolto dalla stazione appaltante in materia, al fine, da un lato, di conseguire il più efficiente espletamento delle prestazioni, mediante la scelta del 'miglior' contraente privato, dall'altro di garantire la legalità e l'imparzialità dell'azione amministrativa anche in termini di parità di trattamento dei concorrenti a tutela dell'accesso al mercato dei contratti pubblici.

In tale prospettiva, la disciplina delle procedure di gara si caratterizza per l'estrema rigidità e la tendenziale contrazione dell'ambito di esercizio della discrezionalità da parte del committente nella scelta dell'appaltatore.

Come pacificamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, una volta avviato il procedimento, la *lex specialis* (locuzione enfaticamente utilizzata proprio per rimarcare tale valenza) vincola la successiva condotta della Stazione Appaltante a garanzia della *par condicio* (addirittura secondo alcune pronunce anche se le clausole relative presentano profili di illegittimità).

Il carattere inderogabile ed imperativo della disciplina, in considerazione della *ratio* perseguita, insieme con la rilevata tendenziale riduzione della potestà discrezionale del committente, portano quindi ad escludere che le parti della procedura di gara possano legittimamente disporre del contenuto dei provvedimenti e degli atti infra-procedimentali, che scandiscono la procedura selettiva.

Eventuali controversie sorte in sede di gara, quindi, avranno necessariamente ad oggetto la 'mera' applicazione alla fattispecie concreta del complesso normativo delle disposizioni legislative e della *lex specialis*.

Del resto tali controversie sono sempre più connotate da profili di notevole complessità tecnica, affrontati a volte dagli organi giurisdizionali amministrativi mediante il ricorso sempre più generalizzato alla consulenza tecnica d'ufficio.

Né può tralasciarsi l'importanza crescente del rilievo e della considerazione di terzi controinteressati nell'ambito della procedura in esame, terzi che sono senz'altro estranei alla logica di una configurazione transattiva e/o bonaria dell'ipotesi di soluzione della istauranda controversia.

Alla luce delle considerazioni svolte, lo schema della formazione consensuale del provvedimento amministrativo, ai sensi dell'art. 11 della L. 241/90, non appare applicabile alle ipotesi considerate in questa sede, tant'è che non a caso il legislatore ha sostituito la locuzione "controversia" con quello più generale di "questione".

Ferma restando l'assoluta estraneità alla funzione giurisdizionale ed anche a quella contenziosa, si attribuisce quindi all'Autorità indipendente, amministrazione 'terza' rispetto alle parti e dotata della necessaria competenza tecnica per dirimere la questione, una funzione meramente consultiva, come d'altronde confermato dal termine utilizzato per l'atto tipico dalla stessa emanato che investe l'Autorità di una questione avente ad oggetto la corretta applicazione della norma tecnico-giuridica alla fattispecie concreta.

Se le delineate considerazioni confermano la rinuncia del legislatore delegato a porre l'istituto in diretta concorrenza con i tradizionali strumenti di tutela giurisdizionale, deve tuttavia focalizzarsi lo sforzo compiuto per conservarne in via tendenziale l'originaria attitudine deflattiva.

Nel testo definitivo l'esito della procedura è limitato all'enunciazione di un'opinione interpretativa non vincolante, che, anche se con riflessi potenzialmente generali (e quindi volti a conformare l'attività di operatori economici indeterminati), è pur sempre incentrata su una individuata procedura selettiva.

Di conseguenza l'Autorità non emette una decisione né tanto meno adotta un provvedimento direttamente compositivo, si da offrire una forma di tutela alternativa ai diversi interessi coinvolti nella procedura di gara.

In sostanza, rispetto al parere tutte le parti possono restare libere sulle proprie posizioni, senza che l'Autorità definisca tra le parti la controversia, ancorché solo interpretativa.

Potrebbe comunque ipotizzarsi che il parere dell'Autorità sia in grado di offrire una 'ipotesi di soluzione', alla quale tutte le parti aderiscono in uno schema analogo a quello dell'accordo bonario (al di là di tutti i richiami innanzi svolti): solo così può darsi risalto al rilievo attribuito dal Legislatore a tale formulazione, che dovrebbe rappresentare l'elemento determinante per la definizione effettiva della questione.

Ma l'attuale quadro normativo e la prassi istaurata sono ben diversi e lontani da qualsiasi mediazione compositiva.

Di conseguenza, il compromesso legislativo teso a coniugare l'esigenza di deflazione del contenzioso con le prevedibili censure di illegittimità costituzionale, in linea con le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato, non sembra aver sortito effetti adeguati, neanche in sede regolamentare.

La natura meramente consultiva, ancorché rinforzata dalla partecipazione di tutti gli interessati, dalla espressa finalizzazione alla rapida soluzione di una specifica questione e dall'autorevolezza e competenza dell'organismo interpellato (così come dimostrato nella recente esperienza), se può offrire un potenziale deflattivo in relazione ad una specifica "questione" riconnessa ad interessi il cui assetto sia ancora integralmente da definire, in generale incide negativamente sull'efficacia ed effettività del cd. pre-contenzioso.

La mancanza di rilievo decisivo definitivo, consustanziale alla natura del parere non vincolante, al di là dei limiti del coinvolgimento di tutti gli interessati, può attribuire all'atto valenza di *moral suasion*, rilevante solo per fattispecie particolari di evidente e consolidata interpretazione, che possono convincere la Stazione Appaltante e tutti gli altri concorrenti a non adire il giudice amministrativo, nonostante l'importanza degli interessi coinvolti.

## 6. Conclusioni.

Le considerazioni svolte ribadiscono quindi l'evoluzione del ruolo dell'Autorità di vigilanza, determinato dall'ampliamento delle competenze attribuite alla stessa dal codice e confermato dall'innovatività del c.d. precontenzioso, ma nel contempo riconducono alla verifica della effettività della disciplina positiva rispetto alla *ratio* della stessa.

Se le intenzioni del legislatore si incentravano nella volontà di incidere in misura notevole sul volume del contenzioso amministrativo, mediante l'utilizzo di una procedura semplificata e relativamente rapida, l'attuale procedimentalizzazione del potere consultivo, che l'Autorità svolge utilmente da anni, non sembra poter configurare uno strumento di assoluta incisività al di là dell'autorevolezza che contraddistingue l'operato della stessa.

In tale prospettiva, *prima facie* ed in attesa di concreti riscontri, si può ragionevolmente ritenere che il cosiddetto pre-contenzioso in sede di gara potrà spiegare efficacia concreta soprattutto nelle fasi iniziali della procedura selettiva, là dove la contrapposizione tra gli opposti interessi dei diversi partecipanti si manifesta per lo più in tono minore.

Nelle successive fasi di valutazione comparativa delle offerte e di aggiudicazione, la "composizione" dei contrapposti interessi dei concorrenti all'interno di una attività meramente consultiva potrebbe apparire uno strumento meno incisivo rispetto alla riconosciuta completezza, celerità ed effettività della tutela offerta dal giudice amministrativo (Cfr. Corte cost., ord. 10 maggio 2002 n. 179), soprattutto se si tiene conto della complessità delle questioni, anche in ragione dei soggetti coinvolti e della ponderazione dei profili tecnici (si pensi, ad esempio, all'ampiezza oggettiva e soggettiva della verifica di anomalia), ma soprattutto della (ormai da tutti condivisa) prevalente difficoltà di interpretazioni connotate da assoluta certezza.

In tale contesto - caratterizzato dall'intrinseca "opinabilità" interpretativa di molte disposizioni e da continui contrasti giurisprudenziali - l'ambito di concreta operatività di tale nuovo istituto, da un lato, dovrà necessariamente rapportarsi all'elevato grado di effettività e tempestività, garantito dal sistema di tutela giurisdizionale amministrativa, in particolare in sede cautelare (come riconosciuto, del resto, dalla stessa giurisprudenza costituzionale ancor prima della introduzione dello strumento della tutela cautelare *ante causam* nell'ordinamento processuale), dall'altro sarà condizionato dall'uso che ne farà l'Autorità, nella consapevolezza di evitare aggravati procedurali e di tener conto dei limiti indicati in termini di *moral suasion* e quindi di adeguatezza della fattispecie rispetto al delineato ambito di operatività, al fine di garantire il ruolo sempre più rilevante attribuito dal Codice e soprattutto di poter rispondere alle istanze di tutela dei rilevanti interessi coinvolti nel settore offrendo un effettivo contributo deflattivo del contenzioso.

<sup>1</sup>Testo rielaborato dalla relazione al convegno di studi sul "Nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", Venezia 1-2 dicembre 2006.



*(pubblicato il 28.1.2008)*