

*Associazione tra i Magistrati
del
Consiglio di Stato*

Al Presidente della Commissione Lavori pubblici,
Comunicazione del Senato
Sen. Mauro COLTORTI
mauro.coltorti@senato.it

Presidente della Commissione Affari
Costituzionali del Senato
Sen. Dario PARRINI
parrini.dario@gmail.com

L'Associazione tra i magistrati del Consiglio di Stato osserva con rammarico come, nel vasto programma di audizioni in corso presso le commissioni di merito, sia mancato sinora l'ascolto di una voce istituzionale che provenisse proprio dal massimo Consesso della Giustizia amministrativa che è, al tempo stesso, giudice di ultima istanza nel contenzioso e organo di alta consulenza nei confronti del Governo. Questa sottolineatura non deve sembrare di mero stile al cospetto di un intervento normativo che ha l'ambizione di operare una radicale semplificazione dell'azione amministrativa e che è ora all'esame di questo Parlamento.

Al tema della semplificazione, e più in generale, della riforma amministrativa il Consiglio di Stato e i suoi consiglieri hanno dedicato molto della loro attività, maturando un'esperienza e una visione di insieme di sicuro aiuto al decisore politico.

Proprio una visione di insieme suggerisce di indirizzare l'impegno - in sé certamente da condividere nei suoi termini più generali - verso la semplificazione non solo nei confronti delle norme e dei procedimenti, ma anche nei confronti dell'organizzazione e della "macchina" amministrativa; nel senso di rafforzarne le capacità, anche in termini qualitativi, razionalizzando il numero dei centri di decisione, declinando con maggiore chiarezza i livelli di competenza, evitando che la semplificazione si risolva altrimenti, per quanto involontariamente, in un processo di arretramento della tutela dell'interesse pubblico.

Tanto più in previsione dello straordinario impegno che sarà richiesto agli apparati amministrativi nei prossimi mesi ed anni, per uscire dall'emergenza Covid e per creare le condizioni per il rilancio delle attività economiche.

Premesse queste considerazioni di ordine più generale, l'Associazione intende soffermarsi, con maggiore dettaglio, sulla materia dei contratti pubblici e del relativo contenzioso.

Associazione tra i Magistrati
del
Consiglio di Stato

La nostra attenzione si deve appuntare, in specie, sull'articolo 4 del testo del decreto legge al vostro esame, rispetto al quale l'attuale formulazione persegue gli obiettivi della semplificazione solamente dal lato del processo e non anche dell'organizzazione, con soluzioni non tutte condivisibili.

Nel rilevare come il processo in materia di contratti pubblici disegnato dall'art. 120 del CPA sia stato oggetto nel corso degli ultimi anni di ripetute modifiche, che poco hanno giovato alla stabilità della regola processuale, stabilità che dovrebbe essere un valore in sé in funzione della certezza e della prevedibilità del diritto, ci permettiamo di svolgere le seguenti considerazioni.

L'art. 4, ai commi da 4, si muove lungo le seguenti direttrici:

- 1) Limitazione della tutela cautelare in nome della preminenza dell'interesse al sollecito avvio delle opere pubbliche;
- 2) Limitazione della tutela in forma specifica (che vuol dire la possibilità di subentrare nell'appalto già stipulato e in corso di esecuzione ove il giudice accerti l'illegittimità della scelta dell'appaltatore) sempre in nome della preminenza dell'interesse alla sollecita esecuzione delle opere pubbliche;
- 3) Ulteriore accelerazione dei tempi del processo prevedendo che nella camera di consiglio fissata per l'esame della domanda cautelare (per intenderci la famosa "sospensiva") di norma sia deciso anche il merito della causa con sentenza cosiddetta "breve", sempre in nome del preminente interesse a che l'assegnazione dell'appalto sia resa stabile, al riparo da incertezze.

Se le esigenze che queste modifiche intendono rappresentare e realizzare sono certamente importanti, legate come sono all'attuazione di un programma di investimenti pubblici che assicuri il rilancio del paese, non di meno il rimedio cautelare e le azioni di annullamento e di subentro valgono a qualificare il grado effettivo di tutela, secondo standard che trovano il loro fondamento nella Costituzione e, da alcuni decenni, anche nell'ordinamento europeo.

L'effettività della tutela è in funzione, anche se non soprattutto, del rispetto della concorrenza, presidio di scelte orientate verso il merito, la qualità e l'equilibrio di bilancio, nonché strumento di protezione dei soggetti economici più deboli.

In questo senso l'impegno a fare presto deve coniugarsi con l'esigenza di fare bene attraverso scelte equilibrate e attente.

Potrebbe rispondere a questo criterio fondamentale la scelta di "limitare" la tutela cautelare solo per determinati ambiti della contrattualistica pubblica, come già era previsto nell'art. 125 CPA.

Appare, invece, eccessivo ed incoerente rispetto agli obiettivi perseguiti, tanto più alla luce delle coordinate normative del diritto europeo, estendere tali limitazioni potenzialmente a tutta l'area

Associazione tra i Magistrati
del
Consiglio di Stato

del sopra soglia, per quanto temporaneamente e in casi di estrema urgenza, come avviene attraverso il rinvio che l'art. 4, comma 3, opera all'art. 2, comma 3.

La pretermissione della tutela in forma specifica, infatti, può comportare che:

- da un lato, l'impresa aggiudicataria esegua comunque l'appalto nonostante l'illegittimità della pregressa azione amministrativa (ossia, in termini tecnici, pur non avendone "diritto"), ciò che di per sé è un danno per la collettività;

- dall'altro, le pubbliche finanze (ossia i contribuenti) debbano poi risarcire il concorrente indebitamente classificatosi secondo.

Ancora, il *favor* per la decisione immediata, già in sede cautelare, della causa trasparente già dall'articolo 120, comma 6 nella versione ante d.l. semplificazione, ed era un ragionevole punto di equilibrio. La maggiore rigidità introdotta dall'art. 4, comma 2 – prevedendo che una possibilità diventi una regola tendenzialmente fissa, ove non derogata – potrebbe rivelarsi piuttosto gravosa per le difese e non coerente con le caratteristiche di un contenzioso che, per la complessità dei fatti da accertare, "di norma", per essere completo e rendere davvero giustizia, ha bisogno del compimento di un'attività istruttoria o comunque di uno spazio congruo da lasciare alle parti e al loro ascolto da parte del giudice.

Queste stesse ragioni inducono a ritenere, inoltre, eccessivamente breve il termine di quindici giorni per la pubblicazione della sentenza, introdotto quale regola ordinaria dall'articolo 4. Le comprensibili esigenze delle parti di avere tempestiva conoscenza degli esiti del giudizio ben possono essere assicurate attraverso la pubblicazione del dispositivo, tanto più se nella versione "parlante" resa ora più esplicita dall'articolo 4, per il quale sarebbe comunque preferibile mantenere la previsione della pubblicazione su richiesta delle parti.

In conclusione, chiediamo al Parlamento di valutare, in ordine all'art. 4 del decreto- legge 16 luglio 2020, n. 76, di:

- quanto al comma 3, limitare l'applicazione dell'art. 125 c.p.a. alle sole "grandi opere";
- quanto al comma 4, sopprimere la lett. a)
- quanto al comma 4, modificare la lett. b) nei termini sopra indicati.

Nel ringraziare per l'attenzione, inviamo cordiali saluti.

Roma, lì 30 luglio 2020

Il Direttivo dell'Associazione