

Studio Legale Lorenzoni

00184 Roma - via del Viminale, 43

tel. 064888131 (r.a.) fax 064873132

E mail: studio@lorenzoni.org

Fabio Lorenzoni

**Intervento al seminario italiadecide con Aequa
sulle direttive UE n. 23, 24 e 25/2014 - Roma 19 gennaio 2015**

L'iniziativa di *italiadecide* con Aequa prefigura un recepimento delle direttive di terza generazione che porti a modifiche adeguate al grado di crisi del settore delle commesse pubbliche che non è solo crisi di legalità, come esibita e percepita per gli scandali giudiziari, ma più a fondo tocca gli stessi fattori strutturali della crisi economica e finanziaria.

Per questo l'intervento di innovazione regolatoria non può limitarsi ad un coordinamento della normativa, e vale cogliere l'occasione del recepimento delle direttive per redigere un nuovo codice dei contratti pubblici.

Le prime direttive avevano portato il nostro ordinamento a superare la barriera dell'irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo. Le seconde hanno prodotto il codice 'de Lise'. Le terze intervengono quando già più provvedimenti settoriali hanno anticipato soluzioni innovative di cui si dà conto nel materiale preparato dal consigliere Franconiero che le indica coerenti con gli indirizzi di rinnovamento ma che richiedono organicità.

Valgano ad esempio e per tutte le modifiche all'art. 38 del codice dei contratti con il comma 2 bis sul soccorso documentale o istruttorio introdotto con l'art. 39 della legge n. 114 del 2014. Come già accadde con il codice del processo amministrativo del 2010 gli interventi additivi al codice dei contratti, anche ora le modifiche incidono a fondo e il tessuto del d.l.vo n. 163 del 2006 merita una rivisitazione complessiva. Proprio soltanto sul 2° comma dell'art. 36 del codice, prima della novella additiva del comma 2 bis ora aggiunto, erano già intervenute modifiche nel 2009, nel 2011 e nel 2012 con decreti legge ognuno convertiti in legge a sua volta con modifiche.

L'addenda del 2014 distingue fra mancanze documentali essenziali e non essenziali, per le prime disciplinandone rimedio e sanzione, aggiungendo dettaglio sanzionatorio che più si addice allo schema e alla modulistica del contratto, piuttosto che ad una norma di legge; per le seconde disponendo in senso tautologico: se si tratta di mancanze non essenziali, se si tratta di apporti documentali non indispensabili è del tutto ultroneo dire che non servono rimedi e non comportano sanzione. Ancora con un'ulteriore ultimo passaggio il comma 2 bis torna alla disciplina di dettaglio degli effetti delle mancanze documentali essenziali non limitandosi a disporre l'esclusione nel caso che la mancanza persista, ma anche dettando le conseguenze per gli effetti che dall'esclusione debbano derivare sul calcolo delle medie e della soglia di anomalia.

Nel merito si tratta di innovazione cauta e equilibrata sul soccorso istruttorio, coerente con le istanze europee. La tecnica legislativa è però segnata dalla logica degli

interventi di innesto incrementale che finiscono per incidere sull'architettura del codice. Ne consegue che la prossima delega di recepimento non dovrebbe limitarsi a commettere un'opera compilativa, ma andrebbero posti gli elementi portanti della disciplina, fissate le categorie; e la stessa legge delegata, il nuovo codice, dovrebbe limitarsi a dettare le regole del sistema, affidandolo, per la sua attuazione e per la regolazione del dettaglio operativo, alle centrali di spesa e alle stazioni appaltanti con gli ausili tecnologici propri del settore. Per restare all'esempio: la norma di legge disciplini il soccorso documentale, lo caratterizzi per la sua onerosità scegliendo per il pagamento richiesto fra la formula di tipo sanzionatorio (come nel testo attuale), ovvero soltanto configurando il pagamento come tassa a corrispettivo del supplemento di attività dell'amministrazione indotta dalla mancanza in cui fosse incorsa la ditta concorrente; la legge definisca i caratteri delle mancanze documentali essenziali ma rimediabili, distinguendole dalle mancanze non essenziali irrilevanti e da quelle irrimediabili che comportano l'esclusione. Gli effetti dell'esclusione sul calcolo delle medie o della soglia di anomalia devono, invece, trovare una disciplina a parte, e generale, non laddove si disciplina il soccorso documentale.

Un altro dato conoscitivo quanto mai utile nel materiale raccolto dal consigliere Franconiero è lo squilibrio del contenzioso sulla capacità della ditta di concorrere alla gara. Anche qui ausili informatici e modulistica contrattuale costituiscono elementi di avanzamento tecnologico di cui la tecnica legislativa non può non tenere conto. Ma, per restare al merito proprio dei contenuti regolatori, l'osservazione della casistica offre la migliore conferma di quanto sia valida l'ipotesi che si legge prospettata nella relazione di Varenna del presidente Paino per la separazione delle due fasi sub-procedimentali delle ammissioni/esclusioni in gara, in modo che non se ne possa riaprire contenzioso una volta aperte le buste. Nella relazione di Varenna Paino suggeriva: "il *preliminare accertamento dell'esistenza dei requisiti soggettivi*, e una *formale dichiarazione delle esclusioni e delle ammissioni*, con l'introduzione dell'onere di immediata impugnazione della relativa deliberazione. In questo modo l'eventuale contenzioso sull'aggiudicazione potrebbe essere depurato da tutte le questioni sui requisiti soggettivi, e dal conseguente rincorrersi di ricorsi principali o incidentali. La *doverosa, immediata impugnabilità delle esclusioni e delle ammissioni prima che venga conosciuto l'esito della gara*, agirebbe come forte elemento disincentivante per la proposizione del ricorso, scoraggiando ricorsi opportunistici e limitando in modo significativo i rischi di duplicazione del contenzioso". In fin dei conti si tratta di estendere al sub-procedimento di ammissione/esclusione esigenza non dissimile dalla obbligata prioritaria determinazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Nel senso che non è difficile fissare la regola della

priorità; ciò che serve in più è il passaggio di questa regola dal diritto sostanziale del procedimento alla fase processuale. E non si può obiettare l'inconveniente di una dilatazione temporale del procedimento di gara, di fronte alla esperienza dell'accelerazione già impressa dal codice del processo: i tempi del giudizio sulle gare sono davvero solleciti. A ciò si aggiunga una ponderazione del valore in termini di certezza e stabilità delle posizioni che si otterrebbe con la misura suggerita dal presidente Paino a fronte della farraginoso quanto defatigante esperienza del contenzioso incrociato sulle clausole escludenti.

Qui vale in modo particolare l'insegnamento europeo che la risposta del Consiglio di Stato tende a mitigare, ma che non indulge alla soluzione originaria di Palazzo Spada trincerata nel *non liquet* sulle censure dell'escluso.

Ancora su un altro aspetto il confronto con l'Europa suggerisce qualche semplificazione tesa a distinguere gli elementi fondamentali della normazione in forma di legge, rispetto agli aspetti operativi e pratici da affidare a strumenti regolatori più snelli, più aderenti alla casistica, più aggiornati agli approdi offerti dalle tecnologie comunicative e informatiche, affidati, infine, anche alla responsabile discrezionalità dell'amministrazione attiva.

La questione del risarcimento da risoluzione del rapporto dopo la firma del contratto.

Non era passato molto tempo dalla pubblicazione delle direttive UE che il Consiglio di Stato interveniva in Adunanza Plenaria con la sentenza n. 14 del 20 giugno 2014 sui poteri autoritativi riservati all'amministrazione nella posizione di controparte in rapporto regolato contrattualmente a seguito della scelta del contraente con procedura di evidenza pubblica.

Pacificamente considerata la supremazia dell'amministrazione nella fase di scelta del contraente, le cose si complicano quando il rapporto passa alla fase paritaria, regolata da contratto stipulato, e tuttavia, dopo la stipula, interviene fattore patologico che impedisce la realizzazione o il completamento dell'opera o l'erogazione del servizio.

Il Consiglio di Stato verifica le alternative sotto il riguardo rilevante in sede contenziosa e cioè per gli esiti risarcitori "a compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte" secondo le parole della sentenza (a p. 10), che usa un'espressione molto dilatata del risarcimento del danno. Ma poi, tornando alla regola di sempre, se l'intervento d'autorità che interrompe il rapporto si configura come revoca, ciò comporta per l'impresa solo diritto (interesse legittimo) ad indennizzo, inteso come obbligo risarcitorio non integralmente 'compensativo', ma ridotto in misura aperta a discrezionalità, rinvenendosi nelle conseguenze della revoca tutte le possibilità e gli spazi di scelta nella valutazione dell'ammontare dovuto, che si intende sempre in

misura ridotta rispetto all'effettiva perdita patita dall'impresa.

Se lo stesso intervento si configura come recesso, all'impresa spetta '*compensazione del pregiudizio*' più consistente.

Pur così ridotto il tema ai suoi termini essenziali, massimamente semplificati, appare e va visto come, con molta maggiore semplicità, la disciplina europea regola il caso della sopravvenienza: prefigurandola con il 118° 'considerando' premesso alla direttiva n. 25 per le ipotizzate circostanze che impongono la risoluzione anticipata, come già con l'art. 44 della direttiva n. 23 e con l'art. 73 della direttiva n. 24. La norma europea prescrive che gli Stati membri assicurino la possibilità di porre termine alla concessione o al contratto pubblico in vigore, alle condizioni fissate dal diritto nazionale applicabile e sempre che a) la concessione o il contratto abbia subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione; b) il concessionario o l'aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso; c) la Corte di giustizia constati o riconosca nell'aggiudicazione una grave violazione agli obblighi del Trattato o delle direttive.

Nella sostanza, senza indugiare sulle differenze fra revoca e recesso, la facoltà di risoluzione europea rimanda alla disciplina statale per regolare le fattispecie che tuttavia la norma europea configura unitariamente come interruzione autoritativa del rapporto contrattuale, collegata sia a sopravvenienze fisiologiche nella sua conduzione sia a patologie originarie dell'aggiudicazione a monte del rapporto.

Se però nel nostro ordinamento il tema della '*compensazione del pregiudizio*' pone in campo tutta un'ampia congerie di problematiche di cui la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14 del 2014 traccia solo alcuni dei molti snodi interpretativi, è giusto non trascurare lo scenario di contesto in cui operano gli istituti del risarcimento, anche a confronto della ben nutrita serie di considerazioni premesse agli atti normativi europei; eppure uno degli argomenti del Consiglio di Stato è ben tratto dalla contingenza della norma introdotta con riguardo ai lavori per la TAV, disposta con la finanziaria del 2005 e esplicitamente riferita all'obiettivo di contenimento della spesa.

Dal riferimento così limitato alla contingenza della norma speciale si trae, però, argomentazione ermeneutica più estesa, che suggerisce qualche riflessione sulle conseguenze del fatto che le prime direttive, ora alla terza tornata, avevano portato il nostro ordinamento ad abbattere la barriera della irrisarcibilità dei danni da violazione dell'interesse legittimo.

La legge di recepimento delle direttive europee del 1992, il decreto n. 80 del 1998, la sentenza di Cassazione a Sezioni Unite n. 500 del 1999 hanno introdotto la risarcibilità con i ben noti effetti studiati e riconosciuti generalmente positivi sul piano della coerenza logica del sistema e, certamente della sua compatibilità europea, anche se

sono e devono essere tuttora ancora scandagliati i molteplici risvolti applicativi, non da ultimo quelli trattati nella sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14 del 2014.

E c'è un aspetto che richiederebbe approfondimento sui limiti che incontra l'esperienza del risarcimento degli interessi legittimi.

Ancora un esempio: il caso dei fatti di Genova travolta una seconda volta dall'alluvione.

L'appalto per la regimazione del Bisagno ha avuto un travaglio giudiziario che da molti è stato considerato la causa del ritardo nei lavori e così la causa dei danni provocati dal ripetersi del disastro a due anni dall'aggiudicazione non seguita dalla apertura del cantiere.

C'è chi, anche da posizione della massima autorevolezza istituzionale, ne ha attribuito responsabilità al sistema delle tutele legali, nonostante la smentita ineccepibile del diniego di sospensiva erogato con tutta tempestività, e che avrebbe non solo consentito, ma reso doveroso por mano ai lavori senza ritardo.

Qual è stata la remora, la scusa o l'ostacolo ai lavori che ha determinato gli effetti drammatici del ripetersi del disastro?

Un ruolo non può negarsi che è stato giocato dalla frammentazione delle fattispecie sanzionatorie e delle figure di responsabilità e, non da ultimo, dalla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi. È amaro dirlo, a fronte della valutazione generalmente positiva di quello storico passaggio di modernizzazione nelle relazioni civili.

E tuttavia a Genova è successo che l'impresa non se l'è sentita, l'amministrazione men che meno ha ritenuto doveroso ottemperare al diniego di sospensiva pronunciato dal TAR e confermato dal Consiglio di Stato. L'impresa per calcolo del rischio economico aziendale, l'amministrazione per il rischio di analoga soccombenza risarcitoria, aggravata dal potere sanzionatorio del danno erariale.

Ebbene, per pervenire ad una riconciliazione delle fattispecie incriminatrici, e sanzionatorie: civilistiche, amministrative, contabili, disciplinari, e non da ultimo penali della responsabilità, un'attenta dedicata analisi economica del diritto potrebbe portare a qualche pur significativo risultato che gli approfondimenti puramente ermeneutici, per quanto sottili e sofisticati, risultano poco appaganti nello scenario di inconcludenza e inadeguatezza, alla fin fine di irresponsabilità delle politiche pubbliche.

Ovviamente, non è la risarcibilità degli interessi legittimi che possa più essere posta in discussione. E, per restare a qualche spunto di metodo, va pur detto che, se con il codice dei contratti pubblici del 2006 si è potuto superare l'approccio vetero-garantista della legge di contabilità degli anni '30 del '900 e aprire il sistema alle regole della concorrenza imposte dall'Europa, anche il superamento della irrisarcibilità degli

interessi legittimi non può continuare a convivere con il disorganico e disomogeneo trattamento della più disparate figure di responsabilità, tanto più inconciliabile per le distinte figure di responsabilità gius-pubblicistica che mettono in gioco sottosistemi normativi e plessi giurisdizionali separati come la Corte dei Conti, la Cassazione, il Consiglio di Stato. Qualche spunto lo fornisce la sentenza di Strasburgo sul caso Grande Stevens. Lì il *ne bis in idem* riguardava i rapporti fra la disciplina penalistica e la responsabilità amministrativa; tanto più impellente è sciogliere la disparità del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità amministrativa ripartito senza coerenza né mezzi di coordinamento fra Giudice amministrativo e Giudice contabile.

Non si tratta di ripensare la risarcibilità dei danni provocati da lesione di interessi legittimi, ciò che urge, a 15 anni dal 1999 e a 22 dal 1992, è misurare, anche alla luce della irrinunciabile risarcibilità, la coerenza del sistema delle tutele e delle fattispecie sanzionatorie perché la responsabilità dell'attore pubblico renda efficiente l'azione e non ne paralizzi i risultati.

L'esempio della disciplina europea è significativo sul punto: le direttive non distinguono fra revoca e recesso, descrivono fenomenicamente la risoluzione ricollegandola cumulativamente sia a fattori di novità non imputabile, sia a violazioni nell'espletamento della gara, sia infine a violazione degli obblighi di contratto. Se l'obiettivo dell'incontro di oggi è ipotizzare forme di regolazione leggera l'indirizzo da perseguire è isolare le categorie generali, distinguere la regolazione di sistema, separandola dalle tecniche della gestione da affidare alla responsabile discrezionalità delle centrali di spesa e delle stazioni appaltanti nella predisposizione dei contenuti contrattuali, nella negoziazione e nel controllo sull'esecuzione delle commesse.

LEGGE 11 agosto 2014, n. 114 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90

Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari

Art. 39.

Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici

All'[articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), dopo il comma 2, è inserito il seguente:

«2-bis. La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 50.000 euro, il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Nei casi di irregolarità non essenziali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili, la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.».

**DIRETTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL
CONSIGLIO del 26 febbraio 2014
sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE**

**Artt. 73
Risoluzione dei contratti**

Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la possibilità, almeno nelle seguenti circostanze e alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, qualora:

- a) il contratto ha subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto ai sensi dell'articolo 72;
- b) l'aggiudicatario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione dell'appalto, in una delle situazioni di cui all'articolo 57, paragrafo 1, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura d'appalto;
- c) l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all'aggiudicatario in considerazione di una **grave** violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla presente direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE.

**DIRETTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL
CONSIGLIO del 26 febbraio 2014
sull'aggiudicazione dei contratti di concessione**

**Articolo 44
Risoluzione delle concessioni**

Gli Stati membri assicurano che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori abbiano la possibilità, alle condizioni fissate dal diritto nazionale applicabile, di porre termine alla concessione in vigore della stessa, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- a) la concessione ha subito una modifica che avrebbe richiesto una nuova procedura di aggiudicazione della concessione ai sensi dell'articolo 43;
- b) il concessionario si è trovato, al momento dell'aggiudicazione della concessione, in una delle situazioni di cui all'articolo 38, paragrafo 4, e avrebbe dovuto pertanto essere escluso dalla procedura di aggiudicazione della concessione;
- c) la Corte di giustizia dell'Unione europea constata, in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE, che uno Stato membro ha mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei trattati per il fatto che un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore appartenente allo Stato membro in questione ha aggiudicato la concessione in oggetto senza adempiere gli obblighi previsti dai trattati e dalla presente direttiva.

**DIRETTIVA 2014/25/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL
CONSIGLIO del 26 febbraio 2014
sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia,
dei trasporti e dei
servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE**

118 considerando

Gli enti aggiudicatori si trovano a volte ad affrontare circostanze che impongono la risoluzione anticipata di contratti pubblici al fine di rispettare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione nel settore degli appalti pubblici.

Gli Stati membri dovrebbero pertanto assicurare che gli enti aggiudicatori abbiano la

possibilità, alle condizioni stabilite dal diritto nazionale, di risolvere un contratto pubblico durante il periodo di validità dello stesso, se così richiesto dal diritto dell'Unione

20140119FL66-