

APPALTI&CONTRATTI
Convegno

La gestione del pre-contenzioso nella fase dell'affidamento da parte
dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Roma, 4 aprile 2006

Milano, 5 aprile 2006

(Giuseppe Failla)

*1. Premessa 2. Le procedure di risoluzione delle controversie diverse dalla
giurisdizione 3. Il ruolo del diritto comunitario 4. Breve analisi della lettera n).*

Premessa

L'attuale versione del "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" – approvato dal Governo in data 23 marzo 2006, conosciuto come "Codice De Lise" dal nome del presidente della commissione che su mandato del Governo ha elaborato lo schema di decreto delegato¹ di recepimento delle direttive comunitarie n. 2004/17/Ce e n. 2004/18/Ce – ha previsto, tra i numerosi compiti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici,² anche quello di contribuire alla composizione di controversie insorte nella fase dell'affidamento.

In particolare, all'art. 6 (dedicato all'Autorità e alle sue attribuzioni), comma 7, lettera n), è ora previsto che detto organismo, fra gli altri numerosi compiti:

“ su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente alle questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di

¹ Tale decreto delegato nasce a seguito della delega contenuta nella legge comunitaria per il 2004 n. 62 del 18 aprile 2005, per mezzo della quale al Governo della Repubblica è stato conferito mandato, con gli artt. 1, 2 e soprattutto con l'art. 25, di recepire le direttive comunitarie sopra menzionate, attraverso la redazione di una sorta di testo unico ovvero di un codice che comprendesse tutti gli appalti pubblici, sia di lavori, sia di servizi che per le forniture, e in ultima analisi un testo generale che abbracciasse tutta la materia dell'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti privati che esercitano un'attività di rilevanza pubblicistica.

² Il nuovo "Codice degli appalti pubblici" ha ribattezzato l'Autorità modificando la sua denominazione in "Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture."

*soluzione; si applica l'articolo 1, comma 67, terzo periodo, della legge 23 dicembre 2005 n. 266.*³

Questa nuova formulazione sostituisce la precedente versione della lett. n) approvata dal Governo in data 13 gennaio 2006, con la quale si prevedeva che l'Autorità:

“svolge, 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; le modalità di svolgimento del procedimento sono individuate con regolamento dell'Autorità”

Il presente scritto contiene una breve analisi su tale nuova attività dell'Autorità, la cui previsione normativa è stata più volte modificata, nel quadro della generale rielaborazione del Codice, dopo il parere critico espresso dal Consiglio di Stato, quello negativo della Conferenza unificata Stato-regioni, ed i pareri delle competenti commissioni di Camera e Senato che, pur esprimendosi favorevolmente, hanno tuttavia indicato al Governo l'esigenza di apportare al testo approvato in via preliminare il 13.1.2006, alcuni correttivi.

Numerose sono le modifiche e le integrazioni chieste dal Consiglio di Stato e dalla Conferenza unificata; e molte di esse sono state accolte dal Governo, tra cui proprio la modificazione della disposizione racchiusa nella lett. n).

In particolare, sulla prima stesura della disposizione in esame, da ultimo indicata, il Consiglio di Stato (in adunanza plenaria, sez. consultiva, parere n. 355 del 6 febbraio 2006) aveva osservato, dopo un'ampia e preliminare analisi sul riparto delle competenze tra Stato e Regioni, che la disposizione *de qua* si pone al di “... fuori del perimetro della delega ... in quanto investe ambiti di innovazione normativa che ... hanno bisogno di un esplicito scrutinio legislativo”

³ L'art. 1 comma 67 della legge finanziaria n. 266/2005 così recita: “L'Autorità può altresì individuare quali servizi siano erogabili a titolo oneroso, secondo tariffe determinate sulla base effettiva del costo.” Pertanto, come appare evidente dal tenore letterale della norma, tale nuova attività dell'Autorità comporterà a carico dei soggetti richiedenti un costo che sarà determinato dall'Autorità attraverso un apposito regolamento. Il contributo da versare si aggiunge a quello già in vigore, varato con delibera dell'Autorità del 26 gennaio 2006 e denominato “tassa sulla gara” nel quadro del nuovo principio dell'autofinanziamento da parte del mercato di riferimento, stabilito con la finanziaria per il 2006.

Quanto al parere della Conferenza unificata Stato-Regioni-Città, reso in data 9 febbraio 2006, è stato parimenti osservato che “l’attribuzione all’Autorità di una attività di composizione delle controversie presenta dubbi di legittimità costituzionale per eccesso di delega.”

Le Commissioni di Camera e Senato hanno invece espresso parere favorevole, pur osservando, la prima, di meglio “valutare l’esigenza di chiarire il rapporto tra ... il potere ... di composizione delle controversie con l’art. 245 comma 3, che prevede la tutela cautelare *ante causam*.”

L’8° Commissione permanente del Senato non ha invece condiviso il rilievo critico di incostituzionalità espresso dal Consiglio di Stato, “... dato che la funzione di natura precontenziosa attribuita all’Autorità non contraddice in alcun modo né l’ordinamento interno né quello comunitario, potendo invece rappresentare un utile strumento di mediazione per gli operatori del settore.”

In sede di approvazione del Codice è stata dunque mantenuta la lett. *n*, comma 7 dell’art. 6 che conferisce all’Autorità, come detto, il compito di gestire, seppur con formulazione più sfumata, il contenzioso che dovesse insorgere nella fase dell’affidamento.

Sulla disposizione in commento, la commissione De Lise ha rilevato che è stato espresso parere negativo dal Consiglio di Stato e favorevole del Senato. Tuttavia, ha osservato che “... non potendosi tralasciare di considerare l’effetto deflattivo per il contenzioso giudiziario che tale strumento può avere (il che rende lo strumento conforme alle direttive comunitarie, che richiamano le c.d. direttive ricorsi, le quali impongono agli Stati membri celeri strumenti di definizione delle liti), il Governo ha ritenuto di accogliere solo in parte i rilievi del Consiglio di Stato, modificando la norma nel senso che l’Autorità svolge un’attività consultiva facoltativa e non vincolante, al fine della formazione di un nucleo di “pareri autorevoli” che nel corso del tempo possono essere una guida per gli operatori.”

Il Codice degli appalti come detto alla fine è stato varato, con modifiche anche rilevanti, su più aspetti, soprattutto al fine di temperare il giudizio critico

che da più parti si sono levate sull'eccesso di delega da cui il Codice sarebbe afflitto così da scongiurare in seguito lo scrutinio di incostituzionalità a cui sarà inevitabilmente sottoposto da parte del Giudice delle leggi.

Tuttavia, anche in mancanza del disposto di cui alla lett. *n*), questo scritto non sarebbe del tutto inutile, perché da conto di una attività che da anni l'Autorità di fatto già svolge, non lontana da quella ora prevista nella "lettera *n*" e, aggiungiamo, non solo in relazione alle questioni nella fase dell'affidamento, bensì anche per quelle afferenti la fase dell'esecuzione.

2. Le procedure di risoluzione delle controversie diverse dalla giurisdizione

Negli ordinamenti giuridici più avanzati (in particolare negli Stati Uniti e nei paesi del nord Europa) si espandono forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione note con l'acronimo ADR (Alternative Dispute Resolution).

Con tale formula si intende riferirsi a particolari mezzi previsti da quegli ordinamenti che, pur privi dei requisiti strettamente giurisdizionali, hanno tuttavia l'obiettivo di porre fine a controversie tanto tra privati quanto tra privati e pubbliche amministrazioni.

All'interno delle ADR possiamo distinguere almeno due gruppi di procedure: il primo comprende le procedure finalizzate a prevenire l'insorgere del contenzioso, mentre nel secondo gruppo di procedure vengono annoverate quelle dirette alla composizione del contenzioso già insorto e cioè per dirimere una controversia in atto.

La qualificazione di queste procedure come "alternative" alla giurisdizione deve essere intesa in modo sostanziale: è più corretto infatti ritenere queste forme di risoluzione delle controversie "diverse" dalla giurisdizione, più che "alternative" visto che si affiancano e non sostituiscono l'attività giurisdizionale.

Infatti nei casi in cui le parti possono utilizzare gli strumenti di ADR, non è mai esclusa la possibilità di adire il “giudice naturale” titolare del potere giurisdizionale.

I motivi di fondo dell’ampliamento di queste forme di risoluzione delle controversie si possono ricondurre a varie esigenze ed aspettative, tra cui: a) l’esigenza di una risoluzione tempestiva delle controversie, dove ha una rilevanza decisiva il fattore tempo; b) la necessità del decremento del carico giurisdizionale in modo che il giudice sia chiamato ad esprimersi solo sulle grandi questioni o per i casi in cui sono coinvolte tematiche di più alto profilo giuridico.

A queste esigenze, se ne possono aggiungere altre, tra cui l’opportunità di inserire nell’ordinamento procedure con soluzioni improntate a flessibilità e poco formali e ad esclusivo impulso delle parti coinvolte.

Si va infatti sempre più affermando l’esigenza, diffusa in tutti gli ordinamenti giuridici, di rispondere in modo efficace e nuovo alla espansione della domanda di giustizia, tipica delle società evolute (cd esplosione dei diritti, a cui è connessa esigenza di una risposta rapida di giustizia, quando si asserisce la lesione del diritto).

Nel nostro paese il grado di sviluppo delle ADR è limitato e non vi è un effettivo grado di conoscenza del fenomeno, visto che la giustizia, intesa come attività vincolante di dirimere le liti o i conflitti, è tutta in mano all’ordinamento giudiziario tradizionale, principalmente giudice civile, giudice amministrativo e giudice contabile, che vi provvede attraverso procedimenti formali in tutto regolati dalla normativa, in cui è prevalente il rispetto delle formalità (sacralità della forma), a discapito della celerità per ottenere una pronuncia definitiva.

Tuttavia, nell’ultimo decennio sono state inserite nel nostro ordinamento alcuni istituti riconducibili alle ADR; ad esempio, le procedure gestite dalle commissioni arbitrali o conciliative presso le Camere di Commercio previste dalla legge 29 dicembre 1993, n. 580; le procedure di risoluzione delle

controversie in tema di comunicazioni di cui alla legge 31 luglio 1997 n. 249, affidate all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni.

Meritano poi un particolare cenno le procedure disciplinate dalla legge n. 481/1995, attraverso cui l'Autorità di regolazione dei servizi pubblici (energia elettrica e gas) decide stragiudizialmente le controversie tra utenti ed imprese che gestiscono tali servizi di pubblica utilità.

Ed ancora, come dato che testimonia una crescente attenzione verso le ADR anche nel nostro paese, merita una notazione il recente decreto del Ministero delle attività produttive del 2 marzo 2006 (in G.U. n. 70 del 24 marzo 2006), per il finanziamento e realizzazione di una campagna promozionale finalizzata ad informare i consumatori e a diffondere nell'opinione pubblica gli strumenti di ADR: creazione di un *call center*, progettazione e realizzazione delle attività di ADR affidate all'Uniocamere che stabilisce le modalità operative, i tempi e le risorse finanziarie entro i limiti dei finanziamenti a tali scopi stanziati.

Per tale attività, è previsto che Uniocamere possa avvalersi del supporto delle stesse associazioni nazionali dei consumatori.

E' di questi giorni poi la notizia che presso l'Ordine degli ingegneri è stata istituita una Camera arbitrale, come un nuovo servizio che può essere utilizzato sia come Camera arbitrale, sia come Camera conciliativa nel tentativo di comporre la lite prima di instaurare un giudizio vero e proprio.

Naturalmente, in questi casi, è necessario che le parti abbiano inserito nel contratto la cosiddetta clausola compromissoria ovvero il patto con cui si aderisce volontariamente allo strumento conciliativo gestito da detta Camera.

Come si vede, siamo in presenza di ulteriori iniziative spontanee, che prescindono da interventi legislativi, finalizzate all'offerta di un servizio strutturato di conciliazione e risoluzione, alternativo o meglio diverso dalla giustizia tradizionale, per evitare le lunghe attese dei processi innanzi al giudice civile, che inevitabilmente finiscono con lo svuotare il senso stesso della giustizia.

3. Il ruolo del diritto comunitario

Nel dibattito sulle ADR è fondamentale il riferimento al diritto comunitario, posto che in questa sede da tempo si è sviluppata una forte consapevolezza sulla necessità di armonizzare i rimedi e le garanzie in tutti i casi in cui sono in gioco situazioni giuridiche soggettive a rilevanza comunitaria.

A questo riguardo, decisive si sono rivelate le spinte comunitarie con particolare riguardo al settore degli appalti pubblici, in cui la disciplina comunitaria è diretta principalmente ad evitare che gli Stati membri possano favorire le imprese nazionali, discriminando quelle degli altri paesi, in contrasto con l'obiettivo primario della creazione di un Mercato unico.

Per raggiungere questo fine, ossia di creare reali condizioni di concorrenza tra le imprese comunitarie nello Stato cui appartiene la stazione appaltante, la normativa comunitaria ha, tra l'altro, imposto agli Stati membri la previsione di strumenti idonei per la protezione delle posizioni giuridiche soggettive coinvolte negli affidamenti ad evidenza pubblica, ossia nelle gare.

A questo riguardo, il più importante intervento del legislatore comunitario risale alla direttiva nota come "direttiva ricorsi" n. 665 del 21.12.1989 (nonché alla direttiva n. 13/92 per i settori esclusi), con la quale si statuì che ogni Stato membro, al fine di garantire l'effettività delle norme sostanziali contenute nelle stesse direttive relative agli appalti pubblici, di lavori, servizi e forniture, dovesse dotarsi di mezzi e procedure tali da assicurare l'obbligo di risarcire i danni subiti dalle violazioni del diritto comunitario o del diritto interno di recepimento di tale diritto, nei tempi più rapidi possibili e nel modo più efficace.

Conseguentemente: a) introduzione del risarcimento del danno, senza che avesse rilevanza la differenza tra interesse legittimo e diritto soggettivo e il loro diverso grado di protezione; b) rapidità nell'accordare il risarcimento e cioè adozione del relativo provvedimento in tempi brevi; c) previsione di immediati provvedimenti interinali che sospendessero l'esecutività degli atti lesivi, in

presenza di *fumus* e di *periculum in mora* ; d) efficacia del risarcimento ossia effettività piena, tale da assicurare il ripristino dello *status quo ante*, compreso il risarcimento in forma specifica, ove sia possibile e non risulti particolarmente oneroso per il debitore (arg. ex art. 2058 cod. civ.) e relegando il risarcimento per equivalente in un ambito residuale.

E' questa la direttiva comunitaria (peraltro citata espressamente dalla Commissione De Lise a sostegno della previsione della "lett. n") da cui è scaturito il lungo e travagliato iter normativo che, a partire dalla legge n. 142/92 (art. 13), attraverso la legge "Bassanini" n. 59/97 e il d.lgs. n. 80/98 (art. 35), è culminato, come è noto, nella importante legge di riforma generale del processo amministrativo n. 205 del 21.7.2000,⁴ attraverso cui è finalmente caduto il *tabù* della irrisarcibilità della lesione dell'interesse legittimo, accompagnato dal pari riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che, subordinatamente alla demolizione dell'atto contrario alla legge, conosce e decide anche sull'aspetto risarcitorio.

Inoltre, sempre in questo solco tracciato dalla direttiva n. 665/89, sono stati introdotti – per opera della ricordata legge 205/2000 di riforma del processo amministrativo - l'abbreviazione dei tempi dei giudizi (con la dimidiazione dei termini processuali) e la istituzione di "corsie preferenziali" per una rapida e sintetica decisione, quando l'oggetto della causa concerne l'azione della amministrazione aggiudicatrice all'interno di un qualunque procedimento di gara o ad evidenza pubblica, anche di tipo informale.

In questo contesto, non può non menzionarsi anche la specialità creata per alcune categorie di appalti, tra cui spiccano gli interventi strategici di cui alla "legge obiettivo" n. 443/2001 (vedasi gli artt. 12 e 14 del d.lgs. 190/2002 e s.m.).

Anche le direttive 2004/18 e 2004/17, rispettivamente all'art. 81 e all'art. 72, stabiliscono che gli Stati membri garantiscono l'applicazione delle direttive

⁴ E dopo un importante passaggio giurisprudenziale ad opera della famosa sentenza n. 500/99 della Cass. Sez. unite.

tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti, sulla scia delle due direttive prima ricordate, n. 89/665 e n. 92/13.

Questo rapido *excursus* consente dunque di individuare una linea di tendenza, soprattutto nella materia degli appalti pubblici, verso la coerente istituzione di modelli diversi (e in futuro forse alternativi) da quelli che rientrano nel dominio del giudice, per dirimere su impulso delle parti liti e controversie sia nella fase dell'affidamento, sia in quella dell'esecuzione, attraverso *itinerari* ispirati alla massima rapidità ed informalità, dove al soggetto pubblico chiamato a giudicare sia riconosciuta indipendenza, terzietà e capacità tecnica di rapida risoluzione.

Tali nuovi strumenti possono consentire una risposta efficace alla crescente domanda di giustizia, al massiccio sviluppo del contenzioso, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, dando altresì conto delle ragioni a base del proliferare del contenzioso: rilevanza dei valori economici in gioco, importanza "strategica" di molti appalti, nuova consapevolezza dei soggetti imprenditoriali, diverso ruolo della P.A. chiamata a proteggere non solo gli interessi pubblici di cui è istituzionalmente portatrice, ma anche il "rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori." (così espressamente, l'art. 1 della legge quadro 109/94 e s.m.).

Si impone dunque l'esigenza, prima di tutto pragmatica, di intervenire sul fronte relativo al miglioramento di efficienza del sistema giudiziario attraverso la ricerca di canali alternativi o ausiliari che possano aiutare il primo a non soccombere sotto la massa del contenzioso, deflazionando per quanto sia possibile soprattutto le liti nella fase dell'affidamento.

Si deve osservare che la previsione normativa in commento trova la propria genesi nella stessa presa d'atto di una prassi già esistente presso l'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici: spesso, infatti, le stazioni appaltanti e le imprese partecipanti rivolgono quesiti agli Uffici dell'Autorità in ordine a possibili contrasti interpretativi sorti in sede di gara (e anche in sede esecutiva).

L'Autorità, nei casi più semplici e quando si è già pronunciata su questioni simili, risponde in tempi rapidi, avvalendosi anche del fax o dell'invio di mail.

Inoltre, il parere di un'Autorità a cui è riconosciuta autorevolezza, per la sua professionalità e posizione di terzietà, potrebbe distogliere le parti (o alcune di loro) dal coltivare le successive fasi di contenzioso.

Nel nostro Paese tuttavia vige un forte pregiudizio riguardo a modalità di soluzione delle controversie che si pongono al di fuori del circuito giudiziario.

L'art. 24 della Cost. viene letto restrittivamente come se facesse riferimento alla sola tutela del giudice togato, espressione della supremazia dello Stato.

E' per questo motivo, pertanto, che sono ancora poco diffuse quelle modalità di soluzione delle controversie (ADR) finalizzate a prevenire l'insorgere di una lite giudiziaria ovvero a comporla con soluzioni e mezzi differenti dal percorso e dalla decisione giurisdizionale.

Generalmente le *alternative dispute resolution* trovano applicazione per le controversie denominate "*small claims*", che toccano gli interessi di molti soggetti e sono praticamente di scarso contenuto economico.

Nulla vieta di estendere l'uso delle A.D.R. alle liti di più rilevante impatto economico o a quelle caratterizzate da una tendenziale ripetitività, come può riscontrarsi per le controversie relative agli affidamenti e all'esecuzione degli appalti, a condizione che sedimenti e si consolidi la relativa disciplina normativa, troppo spesso sottoposta da anni a continue modifiche sia di ampio respiro (ad esempio, con la legge Merloni ed ora con il nuovo Codice degli appalti), sia di minore portata.

Occorre dunque creare altri strumenti e procedure, e non solo nel settore degli appalti pubblici, in modo che il ricorso al giudice togato sia confinato ai casi più importanti e di grande rilevanza e complessità giuridico-economica.

Breve analisi della lettera n)

Si deve, innanzitutto, rimarcare la facoltatività dell'iniziativa tesa a coinvolgere l'Autorità; è infatti rimessa alla libera valutazione dei soggetti interessati se rivolgersi o meno all'Autorità, al fine di provocare una rapida valutazione della questione controversa.

Ciò non esclude la facoltà delle parti che hanno chiesto l'intervento dell'Autorità di adire il giudice per la stessa questione anche durante la fase di pronuncia dell'Autorità ovvero successivamente alla pronuncia stessa.

Come ricordato nella nota 3 del presente scritto, trattasi di attività a titolo oneroso, sottoposta cioè ad un costo a carico delle parti; spetterà all'Autorità fissare con proprio regolamento la procedura, i tempi, i mezzi e modi di comunicazione del parere e naturalmente i parametri a cui ancorare il contributo a carico delle parti, con il limite che quest'ultimo sia commisurato al costo effettivo del servizio da rendere.

E' ragionevole che il costo del parere gravi in modo sostanzialmente equanime sulle parti che richiederanno all'Autorità di trovare una soluzione sulla questione che li divide.

Inoltre, è ragionevole supporre che, nonostante la portata letterale della disposizione circoscriva la sua applicazione al caso in cui le parti congiuntamente si rivolgono all'Autorità, si rientri ugualmente nello schema normativo anche quando sulla questione controversa la richiesta di parere provenga solo da una delle parti: ciò in conseguenza del fatto che l'Autorità può ben esprimersi su qualunque tematica o questione portata alla sua cognizione da chiunque vanti un effettivo interesse al parere.

Ciò potrà avere ripercussione come è ovvio sulla ripartizione del contributo, mentre dovrà essere chiarito quali diverse conseguenze giuridiche eventualmente derivino dal fatto che l'intervento dell'Autorità sia chiesto dalle parti congiuntamente ovvero da una sola delle parti.

Si pone poi un'altra preliminare esigenza di definire la natura e tipologia dell'intervento *de quo* e se esso sia riconducibile a qualche schema normativo previsto dal nostro ordinamento, posto che il semplice inquadramento del nuovo compito assegnato all'Autorità all'interno delle ADR non appare sufficiente ad una sua piena comprensione sul piano sistematico.

A riguardo, l'istituto a cui poter assimilare l'attività in esame appare quello dell'arbitraggio, mezzo attraverso cui le parti congiuntamente deferiscono ad un terzo (arbitratore) il compito di determinare la prestazione dedotta nel contratto, ex art. 1349 del cod. civ.

Infatti, atteso che l'intervento dell'Autorità nella gran parte dei casi ruoterà in ultima analisi attorno alla esatta definizione del contenuto della regolamentazione degli atti di gara, questa attività sul piano pratico potrebbe essere assimilata in senso lato a quella dell'arbitratore chiamato, ex art. 1349 cit., a determinare il contenuto della prestazione contrattuale.

In comune con l'arbitraggio, vi è poi la posizione di terzietà dell'arbitratore e la sua capacità tecnica, quali requisiti che convincerà le parti a ricorrervi.

Quanto alla natura della pronuncia dell'Autorità, non vi sono dubbi che, per espressa previsione normativa, essa sia da ricondurre al *genus* dei pareri non vincolanti, con l'esclusione che possa trattarsi di "decisione": non si tratta di un giudizio arbitrale che sfocia in una decisione vincolante per le parti, ma neppure di una decisione non vincolante.

In sostanza, lo strumento in esame, lungi dal potersi configurare come procedura alternativa in senso tecnico rispetto alla lite giudiziaria (o arbitrale), dovrebbe fornire una opportunità alle parti, svolgendo altresì sul piano generale una funzione deflattiva rispetto alla domanda giudiziale.

Sulla scorta del nuovo art. 6 comma 4 del Codice degli appalti, l'Autorità, come soggetto pubblico che opera in posizione di neutralità, è connotata da indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione, ciò che giustifica il probabile affidamento di tale importante nuovo compito.

Le ripetute disamine di questioni attinenti agli appalti pubblici di lavori contribuisce a specializzare l'organo preposto, fornendo adeguate garanzie agli operatori del settore; o meglio, la nuova attività è il frutto di un riconoscimento all'Autorità dell'imponente lavoro svolto in questi anni a partire dal 1999, anno in cui con la nomina del primo Consiglio l'Ente cominciò ad operare.

Da allora l'Autorità è stata costantemente un punto di riferimento, anche per gli stessi giudici amministrativi: in questo periodo sono stati emanati atti generali chiamati "determinazioni" e "regolazioni" in numero pari complessivamente a 175 (ad oggi).

Ed ancora, sono state approvate migliaia di delibere, nate da istruttorie anche complesse su segnalazioni ed esposti di chiunque abbia avuto un interesse, con cui sono stati portati alla cognizione dell'Autorità (ed in particolare del Servizio Ispettivo) casi di irregolarità, devianza, illegittimità, illiceità, con la conseguenza che in molti casi le parti non hanno chiesto l'intervento giudiziale.

Parimenti, migliaia sono stati i pareri resi su quesiti di svariato genere.

Atti, quelli ricordati, tutti al momento liberamente consultabili sul sito web dell'Autorità "www.autoritalavoripubblic.it"

E bisogna sottolineare che tali interventi dell'Autorità hanno riguardato sia la fase della gara sia quella dell'esecuzione, formandosi una prassi amministrativa generalmente ad impulso di parte, e riconducibile ai ruoli normativamente riconosciuti dalla "Merloni" di accertamento, vigilanza, conoscenza, controllo (anche di tipo ispettivo) e di regolazione di tutto il mercato dei lavori pubblici (cfr. CdS, sez. VI, n. 324/2002 che ha riconosciuto all'Autorità "elevata autonomia e indipendenza" e in particolare TAR Campania, sez. I, 5.10.2001, n. 4487 che ha riconosciuto come le delibere dell'Autorità, in esito alla attività di vigilanza, ispettiva e di accertamento, non si configurano come attività consultiva, bensì costituiscono espressione di un potere di vigilanza che esplica, nei confronti dell'ente destinatario, effetti propulsivi di possibili procedimenti di riesame amministrativo in sede di autotutela, a cui ha fatto

seguito da parte dell’Autorità l’emanazione della determinazione n. 17/2002 in tema di provvedimenti e procedimenti di autotutela).

Spesso le stazioni appaltanti si sono adeguate spontaneamente alle decisioni dell’Autorità, a seguito di istruttorie nate da esposti, nel solco di una funzione di “*moral suasion*.”

Pur non essendo stata confermata l’altra condizione prevista dalla precedente versione della lett. *n*), che aveva addirittura posto un ristretto termine (acceleratorio) di venti giorni all’Autorità, permane tuttavia l’esigenza che quest’ultima renda il parere sulla questione portata alla sua attenzione nel più breve tempo possibile, visto che la fase dell’affidamento come luogo normativo nel quale le liti debbono ricondursi, esige che il parere sia reso praticamente in tempi rapidissimi, mediamente entro un mese.

E tali presupposti richiamano inevitabilmente i tre aspetti classici dell’azione amministrativa e cioè: l’efficienza, l’efficacia e l’economicità (le c.d. tre “e”), intese sotto i vari profili della sufficiente dotazione numerica, della adeguata professionalità e della necessaria razionalità e semplicità della organizzazione degli uffici che saranno chiamati a svolgere tali incombenzi.

In merito a ciò ed in particolare per quanto riguarda la rapidità di risposta da parte dell’Autorità, si potranno utilizzare anche appropriati strumenti telematici del tipo O.D.R. (online dispute resolution), senza che ciò incida sulla necessità di proceduralizzare tale attività, che avendo inizio su istanza di parte e culminando in un parere espresso dovrà assicurare comunque una istruttoria adeguata, il rispetto del principio del contraddittorio e di quello della motivazione proporzionale, ragionevole e che tenga conto dei precedenti giurisprudenziali.

E’ chiaro dunque come questa linea di attività dovrà costituire oggetto di una sua disciplina in un atto regolamentare dell’Autorità, alla quale è stata già riconosciuta autonomia organizzativa (e finanziaria) dall’art. 1 comma 67 della legge finanziaria n. 266 del 23.12.2006, mentre il Codice degli appalti, negli artt. 6 ed 8, riconosce all’Autorità un’ampia potestà regolamentare in tema di

organizzazione, funzionamento, bilanci, modalità di esercizio della vigilanza, procedimenti sanzionatori, in attuazione del principio di autonomia organizzativa previsto dalla legge delega n. 62/2005, tenendo altresì conto delle soluzioni seguite dalla legge n. 287/1990 (per quanto concerne l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) e dal d.lgs. n. 249/1997 (per quanto concerne l'Autorità di garanzia nelle telecomunicazioni).

Infine una notazione merita l'esigenza (posta dalla Commissione della Camera) di coordinare la descritta attività di competenza dell'Autorità con la nuova forma di tutela giudiziaria denominata *ante causam* prevista dall'art. 245 comma 3 del Codice: si tratta di un nuovo strumento con il quale viene riconosciuto al ricorrente, ma solo in casi di eccezionale gravità ed urgenza, di richiedere a un giudice monocratico (Presidente del Tar competente), prima ancora di depositare il ricorso, di adottare misure provvisorie in modo da sospendere la procedura in attesa della presentazione del ricorso.

Al momento, non si scorgono problemi di vera interferenza con l'introduzione della tutela *ante causam*, in virtù della nuova formulazione della lett. n), comma 7 dell'art 6 del Codice degli appalti; se infatti, per quanto prima osservato, non si pone questione di interferenza tra precontenzioso e processo amministrativo, ancor meno ve ne è con la tutela *ante causam*.