*Le Adr nel contenzioso dei contratti pubblici[[1]](#footnote-1)*

di Barbara Marchetti

*1. Premessa; 2. Le soluzioni del codice; 3. L’informativa previa come occasione per l’intervento dei poteri di autotutela della p.a.: prevenzione o complicazione del contenzioso?; 4. La richiesta di parere all’Autorità anticorruzione e le sue criticità: il fattore tempo; 5. Spunti tratti dalle esperienze straniere; 5.1 L’esperienza inglese; 5.2 il sistema statunitense; 5.3 Il sistema tedesco; 5.4 L’esperienza francese; 6. Qualche spunto di riflessione in esito all’indagine comparata; 7. Il giudice amministrativo come giudice mediatore per le controversie in materia di evidenza pubblica?; 8. Note conclusive.*

*1. Premessa*

Occorre innanzitutto delimitare l’ambito di questo intervento. In termini generali, infatti, occuparsi di strumenti di *alternative dispute resolution* (a.d.r.) in relazione allo specifico settore dei contratti pubblici implicherebbe di esaminare istituti alquanto eterogenei e distanti tra loro, accomunati dal fatto di essere tutti previsti allo scopo di diminuire il carico di contenzioso del giudice amministrativo e delle Corti ordinarie prodotto dalle controversie in materia di contratti pubblici (con riguardo sia alla c.d. fase di aggiudicazione sia a quella di esecuzione del contratto).

Tuttavia, la struttura bifasica del contratto ad evidenza pubblica, la scissione tra pubblico e privato che la contraddistingue, la stessa separazione delle giurisdizioni (amministrativa e ordinaria) che ne consegue impongono una riflessione separata anche per quanto concerne gli strumenti di a.d.r. operanti nei due ambiti.

Infatti, se per le controversie relative alla fase di evidenza pubblica l’esistenza di poteri autoritativi e di posizioni non disponibili delle parti ha una serie di implicazioni sul modo in cui i rimedi alternativi sono costruiti (come si vedrà non solo nel nostro ordinamento), per quelle sorte in fase di esecuzione del contratto la presenza di diritti disponibili e di rapporti obbligatori di diritto comune consente l’impiego di altri strumenti di a.d.r., poggianti sulla volontà delle parti e sul relativo potere negoziale.

Considerato il tema dell’incontro in cui queste mie riflessioni si inseriscono, dedicato all’efficienza della giustizia amministrativa, ho scelto di concentrare la mia attenzione sugli istituti preventivi o deflattivi del contenzioso amministrativo, volti cioè a risolvere in modo alternativo alla giurisdizione le controversie relative alla fase di evidenza pubblica, riservando solo alcuni cenni alle tecniche di a.d.r. spendibili nel caso di liti insorte nella fase di esecuzione del contratto.

Ci occuperemo pertanto della informativa di ricorso e del parere precontenzioso, benché entrambi – va subito precisato – fatichino ad essere ricondotti alla categoria delle a.d.r. classicamente intese (ad esempio, sotto il profilo del soggetto, che non è qui né terzo né imparziale)[[2]](#footnote-2).

Lo specifico intento di questo studio è quello di collocare l’analisi di tali istituti in un contesto più ampio, che tenga conto cioè delle soluzioni proposte in tale ambito da altri sistemi della tradizione giuridica occidentale, non solo europei, allo scopo di confrontare tipologia e natura dei diversi strumenti di tutela alternativa alla giurisdizione nel settore del *public procurement*.

In particolare, l’indagine anche comparata che qui si vuole condurre mira a rispondere ad alcuni interrogativi: può ritenersi che per la fase ad evidenza pubblica la soluzione “alternativa” delle controversie veda un ruolo preponderante dell’amministrazione o del giudice, piuttosto che della volontà delle parti e delle pratiche conciliative e transattive ad essa connesse? E semmai tale costruzione può ritenersi conseguenza della indisponibilità del potere esercitato dall’amministrazione e della tutela dell’interesse generale presenti nella fase di scelta del contraente? Le soluzioni presenti nei diversi sistemi esaminati sono il portato di una specifica cultura giuridica o, al di là di alcune differenze ineliminabili, rispondono a logiche unitarie e comuni?

E, infine, possono trarsi dalle esperienze straniere suggerimenti utili per migliorare l’effettività del sistema di risoluzione delle dispute complessivamente inteso?

*2. Le soluzioni del codice*

Nella trattazione muoveremo anzitutto dalle soluzioni di diritto positivo italiano contemplate dal codice dei contratti pubblici.

Entrambi gli istituti previsti dal codice con finalità deflattive – il parere precontenzioso all’Autorità anticorruzione e l’informativa di ricorso – hanno tratti comuni: innanzitutto non hanno natura pregiudiziale obbligatoria, nel senso che non costituiscono un passaggio necessario ai fini della proposizione del ricorso giurisdizionale; la loro proposizione è, dunque, facoltativa o comunque non condizionante l’accesso alla tutela giurisdizionale. Inoltre, entrambi sono istituti che si affidano all’intervento di un’amministrazione, sia questa un’amministrazione terza e indipendente, scelta per la sua *expertise* (nel primo caso) oppure la stessa amministrazione chiamata a condurre la procedura (nel secondo caso).

Infine, entrambe le procedure non hanno una struttura giustiziale. Nel primo caso, l’Autorità anticorruzione rilascia un parere che non vincola né la stazione appaltante né le parti: la procedura non si conclude, dunque, con una decisione volta a dirimere la lite con effetti vincolanti per le parti. Nel caso dell’informativa, d’altro canto, elementi temporali e strutturali ne allontanano le potenzialità deflattive e giustiziali. La procedura, infatti, pure obbligatoria, può avere due conclusioni: l’amministrazione può rigettare l’istanza e non esercitare i suoi poteri di autotutela, sicché resta integra (e altamente probabile) la possibilità che la parte presenti ricorso; oppure può agire in autotutela, confermando o annullando (o revocando) l’atto della gara, con un’alta probabilità che su tale provvedimento si apra poi un giudizio di impugnazione da parte del soggetto che aveva presentato l’informativa (in caso di conferma) oppure da parte del terzo che dal provvedimento di II grado (di annullamento o revoca) riceve a sua volta un pregiudizio. In ogni caso, la decisione si colloca nell’alveo dei poteri di autotutela e non ha natura contenziosa.

Vediamo ora più da vicino i due istituti in questione, analizzandone le criticità. Di seguito verificheremo la possibilità di contemplare per le liti sorte in questa fase contrattuale altre tecniche di soluzione alternativa delle dispute.

*3. L’informativa previa come occasione per l’intervento dei poteri di autotutela della p.a.: prevenzione o complicazione del contenzioso?*

Sono davvero numerose le critiche che la dottrina ha rivolto all’istituto disciplinato dall’art. 243 bis del codice dei contratti pubblici.

Come è noto, l’informativa di ricorso è stata prevista in termini non obbligatori dalla direttiva 07/66, la quale ne confinava l’applicazione alle controversie sorte nella fase di aggiudicazione e ne fissava alcuni limiti in negativo: secondo la disciplina comunitaria, in particolare, la sua presentazione non poteva influire sui termini sospensivi (c.d. stand still) né sui termini di proposizione del ricorso.[[3]](#footnote-3)

Il modo in cui l’istituto ha, poi, trovato ingresso nel nostro ordinamento è problematico: si potrebbe, anzi, dire che sono così tanti i problemi e le perplessità che solleva (anche dal punto di vista del raggiungimento degli obiettivi per cui è posto) da metterne in dubbio la stessa utilità.

Ma procediamo con ordine: l’informativa è prodotta in forma scritta (in via eccezionale è ammessa la forma orale) alla stazione appaltante: essa deve contenere i motivi di ricorso, ma la loro illustrazione può essere anche sommaria e incompleta, dato che non è precluso al ricorrente addurre in giudizio censure ulteriori; con essa si rende edotta la p.a. dell’intenzione di impugnare gli atti di gara.

La mancata presentazione dell’informativa non impedisce, tuttavia, la proposizione del ricorso, sicché la condotta omissiva dell’interessato, così come l’inerzia della p.a., sono valutabili solo ai fini della condanna alle spese o della quantificazione del danno (art. 1227 cc.) sotto il profilo dell’onere di diligenza del creditore.

Alcune osservazioni su tali primi profili; secondo quanto prevede la norma, la presentazione di censure incomplete o approssimative non determina preclusioni in capo alla parte con riguardo al successivo giudizio. Ora, se le ragioni di tale scelta sono in parte da condividere (l’impresa potrebbe non avvalersi di un difensore per redigere l’informativa, un effetto preclusivo rispetto al ricorso potrebbe violare l’art. 24 della Costituzione per come è interpretato dalla nostra Corte costituzionale) e appaiono coerenti con la natura del procedimento di riesame, è altresì evidente che la sua capacità di provocare un intervento correttivo e la possibilità che l’amministrazione prenda sul serio l’istanza sono ridotte, dal momento che l’amministrazione sarà portata a concentrarsi sulla vicenda processuale in cui le censure della parte interessata saranno presumibilmente presentate in maniera completa e rigorosa.

Problematico appare anche il profilo temporale: l’informativa, infatti, può essere prodotta entro il medesimo termine previsto per la proposizione del ricorso giurisdizionale, anche qualora le censure si riferiscano ad atti prodromici (bando, capitolato, decisione di esclusione): la potenziale coincidenza dei termini di informativa e ricorso rende, così, probabile la sovrapposizione e la concorrenza delle due procedure (quella innestata dalla informativa e quella dinanzi al giudice), o comunque non le pone in un ordine logico.

Il risultato più probabile di tale assetto è che l’impresa presenti contemporaneamente l’informativa e il ricorso, e che – a questo punto – l’amministrazione si concentri sulla difesa processuale e resti inerte (o adotti un atto meramente confermativo) rispetto all’istanza.

Rispetto al medesimo istituto contemplato dal paragrafo 107 della legge tedesca in materia di restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wetthewerbeschräkungen* - GWB) sono evidenti almeno tre prime differenze significative: sotto il profilo temporale, l’informativa prevista nell’ordinamento tedesco deve essere “immediatamente” proposta[[4]](#footnote-4); inoltre, la parte che non adduca nell’informativa un vizio che era già conoscibile al momento della sua presentazione non potrà successivamente farlo valere in giudizio. Infine, in Germania, l’informativa è una condizione necessaria per poter proporre il ricorso alla Vergabekammern (o Camera di aggiudicazione)[[5]](#footnote-5).

Tale diverso regime, assai più rigoroso e preclusivo rispetto alla successiva istanza di ricorso, rafforza evidentemente la procedura dinanzi all’amministrazione (che si collega ad un vero e proprio obbligo di denuncia in capo alla parte - *Rügenobligenheit*); il procedimento ha natura para-contenziosa (a differenza di quanto accade in Italia) e pregiudiziale, senza che ciò produca alcuna frizione in termini di tutela giurisdizionale; è infatti un principio assodato in quel sistema che l’accesso alla giurisdizione possa essere condizionato dal previo esperimento di rimedi specifici (e preventivi) previsti dall’ordinamento[[6]](#footnote-6).

Anche la disciplina sulla determinazione dell’amministrazione prevista nel codice appare poco convincente: l’amministrazione deve comunicare “le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela” entro 15 gg. dalla comunicazione. Se essa rimane inerte o comunque conferma il proprio operato (le due opzioni sono equiparate), tale decisione (implicita o espressa) è impugnabile solo con l’atto cui si riferisce (con motivi aggiunti, se il ricorso risulta già esperito), senza che, tuttavia, sussista in capo all’interessato un onere di impugnazione[[7]](#footnote-7). Se l’azione è proposta con motivi aggiunti, per ragioni temporali, il ricorrente sarà tenuto a versare un nuovo contributo unificato.

Secondo una giurisprudenza consolidata, il rigetto dell’istanza non deve quindi essere motivato, essendo l’istituto dell’art. 243 bis ricondotto all’autotutela amministrativa[[8]](#footnote-8).

Solo nel caso in cui l’amministrazione conduca e concluda un procedimento di riesame (e dunque in un certo qual modo “sviluppi” la procedura dell’art. 243 bis) confermando la precedente decisione (o annullandola) con un provvedimento frutto di ulteriori accertamenti e approfondimenti istruttori, essa sarà tenuta a motivare la sua decisione.

Secondo quanto ha stabilito il Consiglio di Stato[[9]](#footnote-9), tuttavia, in tali ipotesi il contenuto novativo della decisione si tradurrà anche in un nuovo termine di impugnazione.

Tale ultima implicazione è stata riconosciuta dal nostro giudice amministrativo anche sulla base di una recente pronuncia della Corte di giustizia (C-161/13, sentenza 8 maggio 2014), la quale ha stabilito che “il termine per la proposizione di un ricorso contro la decisione di aggiudicazione di un appalto deve iniziare nuovamente a decorrere qualora sia intervenuta una nuova decisione dell’amministrazione aggiudicatrice, adottata dopo tale decisione di aggiudicazione ma prima della firma del contratto e che possa incidere sulla legittimità di detta decisione di attribuzione”. Nel caso di specie, non si trattava di una decisione di II grado, peraltro, ma di un atto che rendeva illegittimo il provvedimento di aggiudicazione originario. Muovendo da tale conclusione, il Consiglio di Stato ha ritenuto che il medesimo regime impugnatorio possa considerarsi applicabile ad una decisione dell’amministrazione che abbia statuito nuovamente – in esito al riesame – sulla decisione originaria su cui si è innestata l’informativa del ricorso. La riapertura del termine di decadenza aumenta, peraltro, l’incertezza sugli esiti della gara, creando confusione in ordine alle impugnazioni e producendo comunque una complicazione della vicenda processuale.

Nel caso in cui la p.a. riveda la propria decisione (giungendo alla revoca o all’annullamento) si apre poi il problema della tutela del terzo, che dall’atto originario riceveva effetti favorevoli.

In base ai profili esposti, quindi, la collocazione temporale di istanza e risposta dell’amministrazione non è tale da garantire un effetto di prevenzione della lite; inoltre, informativa e comunicazione della p.a. possono costituire mere formalità; ancora, la circostanza che alla p.a. non sia richiesto di dare conto delle ragioni per cui non intende intervenire in autotutela affievolisce la possibilità che l’impresa si convinca delle ragioni dell’amministrazione.

Se si scorre la giurisprudenza, l’informativa dell’art. 243 bis appare come un passaggio della cui utilità né la parte ricorrente né l’amministrazione sembrano convinti. Essa sembra confinata ad un adempimento formale, insuscettibile di condurre in modo efficace ad un intervento in autotutela della p.a. e, dunque, inadatta a prevenire la lite.

La sua finalità, dunque, resta essenzialmente limitata a portare a conoscenza della p.a. l’intenzione di presentare il ricorso, secondo la ratio primitiva dell’istituto. Del resto, se si esclude la Germania, dubbi analoghi a quelli visti per l’informativa italiana hanno spinto gli inglesi, che avevano in un primo tempo introdotto la *prior notification* quale condizione per il ricorso alle Corti[[10]](#footnote-10), ad abolirla in occasione della riforma del 2009.

Tra le difficoltà applicative sollevate dall’istituto in quel Paese – oltre alle incertezze in ordine al grado di dettaglio e completezza delle violazioni allegate, su cui la giurisprudenza mostrava diversi orientamenti – hanno giocato un ruolo decisivo a favore dell’abolizione proprio la circostanza della scarsa utilità della procedura, il suo carattere meramente formale, la sua sostanziale duplicazione dell’istituto della *letter before claim* (stabilita dal *pre-action protocol for Judicial Review* in via generale per le liti con l’amministrazione)[[11]](#footnote-11).

Anche recentemente, in occasione della riforma del termine di proposizione del ricorso nella materia del *public procurement,* il *Working Group* della *Procurement Lawyers’ Association* (PLA) ha ritenuto inopportuna la sua reintroduzione, in ragione della sostanziale irrilevanza delle sue finalità pratiche e dei rischi legati alla possibilità di liti satelliti, nel caso in cui le parti discutano circa la corrispondenza più o meno stretta tra le allegazioni presentate nella *prior notification* e quelle del ricorso giurisdizionale[[12]](#footnote-12).

Tuttavia, va pure detto che la sua soppressione non appare in quel sistema di grande rilevanza se si considera che non sono decisi dinanzi alle Corti inglesi che una decina di casi all’anno in materia di public procurement[[13]](#footnote-13).

Anche il sistema francese non conosce l’istituto del previo ricorso all’amministrazione in riferimento alle controversie insorte nelle procedure ad evidenza pubblica. Nonostante l’invito del Consiglio di Stato del 2008 a prevedere ricorsi amministrativi previ obbligatori[[14]](#footnote-14), e benché la loi del 31 dicembre 1987 avesse annunciato la generalizzazione di una procedura di ricorso conciliativa nel settore della responsabilità extracontrattuale della p.a. e dei contratti pubblici, la loro previsione ha riguardato per ora solo pochi ambiti dell’azione amministrativa (principalmente l’amministrazione fiscale e militare, l’amministrazione penitenziaria e specifici atti in materia di immigrazione e diritto di soggiorno).

Le ragioni di tale riluttanza stanno nella tradizionale sfiducia circa la loro capacità di porsi come reale *alternativa* al processo, anche in ragione della diversa funzione esercitata dall’amministrazione rispetto a quella propriamente contenziosa. Così come disciplinati attualmente, infatti, i ricorsi amministrativi (gerarchici o rivolti a Commissioni speciali) non presentano i tratti tipici delle procedure contenziose proprie, ad esempio, del sistema tedesco dove sono accentuati i profili del contraddittorio e dell’onere di motivazione. Resiste piuttosto nella cultura giuridica francese l’idea che i ricorsi amministrativi siano strumenti a disposizione dell’autorità per migliorare e rivedere le proprie decisioni, e non per tutelare primariamente il cittadino[[15]](#footnote-15).

*4. La richiesta di parere all’Autorità anticorruzione e le sue criticità: il fattore tempo*

L’altra procedura stabilita dal codice con la finalità di prevenire il contenzioso relativo alla fase di evidenza pubblica è, come noto, quella stabilita dall’art. 6 co. VII lett. n) secondo cui l’Autorità anticorruzione (che, come è noto, ha sostituito l’Autorità di vigilanza dei contratti pubblici) “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”.

Nella versione originaria della norma, l’Autorità aveva una funzione più propriamente giustiziale: il suo intervento mirava, infatti, a risolvere la controversia mediante una decisione di carattere vincolante. Tuttavia, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità della previsione, aveva ritenuto l’attribuzione di un tale compito non conforme ai limiti posti dalla legge delega e non richiesta dalle direttive comunitarie[[16]](#footnote-16). Ciò ha prodotto alcune modifiche al testo, che hanno attenuato la funzione giustiziale della procedura e ridotto la capacità di definizione vincolante della lite, relegandola ad attività consultiva, seppure esercitata “su istanza di parte”.

Il regolamento che attualmente la disciplina (del 27 maggio 2015, modificato il 27 giugno 2015) stabilisce quali siano i soggetti legittimati a presentare l’istanza (oltre all’amministrazione e alle imprese partecipanti alla gara, anche “soggetti portatori di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni e comitati”), le cause di inammissibilità delle richieste, la fase istruttoria, il ruolo delle parti, e le modalità di approvazione e comunicazione del parere.

La procedura è piuttosto informale: una volta pervenuta la richiesta di parere, l’autorità comunica l’avvio dell’istruttoria agli interessati, concedendo il termine di 10 giorni per la presentazione di memorie e ulteriori documenti; può disporre l’audizione delle parti, nel caso in cui lo reputi necessario. Il parere, deliberato dal Consiglio dell’Autorità, va comunicato alle parti interessate e successivamente pubblicato sul sito dell’Autorità. La durata del procedimento è di 90 giorni, “fatto salvo il periodo necessario per l’acquisizione della documentazione istruttoria”.

Inoltre, l’attività consultiva dell’autorità può riguardare anche questioni insorte dopo la stipulazione del contratto, ma in tal caso l’istanza deve essere presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e dal soggetto tenuto ad eseguire il contratto, coerentemente con la natura conciliativa della procedura[[17]](#footnote-17).

L’art. 3 in tema di inammissibilità/improcedibilità delle istanze stabilisce al I comma l’inammissibilità di istanze presentate “in assenza di controversia insorta tra le parti interessate”, mentre al IV comma prevede che “le istanze divengono improcedibili in caso di esistenza o sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente contenuto analogo, di sopravvenuta carenza di interesse delle parti, di rinuncia al parere”. Se ne ricava che un parere può essere reso solo in presenza di una controversia ma, al contempo, che quest’ultima non può essere pendente dinanzi al giudice amministrativo, pena l’improcedibilità dell’istanza. Le due procedure, dunque, non possono svolgersi *simultaneamente.* Poiché la conclusione della procedura dinanzi all’ANAC può richiedere fino a 90 giorni a far data dalla presentazione della richiesta (anche se, in concreto, il procedimento ha una durata di almeno 6 mesi, se si guarda ai tempi di risposta delle istanze pubblicate sul sito), possiamo desumere che la richiesta di parere concernente la legittimità degli atti finali (aggiudicazione provvisoria, graduatoria, esclusione) costituisce *un’alternativa* al processo, nel senso che i tempi della procedura dinanzi all’Autorità sono di gran lunga più estesi del termine breve di proposizione del ricorso. Ne consegue che la richiesta di parere è necessariamente inoltrata quando è presa la decisione di non avvalersi del ricorso giurisdizionale.

Diversa è invece l’utilità del parere precontenzioso se sono prospettati vizi relativi ad atti prodromici (capitolato di gara, bando, nomina della Commissione). In questo caso, la procedura può avere una finalità *preventiva,* potendo sfociare in una correzione degli atti della procedura funzionale ad evitare la proposizione del ricorso. Tuttavia, l’istanza all’Autorità anticorruzione dovrà qui determinare – si pensa – una sospensione della procedura.

Quanto alla prima ipotesi, cioè quella in cui la procedura dinanzi all’ANAC costituisca la sola sede di verifica della legittimità dell’operato dell’amministrazione (tra l’altro non necessariamente a seguito di istanza di un concorrente, ma - supponiamo - su richiesta della stazione appaltante) si intravedono alcuni problemi pratici. Si consideri il parere n. 145 dall’ANAC reso il 20 giugno 2014 e intervenuto a seguito di un’istanza presentata dalla stazione appaltante il 29 luglio 2013, quindi circa un anno prima: esso interrogava l’Autorità sulla legittimità o meno di un’esclusione di un concorrente da una gara.

La conclusione cui giunge il Consiglio dell’Autorità è che detto provvedimento fosse effettivamente illegittimo. Il destinatario dell’esclusione, tuttavia, non aveva proposto l’impugnazione della decisione, ché, altrimenti, l’istanza di parere sarebbe divenuta improcedibile, né il medesimo aveva presentato istanza all’ANAC, avendo invece provveduto in tal senso l’amministrazione preposta alla gara. Ci si chiede in tale frangente quale sia stata la sorte della procedura, se sia stata sospesa in attesa del parere, se il concorrente sia stato ammesso con riserva, considerato che l’art. 4 del regolamento prevede che la stazione appaltante deve astenersi dal “porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione fino al rilascio del parere”. Ci si domanda inoltre se una sospensione della procedura per uno spazio temporale così lungo sia compatibile con l’esigenza di giungere celermente alla scelta del contraente e all’esecuzione del contratto. Ancora viene da chiedersi se l’impresa esclusa possa essere indotta, sulla base del parere a lei favorevole, a presentare un’azione di danni, qualora i termini per la proposizione di tale rimedio non siano ancora scaduti.

Come detto, nel caso in cui la richiesta di parere riguardi atti quali il bando di gara, l’amministrazione dovrà presumibilmente sospendere la procedura in attesa della risposta dell’Autorità: ciò sembra desumersi anche dall’art. 4 del regolamento laddove si prevede che nel caso in cui l’istanza di parere sia presentata “da una parte diversa dalla stazione appaltante, con la comunicazione dell’avvio dell’istruttoria, l’Autorità formula alla stazione appaltante l’invito a non porre in essere atti pregiudizievoli ai fini della risoluzione della questione, fino al rilascio del parere”.

I tempi per il rilascio del parere oscillano, peraltro, tra i 10 e i 12 mesi (se ci riferiamo, ad esempio, ai parere resi nel 2015).

Ferma restando l’utilità del parere precontenzioso dell’ANAC – la cui “giurisprudenza” costituisce un prezioso punto di riferimento per gli operatori del settore – resta, tuttavia, da domandarsi se i tempi di elaborazione eccessivamente lunghi non finiscano per compromettere l’utilità dell’istituto in un’ottica deflattiva, disincentivando le parti (e la stessa stazione appaltante) a presentare la domanda di parere quando ciò possa rallentare eccessivamente la procedura di gara oppure risulti scarsamente utile sul piano dei risultati concretamente raggiungibili.

*5. Spunti tratti dalle esperienze straniere*

Uno sguardo assai sintetico ai metodi di risoluzione delle controversie della fase di evidenza pubblica presenti in altri ordinamenti ci sembra ora opportuno. Più precisamente, appare utile verificare in che misura le liti relative all’aggiudicazione del contratto risultino assegnate al giudice o, piuttosto, ad altri canali (e quali) di *dispute resolution* e interrogarci sulle ragioni che sono alla radice di tali opzioni di sistema.

*5.1 L’esperienza inglese*

Il sistema inglese del contenzioso sui contratti pubblici ci consegna dati sul carico giudiziario delle Corti nel settore degli appalti tali da far emergere tali e tante differenze rispetto alla nostra esperienza da risultarci estraneo. Sette i casi discussi dinanzi alle Corti nel 2013, una ventina nel 2012 e nel 2011, di nuovo una decina nel 2010. Si potrebbe pensare che ciò sia dovuto all’ottimo funzionamento delle a.d.r., soprattutto se si considera che nel sistema inglese gli strumenti di tutela alternativi al processo hanno una lunga tradizione e si articolano secondo una logica di *proportionate dispute resolution[[18]](#footnote-18)*. In realtà il bassissimo contenzioso si spiega per una serie di ragioni, messe bene in luce da una ricerca condotta da Sue Arrowsmith, nota studiosa inglese del public procurement. Le imprese sono estremamente restie ad adire le Corti perché denunciare al giudice eventuali violazioni delle regole in materia di aggiudicazione delle gare è antieconomico: è molto costoso[[19]](#footnote-19), c’è il pericolo di essere *blacklisted* da parte delle amministrazioni e spesso non vi è consapevolezza delle violazioni, anche in conseguenza di un atteggiamento rispettoso verso l’amministrazione contraente e la sua autonomia negoziale. Inoltre, le imprese preferiscono canalizzare le loro energie su altre opportunità di guadagno, piuttosto che in un contenzioso di cui non sono chiari i vantaggi[[20]](#footnote-20). É in generale decisiva la cultura *non confrontational* diffusa in tale ambito. Tale ritrosia è infine comprensibile anche alla luce del tipo di protezione accordato dai giudici. Innanzitutto, le *Regulations* del 2009 hanno limitato al massimo la possibilità di attaccare il contratto a causa di illegittimità incorse nella fase di aggiudicazione, consentendo la dichiarazione di inefficacia del contratto nelle sole ipotesi imposte dal diritto europeo.

In secondo luogo, anche la disciplina della tutela cautelare presenta elementi peculiari: la sospensione automatica dell’aggiudicazione, scaturente dalla presentazione del ricorso, può essere neutralizzata da un’istanza dell’amministrazione volta ad ottenere la “sospensione della sospensione” automatica (*application to lift the automatic suspension*, introdotta dalle regulations del 2009). Nel decidere su tale domanda, le Corti applicano il test *American Cyanamid*, che prevede, in sostanza, che una tutela cautelare non debba essere concessa (o mantenuta) se la riparazione risarcitoria per equivalente è adeguata a proteggere il ricorrente, addossando al ricorrente l’onere della dimostrazione contraria[[21]](#footnote-21).

Ciò rende estremamente difficoltoso ottenere dal giudice rimedi diversi dalla tutela risarcitoria, la quale peraltro deve tenere conto dei costi della lite. In generale, il giudice protegge l’interesse al contratto dell’amministrazione, o comunque la stabilità della relazione negoziale, in un’ottica di garanzia dell’interesse generale.

*5.2 Il sistema statunitense*

Anche uno sguardo al sistema statunitense rende evidente il ruolo recessivo delle Corti nell’assicurare protezione alle imprese nella fase di aggiudicazione delle gare. Qui le ragioni, tuttavia, appaiono diverse rispetto a quanto visto nel sistema inglese e consistono piuttosto nella preferenza accordata dal sistema alla tutela offerta dall’amministrazione in luogo di quella data dalle Corti.

Tre sono le vie di ricorso date alla parte interessata a fronte di violazioni della disciplina contenuta nella *Federal Acquisition Regulation* (FAR): il ricorso alla stessa amministrazione aggiudicatrice (33.103 FAR), l’istanza al *General Accounting Office* (GAO – 33.104 FAR) e l’azione dinanzi alla *Court of Federal Claims* (tit. 28 par. 1491 US Code)[[22]](#footnote-22). Nessuna competenza in materia di *public procurement* è invece assegnata alle Corti distrettuali federali, le quali sono state spogliate dal 2001 di ogni giurisdizione a decidere sulle dispute in materia di contratti pubblici per effetto dello *Administrative Dispute Resolution Act* del 1996[[23]](#footnote-23).

La ricerca di una soluzione “*at the contracting officer level through open and frank discussion*” stabilita dalla disposizione 33.103 della FAR è a sua volta l’incorporazione nella FAR dell’executive Order del 1995 del Presidente Clinton, che ha imposto alle amministrazioni federali la previsione di ricorsi interni quale alternativa preferibile ai fori esterni di risoluzione delle controversie. Tale procedura - ora scarsamente utilizzata per ragioni che dipendono sostanzialmente dalla sfiducia nella capacità dell’amministrazione di rivedere le proprie decisioni[[24]](#footnote-24) – implica tempi di presentazione della domanda[[25]](#footnote-25) e di risposta dell’amministrazione estremamente celeri, oltre alla possibilità, comunque, di ricorrere al GAO, entro un termine di 10 giorni a partire dalla eventuale decisione sfavorevole adottata dall’amministrazione a seguito dell’*appeal*.

Da rilevare che, pur in un contesto normativo flessibile, in cui è l’amministrazione stessa a dettare le regole procedurali, la FAR prevede un certo grado di indipendenza del decisore (33.103.d.4), stabilendo che non deve trattarsi di funzionari coinvolti nella specifica procedura contrattuale o in qualche modo soggetti alla supervisione del *contracting officer*, e un contenuto minimo della *protest*, che va formulata indicando le ragioni di fatto e di diritto alla base della domanda, la decisione richiesta all’amministrazione e ogni informazione utile a comprovare la legittimazione alla *protest* e la tempestività della domanda (33.103.d.2). L’amministrazione deve decidere sulla domanda entro 35 giorni: la sua decisione deve motivare esaurientemente la scelta in ordine al ricorso e deve essere notificata alla parte interessata.

Se si confronta tale procedura con il ricorso rivolto all’amministrazione aggiudicatrice di derivazione europea, con la cd informativa di ricorso cioè, la disciplina statunitense presenta tratti peculiari: ha un effetto sospensivo automatico (seppure attenuato dalla possibilità per l’amministrazione di far valere un interesse pubblico alla non sospensione), è costruita in termini più rigorosi, impone una certa separazione tra decisore e *contracting officer*, e prevede la possibilità di un successivo ricorso, il cui termine di proposizione è tuttavia fatto decorrere dalla decisione con cui l’amministrazione ha deciso in merito all’istanza. Tale assetto complessivo evita la simultanea pendenza di due distinte procedure di revisione e consente al ricorrente di rivolgersi all’amministrazione senza incorrere in preclusioni procedurali rispetto ad ulteriori vie di ricorso.

Il *General Accounting Office*[[26]](#footnote-26) ha il compito di decidere le controversie tra amministrazioni federali e concorrenti in caso di violazione della FAR (*Competition and Contracting Act* – 31 US Code §3551 (2)) a partire dal 1984. Il ricorso può essere presentato da chi sia *interested party*, ossia da un “*actual o prospective bidder or offeror whose direct economic interest would be affected by the award of a contract or by the failure to award a contract*”.

Il ricorso, scritto, deve contenere gli elementi identificativi della domanda, il petitum, l’eventuale richiesta di fissazione di un’udienza pubblica e le informazioni sulla tempestività della domanda e della legittimazione del *protester*. Una copia del ricorso deve essere consegnata all’amministrazione aggiudicatrice entro il giorno successivo a quello previsto per il deposito della domanda al GAO. Il termine dipende dall’atto che si vuole contestare: se si attacca il bando (*solicitation*) l’istanza va presentata entro l’apertura delle offerte; se, invece, si contestano gli atti finali, il termine è di 10 giorni dalla conoscenza (o conoscibilità) dei motivi di ricorso.

La presentazione della domanda ha alcuni effetti immediati: il GAO comunica la ricezione dell’istanza alla stazione appaltante, che salvo l’adozione di una *override decision* (per ragioni urgenti legate all’interesse degli Stati Uniti), è tenuta a sospendere la procedura e a non procedere nell’esecuzione del contratto. Essa è anche tenuta a comunicare agli altri offerenti o all’aggiudicatario l’avvenuta proposizione della *protest*. I poteri decisori del GAO sono molteplici: accertata l’irragionevolezza o illegittimità della decisione, esso può *raccomandare* all’amministrazione di far cessare il contratto, di ribandire la gara, di emanare una nuova *solicitation*, di aggiudicare il contratto secondo le regole e di adottare ogni altra misura necessaria per assicurare la riparazione della violazione[[27]](#footnote-27). Tuttavia, l’atto finale costituisce appunto una raccomandazione, e non una decisione vincolante.

L’amministrazione ha l’obbligo di comunicare entro 60 giorni il mancato recepimento delle raccomandazioni del GAO. In tal caso, spetterà a quest’ultimo comunicare alla Commissione congressuale competente la decisione da adottare in conseguenza di tale inottemperanza.

Il ricorso alla Corte specializzata in materia contrattuale, la *Court of Federal Claims*, costituisce statisticamente una via di tutela recessiva[[28]](#footnote-28). Al di là della maggiore formalizzazione e rigidità della procedura, tale via di tutela sconta una serie di svantaggi: una legittimazione meno ampia, una maggiore difficoltà ad ottenere una tutela cautelare, una *deference* maggiore rispetto alla discrezionalità esercitata dall’amministrazione e una discrezionalità della Corte nell’accordare i rimedi che spesso appare condizionata dall’esigenza di proteggere l’interesse pubblico, più che l’interesse del *protester*.

Considerati tali aspetti, la protezione offerta dal GAO appare, per diverse ragioni, preferibile e in molti casi preferita, rispetto alla tutela offerta dalla COFC. Ciò non stupisce se si considerano i vantaggi e gli svantaggi delle due vie di tutela e la circostanza secondo la quale, in base ad un approccio di analisi economica del diritto, le stesse procedure di ricorso sono funzionali a bilanciare la mancanza di incentivi ad agire massimizzando i profitti in capo ai pubblici funzionari. Posta questa finalità di sistema – assicurare un controllo sull’attività contrattuale per finalità di efficienza economica – i rimedi offerti in presenza di violazioni non possono che minimizzare i costi che la loro attivazione produce in termini di ritardo nell’acquisizione di beni e servizi, di costi economici per le liti, di praticabilità. Di qui la preferenza per rimedi rapidi, flessibili, sganciati dall’operato delle corti e dai costi della difesa processuale.

In confronto, guardando al sistema di tutela posto dal diritto dell’Unione europea possiamo rilevare una maggiore processualizzazione delle vie di tutela, un’enfasi maggiore sulle posizioni azionabili dai concorrenti che appare funzionale, oltre che a garantire un’efficienza economica del settore dei contratti pubblici, a proteggere il bene concorrenza, che non appare invece al cuore del sistema di regolazione del *public procurement* statunitense.

Diverso è il panorama statunitense per le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto: qui, sempre a partire dagli anni ’90, la spinta ad un utilizzo delle tecniche di a.d.r. classiche appare più forte. Il Governo federale degli Stati Uniti – sulla base dell’*Executive Order* 1988 del 1996 (*Civil Justice Reform*) e dello *Administrative Dispute Resolution Act* (1996) – le raccomanda infatti come via preferibile di soluzione delle *post-award disputes*. Peraltro, le procedure di volta in volta utilizzate dipendono dalle regole procedurali delle Agenzie, che provvedono ad istituirle con una certa libertà e flessibilità[[29]](#footnote-29).

*5.3 Il sistema tedesco*

Si è già detto, parlando dell’informativa di ricorso, delle diverse soluzioni previste dall’ordinamento tedesco con l’intento di rendere più forte e autorevole la via di ricorso dinanzi alla stessa amministrazione.

Va qui ora esaminata, da vicino, la via di ricorso che si apre al concorrente (effettuata la denuncia all’amministrazione con la informativa) per la tutela dei propri interessi lesi nella fase di aggiudicazione del contratto. Come visto, la protezione è accordata, in prima battuta, da amministrazioni indipendenti (le *Vergabekammern* o Camere dell’aggiudicazione, istituite a livello federale e presso i Länder) cui va rivolto il ricorso nei confronti degli atti di gara (rispettivamente federali o statali) emanati in violazione della normativa comunitaria[[30]](#footnote-30).

In premessa, va tuttavia precisato che il regime di contestazione delle decisioni adottate dalle stazioni appaltanti varia in modo decisivo a seconda che il contratto sia sopra soglia comunitaria, e dunque attratto nell’orbita della disciplina europea, o sotto-soglia comunitaria, nel qual caso è applicabile la sola disciplina nazionale. Solo per la prima tipologia di contratti è previsto il ricorso alla *Vergabekammern* e, di seguito, alla Corte di appello. Mentre per i contratti sotto-soglia non è data, di fatto, alle imprese concorrenti alcuna protezione giurisdizionale, poiché le regole concernenti la formazione dei contratti di minore rilevanza economica – come vedremo – hanno natura meramente finanziaria e non conferiscono ai terzi diritti azionabili[[31]](#footnote-31).

In questa ipotesi, pertanto, il meccanismo di revisione del rispetto delle regole finanziarie è rappresentato da organismi amministrativi di controllo, i cui compiti di verifica delle violazioni possono essere attivati da istanze dei concorrenti[[32]](#footnote-32), i quali, peraltro, non hanno alcun ruolo determinante all’interno della procedura di controllo, né nei loro confronti è previsto un diritto al contraddittorio.

Ciò nonostante, non di rado la procedura porta ad esiti soddisfacenti non solo per l’interesse generale ma anche per il *compliainant*, perché l’autorità di controllo impone spesso la sospensione della procedura e l’adozione degli atti necessari a riparare la violazione. La stipulazione del contratto ne comporta però l’impermeabilità quale che sia la conclusione raggiunta circa il rispetto delle regole finanziarie. É interessante notare come in alcuni Länder (Sachsen, Sachsen-Anhalt e Thüringen) la procedura di denuncia sia strutturata in modo molto simile a quella prevista dinanzi alla *Vergabekammern*, con la sola differenza che la decisione finale di tali organismi di controllo non può essere attaccata dinanzi alle Corti[[33]](#footnote-33).

Nel caso invece di contratti attratti nell’orbita del diritto dell’Ue, la violazione delle regole sull’evidenza pubblica consente alla parte interessata di azionare – a seguito dell’informativa – il ricorso dinanzi alla *Vergabekammern*, appunto un organismo amministrativo indipendente istituito all’interno dei Länder e a livello federale che decide sull’istanza con una decisione amministrativa (*Verwaltungsakt*) (§ 114 III GWB). La composizione del collegio assicura un’elevata *expertise* nel settore dei contratti pubblici: il Presidente e i due componenti sono alti funzionari amministrativi (di cui uno onorario) esperti in gare pubbliche e devono possedere la qualifica necessaria per la magistratura.

L‘istanza di ricorso è inammissibile se la parte interessata non ha proposto tempestivamente denuncia all’amministrazione aggiudicatrice e, in ogni caso, il ricorso non può essere presentato prima di 15 gg dalla comunicazione con cui l’amministrazione manifesta la volontà di non voler dare riscontro all’istanza. Le regole procedurali previste dinanzi alla *Vergabekammern* sono simili a quelle stabilite per il processo dinanzi al giudice amministrativo: l’autorità ha poteri investigativi (§ 110 GWB) e non è vincolata alla domanda della parte. La presentazione del ricorso produce un effetto sospensivo immediato dell’atto di aggiudicazione (§ 115 I co. GWB), a meno che – in considerazione degli interessi in gioco – l’autorità non disponga diversamente. La decisione cautelare e quella finale della *Vergabekammern*, benché abbiano natura amministrativa, sono soggette a contestazione non dinanzi al giudice amministrativo ma presso una sezione specializzata (*Vergabesenat*) della Corte d’Appello del Land (per la *Vergabekammern* federale è competente la Corte d’appello di Düssedorf) con una procedura immediata (*sofortige Beschwerde*)[[34]](#footnote-34). Ciò del resto appare in linea con la riconducibilità delle regole sull’evidenza pubblica alla disciplina della concorrenza e alla materia civilistica.

Da rilevare che la Camera delle aggiudicazioni non può generalmente disporre del contratto, ad esempio, annullandolo in ragione dei vizi intervenuti nella procedura ad evidenza pubblica, ad eccezione delle ipotesi contemplate dalla direttiva 07/66. La procedura di ricorso deve, infatti, essere proposta prima della conclusione del contratto. Nel caso in cui la stazione appaltante non abbia proceduto a dare pubblicità alla gara in un caso in cui ciò era obbligatorio, le parti escluse dalla procedura, anche senza presentare previamente denuncia all’amministrazione, possono adire la *Vergabekammern* (entro 30 gg dall’affidamento del contratto o entro 6 mesi dalla sua stipulazione) per far accertare l’inefficacia del contratto (par. 101 b comma 2 GWB)[[35]](#footnote-35).

I tempi di durata del procedimento sono estremamente brevi: stabilisce il paragrafo 113 I GWB che la decisione deve essere adottata entro cinque settimane dalla presentazione dell’istanza. Il Presidente può disporre un’estensione a sette settimane in caso di particolare complessità (in fatto o in diritto) della lite. Il superamento del termine comporta un implicito rigetto della domanda che legittima la parte a presentare il ricorso immediato alla Corte d’appello. I costi della procedura sono elevati: vanno da un minimo di 2500 euro ad un massimo di 50 mila e sono posti a carico della parte soccombente.

Dal 2009 al 2011 solo una percentuale tra il 20 e il 24% dei ricorsi presentati alla *Vergabekammern* sono stati seguiti da un’azione dinanzi alla Corte di appello.

Da rilevare, ancora, che nel sistema tedesco l’impresa ricorrente e la stazione appaltante possono giungere ad un accordo transattivo prima che si arrivi ad una decisione della *Vergabekammern* (secondo quanto prevede l’art. 97 della legge sulle restrizioni della concorrenza). In questo caso, naturalmente, il problema maggiore è rappresentato dal fatto che l’accordo non deve in alcun caso pregiudicare eventuali terzi offerenti estranei rispetto all’accordo transattivo[[36]](#footnote-36).

La possibilità di simili accordi nel settore del *public procurement*, del resto, è conseguenza della generale disciplina prevista in materia di accordi transattivi (paragrafi 54 e 55) dalla legge tedesca sul procedimento amministrativo, la quale contempla tale istituto – peraltro di natura pubblicistica e dunque assai distante dalla transazione di diritto civile – quale possibilità data all’amministrazione di risolvere un potenziale conflitto con la parte privata.

*5.4 L’esperienza francese*

Nella tradizione giuridica francese può dirsi assolutamente centrale il ruolo del giudice, in particolare amministrativo, nella soluzione delle liti tra amministrazione e cittadino. Il settore dei contratti pubblici non fa eccezione, dato che è dinanzi al giudice amministrativo che si concentra – attraverso i rimedi del *référé précontractuel* (previsto in attuazione della direttiva europea 89/665) e *contractuel* (introdotto invece dall’ordinanza 2009/515) – la tutela delle imprese partecipanti alle gare pubbliche per l’assegnazione dei contratti dell’amministrazione[[37]](#footnote-37).

Non ci soffermeremo qui su tali ricorsi, se non per tracciarne brevemente i tratti distintivi: il *référé précontractuel* è previsto dal *Code de Justice administrative* agli artt. L-551.1 e ss. e R-551-1 e ss. La sua proposizione serve a prevenire la stipulazione del contratto da parte della stazione appaltante e dell’aggiudicatario nel caso in cui siano state violate le norme sulla pubblicità e sulla concorrenza; va dunque presentato prima che si giunga alla firma del contratto. Il ricorso deve essere notificato all’amministrazione ed ha effetto sospensivo immediato, secondo quanto stabilisce la direttiva europea. I tempi di decisione del ricorso sono estremamente celeri, anche se il giudice non può pronunciarsi prima che siano trascorsi 16 giorni dall’invio della comunicazione delle informazioni ai candidati esclusi. Il giudice ha poteri sospensivi, di ingiunzione, di annullamento e di *astreinte*, che esercita tuttavia alla luce di un bilanciamento tra le istanze delle parti e l’interesse generale sotteso alla conclusione del contratto.

Il *référé contractuel*, d’altro canto, è il ricorso che può essere proposto dai terzi – sempre a fronte di una violazione delle regole sulla pubblicità e sulla concorrenza – dopo che il contratto è stato stipulato, ed è stato introdotto allo scopo di attaccare il negozio preceduto da un atto di aggiudicazione illegittimo[[38]](#footnote-38). Come il precedente *référé,* è introdotto da un’istanza che sfociain un procedimento urgente di *plein contentieux*, a delibazione sommaria, e rivolto non al collegio ma ad un giudice monocratico e porta ad una pronuncia di nullità del contratto. Il rapporto tra i due ricorsi è tale per cui se una parte ha presentato il ricorso precontrattuale non può presentare il *référé contractuel*, a meno che l’amministrazione abbia omesso di rispettare il termine di *stand still* previsto, procedendo all’aggiudicazione del contratto[[39]](#footnote-39).

Una pronuncia del Conseil d’Etat del 4 aprile 2014 (*Département du Tarn-et-Garonne*) ha ulteriormente arricchito e modificato il panorama della tutela giurisdizionale in materia di *marchés publics*, prevedendo l’unificazione del contenzioso sui contratti pubblici all’interno di un quadro processuale unitario e comune, che di fatto sottrae al contenzioso *dell’excés de pouvoir* le controversie riguardanti la fase di evidenza pubblica[[40]](#footnote-40).

Non sono previsti, per le controversie sorte nella fase pubblicistica, rimedi alternativi al processo: sia il *Mediateur des marches publics* che i sopra ricordati *Comites consultifs* espressamente istituti per le liti contrattuali (questi ultimi previsti dall’art. 127 del *Code des Marchés publics*) possono operare solo in ordine ai conflitti riguardanti la fase di esecuzione del contratto, salvo per ciò che riguarda i c.d. *bons offices*, in cui il mediatore può, nel rispetto dei principi di pubblicità e concorrenza, mettere le parti (stazione appaltante e impresa) in contatto – anche nel corso della gara – al fine di facilitare la partecipazione alla procedura concorrenziale delle imprese (chiarendo alcune questioni tecniche) che ne facciano istanza[[41]](#footnote-41).

Nessuna delle a.d.r. classiche (mediazione, conciliazione, transazione, arbitrato) è utilizzabile invece per dirimere le liti insorte nella fase di evidenza pubblica: l’*arbitrage* infatti, come la transazione, richiede la disponibilità dei diritti in capo alle parti, ciò che è da escludersi con riguardo alle controversie sorte nella fase preparatoria della procedura contrattuale (artt. 247 e 361 *Code des marches publics*).

Anche la mediazione processuale, introdotta nel *code de* *justice administrative* in attuazione della direttiva europea del 2008/52 CE (ordonnance n. 1540 del 16 novembre 2011) per le liti amministrative transfrontaliere, non risulta utilizzabile quando siano in gioco le prerogative di *puissance publique* (art. 771-3 CJA): essa dunque non può operare in caso di conflitti legati alla fase di aggiudicazione del contratto[[42]](#footnote-42).

*6. Qualche spunto di riflessione in esito all’indagine comparata*

L’esperienza tedesca e quella statunitense presentano interessanti analogie, affidando all’amministrazione aggiudicatrice (in prima battuta) e poi ad un’amministrazione indipendente specializzata (*Vergabekammern* e GAO) la tutela delle imprese offerenti a fronte di controversie nascenti per effetto della violazione delle regole sull’evidenza pubblica.

In questi due sistemi, l’attore principale chiamato ad intervenire con compiti di *disputes resolution* è dunque l’amministrazione, mentre non trovano spazi di intervento né le a.d.r. classiche, né le procedure di *judicial review* generalmente previste per la contestazione delle decisioni amministrative. Le procedure dinanzi alle amministrazioni specializzate, tuttavia, hanno natura para-giurisdizionale.

Un altro elemento comune ai due sistemi riguarda i tempi di reazione e di contestazione degli atti di gara, che sono diversi a seconda che le violazioni riguardino atti prodromici o atti finali della procedura. Va anche rilevato che sia il ricorso al *contracting officer* americano, sia le procedure dinanzi al GAO e alle *Vergabekammern* hanno effetti sospensivi automatici. Esistono però anche differenze di rilievo: mentre la disciplina sul ricorso al *contracting officer* ricerca l’imparzialità del decisore e della procedura, i tratti della informativa di ricorso tedesca restano maggiormente ancorati alla logica del potere di autotutela. Tuttavia, la costruzione dell’informativa tedesca è volta ad assicurare la naturale precedenza dell’istanza all’amministrazione rispetto al ricorso alla Camera di aggiudicazione.

Il dato relativo al Regno Unito, invece, non ci dà indicazioni significative sul piano delle vie alternative alla giurisdizione, se non il fatto che, anche qui, non vi è bisogno di costruire specifiche a.d.r., dal momento che il ruolo delle Corti non è significativo. Il bassissimo numero di ricorsi giurisdizionali per denunciare la violazione delle regole di *public procurement*, tuttavia, ci svela una cultura *non controversional* delle imprese tutt’altro che rassicurante, quasi il riflesso del fatto che l’attività contrattuale dell’amministrazione, in quel Paese, continua a rimanere, nonostante le direttive europee, un “affare” dell’amministrazione.

Il sistema francese incentrato sul *référé précontractuel* e *contractuel* è forse quello che, ancor meno del nostro, ha provato a ricercare fuori dalla giurisdizione la via per tutelare le posizioni delle imprese di fronte alle violazioni delle regole delle gare pubbliche. È il giudice – e in particolare il giudice amministrativo adito con le procedure celeri del *référé* – ad essere il guardiano delle aggiudicazioni legittime del contratti, mentre uno sviluppo significativo di fori di soluzione delle liti alternativi al processo è ricercato soprattutto per la fase di esecuzione del contratto, con soluzioni spesso specifiche per il settore dei contratti pubblici.

Guardando alle diverse esperienze nel loro insieme, si conferma l’idea che le controversie sorte nella fase di aggiudicazione vengano affidate al giudice (Francia) e all’amministrazione, nel secondo caso con procedimenti che hanno tratti giurisdizionali o comunque para-giurisdizionali (*Vergabekammer* e GAO statunitense); quando vi è un coinvolgimento dell’amministrazione per la contestazione delle decisioni pubbliche, appare forte il grado di specializzazione dell’autorità decidente. Non risultano decisive, invece, procedure di conciliazione o mediazione stragiudiziale tra le parti, ciò sia in ragione della rilevanza pubblica degli interessi in gioco, sia per la multipolarità dei rapporti coinvolti. Anche laddove si sono istituiti Comitati consultivi o servizi di mediazione (*marchés publics* francesi) essi valgono come soluzione alternativa solo per le liti relative alla fase esecutiva del contratto.

L’esperienza italiana non si discosta dal quadro comparato; continua a risultare centrale la tutela processuale dinanzi al giudice amministrativo e il tentativo di costruire vie alternative al processo (o di prevenzione del giudizio) si concretizza in istanze da proporre all’amministrazione, sia questa l’amministrazione appaltante o un’amministrazione specializzata come l’ANAC. Tuttavia, la strada dei rimedi alternativi è percorsa senza convinzione, ciò che spiega, ad esempio, sia la decisione di non costruire tali procedure in termini contenziosi sia la scelta di non indicarle quali passaggi pregiudiziali necessari per poter poi accedere alla tutela giurisdizionale.

Resta da verificare se sono ricavabili dalle esperienze straniere suggerimenti utili a rendere più efficace l’azione di prevenzione e deflazione dei due istituti sopra esaminati.

Per quanto riguarda l’informativa di ricorso potrebbero proporsi dei correttivi *de minimis* ricavabili dalle discipline statunitense e tedesca: in particolare, sarebbe utile distinguere tra vizi che riguardano gli atti prodromici della procedura ad evidenza pubblica, che andrebbero denunciati prima dell’apertura delle offerte e vizi che riguardano invece l’aggiudicazione o la graduatoria: una denuncia immediata dei primi consentirebbe, infatti, un’efficace azione correttiva da parte dell’amministrazione appaltante e dunque una funzione di prevenzione rispetto all’insorgere di controversie.

Anche un disallineamento sul piano temporale dell’istanza amministrativa rispetto al successivo ricorso giurisdizionale potrebbe essere considerato per provare a rendere più credibile ed efficace la procedura dinanzi all’autorità pubblica.

In generale, poi, deve essere chiara la finalità della procedura: se vogliamo sviluppare un’amministrazione giustiziale dobbiamo puntare su procedimenti para contenziosi (con garanzie del contraddittorio ed obbligo di motivazione) e sull’imparzialità dell’organo giudicante; se invece intendiamo la procedura amministrativa come espressione di autotutela, saranno diverse le logiche applicabili, e l’amministrazione valuterà innanzitutto l’interesse pubblico e in seconda istanza la posizione della parte. Ci pare che, per quanto concerne l’informativa, siamo ora pienamente nella prospettiva dell’autotutela (siamo dunque lontani dal ricorso al *contracting officer* statunitense), e ciò non va nella direzione della costruzione di una via “alternativa” di tutela delle imprese.

La previsione di un potere di sospensione della procedura in capo all’amministrazione cui è rivolta l’informativa di ricorso e la fissazione di un onere di motivazione della decisione di risposta rafforzerebbero certamente l’istituto in termini giustiziali[[43]](#footnote-43).

L’indubbia utilità del parere precontenzioso dell’ANAC, anche tenendone ferma la natura non giustiziale, andrebbe invece rafforzata riducendo i tempi di elaborazione dello stesso: una soluzione potrebbe essere l’istituzione accanto all’ANAC centrale, di commissioni regionali in grado di rispondere più celermente alle richieste delle amministrazioni regionali e locali.

Un esempio in tal senso è rinvenibile nell’esperienza francese dove, come si è visto, i *comités de règlement amiable* dell’art. 127 del *Code des marchés publics* (istituiti al fine di regolare amichevolmente le dispute in materia di esecuzione dei contratti pubblici) sono istituiti a livello statale, regionale e interregionale o interdipartimentale, a seconda che il contratto sia stato stipulato da un’amministrazione statale o locale[[44]](#footnote-44). Ma una scelta analoga è fatta anche per le *Vergabekammern* tedesche, che sono previste in ciascun Land.

Un passo in avanti più deciso potrebbe anche legarsi alla trasformazione giustiziale del parere reso dall’ANAC: in questo modo, la procedura dinanzi all’autorità potrebbe divenire una sede di risoluzione delle dispute realmente alternativa al processo. Ciò richiederebbe, ovviamente, un potenziamento delle garanzie di contraddittorio, la previsione di poteri sospensivi in capo all’ANAC e, ovviamente, il riconoscimento della natura vincolante della decisione/parere di definizione della questione controversa. Abbracciando la costruzione pubblicistica delle regole dell’evidenza pubblica accolta nel nostro ordinamento, andrebbe poi prevista la possibilità di ricorrere dinanzi al giudice amministrativo – e non dinanzi al giudice ordinario – avverso la decisione amministrativa contenziosa resa dall’Autorità anticorruzione.

Anche in tal caso, tuttavia, la celerità della risposta del sistema resterebbe cruciale, sicché permarrebbe, e anzi si rafforzerebbe, la necessità di istituire commissioni regionali e locali, chiamate ad assicurare una risposta sollecita e a garantire una “giurisprudenza” uniforme e quanto più possibile consolidata e specializzata sulle questioni prospettate. La composizione degli organi decidenti potrebbe a sua volta ispirarsi a quanto stabilito per le Camere di aggiudicazione tedesche.

*7. Il giudice amministrativo come giudice mediatore per le controversie in materia di evidenza pubblica?*

Pensando alla prassi di alcuni tribunali amministrativi di tentare la conciliazione delle parti, potrebbe essere utile interrogarsi sulla possibilità del giudice di mediare le liti relative alle procedure ad evidenza pubblica. Nel codice del processo amministrativo non è presente una disposizione che preveda un tale potere d mediazione del giudice, a differenza di quanto è stabilito agli artt. 185 e 185 bis del c.p.c. D’altro canto, in ragione del suo ruolo di garante istituzionale, il giudice potrebbe assumersi il compito di conciliare le parti, suggerendo una possibile composizione della lite, senza che la natura degli interessi in gioco e la loro indisponibilità costituisca rispetto a ciò un limite invalicabile.

Tuttavia, al di là del problema dell’ancoraggio normativo di tali poteri, le controversie qui considerate potrebbero in proposito porre due problemi specifici, l’uno collegato alla multipolarità della lite (nel processo potrebbero essersi costituite meno parti di quelle eventualmente coinvolte e destinatarie degli effetti della decisione frutto della mediazione); l’altro connesso al problema della celerità dei tempi, dato che i ricorsi in materia di gare non sembrano lasciare molto spazio a pratiche di mediazione e di conciliazione.

Anche qui qualche spunto di riflessione può essere tratto da un confronto con due sistemi che prevedono espressamente una funzione di conciliazione e mediazione del giudice amministrativo: si tratta degli ordinamenti tedesco e francese.

In Germania, la mediazione, soprattutto processuale, è stata oggetto di nuova attenzione per effetto della legge federale sulla mediazione nel 2012 (*Mediationsgesets* del 21 luglio 2012), la quale tuttavia è intervenuta a fronte di pratiche di mediazione presenti in molti dei tribunali amministrativi dei Länder già dal 2000. Oltre all’influenza esercitata dalla direttiva europea del 2008, lo stesso Tribunale costituzionale federale, in un’ordinanza del 2007 (BVerfG, NJW-RR, 2007, 1073), aveva affermato la preferibilità di una soluzione della lite alternativa al processo, contribuendo a contenere la diffidenza verso l’impiego di tale strumento di a.d.r.[[45]](#footnote-45).

Ai sensi della disciplina federale, le parti di un processo amministrativo possono essere invitate dal giudice presso cui pende la causa ad affidarsi ad un “giudice amichevole”, analogamente a quanto avviene nel codice di procedura civile. Questi può essere interno al tribunale stesso o provenire da altro tribunale o da altra giurisdizione[[46]](#footnote-46): in ogni caso, però, non si tratta del medesimo giudice cui spetta la decisione della lite.

Nel caso delle controversie sorte dalla violazione delle regole della concorrenza, tuttavia, la mediazione processuale affidata al giudice amministrativo non ha modo di operare, poiché le liti sono attribuite ad un’autorità amministrativa (la Camera dell’aggiudicazione, appunto) piuttosto che ad un giudice amministrativo; semmai un procedimento conciliativo potrà instaurarsi dinanzi alla Corte di appello, quando venga contestata la decisione della *Vergabekammern*.

Un secondo ostacolo è comunque legato ai tempi dei ricorsi: poiché la procedura di mediazione è *time-consuming*, essa non potrebbe funzionare in procedimenti celeri quali sono quelli che pendono dinanzi alla Camera della aggiudicazione.

Analoghe difficoltà si riscontrano in Francia, dove la *conciliation* – cui le parti possono essere invitate discrezionalmente dal giudice ai sensi dell’art. 211-4 del *Code de justice administrative* – non risulta praticabile in considerazione dei tempi troppo celeri del *référé précontractuele* e *contractuel*.

 *8. Note conclusive*

L’indagine di diritto comparato ha confermato che la fase ad evidenza pubblica e la fase più propriamente esecutiva rispondono a logiche parzialmente distinte, che si collegano ad alcune costanti: multipolarità vs dualità dei soggetti coinvolti; indisponibilità vs disponibilità delle posizioni in gioco; natura intrinsecamente disomogenea delle controversie. Ciò si riflette non solo in diversi forum di tutela giurisdizionale per le liti sorte nelle due fasi (pure variamente costruiti nei diversi sistemi) ma anche nelle tipologie di a.d.r. ammissibili.

Le prime – relative alle controversie sorte nella fase di scelta del contraente – non si affrancano da un garante istituzionale esterno alle parti, sia che questo sia un’amministrazione, custode per definizione dell’interesse generale, sia che sia un giudice, per sua natura guardiano dell’ordinamento, anche quando operi come mediatore. Questo sembra un tratto costante rinvenibile nell’indagine comparata: ovunque le a.d.r. classiche (conciliazione, mediazione, transazione, arbitrato) – affidate alla volontà delle parti – incontrano seri ostacoli a fungere da sede alternativa di risoluzione delle liti riguardanti la fase di evidenza pubblica, e ciò, si badi, anche laddove la norme che disciplinano l’aggiudicazione del contratto non abbiano una coloritura necessariamente pubblicistica (è il caso ad esempio della Germania, dove la disciplina che governa le gare pubbliche è riconducibile al diritto civile della concorrenza[[47]](#footnote-47)).

Questo significa che è ovunque presente uno spazio di tendenziale non negoziabilità/indisponibilità della controversia in conseguenza della specificità delle liti che governano la fase di costruzione del contratto. Non è la natura “pubblicistica” delle regole sull’evidenza pubblica a spiegarlo: è piuttosto l’interesse pubblico che sta dietro alle regole sulla scelta del contraente (sia esso quello alla concorrenza o quello all’efficiente impiego delle risorse pubbliche) a determinare la costruzione del sistema (amministrativo o giurisdizionale) di denuncia delle violazioni in un certo modo piuttosto che in un altro.

Non è un caso, dunque, che in tutti gli ordinamenti esaminati molti meno ostacoli si frappongano all’impiego delle a.d.r. classiche alle liti insorte nella fase esecutiva: la natura bipolare del rapporto e la struttura tendenzialmente paritaria e negoziale che lo anima una volta soddisfatto l’interesse pubblico di partenza, attraverso la procedura di gara, consentono qui di disegnare vie di tutela alternative al processo che trovano nella volontà delle parti fonte e limiti.

Con questo non si vuole affatto precludere la ricerca di tecniche di a.d.r. diverse da quelle qui analizzate, sperimentando istituti nuovi rispetto a quelli contemplati dal codice dei contratti pubblici e affrancati da un ruolo primario di amministrazione e giudice; si vuole solo dare conto delle difficoltà, riscontrabili anche nei sistemi esaminati, di conciliare tecniche di soluzione proprie di una logica paritaria e negoziale con la struttura multipolare e pubblicistica delle controversie concernenti la fase di aggiudicazione del contratto.

1. Il testo costituisce la trascrizione della relazione presentata al 61° Convegno di Studi amministrativi di Varenna - 17, 18 e 19 settembre 2015. [↑](#footnote-ref-1)
2. L’American Bar Association definisce ADR “*an array of non-binding and binding dispute resolution methods that involvethe use of third-party neutrals to aid the parties in contract controversies via a structured settlement process*”. Lo US Code (5 USC section 571) vi include “*conciliation, facilitation, mediation, fact-finding, mini-trials, arbitration, the use of ombudsmen and any combination of above”*. Si veda quanto rilevato da M. Ramajoli, *Strumenti alternativi di risoluzione delle controversie pubblicistiche*, in Dir. amm. 2014, 1-2, 1, che espressamente esclude la riconducibilità alle a.d.r. dei ricorsi amministrativi; della stessa autrice cfr. anche *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in Dir. proc. amm., 2015, 2, 3 e ; in generale sul tema delle a.d.r. cfr. *ex multis* F. Cintioli, *Le tecniche di Alternative Dispute Resolution nelle controversie della pubblica amministrazione*, in Dir. proc. amm., 2009, 4, 917; S. Cassese, *L’arbitrato nel diritto amministrativo*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1996, 326; F.G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1999; C. Consolo, *L’oscillante ruolo dell’arbitrato al crescere della giurisdizione esclusiva e nelle controversie sulle opere pubbliche (fra semi-obbligatorietà ed esigenze di più salde garanzie)*, in AA.VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, cit.; M.P. Chiti, *Le forme di risoluzione delle controversie con le pubbliche amministrazioni alternative alla giurisdizione*, in RTDPC, 2000, 4; R. De Nictolis, *La definizione precontenziosa davanti all’autorità di vigilanza*, in M.A. Sandulli , R. De Nictolis, R. Garofoli, *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008; L. Giampaolino, *La prevenzione del contenzioso e la tutela alternativa alla giurisdizione nel codice degli appalti pubblici: il ruolo dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in Dir. proc. amm., 2009, 1; G. Greco, *Contratti e accordi della pubblica amministrazione con funzione transattiva (appunti di un nuovo studio)*, in Dir. amm., 2005, 2, 223; M. Giovannini, *Amministrazione pubblica e risoluzione alternativa delle controversie*, Bologna, 2007; A. Cassatella, *Il ricorso alle a.d.r. nelle controversie fra privati e pubblica amministrazione: ammissibilità e limiti*, in Dir. e for., 2004, 1203; A. Masucci, *La mediazione in Francia, Germania e Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2008, 6, 1353; S. Oggianu, *La composizione stragiudiziale e deflattiva del contenzioso in materia di appalti pubblici: l’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso ex art. 243 bis d. lgs. n. 163/2006 e il parere dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la soluzione extragiudiziale delle controversie ex art. 6 comma 7 lett. n) d. lgs. 163/2006*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D. Ponte, *L’informativa in ordine all’intento di proporre ricorso*, in Urb. App., 2010, 7, 765. [↑](#footnote-ref-2)
3. La previsione nella direttiva ricorsi 07/66 dell’informativa previa è stabilita dall’art. 1 co. IV (che modifica le precedente disciplina contenuta nelle direttive 89/665 e 92/13) ai sensi del quale “ Gli Stati membri possono esigere che il soggetto che intenda avvalersi di una procedura di ricorso abbia informato l’amministrazione aggiudicatrice della presunta violazione e della propria intenzione di proporre un ricorso, a condizione che ciò non influisca sul termine sospensivo a norma dell’art. 2 bis par 2, o su qualsiasi altro termine per la proposizione di un ricorso a norma dell’art. 2 quater”. In argomento cfr. M. Delsignore, *Le ADR nell’attuazione della direttiva 2007/66/CE*, in G. Greco (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Atti del Convegno 20 maggio 2011, Milano, Giuffrè, 2012. [↑](#footnote-ref-3)
4. L’immediatezza viene valutata diversamente a seconda del grado di conoscibilità dei vizi: ad esempio è considerata immediata un’informativa presentata da 1 a 3 giorni in caso di violazioni facilmente riscontrabili; da tre a sette giorni in caso di media complessità; al massimo è previsto un termine di due settimane in caso di particolare complessità. Sul punto cfr. F. Cortese, F. Secchi, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell’ordinamento tedesco*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, Giuffrè, 2010, 280. [↑](#footnote-ref-4)
5. Il termine per la proposizione del ricorso alla Vergabekammern è di 15 gg dalla determinazione con cui la p.a. comunica di non dare riscontro alla istanza ed è stato introdotto nel 2009. [↑](#footnote-ref-5)
6. È riconosciuto in proposito il principio della priorità della tutela primaria (Vorrang des Primärrechtsschutzes) che trova riconoscimento nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco nella sentenza del 15 luglio 1981. In argomento cfr. F. Cortese, *La questione della pregiudizialità amministrativa*, Padova, Cedam, 2007, 33 che ne ricorda la centralità nel contesto della questione del rapporto tra azione risarcitoria e azione costitutiva. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ex multis cfr. Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712; Cons. Stato, sez. III, 12 dicembre 2014 n. 6137; Cons. Stato, sez. V, marzo 2015, n. 1176, che conferma TAR Puglia, sez. Lecce, III, 593/2012, secondo cui “l’istanza volta a sollecitare l’esercizio della potestà di autotutela formulata ai sensi dell’art. 243 bis d. lgs. 163 del 2006 s’inscrive nei mezzi volti a ridurre il contenzioso in materia di appalti senza che da ciò derivi che l’eventuale sua reiezione debba essere necessariamente impugnata in sede giurisdizionale” facendo osservare che “nel caso contrario verrebbe meno la stessa ratio dell’istituto”. [↑](#footnote-ref-7)
8. Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2014, n. 4830; Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2013, n. 896; Cons. Stato, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712; Tar Aosta, sez. I, 20 marzo 2015, n. 25, secondo cui le previsioni dell’art. 243 bis non danno luogo ad un procedimento contenzioso o para-contenzioso a tutela di una posizione giuridica soggettiva, costituendo piuttosto uno strumento per sollecitare l’amministrazione ad un eventuale riesame, non obbligatorio, del proprio operato in autotutela, con la conseguenza che dall’inerzia sull’informativa non deriva alcun onere di impugnazione da parte del ricorrente, nulla essa aggiungendo all’assetto di interessi previsto nel provvedimento principale, in quanto il rigetto del preavviso ha natura meramente confermativa del contestato provvedimento dell’amministrazione, senza essere foriero di ulteriori ed autonomi effetti lesivi e non necessitando pertanto di un’eventuale autonoma impugnazione da parte dell’interessato”. Secondo il giudice amministrativo, in particolare, da un lato la carenza motivazionale di cui è affetto il rigetto del preavviso di ricorso non può costituire un’autonoma causa di illegittimità del contestato provvedimento di aggiudicazione, e (...) per altro verso, la motivazione del preavviso di rigetto fondata sull’affermazione di non aver riscontrato ragioni per procedere all’annullamento in autotutela (...) è da ritenersi adeguata e sufficiente, risolvendosi in definitiva in un rinvio per relationem alla motivazione del predetto provvedimento di aggiudicazione”. In termini critici, cfr. E. Grillo, *L’informativa di ricorso ex art. 243 bis Codice dei contratti pubblici: note critiche a margine della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 29 dicembre 2012, n. 6712*, in Dir. proc. amm., 2013, 4, 1205; sull’informativa di ricorso cfr. anche P. Quinto, *Il preavviso di ricorso nella delega comunitaria e nel processo amministrativo*, in Foro amm., TAR, 2009, fasc. 9, 2706. [↑](#footnote-ref-8)
9. Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5747. [↑](#footnote-ref-9)
10. Le regulations 47(7) e 45(5)(a) stabilivano: “Proceedings under this regulation must not be brought unless: a) the economic operator bringing the proceedings had informed the contracting authority (...) of the breach or apprehended breach of the duty owed to it in accordance with paragraph (1) or (2) by that contracting authority (...) and of its intention to bring proceedings under this regulation in respect of it”. [↑](#footnote-ref-10)
11. La quale ultima, pur prevista allo scopo di consentire una correzione dell’azione amministrativa, non condiziona tuttavia – a differenza della prior notification – l’ammissibilità del ricorso giurisdizionale. [↑](#footnote-ref-11)
12. Commento presentato dal PLA’s Uniplex Working Group to Cabinet Office‘s Consultation Document on Taking Account of the Uniplex Case (C-406/08), gennaio 2011, punto 7.11, disponibile all’URL http://www.procurementlawyer.org/Docs/Uniplex%20Paper.pdf. [↑](#footnote-ref-12)
13. In proposito si veda l’interessante rapporto di S. Arrowsmith e R. Craven, in tema di Supplier Litigation Behaviour in the UK, scaricabile al sito <http://www.procurementlawyers.org/training_and_events/past_events/pla_events/procurement_litigation_in_the.aspx> da cui si evincono le ragioni del bassissimo contenzioso inglese in materia di public procurement (costi elevati, blacklisted, bassa consapevolezza delle violazioni, no cultura confrontational) [↑](#footnote-ref-13)
14. Conseil d’Etat – Etude (2008), *Les recours administratifs préalables obligatoires*, La documentation française, Paris. [↑](#footnote-ref-14)
15. J.-F. Brisson, *Le recours administrative préalables obligatoires en droit public français, alternative au juge ou voie sans issue*, relazione presentata alla Tavola rotonda organizzata da Science Po su *Problèmes de procédure administrative non contentieuse*, 13 marzo 2009; J.-F. Brisson, *Régler autrement les litiges administratifs administratifs: Les recours gracieux et hiérarchiques, voie alternative de protection des administrés?*, RDP, 1996, 112, 793; B. Belda, *Faut-il généraliser le recours administratif préalable obligatoire?*, RDP, 6, 1483. [↑](#footnote-ref-15)
16. Consiglio di Stato, sez. consul. per gli atti normativi, adunanza del 6 febbraio 2006, n. 355. [↑](#footnote-ref-16)
17. Non a caso, la norma che disciplina il parere dell’Autorità su tali questioni relative alla fase esecutiva è rubricato come Attività conciliative, all’art. 11 del regolamento. [↑](#footnote-ref-17)
18. Di recente sulla *proportionate dipute resolution* inglese cfr. G. Ligugnana, One Size doesn’t Fit All. *La ricerca della proporzionalità nella risoluzione delle controversie con l’amministrazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2015, 153, in corso di stampa. [↑](#footnote-ref-18)
19. C. Boch, *The Implementation of the Public Procurement Directives in the United Kingdom: Devolution and Divergence?* in Publ. Proc. L.R., 2007, 16, 420. [↑](#footnote-ref-19)
20. Oltre alla ricerca di S. Arrowsmith, si veda C. Boch, *The Implementation of the Public Procurement Directives in the United Kingdom: Devolution and Divergence?,*  cit., 410. [↑](#footnote-ref-20)
21. S. Arrowsmith, *Enforcing the EC Public procurement Rules: the Remedies System in England and Wales*, in Publ. Proc. L.R., 1992, I, 92 ss.; Idem, *E.C. Procurement Rules in the U.K. Courts: An Analysis of the Harmon Case*, in Publ. Proc. L.R., 2000, 9, 135; R. Ashmore, *Suspension on Contract award “stil” in manual for old procurements – American Cyanamid revisited: Covanta Energy Ltd v. Merseyside Waste Disposal Authority*, in Publ. Proc. L.R., 2014, 23, NA17 ss.; P. Henty, *Interim Measures in Public Procurement: the Case of European Dynamics SA v HM Treasury*, in Publ. Proc. L.R., 2010, 4, 19, NA135. [↑](#footnote-ref-21)
22. Sia consentito rinviare a B. Marchetti, *Il sistema di risoluzione delle Bid Disputes nel modello federale statunitense di Public Procurement,* in Riv. trim. dir. pubbl., 2009, 4, 979 e alla bibliografia ivi citata, tra cui *Alternative Dispute Resolution: a Practical Guide for Resolving Governmental Contract Controversies, Committee on Alternative Dispute Resolutions, Section of Public Contract Law*, American Bar Association, Chicago, 2005. [↑](#footnote-ref-22)
23. Unica giurisdizione competente è dunque da quel momento la Court of Federal Claims. Anche prima di tale intervento, comunque, il ricorso alle Corti federali era infrequente perché ritenuto meno vantaggioso, sia per i rimedi ottenibili sia per la minore flessibilità. [↑](#footnote-ref-23)
24. E.A. Troff, *The United States Agency-Level Bid Protest Mechanism: A Model for Bid Challenge Procedures in Developing Nations*, in A.F. L. Rev., 2005, 57, 113. [↑](#footnote-ref-24)
25. Se l’istanza mira ad attaccare il bando di gara, essa va presentata comunque prima dell’apertura delle offerte. Se invece riguarda gli atti successivi, il termine è di 10 giorni a partire dal momento in cui i motivi di ricorso sono conosciuti o avrebbero dovuto esserlo. La presentazione della protest prima della aggiudicazione del contratto impedisce il perfezionarsi dell’accordo, a meno che l’amministrazione non abbia ragioni urgenti per farlo e le dichiari. Se invece la protest è presentata entro 10 giorni dall’aggiudicazione, il *contracting officer* sospenderà l’esecuzione del contratto, salvo che ragioni di interesse pubblico spingano in una diversa direzione. [↑](#footnote-ref-25)
26. Il General Accounting Office (istituito nel 1921 con il Budget and Accountin Act) è un’agenzia indipendente che fornisce al Congresso servizi investigativi, di audit e di controllo. Esso dunque è collocato all’interno del potere legislativo e ha il compito di “investigate, at the seat of Government or elsewhere, all matters relating to the receipt, disbursement, and application of public fund, and shall make to the President (..) and to the Congress (...) reports and recommandations looking to greater economy or efficiency in public expenditures”. È guidato dal Comptroller general of the U.S., che è nominato dal Presidente degli Stati Uniti con il consenso del Senato per un mandato quindicennale, non rinnovabile. [↑](#footnote-ref-26)
27. Il regolamento di procedura che disciplina la presentazione della protest al GAO è rinvenibile al sito [www.gao.gov/legal/bids/bidprotest.html](http://www.gao.gov/legal/bids/bidprotest.html). [↑](#footnote-ref-27)
28. Dati statistici: nel 2007 a fronte di 1400 ricorsi presentati al GAO solo 80 sono stati proposti dinanzi alla Court of Federal Claims. Nel 2013 l’85 % delle dispute sono state definite dal Gao, senza ricorso alla Corte of Federal Claims. [↑](#footnote-ref-28)
29. D. M. Yenovkian, *Logistics Modernization Program, Alternativ e Dispute Resolution: Using ADR to Effectively Resolve Large and Complex Government Contract Issues in Controversy*, presented to the American Bar Association Section of Public Contract Law Annual Meeting (August 6, 2012) and R. Ann Page and P. Williams, *The ASBCA’s Path to the “Mega ADR” in Computer Sciences Corporation*, The Procurement Lawyer, American Bar Association Section of Public Contract Law, Fall 2013. *Comments by the Alternative Dispute Resolution Committee of the Public Contract Law Section*, ADR Roundtable American Bar Association Annual Meeting August 9, 2014, scaricabile al sito http://apps.americanbar.org/dch/committee.cfm?com=PC801000. [↑](#footnote-ref-29)
30. Tale disciplina è contenuta nella parte IV (§§ 97 e ss.) della legge tedesca sulla concorrenza (GWB). [↑](#footnote-ref-30)
31. D.C. Dragos, B. Neamtu, *Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law*, Springer, 2014, 40; F. Cortese, F. Secchi, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell’ordinamento tedesco*, cit., 261. [↑](#footnote-ref-31)
32. C.F. Germelmann, *Die Vergabekammern im System des Vergaberechtlichen Rechtsschutzes*, DÕS, 2013, 50-60; M. Burgi, *EU Procurement Rules – a Report about the German Remedies System*, in S. Treumer, F. Lichère (a cura di), *Enforcement of EU Public Procurement rules*, Dyoef Publishing, Copenhagen, 2011, 105. [↑](#footnote-ref-32)
33. T. André, *Von Anfechtungslawinen und Beschwerdewellen*, ZfBR, 2011, 330. [↑](#footnote-ref-33)
34. Si rilevi che la pronuncia della Corte d’appello non è a sua volta impugnabile, sicchè essa costituisce la decisione ultima del giudizio. Anche il Vergabesenat ha il potere di autorizzare la stazione appaltante, valutati gli interessi in gioco e il possibile esito della lite, a concludere la gara con l’aggiudicazione del contratto. Diffusamente sui caratteri di tale processo F. Cortese, F. Secchi, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell’ordinamento tedesco*, cit., 292 e ss.; U. Stelkens , H. Schröder, *National Report Germany*, in R. Nougellot, U. Stelkens (a cura di), *Droit comparé des Contrats Publics* (*Comparative Law on Public Contracts*), Bruylant, Bruxelles, 2010, 307. [↑](#footnote-ref-34)
35. F. Cortese, F. Secchi, *Appalti pubblici comunitari e sistema di tutela nell’ordinamento tedesco*, cit., 261. [↑](#footnote-ref-35)
36. R. Rittwage, *Vergleichsvereinbarungen bei der Vergabe öffentlicher Autfräge*, NZBau, 484-492. [↑](#footnote-ref-36)
37. In argomento cfr. M. Antonioli, F. Cardarelli, *Il recepimento della direttiva 66/2007/CE nell’ordinamento francese*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 223. [↑](#footnote-ref-37)
38. T. Pez, *Transposition de la nouvelle directive recours: du référé précontractuel au référé contractuel*, DA, 2009, 6, comm. 92. [↑](#footnote-ref-38)
39. Approfondimenti sul punto, anche con riguardo al rimedio previsto dall’arret Tropic, introdotto in via pretoria dal Conseil d’Etat (Société Tropic Travaux, 16 luglio 2007), cfr. M. Antonioli, F. Cardarelli, *Il recepimento della direttiva 66/2007/CE nell’ordinamento francese*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, cit., 241 e ss. [↑](#footnote-ref-39)
40. D. Girard, *L’unité retrouvée du contentieux des contrats publics*, note sous CE Ass., 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne, n. 358994, scaricabile dal sito ww.revuegeneraledudroit.eu. [↑](#footnote-ref-40)
41. cfr. il rapporto del Mediateur des Marches publics, scaricabile al sito <https://www.google.com/search?q=Mediateur+des+Marches+Publics+rapport&ie=utf-8&oe=utf-8>. L’istituto del mediatore dei *marches publics*, voluto da Hollande, ha lo scopo di facilitare l’accesso ai contratti pubblici delle piccole medie imprese, anche assicurando una via amichevole di soluzione delle controversie. I dati relativi all’attività svolta dal Mediatore dei *marches publics* per l’anno 2013 testimoniano la vitalità del nuovo istituto. Nel corso del 2013 sono state condotte 55 missioni di *bons offices* e 231 procedure di mediazione: di queste ultime il 73 per cento è andato a buon fine.

Le prime hanno lo scopo di avvicinare le imprese che, in ragione della loro dimensione, hanno difficoltà a partecipare alla gara, alla stazione appaltante: qui la procedura, che presuppone la consultazione della stazione appaltante, mette in contatto le parti, nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento propri delle gare pubbliche.

Le procedure di mediazione vere e proprie, invece, presuppongono sempre un conflitto, ma qui è proposta alle parti una possibile via di soluzione del conflitto. L’attivazione della procedura di mediazione può essere chiesta dalla parte privata o pubblica: è celere e informale, e va presentata al mediatore territorialmente competente, che entro 48 ore contatta la parte avversa. Da rilevare che nel caso in cui penda un giudizio, il mediatore può valutare, a seconda dell’avanzamento della procedura, la ricevibilità della domanda; tuttavia, l’impresa può chiedere al giudice un rinvio dell’udienza al fine di intraprendere la procedura di mediazione. Peraltro, è espressamente esclusa la possibilità di attivare una procedura di mediazione per le controversie relative alla fase di aggiudicazione del contratto. L’intervento dei *Comités Consultatifs de règlement amiable des differends ou des litiges relatifs aux marchés publics*, previsti dall’art. 127 del *Code des Marchés publics*) può essere provocato solo su domanda delle amministrazioni aggiudicatrici (non dunque delle parti private interessate) e ha la finalità di fornire un accertamento degli elementi di fatto e di diritto della controversia in vista di una soluzione amichevole delle liti insorte nella fase di esecuzione del contratto. Il decreto 2010/1525 dell’8 dicembre 2010 ne regola organizzazione e funzionamento.

La disponibilità delle posizioni giuridiche delle parti in causa rende poi utilizzabili le adr classiche, oltre che percorribile la strada della transazione, dell’arbitrato (per il quale l’art. 128 del *Code des marches publics* prevede una procedura di autorizzazione), della conciliazione e della mediazione. [↑](#footnote-ref-41)
42. Stabilisce la norma che “Les différends transfrontaliers relevant de la compétence du juge administratif, à l'exclusion de ceux qui concernent la mise en œuvre par l'une des parties de *prérogatives de puissance publique*, peuvent faire l'objet d'une médiation dans les conditions prévues aux [articles 21,](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926&idArticle=LEGIARTI000006492567&dateTexte=&categorieLien=cid) [21-2 à 21-4](http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?cidTexte=JORFTEXT000000350926&idArticle=LEGIARTI000024806403&dateTexte=&categorieLien=cid) de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative”. Sul punto cfr. A. Simonati, *Giustizia amministrativa e rimedi alternativi: l’esperienza francese*, in G. Falcon, B. Marchetti, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto,* Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 200, in corso di stampa. [↑](#footnote-ref-42)
43. In questi termini v. anche M. Ramajoli, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici,* cit., 8. [↑](#footnote-ref-43)
44. La disciplina che governa il funzionamento, la costituzione e l’organizzazione dei Comitati è stabilita dal Decret n° 2010-1525 dell’8 dicembre 2010. [↑](#footnote-ref-44)
45. C. Fraenkel-Haeberle, *La mediazione in Germania tra diritto amministrativo e* new public management, in G. Falcon, B. Marchetti, *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto,* Editoriale scientifica, Napoli, 2015, 217, in corso di stampa. [↑](#footnote-ref-45)
46. M.J. Sebert, *Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit: Erfahrungen und Überlegungen zu einer alternativen Streitbeilegung*, in NVwZ, 2008, 369. [↑](#footnote-ref-46)
47. Sia consentito rinviare a B. Marchetti, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto: esperienze europee a confronto*, in Dir. proc. amm., 2008, 1, 95 e ss. [↑](#footnote-ref-47)