

Mercoledì, 1 giugno 2005

Prof.ssa Teresa Serra - Prof. Federico Tedeschini

Conclusioni

Prof.ssa Teresa Serra: Buonasera, oggi, è una giornata abbastanza piena per me e credo anche per tutti voi.

Noi chiudiamo questo seminario per quest'anno. E' stato un Seminario un po' più articolato di quello che avevamo fatto a settembre ed è un Seminario che, a mio parere, è stato abbastanza interessante.

Lo posso dire perché, anche se non ho assistito alle lezioni, ne ho la trascrizione sbobinata di molte. Rilegendole, mi sono accorta che le lezioni "prendono". Cioè, leggendo - è difficile leggere una lezione che fa travolgere, perché in genere lo scritto richiede uno stile diverso - mi sono accorta che quelle lezioni "prendono", che sono abbastanza interessanti e che sono utili anche per comprendere i problemi perché la trascrizione rende il tema trattato molto più agevole da capire: leva certi tecnicismi, mette molti più esempi e, quindi, rende l'argomento facile da comprendere, facile e anche interessante.

Proprio dalla lettura di queste lezioni sbobinate che, devo dire, sono state fatte molto bene, mi sono accorta che non abbiamo fatto un'opera, diciamo così, inutile o di scarso interesse proprio perché la sbobinatura può essere utile nella trascrizione per chi volesse risentire, rivedere quegli argomenti o per chi, non avendo ascoltato le lezioni, volesse guardare quegli argomenti con un occhio non di tecnico ma di persona che, magari successivamente, può diventare tecnica attraverso una lettura di lezioni dette a voce.

Il Seminario è stato, come dicevo, molto più articolato e un'altra cosa, che dalla lettura di queste lezioni mi ha piacevolmente sorpreso, anche se io ne ero convinta all'inizio, è la trasformazione che si evince proprio dalla parte tecnica di quello che è il rapporto tra cittadino e Stato, di quella che è stata la trasformazione dell'Amministrazione negli ultimi anni.

Io mi sono sempre occupata di problemi di democrazia o di problemi di rapporto tra cittadino e Stato e questo studio tecnico mi ha fatto rendere conto che

questa trasformazione si è verificata e che il cittadino se vuole ha un suo modo di partecipare che prima non poteva avere. E' un progresso di democrazia.

Queste lezioni speriamo di pubblicarle, anzi, la sbobinatura ha la funzione di metterci in grado di pubblicarle, io le sto rivedendo tutte e speriamo poi di farne avere una copia a tutti coloro che hanno seguito questo corso.

Io, vorrei entrare un po' nei particolari.

Posso dire che, per esempio, ho apprezzato moltissimo la lezione di Porro. Le prime due lezioni introduttive sono lezioni che riguardano proprio temi di attualità, di attualità politica, di attualità del rapporto cittadino-Stato, di quale deve essere un rapporto tra cittadini e Stato, di come nasce la decisione politica.

Ho apprezzato moltissimo anche, vado così per sommi capi, la lezione di Castiello.

Ho trovato particolarmente interessanti anche lezioni più specifiche e, più, diciamo così, tecniche, cito così quella del Prof. Giglioni sulla partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa: con molta chiarezza ha specificato come avviene questa partecipazione.

La lezione di Di Ienno sulla nuova Direttiva Europea e via di seguito.

Cioè, tutte lezioni, ognuna nella sua specificità, che concorrono nell'insieme a creare una visione di insieme sul problema degli appalti ma non solo sul problema degli appalti, la cultura, diciamo, di carattere un po' interdisciplinare e di carattere un po' generale che, secondo me, può essere molto utile a chi ha ascoltato e a chi legge.

Spero che anche Voi abbiate avuto la stessa impressione e che siate, comunque, soddisfatti di questo Seminario. E' la seconda esperienza, speriamo di rinnovarla ancora, di precisarla, di renderla, non dico più ricca perché quest'anno è stata già abbastanza ricca, però, direi, ancora più approfondita.

Vi ringrazio, ringrazio l'Avv. Caputo e tutti i partecipanti e tutti i docenti.

Prof. Federico Tedeschini: io volevo che non solo per galanteria, fossi Tu a tracciare le conclusioni. Tu hai voluto, invece, lasciare l'ultima parola a me. Mai

lasciare l'ultima parola ad un avvocato, ti do questo consiglio ed è l'unico consiglio che ti darò gratis.

Prof.ssa Teresa Serra: per una ragione specifica, perché se no non avremmo avuto tempo per i miei tre minuti.

Prof. Federico Tedeschini: ma no, ma tu sai che io ho molti difetti, ma credo di essere uno che parla poco. Anche perché so che per una ragione, come dire, aritmetica se uno parla poco dice meno stupidaggini di uno che parla tanto; è una regola aritmetica, statistica. I grandi numeri lo insegnano.

A parte le battute io credo che alla fine di questo Seminario qualcuno di voi non deve vergognarsi se ha le idee più confuse di quando ha iniziato ma non per colpa del Seminario ma per colpa della materia che, come avete visto, negli ultimi sette, otto mesi ha avuto una serie di punti di rottura nella tela costruita faticosamente in decenni, è la tela delle tecniche di scelta del contraente che sono arrivate dall'Unione europea, dal Consiglio di Stato, da alcune leggi regionali, da alcune leggi nazionali.

Mentre venivo qui mi era sorto un dubbio: come verrà applicata da parte della giurisprudenza alla materia degli appalti la nuova normativa sull'azione amministrativa? Per intenderci la "241" riformata.

Lì c'è un art. 10 bis secondo il quale tutte le volte che l'Amministrazione riceve un'istanza prima di respingerla deve convocare l'interessato, annunciargli l'intenzione di respingerla e indicargli le motivazioni per accoglierne l'avviso. Ora, chi chiede di partecipare ad una gara, tecnicamente rivolge all'Amministrazione un'istanza. La norma non prevede assolutamente eccezioni a questo che è un principio generale, e non è che ci soccorre giurisprudenza sulla partecipazione come quella che si è formata sull'art. 7. Non ci soccorre perché mentre nell'art. 7 l'ipotesi della partecipazione riguardava azioni pregiudizievoli dell'Amministrazione in via generale, la giurisprudenza aveva detto chiaramente che, anzi, non c'era bisogno di avvisare dell'inizio del procedimento coloro che presentavano una istanza. Qui noi abbiamo l'introduzione di questa nuova

garanzia che in apparenza dovrebbe semplificare i rapporti tra il privato e l'Amministrazione, nella sostanza rischia di fermare le gare addirittura alla fase preprocedimentale, cioè, alla fase della ricezione delle domande da parte dell'Amministrazione, non nella fase di insediamento delle commissioni, siamo in una fase ancora precedente.

Altro esempio. Lo ha già trattato Bianchi, io non mi ci soffermo che pochissimo. Prima noi sapevamo che esisteva una giurisprudenza, che è poi la giurisprudenza che si è formata nei decenni sul giudizio di ottemperanza, per la quale qualunque decisione l'Amministrazione dovesse prendere in ordine ai contratti dati in esito di aggiudicazioni annullate doveva aver presente l'interesse pubblico per cui l'Amministrazione faceva un po' come voleva: se era contenta del suo contraente lo lasciava lì, se non era contenta usava la scusa dell'illegittimità dell'aggiudicazione per mandarlo fuori; oggi questo non è più possibile. Non è più possibile soprattutto perché oggi l'Amministrazione risponde del risarcimento del danno, addirittura a prescindere dalla legittimità/illegittimità del proprio comportamento: basta dimostrare che esiste un rapporto di causalità tra il comportamento dell'Amministrazione e il danno ricevuto che scatta il risarcimento. Chi liquida questo risarcimento? c'era la giurisdizione esclusiva fino a pochi mesi fa poi, la Corte Costituzionale ha messo il piede nel piatto ed ha restituito al Giudice ordinario una serie di competenze che gli erano state sottratte due volte dal legislatore. Dovete anche riflettere su quelle che sono le scelte di politica del diritto della Corte Costituzionale e, qui si potrebbero fare molti discorsi, per brevità non li facciamo se no ha ragione la collega che io parlo troppo.

Possiamo, cioè, dire che la materia della scelta del contraente oggi ha fatto una serie di passi indietro dal punto di vista della certezza. Ma la certezza del diritto è il primo valore. Noi avevamo fino a sette, otto mesi fa un quadro assolutamente chiaro e definito: direttive comunitarie *self-executing*, interpolate con la normativa nazionale, nel nostro caso italiana, di riferimento; quando la norma italiana era in contrasto con quella comunitaria il giudice la disapplicava e applicava quella comunitaria. Il quadro era, per così dire, abbastanza certo,

esistevano delle vie di fuga tollerate: le Società miste, le concessioni, altri tipi di strumenti.

Oggi tutto questo è caduto, noi siamo tornati in sostanza a quella che era la situazione negli anni settanta dove ogni gara d'appalto era un po' retta dal principio della legislazione singolare perché la normativa europea era molto lontana, la normativa nazionale era la legge di Contabilità dello Stato, vecchia già allora di quaranta anni e quindi, del tutto insufficiente a regolare la materia, sicché i giudici avevano faticosamente costruito una tela ragionevole e completa.

Ripeto, oggi la tela ha una serie di buchi che rischia pure di distruggerla.

Mi si dice da parte di teorizzatori di pregio che in realtà mai come in questo momento i pochi principi giurisprudenziali che reggono questa materia possono, come dire, sostituire il vecchio ordito, la tela che dicevamo prima.

Io non ne sono tanto convinto. L'esperienza che ho di avvocato mi dimostra che oggi come oggi la partecipazione a qualunque gara d'appalto è dal punto di vista del parametro normativo un vero terno al lotto.

I bandi sono scritti sempre peggio. Il lavoro delle Commissioni è un lavoro sempre meno attento agli aspetti formali e sempre più mirato a quelli sostanziali, il che rispetto al diritto amministrativo è un errore. Il giudice assicura tutela *ante causam* che consente spesso di sospendere attività procedurali addirittura prima dell'arrivo all'aggiudicazione provvisoria. C'è la possibilità di ricorrere contemporaneamente al Giudice nazionale con il ricorso e all'autorità comunitaria con il reclamo, capita sempre più spesso che in sede cautelare il giudice nazionale dica una cosa e l'autorità comunitaria ne dica un'altra. Ho visto più di una volta domande cautelari respinte e telegrammi della Commissione europea che bloccavano la procedura e casi assolutamente inversi.

Come si rimedia a questa incertezza? io credo che noi abbiamo un unico punto di approccio al problema. Il punto di approccio è l'ultima direttiva comunitaria che coordina tutte le procedure, cioè, sta cadendo la triplice distinzione: lavori, servizi, forniture; le regole sono sempre più simili le une alle altre. Si va verso un sistema in cui probabilmente il Diritto comunitario supererà completamente il Diritto nazionale, solo che il Diritto comunitario a differenza del

nostro Diritto nazionale non è Diritto amministrativo. Il diritto comunitario in questa materia ha fatto un lavoro di cucitura quasi al limite dell'impossibile fra gli istituti di derivazione francese e gli istituti di derivazione inglese, cioè, di *common law*.

Il risultato è questo che noi avremo due grandi tipi di sistemi di scelta del contraente.

Quelli afferenti i sistemi sopra soglia, sui quali paradossalmente le cose saranno molto semplici: in tutta Europa si sceglieranno determinate strade, determinati istituti giuridici.

Per il sottosoglia avremo la più completa situazione di incertezza, anche perché il sottosoglia dopo la riforma del Titolo V andrà in gran parte a cadere nella competenza dei Legislatori regionali, per cui potrebbe succedere che ciò che è possibile in Campania non sia possibile in Emilia e viceversa.

Un rimedio ci sarebbe ed è quello di far cadere anche questa regola della soglia, rifarsi al principio comunitario del *de minimis*, cioè, non che io debba fare una gara per comprare dieci penne ma in sostanza anche il discorso della soglia, che prima era un argine di certezza, comincia a creare più problemi di quelli che risolve; non perché la soglia non è chiara ma perché non è chiaro che cosa succeda quando si va sottosoglia.

Non dimenticate, poi, che ci sono tutta una serie di profili di responsabilità amministrativa e contabile che vengono ulteriormente aggravati dalla giurisprudenza sulla risarcibilità che, non a caso, è nata proprio sulla materia del risarcimento derivante dalla mancata aggiudicazione per cause di illegittimità del comportamento amministrativo.

Questa è un po' direi la filosofia di questo corso, cercare di evidenziare le incertezze facendo in modo che le poche certezze che residuano possano essere ordinate in sistema.

E' un lavoro un po' faticoso; quindi, direi che bisogna che ti ci impegni un pochino e faremo di te una esperta di appalti, ok?

Prof.ssa Teresa Serra: volentieri lo divento.

Prof. Federico Tedeschini: voglio dire, sono sicuro che da questo punto di vista il filosofo del diritto abbia molto da dire.

Prof.ssa Teresa Serra: molto da imparare.

Prof. Federico Tedeschini: perché sai, il positivista ormai si arrende perché ci sono troppe variabili che gli si accozzano tutte insieme e, soprattutto, che vanno a confliggere le une con le altre, per cui noi tutte le volte che ci troviamo di fronte all'analisi della legittimità del procedimento afferente ad una gara di appalto dobbiamo dire che è un terno al lotto.

Il diritto, aveva ragione Hobbes, è la capacità di capire prima quello che i giudici decideranno dopo, ma qui i giudici decidono dopo sulla base di criteri che ricordano quelli degli anni sessanta, cioè, criteri puramente singolari. Qualche volta danno particolare rilievo al profilo comunitario, qualche volta al profilo nazionale e qualche volta al profilo regionale, dal punto di vista normativo primario.

Poi abbiamo tutta la miriade degli appalti di livello locale nei quali c'è da fare i conti con la legislazione subprimaria, cioè, quella che deriva dagli Statuti. Ci sono gli Statuti delle città metropolitane che praticamente hanno quasi valore di legge ormai, e questo bisogna riconoscerlo. Io non sono un esperto di teoria delle fonti, però, leggendo gli ultimi lavori che sono stati pubblicati ormai questo principio gerarchico, così chiaro, che ci insegnavano a scuola, è caduto pur esso perché la normativa subprimaria qualche volta ha confini così languidi con quella primaria da poter esser attratta quella primaria e non viceversa.

Quindi, diciamo che ci avviamo ad avere anche una Italia piena di province di Trento, dico dal punto di vista normativo. E questo, in una materia in cui si gioca la riallocazione della ricchezza, ha una importanza enorme.

Un ultimo consiglio. L'ultimo consiglio è quello di seguire un pochino l'evoluzione giurisprudenziale attraverso le riviste telematiche che sono oggi le uniche in grado di darci in tempo reale le notizie sui mutamenti giurisprudenziali.

Ecco, ho visto questa Sentenza di cui vi ha parlato Bianchi, questa Ordinanza della Sezione di Brescia, del TAR Lombardia che è dell'11 marzo 2005: se noi avessimo voluto leggerla sulla rivista cartacea ne avremmo parlato al prossimo corso. E' stata pubblicata sui relativi siti, mi pare il 15/16 marzo, cioè, quattro giorni dopo, in tempo reale. Ormai, noi avvocati, tiriamo prima fuori questi documenti da *internet* e, poi, chiediamo le copie autentiche uso notifica.

Anche questo, voglio dire, è un elemento che gioca a favore della necessità di ricostituire dei margini di certezza che, è impolitico dirlo, mai come in questo momento nella materia degli appalti sono tanto ampi.

Probabilmente dobbiamo ripensare tutta la materia e dobbiamo ripensarla alla luce del Diritto della concorrenza che non è Diritto amministrativo: è un'altra cosa ancora. E' il diritto delle intese, è il diritto delle posizioni dominanti, è il diritto del libero gioco delle forze economiche in un sistema dove si tende sempre di più ad evitare posizioni di monopolio anche di fronte al primo committente che è il committente pubblico.

Ecco, la linea, il punto d'approccio, il punto di affioramento della problematica, secondo me, sarà questo. Non sarà più possibile, non perché lo dirà una norma ma perché lo diranno i giudici con le loro decisioni, non sarà più possibile che l'impresa x si aggiudichi tutti gli appalti per esempio in materia di reti energetiche o in materia di ambiente; non sarà più possibile che l'impresa z faccia il buono e il cattivo tempo in materia di spazzatura; non sarà più possibile che chi fornisce i buoni pasto sia soltanto una impresa: dovranno essere decine di imprese.

Quindi stiamo tornando, in un'epoca di multinazionali, a cercare di ritagliare spazio alle imprese medio piccole. E' un po' il fenomeno che è cominciato negli Stati Uniti all'epoca di Regan. Noi, mi pare i sociologi, io vengo da lì, me lo hanno insegnato loro, spiegano che il tempo che passa fra un accadimento seriale negli Stati Uniti e un accadimento seriale nel vecchio continente è circa un ventennio. Ecco, ci siamo, il ventennio è arrivato.

Io mi fermo qui e vi ringrazio dell'attenzione.

Professoressa l'ultima parola.

Prof.ssa Teresa Serra: grazie per questa panoramica che è stata molto interessante e utile. Io, ripeto, sono contenta di aver seguito, questo corso, sono contenta di avervi partecipato e di essere stata così felice all'inizio già di organizzarlo. Penso che con l'Avv. Caputo stabiliremo una data per la consegna degli attestati, la consegna si farà all'Università di Roma "La Sapienza" a Scienze Politiche. Speriamo di poter organizzare un'altra edizione di questo corso e di organizzarlo ancora meglio, se è possibile. Vi ringrazio.