
Fondazione Bruno Visentini

CONTRATTI PUBBLICI, FASE ISTRUTTORIA STRUMENTO DI GARANZIA

di **Flavia Risso**

La fase istruttoria – ovvero l'insieme delle attività tese ad acquisire il materiale necessario al fine del decidere – è considerata da sempre il cuore di qualunque processo, anche di quello amministrativo. Già Nigro riconosceva la centralità dell'istruttoria, in un periodo in cui il processo amministrativo era ancora un processo sull'atto.

Molto è cambiato da allora: il processo amministrativo si è trasformato da un «giudizio sull'atto» a un «giudizio sul rapporto». Si offre ai cittadini e alle imprese una tutela finalizzata al raggiungimento del «bene della vita»: non più solo l'annullamento dell'atto, ma il pieno soddisfacimento dell'interesse sostanziale. Questo nuovo tipo di giudizio, come evidenziato di recente a Modanella, richiede un accesso al fatto pieno e completo. Ciò vale ancor più in un momento in cui il legislatore sembra estendere l'ambito della discrezionalità, come emerge chiaramente dal nuovo Codice dei contratti pubblici.

In tale nuovo contesto, il sindacato del giudice deve essere «consapevole», grazie a una migliore conoscenza dei fatti, e quindi, «effettivo»: condizione essenziale per la tutela dei diritti civili, sociali ed economici e per la stessa tenuta dello stato di diritto. Quando il giudice amministrativo non è in possesso degli strumenti necessari per conoscere appieno i fatti o per potersi esprimere su valutazioni tecniche complesse (si pensi, ad esempio, nei contratti pubblici, alla valutazione dell'anomalia dell'offerta o alle operazioni di partenariato pubblico-privato, o ancora, alla materia ambientale), può – e talvolta deve – avvalersi dei mezzi istruttori previsti dal legislatore: la verifica o, se indispensabile, la consulenza tecnica.

Tali strumenti vanno usati con attenzione in termini di tempi, di regole procedurali, di perimetro dell'istruttoria, di gestione delle problematiche in progress, di rapporto tra istruttoria e decisione finale.

Spesso il giudice amministrativo deve compiere un bilanciamento tra l'interesse alla ragionevole durata del processo e quello a una decisione basata su un accesso al fatto pieno e completo. È un bilanciamento che non dovrebbe essere necessario, posto che entrambi gli interessi sono ineludibili, e dovrebbe trovare una sintesi nel principio di effettività della tutela.

Quanto ai tempi, proprio per contemperare le esigenze di effettività della tutela e di ragionevole durata del processo, può rivelarsi utile, su istanza di parte, disporre l'istruttoria già in sede cautelare, come previsto dall'articolo 55, comma 12, del Cpa e adesso, riguardo alla specifica materia dei contratti pubblici, dall'articolo 120, comma 6.

Quanto alle regole procedurali, sia nella consulenza tecnica sia nella verifica deve sempre essere garantito il contraddittorio, salvaguardando la parità processuale delle parti, ai sensi degli articoli 24 e 111 della Costituzione.

—*Continua a pagina 44*

Osservatorio Fondazione Bruno Visentini

a cura di Giancarlo Montedoro

© RIPRODUZIONE RISERVATA