

Appalti 03 Febbraio 2021

Dispute in cantiere, dal collegio consultivo tecnico una mano per ridurre il contenzioso

di Velia M. Leone (*)

◀ Stampa

In breve

Gli strumenti finora messi in campo come la recepimento della Direttiva ricorsi o i pareri Anac hanno funzionato poco

Il Decreto Legge n. 76/2020 (DL Semplificazioni) ha reintrodotto il Collegio Consultivo Tecnico (Cct), istituito dalle controverse e sofferte origini, a partire dalla prima formulazione del nuovo codice degli appalti. Il DL Semplificazioni prevede l'istituzione obbligatoria del Cct - per appalti di lavori sopra-soglia - e il suo utilizzo ai fini della risoluzione di questioni tecniche nel corso dell'esecuzione del contratto. Quest'ultime sono le competenze del Cct che, finora, hanno ricevuto maggiore attenzione e, sembra potersi dire, che la loro portata sia stata, ragionevolmente, chiarita. Di converso, non appare essere stata, ancora pienamente, apprezzata la potenzialità del Cct come strumento utile per contenere il contenzioso amministrativo, prima, ossia in fase di aggiudicazione, né quello civile, poi, in fase di esecuzione dei contratti.

Il comma 5 dell'art. 6 consente alle stazioni appaltanti - in via facoltativa - di costituire il Cct "per risolvere problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, e dei criteri di selezione e di aggiudicazione".

L'enfasi aggiunta evidenzia le questioni in cui può essere coinvolto il Cct, che rappresentano i temi su cui, più di frequente, si sviluppa il contenzioso in fase di aggiudicazione. Da questo punto di vista, il Cct rientra nell'ambito dei diversi tentativi del legislatore di limitare il contenzioso negli appalti pubblici, che, troppo spesso, è causa, o concausa, del patologico ritardo degli acquisti della Pa. Tanto da essere considerato come una fase - di fatto - "fisiologica" delle procedure di affidamento, che sembrano essere scandite da programmazione-gara-selezione-contenzioso-affidamento. Dunque, quello che dovrebbe essere un rimedio estremo, ossia da azionare solo a fronte di un chiaro vizio nell'esercizio della discrezionalità amministrativa, in Italia, di converso, rientra nelle strategie di partecipazione alle gare pubbliche della gran parte degli operatori economici. Questo vezzo nazionale è ben noto alle amministrazioni che, in fase di aggiudicazione, adottano vari espedienti, rischiando di inquinare l'obiettivo valutazione delle offerte, trincerandosi dietro comportamenti difensivi, nel vano tentativo di evitare il contenzioso, con buona pace delle aspirazioni delle Direttive Ue del 2014 che intendono incoraggiare le amministrazioni ad essere pienamente in controllo delle procedure di affidamento e più disponibili al dialogo con gli operatori privati. A fronte di questa situazione, l'obiettivo della limitazione del contenzioso ha, chiaramente, non solo la funzione di accelerare le procedure e l'esecuzione dei contratti, che costituisce la ratio principale del DL Semplificazioni - che, infatti, impone di procedere all'aggiudicazione e stipula del contratto anche in pendenza del contenzioso, salve le garanzie di cui all'art. 32 del Codice -, ma anche di non sovraccaricare i tribunali amministrativi con cause, a volte strumentali, che, comunque, implicano un'inutile spendita di risorse e tempo, a discapito dell'efficienza dell'agere dell'amministrazione e della qualità dei servizi pubblici, latamente intesi.

Questo stato dei fatti è ben noto al legislatore ed all'Anac, tant'è che plurimi sono stati gli interventi volti a sistematizzare il settore dei contenziosi negli appalti pubblici. Tra i più importanti, da un lato, le misure di accelerazione del Dlgs. 53/2010, di recepimento della Direttiva 2007/66/CE sui ricorsi negli appalti (la Direttiva Ricorsi), e, dall'altro, il potere conferito all'Anac di rilasciare pareri di precontenzioso. Tali interventi, tuttavia, non hanno raggiunto lo scopo auspicato. In particolare, i pareri di precontenzioso - utili ai fini dell'interpretazione normativa - non sono risolutivi, poiché privi del vincolo di procedibilità rispetto al contenzioso giudiziale. Inoltre, considerati i tempi incerti - rispetto a quelli stabiliti dall'art. 120 del codice del processo amministrativo (30 giorni) per l'impugnazione -, nonché il carattere non vincolante dei pareri, l'operatore economico difficilmente rinuncia all'impugnazione di provvedimenti ritenuti sfavorevoli.

La questione della deflazione del contenzioso è, allo stato attuale, ancora più urgente in vista della corretta - e rapida - attuazione degli interventi necessari per la ripartenza del Paese a seguito della crisi pandemica in corso, ivi compresi quelli che faranno parte del Recovery Plan. Il contenimento dell'eccessiva litigiosità - nel rispetto delle tutele costituzionali - dovrebbe essere contemplato nelle riforme richieste, a livello Ue, per rendere più efficienti ed efficaci i processi di rilancio, di cui, indubbiamente, le politiche sui contratti pubblici rappresentano un asse portante.

Ed è proprio in tale contesto, in un'ottica di incentivare il ricorso a strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, che si inseriscono le disposizioni relative al Cct. Infatti, per quanto riguarda le competenze, il Cct riunisce, in un unico organo, diverse professionalità. Grazie alla sua multidisciplinarietà, il Cct potrebbe fornire un utile supporto alle stazioni appaltanti su tutti gli aspetti specifici dell'affidamento e manutenzione dei contratti d'appalto, per prevenire problematiche che rischiano di rallentare l'esecuzione, con conseguenti perdite di tempo e risorse. La possibilità di avvalersi di tale strumento, specie per dirimere le potenziali controversie in fase di aggiudicazione potrebbe, auspicabilmente, contribuire alla riduzione del contenzioso, laddove il Cct fosse disciplinato in maniera più strutturata, ossia facendo sì che, da un lato, il suo intervento possa assurgere a condizione di procedibilità, rispetto al contenzioso giudiziale e, dall'altro, le sue pronunce siano vincolanti per le parti.

In tal senso, il Cct, di ispirazione anglosassone, può essere assimilato al modello, previsto nei contratti internazionali d'appalto, del «Dispute Board», quale strumento per evitare e limitare il contenzioso (c.d. «Dispute avoidance and minimizer»), teso ad agevolare le stazioni appaltanti nella risoluzione delle problematiche che rischiano di rallentare l'esecuzione del contratto (c.d. «Dispute Resolution»). Il parallelo non è peregrino perché anche il «Dispute Review Board», come inteso dall'International chamber of commerce (Icc), è istituito prima dell'affidamento di un contratto di appalto e ha caratteristiche di terzietà. In particolare, l'iccevidenza che l'importanza del Dispute Board è di consentire un duplice approccio alle problematiche emerse durante l'esecuzione dei contratti: a) prevenendo i potenziali conflitti (ruolo proattivo) e b) risolvendo le eventuali questioni controverse (ruolo risolutivo). Ma non solo.

Infatti, la prassi internazionale tende a favorire la flessibilità e l'utilizzo degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, la cui più diffusa espressione, prevista nei contratti standard dell'International Federation of Consulting Engineers (Fidic), si identifica nelle multitiered escalation clauses, ovvero il ricorso preventivo al Dispute Board, quale condizione di procedibilità di una successiva ed eventuale domanda giudiziale o arbitrale. Tale modello ha indotto la Camera Arbitrale di Milano ad adottare, sin dal 2016, un set di regole dedicate al Dispute Resolution Board, con l'intento di sfruttarne appieno le potenzialità, viste le esperienze di successo in campo internazionale.

A fronte di tali positivi modelli, l'introduzione del Cct può essere considerata un primo passo utile ad incentivare il ricorso ai predetti strumenti che, nell'ordinamento giuridico italiano, non risultano, ancora, essere pienamente apprezzati. In realtà, il Cct potrebbe contribuire ad una maggiore celerità nella fase sia di affidamento, che di esecuzione dei contratti di appalto, agevolandone la corretta esecuzione. In quest'ottica, il Cct rivestirebbe il ruolo di organo tecnico, focalizzato sull'accelerazione dell'affidamento ed esecuzione di uno specifico contratto di appalto, garantendo imparzialità e indipendenza. Tale funzione potrebbe consentire di verificare e monitorare con maggiore attenzione tanto l'affidamento, quanto l'esecuzione dei contratti, così da migliorarne e velocizzarne l'esecuzione, svolgendo un ruolo di assistenza, connotato da particolare pragmatismo e capacità operativa.

Peraltro, l'ampliamento - mediante gli opportuni adeguamenti normativi - della funzione, al contempo, consultiva e conciliativa del Cct, anche a settori diversi dai lavori e alla fase antecedente l'esecuzione contrattuale potrebbe ulteriormente contribuire alla riduzione del rischio di contenzioso, dei conseguenti ritardi nell'avvio dell'esecuzione dei contratti e nella migliore manutenzione degli stessi. In proposito, si evidenzia che l'introduzione di un meccanismo di risoluzione alternativa delle controversie, anche legate alla fase di aggiudicazione, sarebbe pienamente conforme sia alla Direttiva Ricorsi - e, infatti, tali meccanismi esistono in diversi Stati membri UE e consentono il ricorso a questi strumenti con tempistiche e modalità coerenti con la tutela giurisdizionale -, e non comprometterebbe, in alcun modo, il diritto, costituzionalmente garantito, dell'agire in giudizio, previsto dagli artt. 24 e 101 della Costituzione, poiché le pronunce dell'organismo a ciò preposto - ossia, il Cct - sarebbero rese in esito a un procedimento che assicuri il contraddittorio, motivate e, comunque, in ultima istanza, impugnabili in giudizio.

In conclusione è necessario superare le critiche - a volte, capziose - e concentrarsi sulla potenzialità deflattiva del contenzioso dell'istituto, unitamente a quella consultiva, che risultano meritevoli di attenzione, così che possano costituire un elemento di particolare novità nel settore degli appalti pubblici italiano. Per ottenere tale risultato l'istituto del Cct deve essere reso più strutturale e dotato di una disciplina più specifica e coerente con il restante assetto normativo, così da risultare realmente efficace ed esplicare tutte le sue potenzialità. Le riflessioni qui svolte indicano che la strada intrapresa - per ora, solo in via temporanea ed embrionale - dal legislatore appare essere quella giusta. Nella situazione attuale, in attesa delle (o parallelamente alle) riforme più strutturali sull'efficienza dei processi - comunque, necessarie ai fini del pieno utilizzo delle risorse del Next Generation Eu -, l'introduzione di meccanismi che possano contenere il contenzioso - rectius, i tempi e costi coinvolti - e, al contempo, accompagnare le amministrazioni e gli operatori economici così da garantire la migliore e più celere esecuzione dei contratti, si ritiene rappresenti un significativo contributo alla ripresa.

(*) *Avvocato, studio legale Leone&Associati*

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati
ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]