

Articoli e note

n. 2-2006 - © copyright

ALESSANDRO BOTTO

(Consigliere dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici)

Relazione al Convegno IGI "Il Pre-Contenzioso in sede di gara" - Roma, 14 febbraio 2006

1. Diciamo subito che l'incontro di oggi potrebbe anche essere archiviato come un nobile esercizio accademico, tenuto conto che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, sembra che si stia accingendo ad esprimere un parere negativo sulla previsione, relativa alla possibilità di comporre le controversie (sorte in sede di gara) davanti all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (d'ora in poi denominata AVLP), contenuta attualmente nello schema di decreto legislativo comunemente noto come "codice de Lise". Se ciò dovesse corrispondere al vero e se il Governo, in sede di approvazione definitiva, dovesse fare proprio l'avviso del Consiglio di Stato, potremo dire di avere partecipato ad un interessante incontro di carattere accademico sulle possibili soluzioni ai problemi del contenzioso in sede di gara per la scelta del contraente in materia di opere pubbliche. Ma i problemi resterebbero sul tappeto e lo stato di insoddisfazione degli operatori e dell'opinione pubblica pure.

2. La scelta del legislatore delegato di inserire all'art. 1, comma 7, lett. n, dello schema del "codice de Lise" la previsione secondo cui tra le competenze dell'AVLP va ricompresa anche quella relativa alla "composizione" delle controversie che possono insorgere in sede di gara trova fondamento in una precisa esigenza, che consiste nel tentativo di trovare una possibile risposta al grido di dolore che sorge dall'intero mondo che gravita intorno alla realizzazione delle opere pubbliche in Italia: è sotto gli occhi di tutti, infatti, l'esigenza di trovare modi di superamento dei numerosi "colli di bottiglia" che si frappongono alla realizzazione delle opere stesse (o, comunque, ne determinano eccessive lungaggini).

3. Che il problema del contenzioso sia uno di quelli più eclatanti al riguardo (e più sentiti) è altrettanto noto e non serve sciorinare in proposito dati statistici: basta la semplice osservazione delle varie fasi delle procedure di scelta del contraente e della successiva esecuzione per rendersi conto che il problema del contenzioso sicuramente ha un'incidenza notevole in merito.

D'altronde, il passaggio è abbastanza stretto, perché, da un alto, vige il sacrosanto principio di inviolabilità della tutela delle proprie ragioni; dall'altro, c'è l'esigenza di evitare che di contenzioso eccessivo si soffochi e che, pertanto, le ragioni di chi sia stato ingiustamente leso finiscano per annegare nel grande mare dell'ingolfamento giudiziario.

Si tenga, altresì, presente che il percorso per arrivare alla realizzazione dell'opera pubblica è uno degli esempi più eclatanti di "costo ordinamentale" della partecipazione ai vari livelli dei portatori di interessi coinvolti. Infatti, l'esigenza di tenere conto di tutti gli interessi toccati dalla realizzazione dell'opera pubblica (intesa anche come coinvolgimento dei vari livelli di governo in un ordinamento a policentrismo esteso) molto spesso finisce per rendere impossibile (o, comunque, particolarmente difficoltosa) la realizzazione stessa, anche per la connessa lievitazione del contenzioso che tale partecipazione estesa comporta.

Né soluzioni drastiche (che ricordano l'uso dell'accetta per operazioni delicate), quali la previsione

della inimpugnabilità di alcuni atti, può ritenersi conforme al dettato costituzionale (art. 24 Cost.) e coerente con le sottese esigenze di giustizia sostanziale.

Nasce da qui l'esigenza di intervenire su due fronti: il miglioramento di efficienza del sistema giudiziario e la ricerca di canali alternativi o ausiliari che possano aiutare il primo a non soccombere sotto il peso dei grandi numeri.

4. Quanto al primo fronte evidenziato occorre ammettere che, se anche è vero che il giudice amministrativo (da tempo) ha cercato di organizzarsi, anche con l'aiuto del legislatore che ha previsto strumenti processuali semplificati, in modo da rendere più agevole l'accesso alla tutela giurisdizionale da parte di chi ne ha interesse, resta comunque fermo che la risposta giudiziaria non è rapida (almeno nella definizione nel merito della controversia) e, comunque, è costosa.

Da ciò, e tocchiamo il secondo fronte di intervento, l'esigenza che ha mosso il legislatore delegato che ha introdotto la previsione in esame nel "codice de Lise": un'esigenza molto pragmatica, di individuazione di una possibile modalità deflattiva del contenzioso relativo alle procedure di gara.

Tale ragionamento, basato su di un sano buon senso antico (che non guasterebbe mai nei ragionamenti dei legislatori e degli interpreti), trova d'altronde le proprie radici nella presa d'atto di una prassi già esistente presso l'AVLP: spesso, infatti, le stazioni appaltanti o le stesse imprese partecipanti rivolgono quesiti agli uffici dell'Autorità (e ovviamente, in particolare, al servizio giuridico) in ordine a possibili contrasti interpretativi sorti in sede di gara (e anche in sede esecutiva). L'AVLP, a quanto mi consta, risponde in tempi molto ristretti, avvalendosi usualmente di procedure telematiche e di largo uso comune.

Il ragionamento effettuato dal legislatore delegato al riguardo, pertanto, è stato in buona sostanza il seguente: utilizziamo il bagaglio professionale e di esperienza accumulato dall'AVLP per metterlo a disposizione di tutti i protagonisti del procedimento di scelta del contraente. L'istituzionalizzazione di tale prassi, infatti, dovrebbe servire a rendere edotti tutti quanti della esistenza di tale opportunità e non solo restare appannaggio dei più attrezzati o dei più informati che si sono già rivolti in passato all'AVLP o hanno, comunque, saputo della esistenza di tale servizio.

L'ulteriore corollario di tale ragionamento è stato il seguente: il parere di un'autorità tecnicamente attrezzata e in posizione di terzietà potrebbe distogliere le parti (o alcune di loro) dal coltivare ulteriori fasi di contenzioso, con beneficio per l'intero sistema.

Ed è per questi motivi che l'originale versione della previsione dello schema di decreto legislativo in esame faceva riferimento sia alla fase della gara che a quella dell'esecuzione, successivamente amputata nella versione approvata dal Consiglio dei Ministri. Un eccesso di prudenza e di timidezza dovuto forse anche alla celata preoccupazione di evitare un sovraccarico eccessivo per l'AVLP, ma che potrebbe sicuramente essere superato, con reintroduzione della originaria previsione, ove la prova dei fatti desse risultati positivi in proposito.

5. In precedenza ho detto che il ragionamento seguito dal legislatore delegato si basa, pragmaticamente (come, d'altronde, avviene usualmente nei paesi di common law), su di un sano buon senso antico e, in effetti, di ciò effettivamente si tratta. Ad una esigenza di deflazione del carico giudiziario si cerca, infatti, di dare risposta con strumenti basati su di una prassi esistente che ha di fatto dato vita ad un servizio a disposizione dei soggetti coinvolti nelle controversie in materia.

Tale soluzione non avrebbe meritato tanta attenzione (e l'incontro odierno lo testimonia concretamente) se nel nostro Paese non vigesse un forte pregiudizio culturale nei confronti di tutte le modalità di soluzione delle controversie al di fuori del circuito giudiziario.

L'art. 24 Cost. viene letto come se facesse riferimento alla sola tutela del giudice togato, espressione della supremazia dello Stato e della spettanza (per eccellenza) a quest'ultimo della funzione di dirimere i conflitti intersoggettivi.

Anche la tutela arbitrale, da sempre conosciuta nel mondo delle opere pubbliche come valido succedaneo di quella statale, non esce dallo schema della costruzione procedimentale mutuata dal modello giurisdizionale: domanda rivolta ad un "giudice", che risponde nei limiti del petitum con decisione vincolante per le parti.

Forse non sempre si ricorda che tale soluzione "culturale" è figlia di un panpubblicismo di fine Ottocento del quale non riusciamo ancora del tutto a liberarci e che ha formato generazioni di giuristi e di operatori del settore. Basti pensare al diverso approccio del codice di procedura civile del 1942 rispetto al suo omologo del 1865 riguardo all'esito conciliativo delle controversie: marginale nel primo caso, centrale nel secondo.

E' per questo motivo, pertanto, che non sono ancora effettivamente penetrate nella nostra coscienza collettiva quelle modalità di soluzione delle controversie note internazionalmente come A.D.R. (alternative dispute resolution), da intendersi come tutti quei procedimenti che portano ad evitare l'insorgere di una lite giudiziaria o a chiuderla con una soluzione differente dalla decisione giurisdizionale.

Tali strumenti, infatti, spesso si affacciano alla nostra attenzione, qualche volta vengono anche disciplinati a livello normativo, ma rimangono comunque fortemente residuali nel panorama dei modi di soluzione delle controversie e sono sempre visti con un certo sospetto proprio perché concorrenziali con lo strumento principe messo a disposizione dallo Stato.

Quali sono le caratteristiche delle A.D.R. che possono essere considerate dei veri e propri punti di forza di tali strumenti? Innanzitutto occorre evidenziare che le controversie risolte in ambito A.D.R. consentono alle parti di proseguire nella reciproca collaborazione, effetto che invece mal si concilia con le soluzioni giudiziarie, molto simili, in campo medico, agli interventi chirurgici, notoriamente invasivi. Per rimanere sempre in campo medico, si potrebbe dire che le A.D.R. coincidono con gli interventi di prevenzione o di "medicina dolce": questi ultimi non eliminano la necessità dell'intervento chirurgico in determinate situazioni di emergenza, ma sottraggono all'intervento invasivo una considerevole area.

Caratteristiche apprezzabili delle A.D.R. sono la flessibilità degli strumenti utilizzabili, la celerità delle risposte e i costi contenuti, tutti elementi di vantaggio rispetto alle procedure giudiziarie.

Luogo di elezione per le A.D.R. sono le controversie denominate "small claims", che riguardano molti soggetti e usualmente sono di scarso contenuto economico: valga l'esempio delle liti tra utenti e gestori di pubblici servizi o tra clienti e grandi operatori commerciali.

Nulla vieta, però, di estendere il campo d'azione delle A.D.R. ad altri tipi di lite, anche di rilevante impatto economico e non necessariamente caratterizzate da una tendenziale serialità. E così, infatti, avviene nei più importanti Paesi occidentali, ove il ricorso al giudice togato è anzi considerato una vera e propria *extrema ratio*.

D'altronde, la stessa nascita della giustizia amministrativa in Italia (almeno nell'assetto attualmente vigente) trova fondamento in esigenze che non sono poi così lontane da quelle che emergono dall'odierno incontro: senza andare fuori tema, mi limito a ricordare che la IV Sezione del Consiglio di Stato nacque per dare risposte non giurisdizionali ad interessi considerati non meritevoli di tutela dall'apparato giudiziario. E' evidente che nel caso di specie gli interessi coinvolti non si trovano in quest'ultima condizione, ma comune è comunque l'esigenza di individuare delle modalità non giudiziarie per risolvere questioni di un certo rilievo sociale.

6. La soluzione individuata dal legislatore delegato si inquadra nel novero delle A.D.R. ? Senza volerci addentrare in una querelle tassonomica (di scarsissima utilità), mi sembra che la risposta possa sostanzialmente essere positiva.

Ed invero, la competenza ad esercitare attività di composizione delle controversie come configurata dal "codice de Lise" si fonda essenzialmente su di una attività da natura amministrativa dell'AVLP, che dovrebbe evitare (in parecchi casi) il ricorso al giudice togato. In concreto, la parte interessata o addirittura entrambe le parti coinvolte (o tutte in caso di liti a soggetti plurimi) possono rivolgersi all'AVLP per chiedere una "pronuncia" sulla controversia (sorta o potenziale).

Da sottolineare, innanzitutto, la facoltatività della iniziativa: ben presenti sono gli strali della Corte Costituzionale sull'arbitrato obbligatorio per incorrere nello stesso approccio. E' rimessa alla libera valutazione dei soggetti interessati se rivolgersi, o meno, all'AVLP per ottenere una valutazione della questione controversa.

La scelta, poi, di rivolgersi all'AVLP non toglie alcun potere alla parte "convenuta", che resta libera, anche durante l'eventuale fase di pronuncia da parte dell'AVLP (o successivamente), di adire il giudice per la stessa questione.

Quanto, poi, alla natura della pronuncia dell'AVLP, non v'è dubbio che non possa assumere alcuna

connotazione di decisione: non si tratta di un giudizio arbitrale, che sfocia in una decisione vincolante per le parti, ma neppure di una decisione non vincolante.

Se proprio si vuole individuare un'appartenenza genetica di tale pronuncia, direi che la famiglia più prossima risulta essere quella del parere, per giunta non vincolante. Infatti, di altro non si tratta se non di un parere, facoltativo e non vincolante, reso allo stato degli atti, probabilmente non lontano dall'attestazione prevista dagli artt. 3 e segg. della direttiva 92/13 del 25 febbraio 1992 ("gli enti aggiudicatori possono fare esaminare periodicamente le procedure di appalto rientranti nel campo di applicazione della direttiva 90/531/CEE, nonché la relativa attuazione pratica, ai fini di ottenere un attestato che constati la conformità delle medesime, in quel determinato momento, al diritto comunitario in materia di appalto e alle norme nazionali che recepiscono tale diritto").

In sostanza, lo strumento in esame, lungi dal potersi configurare come procedura alternativa in senso tecnico rispetto alla lite giudiziaria (o arbitrale), dovrebbe fornire una mera opportunità ulteriore alle parti coinvolte nella controversia e svolgere una mera funzione deflattiva rispetto alla domanda giudiziale, basandosi sulla indipendenza e sull'autorevolezza del soggetto individuato a rendere la pronuncia (di natura consultiva).

Non v'è dubbio che uno strumento così configurato, una sorta di procedura "soft" rimessa alla libera volontà dei soggetti coinvolti, non può avere speranze di affermazione se non sussistono alcuni presupposti-cardine: innanzitutto il soggetto pubblico prescelto deve operare in posizione di neutralità, ossia non deve presentare alcun collegamento di possibile interesse con ciascuna delle parti coinvolte. Inoltre, deve essere assicurata la sua indipendenza funzionale a livello ordinamentale e la sua specializzazione nel settore in esame.

L'esame continuo di problematiche attinenti alle opere pubbliche dovrebbe, poi, contribuire a ulteriormente specializzare l'organo preposto, fornendo adeguate garanzie agli operatori del settore.

La rapidità della risposta è, poi, un altro importante requisito richiesto espressamente dal legislatore delegato, che ha posto addirittura un termine in proposito: venti giorni. E' ovvio che tale termine, pur non avendo probabilmente natura perentoria, dovrà essere rispettato per far sì che lo strumento in questione possa effettivamente decollare. E ciò senza incidere negativamente sulla esigenza di rispetto del contraddittorio: al riguardo, pertanto, dovranno essere largamente utilizzati tutti i possibili strumenti telematici, tanto da annoverare questa procedura tra le cosiddette O.D.R. (online dispute resolution).

Tale ultima connotazione consentirebbe anche di ritenere superabili le eventuali critiche su di un possibile eccessivo "accentramento" di tali controversie, con relativa difficoltà di approccio a livello decentrato. Non v'è dubbio, infatti, che l'uso comune di procedure telematiche di dialogo a distanza renda in alcun modo onerosa tale procedura anche per chi opera a livello periferico.

Resta inteso che la sfida è, comunque, non banale. Per rispondere alle numerose domande che dovessero pervenire occorrerà attrezzarsi adeguatamente, anche e soprattutto per infondere fiducia nello strumento e a tale proposito l'AVLP, che sicuramente è caratterizzata da neutralità e indipendenza (e, quindi, possiede, due requisiti fondamentali richiesti per il buon esito di tale strumento innovativo), dovrà fare uno sforzo non indifferente dal punto di vista organizzativo. In proposito si è pensato di istituire un ufficio ad hoc che sia preposto solo ed unicamente a tale servizio, eventualmente in posizione di indipendenza funzionale all'interno della struttura della stessa AVLP. Ciò sia per garantire una provvista adeguata di personale e mezzi per rispondere a tale sfida, sia per connotare come indipendente, anche sotto il profilo organizzativo interno, l'attività di tale ufficio.

I requisiti indicati, a parità di altre condizioni, costituiscono condizione necessaria per il successo di tale innovativa previsione procedimentale. Forse proprio per l'assenza di alcuno di tali requisiti non ha raggiunto gli obiettivi prefissati un altro strumento che aveva finalità analoghe: l'accordo bonario. Gli operatori, infatti, non hanno creduto in tale strumento e la limitata portata dello stesso ne ha sostanzialmente decretato il fallimento. Purtroppo in questa materia la regola dei grandi numeri è molto importante; soluzioni di nicchia non hanno senso alcuno e vengono ovviamente consegnate agli archivi (sempre affollati) delle buone intenzioni fallite.

7. Qualche dubbio è sorto in ordine alla legittimità della scelta del legislatore delegato di devolvere alla potestà regolamentare dell'AVLP l'individuazione delle modalità di svolgimento del procedimento. Infatti, si potrebbe ritenere che la fonte normativa prescelta non sia idonea allo scopo, necessitando in proposito un atto regolamentare del Governo da emanarsi ai sensi dell'art. 17, comma 1, della legge 23

agosto 1988 n. 400.

Al riguardo, senza affrontare argomenti di teoria generale delle fonti, appare sufficiente richiamare la previsione dell'art. 1, comma 11, della legge 31 luglio 1997 n. 249, legge istitutiva dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, che devolve all'autonomia regolamentare della stessa Autorità l'individuazione delle modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie che possono insorgere fra utenti o categorie di utenti e un soggetto autorizzato o destinatario di licenze oppure tra soggetti autorizzati o destinatari di licenze tra loro.

In entrambi i casi, infatti, il legislatore affida all'Autorità indipendente preposta al settore di competenza la potestà regolamentare per definire le modalità procedurali di approccio alla soluzione non giurisdizionale delle controversie.

Né ciò sembra in conflitto con i principi generali in materia di gerarchia delle fonti, atteso che l'area di disciplina rimessa alla potestà dell'autorità indipendente si configura come meramente attuativa della disciplina legislativa e sostanzialmente afferente al solo aspetto procedurale; inoltre, le A.D.R. in esame non restringono la possibilità di tutela degli interessati, ma forniscono una vera e propria estensione dell'area della tutela, accanto alle forme giurisdizionali (o paragiurisdizionali) della stessa. Probabilmente occorrerà chiarire quale sia il ruolo delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento, ma questa è una riflessione di portata generale che esula dalla presente riflessione. Per il momento è forse sufficiente evidenziare che l'esercizio della potestà regolamentare, soggetto ovviamente al vaglio giudiziario, dovrà essere caratterizzato da ragionevolezza e trasparenza, specialmente sotto il profilo della facilità di accesso e della parità di trattamento tra gli interessati, altrimenti inficiandosi la legittimità dell'intera operazione, con conseguente fallimento della stessa.

8. A conclusione di questo intervento ritengo opportuna una breve riflessione: probabilmente sono molti gli inconvenienti riscontrabili nella procedura in esame e sicuramente meglio si sarebbe potuto fare con un più meditato approccio legislativo.

Peraltro, come usualmente si usa ripetere, l'ottimo è nemico del bene. Infatti, il rischio che si corre è il seguente: per volere migliorare uno strumento perfettibile, ma comunque utile, si finisce per affossarlo. E perché rinunciare ad uno strumento che, comunque, una sua utilità dovrebbe presentarla? Appare evidente che non tutte le controversie sorte in sede di gara potranno essere portate all'attenzione dell'AVLP. Il procedimento in esame, infatti, dovrebbe trovare il proprio terreno d'elezione nelle controversie strettamente giuridiche, di mera interpretazione del tessuto normativo, che oltretutto in larga parte possono essere risolte con il richiamo dei precedenti giurisprudenziali o di altre pronunce in sede consultiva.

Ebbene, perché non consentire che tali controversie vengano sottratte ai tribunali e risolte con lo strumento in esame? E se anche solo il 10% del totale delle controversie in materia potesse venire risolto in questo modo, non sarebbe già un successo ?

