

## Ufficio Studi CODAU

*"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau"*

### **IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO E LA DEROGA DI CUI ALL'ART. 2, COMMA 4 DELLA LEGGE 120/2020.**

#### **1. Le disposizioni di cui all'art. 2 comma 4 ed all'art. 6 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 "Decreto semplificazioni" (convertito in legge n. 120(2020))**

Il presente parere viene reso al fine di comprendere la corretta applicazione del comma 4 dell'articolo 2 e dell'articolo 6 contenuti nella Legge 120/2020 che ha convertito in legge il "Decreto semplificazioni", decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali». <sup>1</sup>

L'obiettivo di tale intervento normativo è quello di garantire il rilancio degli investimenti, trattando in maniera trasversale non solo il processo di affidamento dei contratti pubblici ma anche la fase esecutiva, la gestione e la composizione delle controversie e in linea più generale l'assetto organizzativo oltre alle innovazioni per la semplificazione dell'attività della pubblica amministrazione. Il quadro normativo definito, al di là della volontà di semplificazione delle attività procedurali, ha tuttavia generato delle contraddittorietà con ricadute sui risultati, a volte insoddisfacenti. Ne è infatti un esempio, l'articolo 2 comma 4,<sup>2</sup> che nello specifico

---

<sup>1</sup> Hanno collaborato alla stesura del presente documento le dott.sse Alessandra Ciccarelli e Claudia Caprodossi Università di Camerino

<sup>2</sup> Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in Legge 120/2020, art. 2 comma 4 "Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sopra soglia": 4. *Nei casi di cui al comma 3 e nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, ivi compresi gli interventi inseriti nei contratti di programma ANAS-Mit 2016-2020 e RFI-Mit 2017- 2021 e relativi aggiornamenti, nonché per gli interventi funzionali alla realizzazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), e per i contratti relativi o collegati ad essi, per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo, le stazioni appaltanti, per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, e per l'esecuzione dei relativi contratti, operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di*

introduce un'importante deroga<sup>3</sup> in settori importanti quali ad esempio l'edilizia universitaria. La previsione normativa stabilisce infatti che le stazioni appaltanti per l'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture nonché per l'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura (inclusa l'attività di progettazione) e per l'esecuzione dei relativi contratti operano in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, nel rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al D. Lgs. 159/2011, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea ed i principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e delle disposizioni in materia di subappalto.

## **2. I dubbi interpretativi nel silenzio della norma**

Sul piano interpretativo, la norma è comunque destinata a sollevare dubbi quanto alla ampiezza della deroga e nello specifico se tra le norme disapplicabili vi siano anche quelle contenute nello stesso decreto. Un dato testuale che indurrebbe a concludere in questo senso ma che evidentemente contraddirebbe la ratio della disciplina è costituito dal richiamo espresso alla derogabilità "per quanto non espressamente disciplinato dal presente articolo", che sembrerebbe a contrario ammettere la possibilità di disapplicazione di tutte le altre disposizioni. Ciò condurrebbe, ad esempio, ad escludere per i lavori in questione la doverosa costituzione del collegio consultivo tecnico<sup>4</sup>.

L'art. 6 del decreto semplificazioni, convertito in legge, prevede la costituzione di un collegio consultivo tecnico quale organo deputato alla risoluzione delle problematiche in sede di esecuzione dei contratti pubblici ai fini di favorire la risoluzione delle controversie e delle dispute tecniche nella fase di esecuzione nel caso di lavori sopra soglia. Tale organismo viene reintrodotta dopo la previsione dell'art. 207, D.Lgs. n. 50/2016 (Codice dei contratti), nella sua prima stesura e poi soppresso dal primo decreto correttivo. L'art. 6 ne prevede l'obbligatoria costituzione prima dell'avvio dei lavori e comunque entro i successivi 10 giorni per i nuovi affidamenti.

Dal punto di vista soggettivo, la norma ha un ambito di applicazione molto ampio, coincidente con quello del codice dei contratti pubblici mentre è più limitato dal punto di vista oggettivo, in

---

*subappalto. Tali disposizioni si applicano, altresì, agli interventi per la messa a norma o in sicurezza degli edifici pubblici destinati ad attività istituzionali, al fine di sostenere le imprese ed i professionisti del comparto edile, anche operanti nell'edilizia specializzata sui beni vincolati dal punto di vista culturale o paesaggistico, nonché di recuperare e valorizzare il patrimonio esistente.*

<sup>3</sup> Il limite dell'operatività di tale deroga è il 31 dicembre 2021.

<sup>4</sup> Domenico Galli, I contratti pubblici, *Giornale Dir. Amm.*, 2020, 6, 727.

quanto non prende in considerazione né servizi né forniture, ma solo i lavori diretti alla realizzazione di opere pubbliche. Si tratta di una ulteriore differenza rispetto alla disciplina dell'art. 207, che trovava applicazione – ancorché su base volontaria – per tutti i contratti senza alcuna distinzione.

Nella lettura dei due articoli, l'articolo 2 comma 4 e l'articolo 6, si evidenzia una carenza di coordinamento normativo evidenziato anche dall'ANAC in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8<sup>a</sup> Lavori pubblici, comunicazioni e 1<sup>a</sup> Affari costituzionali del Senato della Repubblica. L'ANAC precisa testualmente che *“Sarebbe necessario chiarire se la norma trovi applicazione o meno per gli affidamenti “in deroga” svolti ai sensi dell'art. 2 co.3-4 D.L. 76/2020: prima facie sembrerebbe che il collegio non si applichi alle citate procedure, stante il carattere ampiamente e generalmente derogatorio di tali ultime norme. Inoltre, non sono chiari i rapporti tra il collegio costitutivo tecnico (nella attuale forma obbligatoria) e gli istituti dell'accordo bonario, dell'arbitrato o della transazione, per evitare forme di sovrapposizione”*.

Pertanto, alla luce del ragionamento dell'ANAC e del mero dato letterale, si potrebbe arrivare alla conclusione che anche l'art. 6 del DL 76/2020 integri una "disposizione di legge", per questo derogabile in forza della previsione del comma 4 dell'art. 2, essendo la deroga ammessa non solo per la fase di affidamento ma anche per quella di esecuzione.

### **3. L'interpretazione della norma alla luce dei principi posti a fondamento. Una possibile soluzione.**

Tale conclusione, però, potrebbe da un lato apparire eccessivamente superficiale e poco attenta alla fattispecie concreta rappresentata dalla situazione emergenziale nella quale la normativa è stata emanata nonché ai principi, nazionali e sovranazionali, posti a fondamento dall'altra appare problematico creare un altro organi per fini di semplificazione.

In linea generale l'applicazione della norma non può precedere ma necessariamente seguire la fase della sua interpretazione che dunque non è un atto eventuale bensì assolutamente necessario, anche e soprattutto nel caso di specie.

Ebbene sin dalle premesse contenute nel decreto viene evidenziato che esiste una *“straordinaria necessità e urgenza di realizzare un'accelerazione degli investimenti e delle infrastrutture attraverso la semplificazione delle procedure in materia di contratti pubblici e di edilizia, operando senza pregiudizio per i presidi di legalità”* e che esiste altresì *“la straordinaria necessità e urgenza di introdurre misure di semplificazione procedimentale e di sostegno e diffusione dell'amministrazione digitale, nonché interventi di semplificazione in materia di*

*responsabilità del personale delle amministrazioni, nonché di adottare misure di semplificazione in materia di attività imprenditoriale, di ambiente e di green economy, al fine di fronteggiare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica da Covid-19".*

In questo quadro generale viene nuovamente previsto, proprio con il D.L. 76/2020, il Collegio Consultivo Tecnico, organismo che svolge funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche o giuridiche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto. Tale organismo nasce nella prassi della contrattualistica internazionale (in particolare nei paesi di *common law sistema in verità non applicabile al nostro ordinamento giuridico*) e, nello specifico, viene inquadrato nell'ambito dei cosiddetti "Alternative Dispute Resolution"<sup>5</sup> ovvero metodi di risoluzione delle controversie alternativi rispetto alla giustizia ordinaria<sup>6</sup>.

Pertanto, la veloce ed efficace risoluzione dei conflitti insorti<sup>7</sup>, i costi inferiori e la maggiore riservatezza hanno evidentemente spinto il legislatore a prevedere la nomina del Collegio – tra l'altro in via temporanea sino al 31 dicembre 2021 – "per i lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016". Appare in questo caso molto strano che per ridurre in conflitti non si modificano le norme ma si crei uno strumento apparentemente deflattivo ma in realtà come vedremo molto difficile da svilupparsi sicuramente per tutti i lavori in corso.

L'intervento normativo in parola dovrebbe rappresentare una risposta alle esigenze di semplificazione e speditezza e la deroga a tale previsione normativa, soprattutto con riferimento alle ipotesi più complesse previste al comma 4 dell'art. 2 del d.l. 76/2020, non farebbe altro che contraddire lo scopo della norma visto che, laddove non dovesse operare il Collegio ed in mancanza di differenti accordi tra le parti, le controversie scaturite in fase di esecuzione del contratto dovrebbero essere sottoposte unicamente alla giurisdizione ordinaria, con le evidenti lungaggini che il legislatore ha proprio inteso evitare.

Nel caso di specie, oltretutto, il legislatore vorrebbe velocizzare la fase dell'affidamento delle varie attività e, proprio per evitare ricadute economiche negative a seguito delle misure di

---

<sup>5</sup> Negli ultimi anni soprattutto nell'ambito commerciale, si è assistito ad un forte incremento del ricorso all'ADR che presenta il vantaggio di consentire una veloce ed efficace risoluzione dei conflitti insorti, con costi inferiori e maggiore riservatezza.

<sup>6</sup> Già la Commissione Europea nella Raccomandazione del 4 aprile 2001, (2001/310/CE) al Considerando n. 8 spiegava che "il Parlamento europeo, nel suo parere sulla proposta di regolamento concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (4), ha invitato a fare ampio uso della risoluzione extragiudiziale delle controversie per le transazioni in materia di consumo, in particolare laddove le parti sono domiciliate in diversi Stati membri e in considerazione dei costi e dei tempi lunghi legati alle cause intentate in tribunale. Il Consiglio e la Commissione nella loro dichiarazione per l'adozione del regolamento summenzionato hanno ribadito che, in generale, è nell'interesse dei consumatori e delle imprese tentare di comporre amichevolmente le loro controversie prima di fare ricorso ai tribunali e hanno ribadito l'importanza di continuare i lavori su metodi alternativi di composizione delle controversie a livello della Comunità europea".

<sup>7</sup> Le determinazioni del Collegio consultivo tecnico hanno la natura del lodo contrattuale previsto dalle norme del Codice di procedura civile in materia di arbitrato irrituale, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse.

contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, ha consentito alle stazioni appaltanti di operare in deroga alle disposizioni di legge.

La nomina del Collegio, al contrario, attiene alla fase successiva alla stipula del contratto, ovvero quando la procedura di affidamento è praticamente giunta alla sua fase conclusiva e dunque non vi sarebbe ragione per derogare alla disposizione contenuta nell'art. 6 che, tra l'altro, come già riferito, persegue già uno scopo di semplificazione perché tende a pervenire alla rapida risoluzione delle controversie suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto. Posto tutto quanto sopra si ritiene che la disposizione contenuta nell'articolo 2 comma 4 possa derogare a quella di cui all'articolo 6 e che pertanto, non sempre sia utile la nomina del Collegio consultivo tecnico anche in considerazione forse che le esigenze di semplificazione e quindi di strumento deflattivo potrebbero non essere raggiunte visto il periodo temporaneo di vigenza di questo istituto e la già connesse responsabilità insite in ogni procedura di appalto pubblico di lavori.

In concreto, l'efficacia del Collegio è legata alla possibilità di dirimere in itinere le eventuali controversie creando, nel corso dell'esecuzione delle opere, una conoscenza esperienziale delle controparti e degli accadimenti di cantiere.

In virtù della succitata necessità interpretativa della normativa, appare oggi consigliabile non procedere con la nomina del Collegio nei casi in cui le opere si debbano completare poiché potrebbe risultare non efficace e antieconomico addivenire alla sua costituzione, ad esempio, troppo a ridosso della fine dei lavori e senza la possibilità di incidere sull'esito delle controversie in atto.

Allo stesso modo occorre valutare con attenzione i casi di appalti già avviati e in cui siano già presenti riserve o contenziosi poiché il ruolo del Collegio nascerebbe già depauperato e depotenziato della possibilità di gestione e contenimento dei conflitti. Nella sostanza potrebbe apparire un organo inutile.