amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici

di Andrea Marco Colarusso

(Dottore di ricerca e Assegnista di ricerca in Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici.- 2. L'articolo 5 e la sospensione dell'esecuzione dei lavori pubblici "sopra-soglia". - 3. L'articolo 6 e la "reviviscenza" del Collegio consultivo tecnico.

Abstract

The paper analyses, in a critical perspective, the measures implemented by the Simplification Decree (Law Decree no. 76 of July 16th, converted into Law no. 120 of September 11th), which contains permanent amendment to the Italian Public Procurement Code together with transitory provisions which remains in force until the end of 2021.

The work focuses on the provisions of article 5 and 6 of the law decree, examining the legal limitation of cases which may lead to a suspension of public works and the compulsory establishment of a technical advisory board for public contracts exceeding EU threshold.

The purpose of the decision of the technical board is, pursuant to article 5, to unblock suspended works submitting to the parties a proposal for the continuation of the execution or, if the continuation is regarded as technically or legally unsustainabile, to allow the public authority to terminate the contract.

In addition, pursuant to article 6, the technical board has a general advisory and alternative dispute resolution function regarding the disputes which arises during the execution of public works.

1. Il Decreto Legge "Semplificazioni": alcune novità in tema di esecuzione dei contratti pubblici[1].

Nel presente contributo si darà conto di alcune novità del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. "Decreto Semplificazioni, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120) che hanno interessato la fase esecutiva dei contratti pubblici, con un *focus* particolare sulla disciplina degli articoli 5 e 6 del decreto, sebbene altre significative norme al riguardo possano rinvenirsi, in ordine sparso, in altre disposizioni del decreto medesimo, di cui, per esigenze di sintesi, si farà brevemente menzione in apertura.

Preliminarmente, deve evidenziarsi che, dal punto di vista dell'impianto complessivo del D.L. Semplificazioni, emerge lo sforzo degno di nota del legislatore di porre in maggiore risalto la disciplina della fase esecutiva dell'appalto[2].

Ed infatti, nel dibattito pubblico sugli appalti non è stato sempre abbastanza sentito e chiaro il richiamo degli operatori del settore in ordine alla necessità di implementare e perfezionare la disciplina della fase esecutiva degli appalti pubblici.

Tale fase - con una durata media di 1,3 anni, per come stimata nelle statistiche pubblicate sul sito *web* dell'Agenzia per la Coesione Territoriale[3], riportate anche in un recente *paper* della Banca d'Italia[4] - incide in maniera significativa sulla tempistica di realizzazione delle opere pubbliche.

Su detta tempistica influisce in modo rilevante la fase progettuale, avente una considerevole durata media di 2,5 anni, nonché i c.d. tempi di attraversamento, ovvero gli intervalli intercorrenti tra ciascuna fase procedimentale e tra le sottofasi delle stesse.

Al contrario, è proprio la fase di gara - verso la quale maggiormente si sono affastellate istanze acceleratorie, di semplificazione delle procedure e di corrispondente riduzione delle garanzie partecipative - a richiedere un tempo relativamente contenuto di 0,6 anni su una media complessiva di 4,4 anni circa.

Appare sicuramente meritorio, dunque, specialmente nell'attuale contingenza economica, l'intento del legislatore di introdurre alcuni meccanismi normativi che, anche di riflesso, potrebbero avere un effetto acceleratorio dell'avvio e della prosecuzione dell'esecuzione dei contratti pubblici, agevolando l'attività

---

[1] Lo scritto consegue alla relazione svolta, in forma sintetica, nel Webinar su *"Le novità introdotte dal D.L. Semplificazioni in tema di appalti"*, organizzato dall'Associazione Italiana Giovani Avvocati – Sezione di Napoli Nord, in data 04/12/2020.

[2] Per i commenti sull'impianto complessivo del D.L. "Semplificazioni", si rinvia, tra gli altri a E. SOPRANO, *Decreto semplificazioni. Prime riflessioni,* in *L'amministrativista,* 7 agosto 2020; A. COIANTE, *Le principali novità del decreto semplificazioni in materia di appalti pubblici,* in *L'amministrativista,* 20/07/2020.

[3] https://www.agenziacoesione.gov.it/dossier_tematici/i-tempi-delle-opere-pubbliche/, nel quale è riportata la rappresentazione grafica ed interattiva delle statistiche del *"Rapporto sui tempi di attuazione delle opere pubbliche"*, n. 6-2018.

[4] *"Questioni di Economia e finanza. Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari"*, n. 520/2019.

dell'appaltatore, con una corrispondente riduzione del contenzioso giudiziale e stragiudiziale.

Può farsi, a titolo esemplificativo e non esaustivo, riferimento:

- alle norme acceleratorie relative ai termini per l'aggiudicazione della gara nelle procedure sotto-soglia e sopra-soglia[5], nonché alla modifica delle previsioni con riguardo al termine di stipula dei contratti di appalto e di concessione contenute nell'art. 32, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, che peraltro possono essere valutati ai fini della responsabilità erariale in capo al R.U.P. e, qualora imputabili all'operatore economico, costituire causa di esclusione o di risoluzione del contratto[6];
- alla previsione che, nell'ambito delle procedure derogatorie di cui all'art. 2 del D.L., assegna ampi poteri di approvazione e di validazione di ciascuna fase progettuale o di esecuzione in capo al R.U.P.[7];
- alla eliminazione dell'obbligo di corrispondere la garanzia provvisoria nelle procedure di cui all'art. 1 del D.L., fatte salve particolari esigenze, in cui il relativo ammontare è comunque dimezzato rispetto a quello di cui all'art. 93 del Codice;
- al rilascio dell'informativa antimafia liberatoria provvisoria nelle more delle verifiche antimafia per l'aggiudicatario in ordine ai requisiti di cui all'art. 80 e di qualificazione professionale [8];
- all'aumento sino al 30% dell'importo dell'anticipazione sul prezzo, anche nelle ipotesi di consegna in via d'urgenza, invero previsto nel D.L. "Rilancio" n. 34/2020, ma di cui non può non darsi conto in questa sede[9];
- alla tendenziale liberalizzazione della consegna in via d'urgenza, laddove si afferma che essa *"è sempre autorizzata"*, in deroga ai presupposti di cui all'art. 32, comma 8, del Codice[10];
- alla possibilità di emissione dei SAL e dei certificati di pagamento, anche in deroga agli eventuali limiti di importo previsti dal contratto[11];
- ad una modifica del regime della responsabilità amministrativa, anche in caso di tardivo avvio della stipulazione del contratto e dell'esecuzione[12], nonché ad una riforma del reato di abuso d'ufficio[13].

L'esigenza di una maggiore analiticità della disciplina normativa dell'esecuzione degli appalti pubblici origina probabilmente dal limitato spazio ad essa riservato

[5] Cfr. artt. 1, comma 1, e 2, comma 1, del D.L. n. 76/2020.
[6] Cfr. art. 4, comma 1, lett. a) e b) del D.L. n. 76/2020.
[7] Cfr. art. 2, comma 5, del D.L. n. 76/2020
[8] Cfr. art. 3 del D.L. n. 76/2020.
[9] Cfr. art. 207 del D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. "Decreto Rilancio", conv. in L. 17 luglio 2020, n. 77). Si veda anche l'art. 91, comma 2, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. "Cura Italia", conv. in L. 24 aprile 2020, n. 27.
[10] Cfr. art. 8, comma 1, lett. a) del D.L. n. 76/2020.
[11] Cfr. art. 8, comma 4, lett. a) del D.L. n. 76/2020.
[12] Cfr. art. 1, comma 2, e
[13] Cfr., ancora, gli artt. 1, comma 2; 2, comma 1; 4, comma 1, lett. b), nonché gli artt. 21 e 23 del D.L. n. 76/2020.

nell'attuale regime codicistico (il titolo V della Parte II consta di appena 14 articoli, di cui non tutti interessanti in senso stretto la fase esecutiva) e, allo stesso modo, nel D.M. 49/2018, recante le linee guida in materia di direzione dei lavori (si pensi alla disciplina delle riserve).
Tale regime sembra informato ad un intento liberalizzante di *deregulation*, che lascia ampi "spazi vuoti" delegati all'autonomia delle parti e non pare aver trovato il pieno favore degli operatori del settore.
Anche il nuovo regolamento unico sugli appalti (nell'ultima bozza disponibile del 16/07/2020, di cui è ancora in corso l'*iter* di approvazione), sul punto, sembra ritornare in linea con questa esigenza di analiticità e di corrispondente compressione della discrezionalità, dedicando un significativo spazio alla fase esecutiva, mediante la distinzione tra la normazione relativa all'esecuzione dei lavori e quella relativa ai servizi e alle forniture[14].
V'è da dire, tuttavia, che, al di là delle riportate innovazioni normative, lo scopo acceleratorio della fase esecutiva sembra essere stato raggiunto solo in parte dal Decreto Semplificazioni, che, al riguardo, reca una regolamentazione di cui non sempre è ben chiara la portata applicativa.
Siffatto profilo di criticità emerge con evidenza nella disciplina delle ipotesi di sospensione dei lavori pubblici e, in misura ancora maggiore, del collegio consultivo tecnico (di seguito anche "CCT", il "rispolverato" organo consultivo di assistenza tecnica deputato alla riduzione del contenzioso in fase esecutiva, la cui istituzione è sancita come obbligatoria nei lavori sopra-soglia), su cui ci si soffermerà più diffusamente in seguito.
Dette norme appaiono il frutto di una normazione 'frettolosa', probabilmente dettata dalle drammatiche contingenze dell'attuale contesto pandemico, che evidenzia significativi problemi di coerenza sistematica.

2. L'articolo 5 e la sospensione dell'esecuzione dei lavori pubblici "sopra-soglia".
In primo luogo, deve evidenziarsi che l'art. 5 del decreto, derogando alle previsioni di cui all'art. 107 del Codice[15], individua, tassativizzandole, un elenco di ipotesi che,

[14] Si fa riferimento, per i lavori, al Titolo VI della Parte II e, per i servizi e le forniture, al Titolo II della Parte III.
[15] Sulla regolamentazione della sospensione nell'ambito D.lgs. n. 50/2016, si rinvia, preliminarmente, alla principale manualistica in materia di contratti pubblici: AA. VV., *Trattato sui contratti pubblici,* a cura di M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Milano, 2019; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici: assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2019; F. CARINGELLA, *I nuovi contratti pubblici*, Roma, 2019; R. DE NICTOLIS, *I nuovi appalti pubblici. Appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017,* Bologna, 2018; A. CIANFLONE; G. GIOVANNINI, V. LOPILATO, *L'appalto di opere pubbliche,* Milano, 2018; G. PERULLI, *La nuova disciplina degli appalti pubblici,* Torino, 2018; M. CORRADINO, S. STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50,* Milano, 2017; R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017; F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo,* Roma, 2017; L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici commentato,* Milano, 2017. In particolare, sulla sospensione, si rinvia, a G. FERRERO, *La sospensione illegittima dei lavori*, in *Appalti&Contratti,*

in via esclusiva, legittimano, fino al 31 dicembre 2021, la sospensione dei lavori pubblici sopra la soglia comunitaria di cui all'art. 35 del Codice (€ 5.350.000)[16].
La norma si applica anche ai lavori in corso di esecuzione.
Le ipotesi di sospensione, la cui operatività temporale è stabilita *"per il tempo necessario al loro superamento"*, sono così individuate alle lett. a) - d) del comma 1 del citato art. 5:
a) cause previste da disposizioni penali, del codice antimafia, da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'UE – di cui, stante l'ampia formulazione della norma, appare non agevole il coordinamento sistematico con l'art. 108 del Codice, non sospeso o derogato, laddove prevede la facoltà di risolvere immediatamente il contratto in caso di violazione di norme comunitarie, ovvero l'obbligo di risolverlo in caso di applicazione di misure di prevenzione e di pronuncia di sentenze penali;
b) gravi ragioni di ordine pubblico o salute pubblica, ivi incluse quelle legate alle misure per l'emergenza sanitaria da COVID-19;
c) gravi ragioni di ordine tecnico, idonee ad incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera;
d) gravi ragioni di pubblico interesse.
La norma prevede, quale possibile effetto della sospensione, una potestà di risoluzione di diritto del contratto in deroga al codice dei contratti, laddove, all'esito della stessa, *"per qualsiasi motivo"*, la prosecuzione dei lavori non possa avvenire con il soggetto designato, ovvero, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento aggiudicatario (tale ultimo inciso è stato aggiunto in sede di conversione).
Preliminarmente, con riguardo alla tecnica legislativa, deve evidenziarsi che l'utilizzo di formule elastiche e di concetti indeterminati nella formulazione delle ipotesi tassativizzate offre il fianco ad un'opera creativa di concretizzazione da parte dell'amministrazione e non risponde alle esigenze di certezza della norma e del suo procedimento applicativo, che assicurano la speditezza dell'operato della P.A. e l'assenza di conflittualità in sede giurisdizionale e stragiudiziale.
In via ulteriore, la normazione derogatoria in commento sembra aver temporaneamente accantonato la distinzione tra le cause legittime e quelle illegittime di sospensione (quest'ultime, infatti, potevano far sorgere pretese risarcitorie in capo

---

4/2020, pp. 29 e ss.; R. BERLOCO, *Le riserve nell'ambito dei lavori pubblici*, Roma, 2019; M. OSCURATO, *La sospensione e ripresa dei contratti in corso di esecuzione dopo il decreto sul direttore dei lavori e direttore dell'esecuzione*, in *Appalti&Contratti*, 3/2020, pp. 50 e ss.; A. CANCRINI, V. CAPUZZA, M. NUNZIATA, *La fase di esecuzione nell'appalto di lavori pubblici*, Roma, 2018; M. MESCHINO (a cura di), *L'esecuzione dei contratti pubblici: guida alle regole del rapporto contrattuale alla luce del decreto correttivo n. 56/2017;* A. AREDDU; *La sospensione dei lavori nel nuovo codice dei contratti pubblici: profili problematici di un legislatore incerto*, in www.lexitalia.it, 2016.

[16] Deve sin d'ora evidenziarsi che la disciplina dell'art. 5 può essere applicata dalle S.A., facoltativamente in tutto o in parte, anche nelle procedure relative ai lavori sotto la soglia comunitaria, ai sensi dell'art. 6, comma 4, del decreto medesimo.

all'operatore economico, anche mediante l'iscrizione di riserve), operando, al contrario, un riferimento poco chiaro, e sostanzialmente sconosciuto nella sistematica degli appalti pubblici, alle sospensioni "volontarie o coattive".
Ciò potrebbe porre l'appaltatore, come rilevato in senso critico dalle associazioni di categoria e nei contributi pervenuti anche nella fase parlamentare della conversione in legge del decreto[17], in una situazione di sudditanza rispetto alla Stazione Appaltante che esprime una netta preferenza, nel contemperamento degli interessi, per l'interesse pubblico alla prosecuzione dell'opera.
Nell'ampia formulazione delle ragioni di ordine tecnico, ad esempio, potrebbero rientrare anche quelle circostanze, non imprevedibili, né oggettive e sopravvenute, bensì legate ad illegittime carenze/omissioni progettuali imputabili a negligenza o imprevidenza della P.A., che condurrebbero comunque ad una sospensione 'legittimata' e, potenzialmente, sulla base di una mera valutazione di opportunità della S.A., anche alla risoluzione del contratto e alla sostituzione dell'operatore medesimo, in assenza di un adeguato contraddittorio.
Allo stesso modo, l'attuale assetto normativo appare carente in ordine alla regolamentazione delle ipotesi di illegittimità sopravvenuta della sospensione, legata all'illegittimo prolungarsi delle cause di sospensione, imputabile alla Stazione appaltante (che, sovente, rappresentano fattispecie ad efficacia durevole nel tempo, non aventi una durata predeterminabile e predefinibile *ex ante*), che normalmente fanno sorgere in capo all'appaltatore, previa diffida alla stazione appaltante, una facoltà di risoluzione senza oneri, fatte salve le pretese risarcitorie per i danni subiti.
Al riguardo, si richiama l'art. 107, comma 2, del Codice, che individua ipotesi di risoluzione senza oneri in capo all'appaltatore (ovvero, in caso di opposizione della committente, di rifusione dei maggiori oneri in capo all'operatore), laddove la sospensione o le sospensioni per ragioni di necessità o pubblico interesse disposte dal R.U.P. durino per un periodo complessivamente superiore ad un quarto della durata complessiva ovvero a sei mesi.
Analogamente, si fa riferimento all'art. 10, comma 5, del D.M. n. 49/2018 (sostanzialmente riprodotto nel comma 4 dell'art. 176 dell'ultima bozza di regolamento unico), che così dispone: *"Non appena siano venute a cessare le cause della sospensione il direttore dei lavori lo comunica al RUP affinché quest'ultimo disponga la ripresa dei lavori e indichi il nuovo termine contrattuale. Entro cinque giorni dalla disposizione di ripresa dei lavori effettuata dal RUP, il direttore dei lavori procede alla redazione del verbale di ripresa dei lavori, che è sottoscritto anche dall'esecutore e riporta il*

[17] Si fa riferimento, tra gli altri, al Dossier ANCE, recante *"Esame, commento e prime indicazioni operative per l'applicazione delle disposizioni del decreto 16 luglio 2020, n. 76, recante 'Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale', convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120"*; nonché alle osservazioni presentate dal Presidente f.f. dell'ANAC, prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica.

nuovo termine contrattuale indicato dal RUP. Nel caso in cui l'esecutore ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori e il RUP non abbia disposto la ripresa dei lavori stessi, l'esecutore può diffidare il RUP a dare le opportune disposizioni al direttore dei lavori perché provveda alla ripresa; la diffida proposta ai fini sopra indicati è condizione necessaria per poter iscrivere riserva all'atto della ripresa dei lavori, qualora l'esecutore intenda far valere l'illegittima maggiore durata della sospensione").

Stante il rilievo per cui l'art. 5 introduce un regime normativo in materia di sospensione dei lavori pubblici che appare integralmente derogatorio, sino al 31/12/2021, delle previsioni di cui all'art. 107 del Codice dei Contratti pubblici e dei relativi provvedimenti attuativi, pare potersi affermare che le sopra riportate previsioni non possano continuare ad applicarsi nella vigenza del Decreto Semplificazioni[18].

Tornando all'esame della norma, si rileva che la sospensione, ai sensi del citato articolo 5, deve essere sempre disposta dal R.U.P., essendo stata paralizzata, fino al 31.12.2021, l'operatività di quelle previsioni dell'art. 107, comma 1, del Codice, che prevedono fattispecie di sospensione disposta dal direttore dei lavori, nei casi in cui ricorrano circostanze speciali e imprevedibili che impediscono in via temporanea l'esecuzione a regola d'arte.

Quanto alle conseguenze della sospensione, deve evidenziarsi che, qualora essa sia disposta per le ipotesi di cui alla lettera a) (leggi penali, antimafia e vincoli UE), si procede immediatamente ai sensi del comma 4, di cui si dirà in seguito.

Nei casi di gravi ragioni di ordine pubblico o di pubblico interesse (di cui alle lett. b) e d), sopra riportate, tra le quali non è chiarissima la distinzione) la stazione appaltante, previa motivata determinazione del CCT, entro 15 giorni dalla comunicazione della sospensione, autorizza la prosecuzione dei lavori nei successivi 10 giorni, fatte salve le ipotesi di assoluta e motivata incompatibilità [19].

Nelle ipotesi di sospensione per gravi ragioni di ordine tecnico (di cui alla lett. c), invece, il CCT - entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori, ovvero della causa che potrebbe determinarla - adotta una determinazione

[18] Sul punto, ed esclusivamente per i maggiori costi e l'incidenza delle misure di contenimento dell'epidemia previste dai DD.LL. nn. 6 e 19/2020, ci si deve limitare a fare rinvio alla lettera c) del comma 4 dell'art. 8 del D.L. n. 76/2020, laddove prescrive che *"il rispetto delle misure di contenimento previste dall'articolo 1 del decreto-legge n. 6 del 2020 e dall'articolo 1 del decreto-legge n. 19 del 2020 nonché dai relativi provvedimenti attuativi, ove impedisca, anche solo parzialmente, il regolare svolgimento dei lavori ovvero la regolare esecuzione dei servizi o delle forniture costituisce causa di forza maggiore, ai sensi dell'articolo 107, comma 4, del decreto legislativo n.50 del 2016 e, qualora impedisca di ultimare i lavori, i servizi o le forniture nel termine contrattualmente previsto, costituisce circostanza non imputabile all'esecutore ai sensi del comma 5 del citato articolo 107 ai fini della proroga di detto termine, ove richiesta; non si applicano gli obblighi di comunicazione all'Autorità nazionale anticorruzione e le sanzioni previsti dal terzo e dal quarto periodo del comma 4 dell'articolo 107del decreto legislativo n. 50 del 2016"*.

[19] La norma non specifica espressamente quali siano le conseguenze di siffatta "assoluta e motivata incompatibilità". Si ritiene che, nel silenzio della legge, anch'esse determinino l'applicazione del successivo comma 4.

con cui accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori, indicando inoltre le modalità, tra quelle di cui al comma 4, con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. La stazione appaltante provvede entro i successivi 5 giorni.

La disposizione non chiarisce in che modo debbano essere formalizzate le modifiche ritenute necessarie dal Collegio tecnico ai fini della prosecuzione dei lavori, specialmente laddove esse importino lavorazioni aggiuntive contrattualmente non previste. Non si comprende, dunque, se debbano applicarsi la procedura di approvazione e i limiti alle varianti in corso d'opera, ai sensi dell'art. 106 del Codice e dell'art. 8 del D.M. n. 49/2018, ovvero, se stante il tenore derogatorio e acceleratorio dell'art. 5, queste ultime non trovino applicazione.

Inoltre, la tempistica individuata per le decisioni del CCT potrebbe dirsi eccessivamente breve, specialmente quanto alla fissazione della decorrenza del termine di adozione della determinazione del CCT dal momento del verificarsi della sospensione o della causa della stessa, nel quale, sovente, non sono chiare sin da subito quali solo le modalità per proseguire i lavori o le modifiche necessarie da apportare.

Il comma 4 citato prevede che, nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo, ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in caso di concordato con continuità aziendale ovvero l'autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa, non possa proseguire con il soggetto designato, la stazione appaltante, previo parere del Collegio consultivo tecnico, dichiara senza indugio la risoluzione del contratto, in deroga alla procedura di cui all'articolo 108, commi 3 e 4, del codice dei contratti pubblici.

Si afferma, dunque, che la risoluzione opera di diritto e, in maniera molto significativa, che essa è pronunciata in deroga alle previsioni dell'art. 108, che disciplinano, per le diverse ipotesi di grave inadempimento e per il ritardo nell'esecuzione, una preventiva fase di contestazione degli addebiti e di contraddittorio, che coinvolge l'operatore economico e allo stesso consente di esplicitare le proprie ragioni.

In primo luogo, non si comprende la ragione per la quale il legislatore, nel disciplinare la risoluzione disposta nel caso in cui *"per qualsiasi motivo"* la prosecuzione dei lavori non possa avvenire all'esito del verificarsi delle cause di sospensione tassativizzate al comma 1, abbia previsto la deroga ad una procedura applicabile per ipotesi - quali il ritardo e il grave inadempimento - tendenzialmente diverse dalle cause sospensive enunciate al citato comma 1.

Al riguardo, potrebbe paventarsi il rischio di una parziale sovrapposizione applicativa tra la sospensione-risoluzione di cui al D.L. e la risoluzione di cui all'art. 108 che, stante l'ampia formulazione delle ipotesi sospensive suscettibile di includere anche il ritardo o il grave inadempimento (si pensi alle gravi ragioni di ordine

pubblico, di pubblico interesse) e l'espressa previsione della risoluzione del contratto *"per qualsiasi motivo"*, rischierebbe di far propendere le S.A. per l'utilizzo della più celere e deformalizzata procedura derogatoria, a dispetto di quella codicistica in cui è disciplinata l'essenziale fase della contestazione degli addebiti e del contraddittorio tra le parti[20].

La dottrina e la giurisprudenza prevalente, infatti, ritengono che la contestazione degli addebiti, pur non necessitando di particolari formalità, rappresenta un elemento essenziale ai fini della legittimità della risoluzione, in quanto garantisce un ineludibile contraddittorio procedimentale[21].

Potrebbe ipotizzarsi, con un'interpretazione 'correttiva' volta a colmare i numerosi spazi normativi vuoti del Decreto o di cui non è ben chiara la portata applicativa, che la fase della contestazione degli addebiti sia stata ritenuta "assorbita" dal contraddittorio deformalizzato delle parti innanzi al collegio consultivo tecnico (per il quale deve necessariamente farsi integrale rinvio all'art. 6), che forse appare meno tutelante per le ragioni dell'operatore.

Non è espressamente chiarito, però, se le modalità di adozione, il procedimento e la natura delle determinazioni del CCT, in materia di sospensione ai sensi dell'art. 5, siano le medesime individuate ai sensi dell'art. 6, con riguardo alle diverse funzioni di assistenza per la risoluzione delle controversie e dispute in fase di esecuzione.

Quale alternativa alla risoluzione di diritto, il comma 4 dell'art. 6 opera un riferimento ai *"gravi motivi tecnici ed economici"*, che, anche in base al citato parere del CCT, rendano *"possibile o preferibile"* proseguire con il medesimo soggetto.

Ancora una volta il richiamo ai concetti indeterminati della possibilità o della preferibilità, che certamente involgono valutazioni di ampia discrezionalità e opportunità della P.A., non accompagnate da linee guida argomentative ovvero da precise garanzie procedimentali che scongiurino decisioni arbitrarie o irragionevoli, non sembra suscettibile di agevolare una rapida e pacifica soluzione delle vertenze,

---

[20] La potenziale confusione di regimi normativi è amplificata inoltre, dal comma 5, laddove sancisce l'applicabilità del meccanismo risolutorio 'deformalizzato' anche nei casi in cui, prescindendo dalle esigenze di cui al comma 1 relative alle sospensioni 'tassativizzate', si determini in ogni caso un ritardo nell'avvio o nell'esecuzione dei lavori.

[21] Sulla risoluzione negli appalti pubblici, in aggiunta alla manualistica in materia di appalti richiamata *supra* alla nota 13, si rinvia a AA.VV., *Trattato sui contratti pubblici,* Vol. V, Milano, 2019; I. COPPOLA, *Recesso e risoluzione nel contratto pubblico di appalto - Una riflessione sulla natura e sul principio della doppia impugnazione in campo processuale (il paradigma dell'autotutela tra diritto civile e diritto amministrativo),* in *Corti Salernitane,* 2018, pp. 333 e ss. R. BERLOCO, *op. cit.;* G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico: nuove prospettive alla luce del codice dei contratti pubblici e del correttivo del 2017,* Roma, 2018; AA. VV., *I contratti pubblici,* a cura di M. CORRADINO, D. GALLI, D. GENTILE, M.C. LENOCI, Roma, 2017; G. CAPUTI, D. VILLA, *Lo scioglimento del rapporto contrattuale per volontà della stazione appaltante: recesso e risoluzione,* in F. SAITTA (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture,* Padova, 2008; M. BERTOLISSI, *L'esecuzione del contratto,* in *L'appalto di opere pubbliche,* Padova, 2004;

che integra il fulcro delle esigenze acceleratorie di un Decreto denominato "Semplificazioni".
Si è consapevoli che la tecnica legislativa, specialmente quella relativa all'operato dei pubblici poteri, non può eliminare qualsivoglia margine di ambiguità o incertezza nell'applicazione della norma, ma, certamente, ci si poteva attendere una maggiore analiticità, soprattutto nell'ambito di una decretazione dal tenore derogatorio che interviene per assunte esigenze acceleratorie.
La stazione appaltante, quindi, laddove opti per la risoluzione e non per la prosecuzione dei lavori con l'appaltatore, potrà provvedere secondo una delle seguenti modalità alternative (nella circolare interpretativa del MIT del 18/11/2020 si afferma che dette modalità sono "equivalenti"[22]):
a. procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche;
b. interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle medesime condizioni già proposte dall'operatore interpellato (è stata espresso dall'ANAC e dell'ANCE un parere positivo in ordine alla preferenza per le condizioni contrattuali dell'operatore interpellato, che senza dubbio agevolerebbe l'interpello medesimo, sebbene sia suscettibile di determinare un aggravio dei costi per la S.A.);
c. indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera;
d. proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera, ai sensi dell'art. 4 del D.L. n. 32/2019.
Si specifica, inoltre, che al fine di salvaguardare i livelli occupazionali e contrattuali originariamente previsti, l'impresa subentrante, ove possibile e compatibilmente con la sua organizzazione, prosegue i lavori anche con i lavoratori dipendenti del precedente esecutore se privi di occupazione.
Il successivo comma 5 soggiunge che il menzionato comma 4 si applica anche in caso di ritardo dell'avvio o dell'esecuzione dei lavori, non giustificato dalle esigenze sospensive descritte al comma 1 della norma, che si protrae per un numero di giorni pari o superiore a un decimo del tempo previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno trenta giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera.
In sostanza, al di là delle ipotesi tassativizzate in senso qualitativo, in ogni caso, un mero ritardo quantitativamente individuato, qualunque ne sia la ragione (legittima o

[22] Cfr. Circolare del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti del 18/11/2020, avente ad oggetto *"Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenzi per la semplificazione e l'innovazione digitale", convertito con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120"*.

illegittima, imputabile o meno alla S.A.), potrebbe comunque condurre alla risoluzione e alla sostituzione dell'operatore aggiudicatario.
Il successivo, e molto rilevante, comma 6 introduce una significativa e amplissima limitazione all'operatività dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c. probabilmente aggravando la posizione di recessività degli interessi dell'operatore economico (si pensi, ad esempio, alle ipotesi di mancato pagamento dei SAL o alla mancata cooperazione della S.A. nell'adempimento dell'appaltatore).
Ed infatti, si prevede che, al di fuori delle ipotesi di sospensione tassative di cui al comma 1, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'opera ovvero le prestazioni connesse alla tempestiva realizzazione dell'opera.
Il secondo periodo del comma 6 contiene una previsione, che sembra fare il paio con il richiamo all'art. 125 c.p.a., operato nell'art. 4 per le procedure di cui agli artt. 1 e 2[23], ma con significativi ed ulteriori problemi di interpretazione originati dal riparto di giurisdizione che assegna al giudice ordinario la cognizione delle controversie nella fase esecutiva dell'appalto.
Il legislatore, infatti, delinea taluni criteri decisionali e argomentativi a cui il giudice dovrebbe attenersi nelle ipotesi di impugnativa giudiziale, sia in fase cautelare che di merito, specificando che lo stesso deve tenere conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera. Ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, deve valutarsi anche la irreparabilità del pregiudizio per l'operatore economico, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto pubblico alla celere realizzazione dell'opera.
Si soggiunge che, in ogni caso, l'interesse economico dell'appaltatore o la sua eventuale sottoposizione a procedura concorsuale o di crisi non può essere ritenuto prevalente rispetto all'interesse alla realizzazione dell'opera pubblica.

3. L'articolo 6 e la "reviviscenza" del Collegio consultivo tecnico.
La norma reintroduce l'istituto "ballerino" del Collegio consultivo tecnico, sancendone l'obbligatoria operatività per i lavori sopra soglia sino al 31 dicembre 2021[24].

---

[23] Ai commi 2 e 3 dell'articolo 4 si prevede infatti che: *"2. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui agli articoli 1 e 2, comma2, del presente decreto, qualora rientranti nell'ambito applicativo dell'articolo 119, comma 1, lettera a), del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, si applica l'articolo 125, comma 2, del medesimo codice.*
3. In caso di impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di cui all'articolo 2, comma 3, si applica l'articolo 125 del codice del processo amministrativo, approvato con il decreto legislativo 2 luglio2010, n. 104".
[24] Per approfondimenti sul Collegio Consultivo Tecnico, si rinvia a C. VOLPE, *Il collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, 13 novembre 2020, in www.giustiziaamministrativa.it; S. USAI, *Il collegio consultivo tecnico nella legge 120/2020: funzioni, composizione e la disciplina delle cause di sospensione dell'esecuzione dei*

Ed infatti, il suddetto strumento di ADR non costituisce una novità assoluta nell'ambito della normazione sugli appalti pubblici, essendo stato già previsto dall'art. 207 del D.lgs. n. 50/2016 come organo di assistenza tecnica deputato alla formulazione di proposte di soluzione delle controversie insorte in fase esecutiva che, laddove sottoscritte dalle parti, potevano avere valore di transazione.
Con il decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 56/2017) tale istituto era stato soppresso, in accoglimento delle osservazioni critiche formulate da ANAC e dal Consiglio di Stato.
In particolare, la Commissione Speciale del Supremo Collegio, con il Parere n. 855/2016 dell'1° aprile 2016, aveva rilevato che *"il presupposto della norma non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione a-tecnica) che si prevede possano nascere. La norma, in particolare, non chiarisce se il ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro"*.
Similmente, nel corso dell'audizione parlamentare del 17 marzo 2016, il presidente dell'ANAC aveva ritenuto la formulazione normativa di cui all'articolo 207 eccessivamente vaga nel suo contenuto evidenziando che la stessa, prendendo a modello l'arbitrato irrituale, rischiava di influenzare i compiti e le funzioni attribuite alla Camera Arbitrale, eludendo la normativa in materia che prescrive l'obbligo di un arbitrato istituzionale-amministrato negli appalti pubblici (si fa riferimento alle previsioni di cui agli artt. 209 e 210 del Codice vigente).
In aggiunta, era stata altresì sollevata la questione dell'imparzialità e dell'indipendenza dei membri del CCT, evidenziandosi che le parti potevano nominare i tre membri del collegio, senza dover soddisfare ulteriori requisiti legislativamente previsti.
Successivamente, con il Decreto Legge n. 32/2019 (art. 1, commi 11-14, del c.d. Decreto "Sblocca cantieri", conv. in L. n. 55/2019), l'istituto è stato "riesumato" a tempo, ovvero fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico, quale organo di assistenza per la rapida soluzione di controversie suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione, al fine di prevenire possibili contenziosi.
Nell'ambito di siffatta normazione la natura transattiva della proposta del collegio è stata significativamente diluita, derubricandosi il Collegio a mero organo facoltativo di assistenza tecnica ai fini della risoluzione di controversie, avente una dubbia

lavori, 11 novembre 2020, in https://www.mediappalti.it/il-collegio-consultivo-tecnico-nella-legge-120-2020-funzioni-composizione-e-la-disciplina-delle-cause-di-sospensione-dellesecuzione-dei-lavori/; M. NUNZIATA, *Appalti: prospettive di prevenzione e risoluzione delle controversie con il collegio consultivo tecnico previsto dal Decreto Legge semplificazioni*, 4 settembre 2020, in https://www.filodiritto.com/appalti-prospettive-di-prevenzione-e-risoluzione-delle-controversie-con-il-collegio-consultivo-tecnico-previsto-dal-decreto-legge-semplificazioni#_ftn7; S. VALAGUZZA, *Collegio consultivo tecnico: rischia il flop, urge restyling in sede di conversione*, 28 luglio 2020, in https://www.ingenio-web.it/27834-collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urge-restyling-in-sede-di-conversione.

utilità pratica, laddove si è specificato che *"l'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse"*.

Orbene, l'art. 6, nell'abrogare i sopracitati commi del decreto sblocca cantieri, come detto, ha superato la facoltatività dell'organo consultivo, sancendone l'obbligatorietà come organo di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche (riproponendosi l'espressione a-tecnica già criticata dal Consiglio di Stato) di ogni natura suscettibili di insorgere nella fase esecutiva dei lavori sopra la soglia comunitaria.

In via ulteriore, come si è visto al paragrafo precedente, è stato assegnato allo stesso un ruolo di assoluta centralità, con l'attribuzione dei poteri consultivi di cui all'art. 5 nelle ipotesi di sospensione dell'esecuzione dei lavori e di potenziale risoluzione del contratto all'esito della stessa.

Il CCT è modellato sulla figura del *Dispute Board* internazionale in coerenza con i modelli contrattuali standardizzati della FIDIC – la Federazione Internazionale dei Consulenti Tecnici[25] - e della ICC – Camera Internazionale di Commercio - (in parte recepiti anche nel Regolamento della Camera Arbitrale di Milano che, dal 2016, ha istituito il *Dispute Resolution Board* con una clausola modello da inserire nei contratti che prevede raccomandazioni in un certo senso vincolanti[26]) e, tuttavia, contrariamente al CCT, può notarsi che le decisioni di questi ultimi organi sono ampiamente ricorribili in sede giurisdizionale e possono essere comunque propedeutiche all'instaurazione di un giudizio arbitrale[27].

Le clausole standardizzate di *Alternative Dispute Resolution* (ADR) predisposte da FIDIC e ICC prevedono, infatti, essenzialmente tre tipologie di organi: il *Dispute Adjudication Board* (regolamentato da FIDIC e ICC) che adotta decisioni immediatamente vincolanti; il *Dispute Review Board* (disciplinato esclusivamente dall'ICC) con funzioni consulenziali che adotta raccomandazioni non vincolanti, suscettibili di divenire vincolanti in assenza di contestazioni delle parti entro un termine perentorio [28]; il *Combined Dispute Board* (disciplinato esclusivamente dall'ICC) che espleta essenzialmente entrambe le funzioni.

---

[25] L'organo di rappresentanza globale internazionale formato da associazioni nazionali di ingegneri consulenti, che provengono da più di 100 paesi in tutto il mondo

[26] Il regolamento è in vigore dal 1° gennaio 2016 ed è pubblicato al seguente *link:* *https://camera-arbitrale.it/it/dispute-resolution-board/index.php?id=522*.

[27] Si fa riferimento, essenzialmente alle *clauses* 20.5, 20.6 e 20.7 del FIDIC *Red Book*, nonché agli articoli 4.4 (DRB) e 5.4 (DAB) delle ICC *Dispute Board Rules*, laddove si prevede che *"If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to this Article 4, the other Party may refer the failure itself, without having to refer it to the DRB first, either to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction. A Party that has failed to comply with a Recommendation, when required to do so, shall not raise any issue as to the merits of the Recommendation as a defence to its failure to comply without delay with the Recommendation"*.

[28] L'art. 4.3 delle ICC *Dispute Board Rules* dispone che *"The Parties agree that if no Party has given a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the*

La costituzione dell'organo è, dunque, obbligatoria, per i lavori sopra-soglia, prima dell'avvio dell'esecuzione, ovvero entro 10 giorni da tale data e, per i contratti la cui esecuzione è già iniziata, entro 30 giorni dall'entrata in vigore del decreto. Il carattere di "transitorietà" dell'Organo potrebbe ingenerare una confusione applicativa, sovrapponendo diversi regimi normativi nella vigenza del contratto, specialmente in quanto si prevede che esso, ove obbligatorio, può anche essere sciolto al termine dell'esecuzione ovvero, su accordo delle parti, dopo il 31/12/2021[29].
Ed infatti, la previsione dello strumento anche per i contratti in corso di esecuzione e la rigida "scadenza" dell'organo al 31/12/2021 potrebbe porre problemi di diritto intertemporale nei numerosi contratti la cui esecuzione potrebbe prolungarsi oltre la detta scadenza e, ovviamente, nei contratti in cui l'esecuzione è già in corso, nella vigenza e nella piena operatività degli altri strumenti di ADR previsti dal Codice.
Ciò in quanto una dottrina ha ritenuto che, per i contratti in corso, stante l'espresso divieto di compromessi successivi alla stipula del contratto, si debba realizzare un'integrazione delle previsioni pattizie ai sensi dell'art. 1339 c.c.[30].
È prevista, inoltre, al comma 4, la costituzione facoltativa dell'organo di assistenza nella fase esecutiva, anche per i lavori sotto la soglia comunitaria, potendo le parti convenire di applicare in tutto o in parte sia le disposizioni dell'art. 6, ma anche quelle dell'art. 5 in tema di sospensione. La norma non chiarisce, soprattutto con riguardo ai lavori in corso di esecuzione, in quale atto le parti possono prevedere l'istituzione del CCT facoltativo e l'applicabilità, in tutto o in parte, delle norme in materia di sospensione.
Il comma 2 disciplina le modalità di nomina dell'organo consultivo.
Il collegio è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre ovvero, in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, da cinque componenti.
I membri possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero concordando che ciascuna nomini un componente e che il terzo o il quinto, con funzione di presidente, sia nominato dai componenti di nomina di parte.
Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse.

Recommendation shall become final and binding on the Parties. The Parties shall comply without delay with a Recommendation that has become final and binding and agree not to contest that Recommendation, unless such agreement is prohibited by applicable law".

[29] Deve evidenziarsi che siffatta sovrapposizione confusa di regimi normativi può rilevarsi anche nel regime normativo derogatorio della sospensione, quando, verosimilmente, la durata della fase esecutiva di un contratto sia suscettibile di prolungarsi oltre l'estensione della vigenza del decreto-legge, in costanza di ipotesi sospensive aventi una lunga durata.

[30] S. VALAGUZZA, *op. cit.*

I componenti devono essere dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera secondo i requisiti descritti dalla norma[31].
Al riguardo, si osserva che i criteri di nomina del CCT non sembrano garantire un sufficiente livello di imparzialità, indipendenza e terzietà dei componenti, specie con riguardo al potere di nomina del presidente, che è assegnato alla parte pubblica in caso di mancato accordo delle parti. Ciò, soprattutto, laddove l'Amministrazione sia anche committente dell'opera pubblica, potrebbe determinare il rischio di una maggioranza 'pre-costituita' a favore della P.A[32].
Al fine di ovviare a questo potenziale sbilanciamento della maggioranza sarebbe stato ben possibile applicare le note regole in materia di arbitrato, previste anche per l'arbitrato amministrato in materia di appalti pubblici, che attribuiscono ad un organo terzo – quale il Presidente del Tribunale o della Corte d'Appello competente, ovvero alla Camera Arbitrale stessa – il potere di nomina del presidente del collegio, in caso di mancato accordo tra le parti.
In via ulteriore, il comma 5 disciplina un CCT facoltativo "ante-esecuzione", prevedendo che la stazione appaltante, tramite il R.U.P., possa costituire un Collegio di tre membri (di cui uno di nomina ministeriale o da parte degli enti locali), per risolvere le problematiche tecnico-giuridiche in fase di gara, in relazione, ad esempio, alle caratteristiche delle opere, alle condizioni o clausole della *lex* di gara, alla verifica dei requisiti o dei criteri di selezione o di aggiudicazione.
È stato evidenziato che detto ultimo organo si configura come una sorta di "amministrazione parallela" con funzioni di supporto affidate in capo a soggetti non incardinati nella P.A. e che non sono stati adeguatamente chiariti i rapporti tra l'organo medesimo, il R.U.P. e l'autonomia della commissione giudicatrice, stante anche il potere del CCT di pronunciarsi sui criteri di aggiudicazione [33].
È previsto altresì che, ferma la necessità di sostituzione di uno dei componenti dell'organo di supporto in gara con un membro di parte privata, non sono incompatibili le funzioni di componente del collegio "ante-esecuzione", con il successivo espletamento delle funzioni nel CCT in fase esecutiva.
Si individua, dunque, una linea di continuità dell'organo, posto stabilmente a supporto delle parti, sostanzialmente nella medesima composizione dalla fase della selezione del concorrente sino a quella dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali.

---

[31] Il comma 2 dell'art. 6 prescrive che *"Il collegio consultivo tecnico è formato, a scelta della stazione appaltante, da tre componenti, o cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca, oppure che siano in grado di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni nel settore di riferimento"*.

[32] Sul punto, S. VALAGUZZA, *cit.*

[33] Sul punto, si veda anche l'intervento parlamentare del Pres. ANAC sopra citato.

Quanto alle determinazioni del collegio, adottate in contradditorio anche mediante la possibile convocazione delle parti e in difetto della possibilità di nomina di consulenti tecnici esterni, è previsto che esse hanno la natura del lodo contrattuale ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c., fatta salva la diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse[34].

Al riguardo, non si comprende esattamente quale valore possano avere le decisioni del CCT nel caso in cui le parti manifestino siffatta "diversa e motivata volontà", che sembra suscettibile di derubricare il Collegio ad un irrilevante organo tecnico deputato alla formulazione di raccomandazioni non vincolanti, trasformandolo in un adempimento burocratico privo di qualsiasi valenza acceleratoria dell'esecuzione e deflattiva del contenzioso.

In via ulteriore, il richiamo all'arbitrato irrituale è particolarmente problematico alla luce degli orientamenti ermeneutici della giurisprudenza della Cassazione sulla tendenziale inammissibilità dell'arbitrato irrituale negli appalti pubblici[35], nonché

[34] Sull'arbitrato rituale e irrituale nei contratti di appalto pubblico, si rinvia, tra gli altri, a M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici,* in *Riv. dell'Arbitrato,* 2/2019, pp. 361 e ss.; G.F. LICATA, *La risoluzione delle controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista,* 13 aprile 2018; E. ODORISIO, *L'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici,* in *Riv. dir. proc.*, 2016, pp. 1607 e ss.

[35] *Ex multis* Cass. Civ. 7759/2020 e, ancor prima, SS.UU. 8987/2009, secondo cui la P.A. non può avvalersi, per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati, dello strumento del cd. arbitrato irrituale o libero poiché, in tal modo, il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) che, **oltre ad essere individuati in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta, sarebbero pure destinati ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate dalle dette garanzie**. In senso parzialmente difforme, una dottrina, M. DELSIGNORE, *La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici,* in Riv. dell'Arbitrato, 2/2019, pp. 361 e ss. ha evidenziato che *"Nel confermare la nullità del lodo in esito ad arbitrato irrituale in cui sia parte l'Amministrazione e l'ineliminabile rilevanza dell'interesse pubblico anche nell'esercizio di strumenti privatistici, la Corte precisa, però, che la clausola compromissoria è parte di un contratto stipulato nel 1986, quando la dottrina dominante escludeva l'ammissibilità dell'istituto, così lasciando intendere possibili diversi sviluppi futuri. Ed infatti, successiva alla stipula di quel contratto è la disposizione di cui all'art. 808-ter c.p.c. con cui nel 2006 si è definito la forma obbligatoria delle determinazioni adottate con lodo contrattuale, come anticipato, pone il problema della delega ad un organo privato delle decisioni in materia di appalti pubblici, contrastando con la generale ratio della normazione sugli appalti pubblici, per come interpretata dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, che impone, per i riportati fini di garanzia di trasparenza e imparzialità delle decisioni, il ricorso alle forme di arbitrato rituale amministrato, peraltro reso sempre secondo diritto, presso la Camera Arbitrale dei contratti pubblici; l'arbitrato irrituale la soluzione della controversia dagli arbitri mediante determinazione contrattuale e si è armonizzata la procedura secondo un modello analogo a quello dell'arbitrato rituale. Non pare, allora, che ove l'arbitrato irrituale segua la disciplina procedurale di quello rituale e la decisione della controversia derivi dall'applicazione del diritto sorgano ostacoli all'utilizzo dell'istituto per il solo fatto che la decisione sia contenuta in un atto privato e non in un lodo depositato (109). Semmai le parti nel valersi di tale rimedio debbono essere consapevoli delle minori garanzie in caso di inottemperanza dell'Amministrazione a quanto disposto nel lodo, posto che, come noto, il lodo contrattuale non ha efficacia di sentenza, né può essere reso esecutivo. Resta, però, l'inconveniente reale che ove la Corte di cassazione non muti orientamento, nonostante l'intervento successivo del legislatore, la parte insoddisfatta dalla soluzione fornita con il lodo irrituale possa impugnarlo e ottenere la dichiarazione della sua nullità ai sensi dell'art. 829 c.p.c."*.

della Corte Costituzionale in ordine alla previsione legislativa di forme obbligatorie di arbitrato[36].

Ed infatti, quanto all'obbligatorietà di forme di arbitrato, tanto più se irrituale, si evidenzia che essa pare contrastare con l'orientamento prevalente della giurisprudenza costituzionale[37] e amministrativa[38], che tende a configurare l'arbitrato quale metodo di risoluzione delle controversie essenzialmente legato alla libera determinazione delle parti e non ad obblighi legislativi, non godendo siffatto strumento di ADR di alcuna copertura costituzionale[39].

L'evoluzione normativa ha, infatti, confermato la volontà di trasformare l'istituto in un rimedio tendenzialmente residuale ed eccezionale nella materia dei contratti pubblici, stante l'introduzione, al pari della transazione, della necessità di una preventiva autorizzazione dell'organo di governo dell'amministrazione, a pena di nullità della clausola compromissoria, volta ad attestare, con una connessa assunzione di responsabilità erariali in tal senso, la convenienza e la coerenza con l'interesse pubblico dell'opzione per l'arbitrato[40].

Con riguardo alla natura delle determinazioni del CCT si osserva che, in materia di arbitrato irrituale, sono abbastanza ristretti i margini di azionabilità del lodo che assume la forma di una determinazione negoziale eseguibile attraverso una ordinaria azione di adempimento e, in via ulteriore, anche i profili di impugnabilità giurisdizionale della stessa[41].

---

[36] Corte Cost. 123/2018 e 221/2005, secondo cui In particolare, con la sentenza n. 127 del 1977, che ha dato avvio al predetto orientamento, questa Corte ha affermato il principio secondo cui la "fonte" dell'arbitrato non può essere individuata in una legge ordinaria o in una volontà autoritativa, "perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, primo comma, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, primo comma, Cost. Ciò corrisponde al criterio di interpretazione sistematica del testo costituzionale (nel quale la portata di una norma può essere circoscritta soltanto da altre norme dello stesso testo o da altre ancora ad esse parificate); e corrisponde anche alla garanzia costituzionale dell'autonomia dei soggetti (sottolineata con particolare vigore nella sent. n. 2 del 1963 di questa Corte), autonomia, che, mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41 - 44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili è appunto garantita dall'art. 24, primo comma, della Costituzione".

[37] A partire dalle note sentenze nn. 127/1977 e 125/1996.

[38] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 ottobre 2003, n. 6335.

[39] Si fa riferimento anche al potere di ricusazione della clausola compromissoria riconosciuto all'aggiudicatario, ai sensi dell'art. 209, comma 2, del Codice che, laddove esercitato, vincola la Stazione appaltante a non inserire la clausola medesima nel contratto.

[40] Sul punto, M. DELSIGNORE, *op. cit.*, p. 387. *Contra* G.F. LICATA, *op. cit.*, par. 3, che ritiene che la previsione di un obbligo autorizzativo della clausola compromissoria da parte dell'organo di governo non manifesti un disfavore per l'arbitrato, ma solo la necessità di una ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto.

[41] Posto che sia l'arbitrato rituale che quello irrituale hanno natura privata, la differenza tra l'uno e l'altro tipo di arbitrato non può imperniarsi sul rilievo che con il primo le parti abbiano demandato agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice, ma va ravvisata nel fatto che, nell'arbitrato rituale, le parti vogliono che si pervenga ad un lodo suscettibile di essere reso esecutivo e di produrre gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., con l'osservanza delle regole del procedimento arbitrale, mentre nell'arbitrato irrituale esse intendono affidare all'arbitro (o agli arbitri) la soluzione di controversie (insorte o che possano insorgere in relazione a determinati

Il lodo contrattuale, infatti, è impugnabile solo per vizi della volontà o per incapacità delle parti/arbitri, senza la possibilità di dedurre *errores in iudicando* o nell'interpretazione del contratto. Si tratta di un margine di impugnabilità molto limitato rispetto all'arbitrato rituale amministrato, le cui decisioni si ritiene debbano essere rese sempre secondo diritto e mai secondo equità[42], in quanto, ai sensi dell'art. 209, comma 14 del Codice, il lodo arbitrale in materia di appalti è impugnabile, oltre che per i profili di nullità di cui all'art. 829 c.p.c., anche per motivi di merito.

In linea con l'intento riformatore del Decreto in ordine alla responsabilità amministrativa negli appalti pubblici, è stato previsto che l'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità per danno erariale del soggetto agente e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali.

Al contrario, l'osservanza delle determinazioni medesime è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, fatto salvo il dolo.

Al riguardo, può sottolinearsi la mancata previsione di un rigoroso regime delle responsabilità dei componenti del collegio, il cui compito appare, invece, gravoso e perciò meritevole di disciplina, soprattutto perché le decisioni del CCT possono costituire causa di esclusione della responsabilità erariale, salvo il dolo[43].

L'organo consultivo si intende costituito con la nomina del terzo o quinto componente e ad esso deve essere consegnata integrale copia della documentazione inerente al contratto.

Il termine per l'adozione delle determinazioni del CCT, rese a maggioranza dei componenti, è fissato in 15 giorni dalla comunicazione dei quesiti, con provvedimento succintamente motivato, le cui motivazioni possono essere integrate nei successivi 15 giorni. Detto termine, in caso di particolari esigenze istruttorie, può essere esteso a 20 giorni.

Ancora una volta, analogamente alle determinazioni in fase di sospensione, emerge che i termini brevi di adozione delle decisioni non sembrano, in astratto, compatibili con i complessi profili tecnici che involgono i lavori sopra-soglia e, laddove rese in

---

rapporti giuridici) soltanto attraverso lo strumento negoziale, mediante una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà". Deve soggiungersi, inoltre, che ai sensi dell'art. 112, comma 2, lett. e), del c.p.a. è esperibile l'azione di ottemperanza al fine di ottenere l'adempimento della P.A. all'obbligo di conformarsi al lodo arbitrale esecutivo divenuto inoppugnabile.

[42] Sul punto, si rinvia anche alle disposizioni dell'art. 12 del c.p.a., che disciplinano, in via generale, l'arbitrato rituale di diritto nel processo amministrativo.

[43] Ciò alla luce del citato orientamento delle SS.UU. della Cassazione n. 8987/2009, secondo cui, sebbene non si ravvisi alcuna incompatibilità di principio tra la natura pubblica del contraente e la possibilità di un componimento negoziale, nell'arbitrato irrituale, in ogni caso, il perseguimento dell'interesse pubblico verrebbe ad essere affidato all'operato di soggetti sottratti ad ogni controllo, rendendo evanescente anche l'eventuale individuazione di qualsiasi conseguente responsabilità.

maniera troppo 'frettolosa', potrebbero creare ancor più danni rispetti a quelli prodotti dall'inerzia amministrativa e dalle lungaggini giudiziarie.
Senza contare che la norma non contiene una adeguata disciplina delle modalità di attivazione del CCT.
In altre parole, laddove fa riferimento ai "quesiti", non è specificato se gli stessi devono essere omogenei, ossia formulati d'accordo tra le parti, ovvero possono essere disomogenei, essendo sufficiente l'iniziativa di una sola parte per richiedere l'intervento e la conseguente determinazione del Collegio.
Qualora fosse sufficiente l'iniziativa di una sola parte, si manifesterebbe una palese dissonanza con l'art. 808 *ter* c.p.c., attribuendo valore di lodo irrituale ad una decisione che non è il frutto della concorde volontà delle parti contraenti, bensì unicamente di una espressa statuizione legislativa di un arbitrato 'obbligatorio'.
Il comma 7 disciplina il compenso dei componenti del CCT, che è a carico delle parti del contratto, è liquidato sulla base delle determinazioni delle stesse, con criteri di proporzionalità (in relazione al valore dell'opera, nonché al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni) ed è inserito nel quadro economico dell'opera, alla voce "Spese impreviste".
In mancanza di determinazione delle parti, la norma stabilisce che si possa corrispondere anche un gettone unico omnicomprensivo.
Il regime delle spese non sembra caratterizzato da una analitica regolamentazione in ordine alle modalità di ripartizione del carico delle spese tra le parti, al compenso dei componenti di parte e, in misura ancora maggiore, al compenso del membro con funzioni di presidente.
Inoltre, i parametri in base ai quali liquidare i compensi dei componenti il CCT paiono troppo genericamente indicati, se si eccettua il valore dell'opera, e ciò potrebbe determinare, oltre ad un contenzioso tra tecnici e parti del contratto, anche vere e proprie difficoltà applicative (soprattutto per le gare in corso, in cui i quadri economici sono stati già definiti) che, in ultima istanza, potrebbero tradursi in un imprevedibile aggravio del costo dei lavori pubblici.
A titolo latamente sanzionatorio il citato comma prevede una decurtazione da un decimo a un terzo del compenso, in caso di ritardo nell'adozione delle determinazioni dell'organo.
Il comma 8, invece, disciplina alcune (invero insufficienti) ipotesi di incompatibilità, volte ad assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dei componenti, individuate esclusivamente in una soglia quantitativa di possibile assunzione degli incarichi, definita in un massimo di cinque contemporaneamente e di dieci ogni due anni.
Come rilevato dall'ANAC, sembrano del tutto inadeguate le disposizioni sulle incompatibilità successive allo svolgimento dell'incarico e sulla necessaria assenza dei conflitti di interesse, anche in relazione all'attuale cornice codicistica delle linee

guida attuative in materia di conflitti di interesse nei pubblici appalti, nonché sul soggetto deputato alle verifiche sulle incompatibilità medesime[44].

A fronte di ciò, e visto l'elevato numero di procedure per cui sarebbe obbligatoria la costituzione del CCT (circa 900 per anno, senza contare i collegi facoltativi sotto-soglia e in fase di gara [45]) e il non elevatissimo numero di professionalità dotate di adeguate competenze al riguardo, si evidenzia che non potrebbe escludersi il rischio di una serialità nella composizione degli organi e di una arbitrarietà nelle scelte dei componenti.

È infine disciplinata una ipotesi para-sanzionatoria relativa ad un divieto di nuova nomina del componente, in caso di assunzione di determinazioni tardive (in particolare, per il ritardo nell'adozione di tre determinazioni ovvero di una sola, superiore a 60 giorni). Si prevede, inoltre, in caso di ritardo, una ipotesi di decadenza del collegio, con il potere della S.A. di operare prescindendo dalle determinazioni dello stesso. Tale disposizione appare di difficile interpretazione, specialmente per le fattispecie integralmente derogatorie in tema di sospensione, ove appare del tutto centrale e indefettibile la funzione dell'organo consultivo.

Conclusivamente, può osservarsi che l'intento, pur lodevole nella *ratio*, del legislatore di costituire un organo tecnico qualificato e stabilmente posto a supporto delle parti del contratto - sulla base di un *project-based approach* che, in relazione alle controversie e dispute tecniche tra le parti dovrebbe rappresentare *"l'equivalente legale della medicina preventiva"*[46], operando in modo deformalizzato, in contraddittorio e anche attraverso sistemi telematici - sembra perseguito in maniera poco sistematica e con una normazione scarna che non reca chiare indicazioni agli operatori che devono applicarla.

---

[44] Nella relazione parlamentare del Presidente f.f. ANAC si evidenzia, al riguardo, che *"Va rafforzato con norme esplicite il regime di indipendenza soggettiva dei componenti del CCT, non solo fissando - come fa il decreto - tetti massimi al numero di incarichi conferibili, ma anche un rigoroso regime di incompatibilità, sia relativamente alla riproduzione della stessa composizione per più collegi, sia di incompatibilità successive allo svolgimento dell'incarico, volte ad impedire sia conflitti di interessi con imprese coinvolte nelle procedure contrattuali, sia lo svolgimento di ulteriori attività (di collaborazione/consulenza) a favore dell'amministrazione interessata per un periodo non inferiore a due anni. Non è chiaro, poi, quale sia il soggetto capace e competente ad effettuare le verifiche sulle ipotesi di incompatibilità (ad esempio tenendo conto delle plurime nomine già formalizzate), le quali altrimenti si potrebbero risolvere in un ulteriore aggravio procedimentale per la stazione appaltante. Ciò assume particolare rilievo in ragione del numero di collegi da nominare, potenzialmente elevato (circa 900 l'anno)4 e dei componenti coinvolti (da 3 a 5 per ciascun collegio). Va rafforzata, inoltre, la vigilanza sul rispetto delle norme sul conflitto di interessi in generale e del conflitto di cui all'art. 42 d.lgs. 50/2016, anche alla luce della interpretazione estensiva della norma, fornita dall'Autorità nelle Linee Guida n. 15, par. 3, nonché delle norme sulle incompatibilità di cui all'art. 209, comma 6, del Codice, in quanto applicabile. Potrebbe, in proposito, essere valutata l'ipotesi dell'affidamento di tali compiti alla Camera arbitrale"*.

[45] Secondo le statistiche riportate da ANAC, con riguardo all'anno 2018, nell'ambito della Relazione del Presidente al Parlamento.

[46] M. NUNZIATA, *op. cit.*, che traduce le espressioni di R. PANETTA, *How to settle disputes in the international construction industry: the dispute board,* in G. IUDICA, *Sette questioni in tema d'appalto,* Milano, 2016.

L'istituto, inoltre, sembra sovrapporsi ed essere poco coordinato con gli altri strumenti di ADR già previsti nel Codice dei Contratti (si pensi all'accordo bonario, obbligatorio laddove le riserve raggiungono un determinato importo, alla transazione e al già nominato arbitrato amministrato, nonché, per la fase di gara, agli istituti dei pareri di precontenzioso e alla vigilanza collaborativa di ANAC).
Resta valido e immutato, dunque, l'aspetto critico evidenziato dal C.d.S., in sede di parere al D.lgs. n. 50/2016, relativamente alla poca chiarezza dei presupposti di operatività dell'istituto nell'attuale cornice normativa, stante anche il rilievo per cui esso ha un oggetto duplice: non solo afferente alle "controversie" sopra diritti azionabili in giudizio, ma anche a "dispute", locuzione, questa, ampia e a-tecnica che rinvia a mere questioni tecniche che non necessariamente sono suscettibili di essere azionate in giudizio.
Tutto ciò potrebbe anche importare profili di contrasto con la legge delega del codice degli appalti e le direttive comunitarie che, tra i principi direttivi, imponevano una razionalizzazione dei metodi di ADR, anche nella fase esecutiva, nonché una chiara disciplina dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri[47].
L'attuale CCT, soprattutto per i non chiari e comunque deboli collegamenti con le successive fasi giurisdizionali per il caso di mancato adempimento delle decisioni dell'organo, pare essere un ibrido, abbastanza depotenziato rispetto agli organi disciplinati dalle clausole standardizzate della contrattualistica internazionale, che risente ancora della sistematica ostilità e incompatibilità del nostro ordinamento verso l'implementazione di sistemi di risoluzione delle controversie totalmente rimessi all'autonomia privata, informati al principio del *pay now, argue later.*
Certamente, si può notare che la *sedes materiae* di una normazione straordinaria e derogatoria non appare quella più adeguata quanto alla (re)introduzione di un istituto consultivo che, più che avere una valenza acceleratoria nel contesto emergenziale (men che meno per i lavori in corso), doveva avere un carattere sistematico, i cui effetti positivi erano rinvenibili solo 'a regime' nel lungo periodo e non certo nel breve periodo di vigenza della decretazione d'urgenza.
Peraltro, la scelta di rendere lo strumento obbligatorio solo per i contratti sopra soglia rischia di non avere un particolare effetto deflattivo, stante l'assoluta e maggiore numerosità dei contratti sotto la soglia comunitaria.
A conferma dei profili problematici sopra-esaminati, sembrerebbe potersi constatare che il processo di costituzione dei collegi da parte delle S.A., nonostante la norma istitutiva sia vigente da cinque mesi, registra ancora un significativo ritardo.

[47] Legge 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, comma 1, lett. aaa).