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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

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. 2/2024

Estratto

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

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

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sańchez-Mesa Martĩnez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Beatrice Coppa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Benedetta Piazza, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, 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"

Gli accordi tra i privati e gli strumenti di ADR: il ruolo del collegio consultivo tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici

di Giuseppe Sferrazzo

(Dottorando di ricerca in Diritto amministrativo, presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata")

Sommario

1. Premessa; - 2. La specialità del contenzioso in materia di appalti e la tutela giurisdizionale: certezza e celerità al centro del sistema; - 3. Gli strumenti di ADR e la loro funzione; - 4. Il Collegio consultivo tecnico: l'evoluzione normativa; - 5. Il Collegio consultivo tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici; - 5.1 Il caso della variabile natura precettiva delle decisioni: in particolare la natura delle c.d. *determinazione – mediazione*; - 6. Conclusioni.

Abstract

The essay by the author focuses on the "new" alternative dispute resolution called the Technical Advisory Committee (Collegio consultivo tecnico). The purpose is to analyze the tool by referring to the broader area of administrative justice, emphasizing its peculiarities and showing the reasons for the possible success in using ADR tools which is inspired by the need to simplify and reduce litigation by increasing the intervention of third parties and impartial experts. Subsequently, the focus will fall on the analysis of the various ADR tools present in the Italian legal system, highlighting their different characteristics and exalting the different functions they cover. The central part of the essay will focus on the Technical Advisory Board, reconstructing its history, functions and role within the new Code., The author also examines the legal nature of the CCT's determinations, noting the strengths and weaknesses of the new provision presented by the new Code. Finally, the analysis will focus on the preparedness of the experts who will be part of the CCT and possible solutions to be used to enable the instrument to function, in order to allows the official to avoid assuming administrative liability and to overcome fears of defensive bureaucracy.

** Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, il D.lgs n. 36/2023, colloca nella parte finale, specificamente Libro V, Titolo II, un comparto relativo ai "*I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*", in virtù degli articoli dal 210 al 220.

Sovente, si è evidenziato che trattasi di una novità di rilevante impatto rispetto alla precedente disciplina, laddove il legislatore, con tale riforma, ha inteso imprimere la necessaria spinta volta alla risoluzione delle controversie in via bonaria e cercando di invertire, in tal modo, la rotta rispetto alla prassi sfociante nell'accesso alla giustizia amministrativa. La soluzione prescelta è caduta sull'introduzione di soluzioni alternative idonee a risolvere gli eventuali contrasti sorti nel corso dei lavori tra stazione appaltante e appaltatore, di cui, nel presente contributo, se ne definiranno i tratti essenziali[1].

Non vi è dubbio che alla P.A. sia sempre stata fornita l'opportunità di prevenire o risolvere le controversie attraverso strumenti alternativi alla giurisdizione, da ricondurre all'autonomia e al consenso delle parti, in particolar modo quando trattasi di diritti disponibili[2]. In ragione di ciò, il legislatore ha nel tempo investito in maniera convinta sugli strumenti in esame, consapevole del fatto che il raggiungimento del principio del risultato, oltre all'efficacia dell'azione amministrativa, passano anche e soprattutto nell'evitare il contenzioso tra le parti, indicando la via verso la corretta esecuzione della commessa. Non si deve dimenticare che due sono gli obiettivi che devono ispirare l'interprete e dunque i soggetti operanti nel mondo della contrattualistica pubblica. Se da un lato, l'interesse primario è il risultato finale cui tende l'attività della pubblica amministrazione, a seconda dell'attività prescelta (tra cui vi rientra la realizzazione di un'opera, la somministrazione di un servizio o il conseguimento di una fornitura)[3]; su altro versante, diverso interesse pubblicistico da perseguire e tutelare è quello volto alla attuazione di un mercato unico, globalmente considerato anche a livello sovranazionale, secondo la prospettiva dell'Unione europea che esercita e continua a dettare una serie di indicazioni specifiche rappresentative del ruolo fondamentale rivestito dalla stessa, in un'ottica di rafforzamento e ampliamento delle forme di tutela delle istanze economiche e patrimoniali immanenti all'interno del mercato unico europeo.

---

[1] Sul punto, C. Contessa e P. Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, M. Sannino, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale,* Vol. I, Editoriale scientifica, Napoli, 2023; p. 85.

[2] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* Editoriale scientifica, Napoli, 2023;

[3] In questo senso l'articolo 1 del D.lgs n. 36/2023 è espressione del principio di risultato. L'intero impianto del nuovo Codice è ispirato in questa nuova dimensione finalistica in cui il risultato è principio generale che deve guidare quale canone ermeneutico fondamentale, l'interpretazione da parte del giudice e delle stazioni appaltanti. Il primo comma dell'art. 1 cita espressamente: Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

ISSN 2036-7821

Secondo tali principi, il legislatore ha eretto un sistema che in molti definiscono "speciale"[4], che soprattutto nella fase di esecuzione del contratto, entrandosi in un segmento disciplinato da regole di diritto civile, assume particolare importanza, tanto da definirne in modo preciso *ratio* e funzionamento degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie.

Dunque, il presente contributo mira, per un verso, a indagare la natura e le funzioni degli strumenti di ADR segnatamente all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici, anche in relazione alla speciale connotazione del contenzioso in materia di appalti e d'altra parte, ad illustrare l'evoluzione normativa e, al contempo, la centralità assunta dal Collegio consultivo tecnico (da ora in poi CCT) all'interno della nuova disciplina codicistica.

Le novità presentate all'interno dell'istituto sono tali da legittimare uno studio e una particolare attenzione nella fase di applicazione dello stesso, principalmente in vista del miglior utilizzo da parte della P.A. in tutte le sue articolazioni. Infatti, non si dubita della capacità giuridica della P.A., di definire in via alternativa le controversie attinenti alla fase esecutiva dei contratti pubblici ma ciò che deve essere oggetto di analisi è l'utilizzo di uno strumento negoziale come il CCT e la sua compatibilità con l'osservanza necessaria delle regole speciali volte a garantire la legittimità, la trasparenza, l'economicità e la ragionevolezza della soluzione prescelta[5].

Le principali sfide da vincere nel breve periodo, al fine di presentare il CCT quale solida realtà nel panorama della commessa pubblica, sono quelle relative alla dotazione di risorse sia professionali che economiche in favore della P.A. Solo in questo modo la deflazione del contenzioso nel settore dei contratti pubblici può rappresentare una reale e concreta soluzione al problema e non semplicemente un miraggio[6].

2. La specialità del contenzioso in materia di appalti e la tutela giurisdizionale: certezza e celerità al centro del sistema.

Non vi è dubbio che la disciplina processuale dei contratti pubblici è connotata da profili di specialità e differenziazione se posto a confronto con l'ordinario rito amministrativo.

[4] M. Sinisi, *Il giusto processo amministrativo tra esigenze di celerità e garanzie di effettività della tutela*, Torino, 2017.

[5] B. Marchetti, *ADR e amministrazione pubblica, In Ufficio studi della Giustizia Amministrativa (a cura di), Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato*, Milano, 2017.

[6] L'obiettivo principale è la deflazione del contenzioso amministrativo. Con questa riforma l'intenzione è di offrire alle parti operanti all'interno del settore dei contratti pubblici degli strumenti di natura stragiudiziale, volti alla risoluzione delle possibili controversie di possibile insorgenza nella fase esecutiva del contratto. Il tutto, al fine di prediligere vie alternative alla controversa in sede giudiziale in quanto più costosa, oltre che di maggiore durata.

ISSN 2036-7821

La prima esigenza avvertita è quella della celerità del giudizio, spinto da ragioni sottese alla rapida esecuzione della commessa pubblica e che, allo stesso tempo, ritagli un particolare tipo di tutela giurisdizionale tale da offrire all'operatore economico protezione ai diritti che vengono in gioco in ragione della peculiarità della disciplina sostanziale in esame[7].

La disciplina del rito appalti è contenuta negli articoli 120 – 125 del codice del processo amministrativo, così come modificate dall'art. 209 del nuovo Codice dei contratti che ha introdotto modifiche rilevanti agli articoli 120, 121 e 124 del c.p.a. Indubbiamente, la nuova disciplina troverà compiuta attuazione solo per le commesse che seguono le regole del nuovo Codice dei contratti pubblici, a differenza delle procedure innestatesi sul solco della previgente disciplina da gestire in base a quanto disposto dal vecchio rito e alle regole precedenti all'entrata in vigore della riforma.

In questa sede e senza onere di esaustività, non s'intende dare una panoramica generale del funzionamento del rito appalti quanto, piuttosto, si vuole concentrare l'attenzione su quattro punti che segnano precipuamente la specialità del rito e l'esigenza di celerità che è sottesa alla materia in esame.

In primo luogo, i tempi processuali individuati sono tutti dimidiati. L'art. 120, co. 2 prevede che il termine di trenta giorni decorre, sia per il ricorso principale che per i motivi aggiunti, a partire dal momento in cui è stata ricevuta la comunicazione di cui all'art. 90, che fa riferimento a tutte le informazioni salienti concernenti la gara, da fornire a candidati ed offerenti. Sul punto, la nuova disciplina presenta una novità di forte impatto, concernente il termine dell'impugnazione. Infatti, è stato soppresso il riferimento alla conoscenza piena dell'atto, oltre che alla posticipazione del termine valido ad impugnare per quanto ora espressamente previsto dal primo comma dell'art. 36, D.lgs n. 36/2023. La novità presente nel secondo comma dell'art. 36, richiamando direttamente il nuovo comparto digitalizzato della commessa pubblica, obbliga le amministrazioni di mettere a disposizione dei partecipanti alla gara, per il tramite di apposita piattaforma di approvvigionamento digitale[8], gli atti di gara ai

[7] A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi,* in M. Macchia (a cura di) in *Costruire e acquistare, Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 342.

[8] Art. 25, D.lgs n. 36/2023: 1. Le piattaforme di approvvigionamento digitale sono costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività di cui all'articolo 21, comma 1, e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. A tal fine, le piattaforme di approvvigionamento digitale interagiscono con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23 nonché con i servizi della piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. 2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti utilizzano le piattaforme di approvvigionamento digitale per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'articolo 26. Le piattaforme di approvvigionamento digitale non possono alterare la parità di accesso degli operatori, né impedire o limitare la partecipazione alla procedura di gara degli stessi ovvero distorcere la concorrenza, né modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai

ISSN 2036-7821

concorrenti che si sono collocati nei primi cinque posti in graduatoria, prescindendone da una espressa richiesta di accesso[9]. In tal modo, si evita la presentazione dei c.d. "ricorsi al buio", intendendosi quali ricorsi presentati senza che si abbia la piena contezza del contenuto della documentazione di gara. Da ciò ne discenderà, in virtù di quanto previsto dagli articoli 36 D.lgs n. 36/2023 e 120 co. 2 c.p.a., che il ritardo addebitabile alla stazione appaltante nella pubblicazione degli atti di gara, comporterebbe una dilazione del termine di impugnazione e, contestualmente, la precarietà e instabilità dell'atto amministrativo[10].

Sotto altro punto di vista, per quel che concerne il profilo relativo alla stabilità e certezza dell'aggiudicazione, sussistono i due termini di *standstill*, che si pongono a tutela della immediata stipulazione del contratto. L'articolo 18, co. 3, D.lgs n. 36/2023, contempla il c.d. *standstill* sostanziale, secondo cui: "Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione". Il termine suindicato opera in via automatica e consente alle parti in gara di proporre ricorso avverso l'aggiudicazione in modo da non consentire la stabilizzazione del contratto, evitando che vi possa essere un grave *vulnus* in termini di certezza del diritto ai fini aggiudicativi. Ancora, qualora il ricorso venisse presentato con apposita domanda cautelare, interverrebbe l'ulteriore effetto sospensivo previsto, cioè quello del c.d. *standstill* processuale[11].

documenti di gara. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la partecipazione alla gara anche in caso di comprovato malfunzionamento, pur se temporaneo, delle piattaforme, anche eventualmente disponendo la sospensione del termine per la ricezione delle offerte per il periodo di tempo necessario a ripristinare il normale funzionamento e la proroga dello stesso per una durata proporzionale alla gravita` del malfunzionamento.

[9] Concetto che anche se non oggetto di odierna trattazione, per la sua ampia portata innovativa merita di essere quantomeno citato. In tal senso, gli artt. 35 e 36, D.lgs n. 36/2023, introduce la novità che prevede l'acquisizione diretta, per il tramite di modalità digitale, dei dati e delle informazioni delle piattaforme, in assenza di qualsivoglia istanza o domanda. Per ciò che è stato richiamato, il regime si presenta differenziato per il primi cinque classificati in graduatoria ai quali sono resi reciprocamente disponibili le relative offerte e dichiarazioni, in modo da consentire impugnazioni plurime da parte dei soggetti classificatisi in posizione deteriore, nonché la presentazione di ricorsi incidentali da parte dell'aggiudicatario.

[10] M. Lipari, *La tutela giurisdizionale amministrativa e il precontenzioso ANAC nel nuovo Codice dei contratti pubblici,* in *www.lamministrativista.it*, 6 giugno 2023. Per approfondimenti sul punto si veda A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi*, cit., p. 347.

[11] Art. 18, co. 4, D.lgs n. 36/2023: Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

ISSN 2036-7821

In buona sostanza, con entrambi i termini di *standstill* si consente all'operatore economico ricorrente di poter giovare della mancata stipula del contratto per un periodo di tempo valido e necessario alla definizione della controversia.
Il terzo punto è connesso alle esigenze di concentrazione della tutela. La previsione di cui all'articolo 120 comma 7, impone che gli eventuali nuovi atti attinenti alla medesima procedura di gara, debbano essere obbligatoriamente impugnati mediante ricorso per motivi aggiunti e non già con ricorso separato, con ciò consentendosi di poter concentrare in un unico ricorso le varie ragioni che hanno spinto il ricorrente ad impugnare la gara e, al contempo, permettendo l'accelerazione del processo dato l'unico ricorso effettuato.
Da ultimo, il connotato dell'accelerazione che segna tutto il processo, è percepibile oltre che nel dimezzamento dei termini processuali, dalla possibilità indicata dall'articolo 120, comma 5, secondo cui la decisione potrà essere portata, esclusivamente per il tramite di congiunta richiesta delle parti, su un'unica questione, la quale potrà essere decisa tramite apposita udienza cautelare nel caso in cui ne sussistano i presupposti.
Nonostante le peculiarità e la particolare rapidità del processo, l'alleggerimento del carico di lavoro presso i Tribunali tanto auspicato dal legislatore non si è mai realizzato. Sul punto, la delega per il nuovo Codice ha confermato gli strumenti alternativi di risoluzione della controversia, inquadrandoli quale primo strumento utile ad evitare l'incremento del contenzioso che tanto ha oberato le corti amministrative. Si tratta di forme di tutela che si collocano al di fuori del tradizionale circuito giurisdizionale e che si pongono l'obiettivo di garantire una tutela più veloce, duttile ed economicamente più sostenibile anche e soprattutto favorendo il ricorso a strumenti consensuali di risoluzione della controversia, su cui è ora opportuno soffermarvisi in modo da inquadrarli giuridicamente, scandendone le caratteristiche e specificandone le peculiarità.

3. Gli strumenti di ADR e la loro funzione.

Fornire una definizione puntuale e precisa di ADR è compito assai arduo. Difatti, la categoria delle ADR non ha ancora assunto dei connotati certi e definiti restando sempre in un'ottica astratta, lontana dal fornire delle caratteristiche rinvenibili su qualsiasi piano, peculiarità che tende ad accentuarsi ancor di più in ambito pubblicistico.
Sebbene, una parte della dottrina fornisca una definizione ampia di ADR[12], tali mezzi sono da inquadrare prevalentemente all'interno degli strumenti negoziali, volti alla risoluzione bonaria delle controversie.

[12] Sul punto, vari autori vi fanno rientrare anche i ricorsi amministrativi, tra gli altri v. B. Marchetti, *ADR e amministrazione pubblica,* op. cit.; G.P. Cirillo, *ADR e amministrazione pubblica, in Ufficio Studi Della Giustizia*

ISSN 2036-7821

All'interno di tali meccanismi risolutivi, si può operare una duplice distinzione.
Vi sono da un lato, i rimedi che portano ad una autonoma composizione della lite, questo il caso della transazione. Dall'altro lato, quelli in cui il ruolo del soggetto terzo ed imparziale è centrale nel positivo esito del contrasto, assecondando uno schema di etero – composizione della disputa come avviene nei casi della mediazione, della conciliazione, della negoziazione assistita ed in particolar modo nella figura dell'arbitrato[13]. Nell'ambito di questo secondo gruppo di strumenti alternativi di risoluzione della controversia, vi rientrano quelli c.d. "aggiudicativi"[14], in cui le parti si impongono di rispettare la controversia così come decisa dal terzo, e quelli "assistenziali" in cui le parti ricevono il suggerimento del terzo e successivamente, vengono lasciate anche libere di disattenderlo[15].
Procedendo con diversa classificazione, vi sono i rimedi extraprocessuali, i quali si manifestano prima del processo o al di fuori dello stesso; rispetto ai rimedi processuali che, manifestandosi all'interno di un giudizio già pendente, si atteggiano in maniera differente, qualificandosi quali veri e propri strumenti del processo.
Ad abundantiam, vale la pena riportare altre due tipologie di classificazioni.
Le prime, in cui le ADR si caratterizzano per l'obbligatorietà o la facoltatività dell'impiego dello strumento; o ADR che possono essere attivate su decisione delle parti, le quali possono decidere di ricorrervi o meno. Le seconde, per altro aspetto, si differenziano in presenza del segmento temporale in cui poterle avviare, differenziandosi tra l'attivazione prima dell'inizio della controversia o, viceversa, da utilizzare esclusivamente nel caso in cui la contesa fosse già presente.
Proseguendo nell'analisi, si possono individuare le ADR che si caratterizzano per la scelta circa la disciplina del procedimento che può essere disposta sulla base di quanto previsto dalla legge o in virtù di quanto deciso dalle parti. Oltre che, in ultima

---

Amministrativa (a cura di), Giustizia amministrativa ed economia. Efficienza del sistema e soddisfazione dei cittadini. Profili di diritto interno e comparato, Milano, 2017. L'istituto dell'annullamento d'ufficio: M. Allena, *L'annullamento d'ufficio come strumento di ADR: la modernità di un istituto antico*, 2018, in Riv. Trim. App. Le garanzie partecipative e la figura del difensore civico: N. Posteraro, *L'amministrazione contenziosa: le Alternative Dispute Resolution (con particolare riguardo alla figura del difensore civico)* in *Il processo, 2021.* Il contratto: S. Valaguzza, *Il "giusto" contemperamento degli interessi attraverso i contratti amministrativi: una forma di ADR?* in A. Cassatella, S. Dalla Bontà, E. Mattevi (a cura di) *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del convegno. Trento, 10 giugno 2021,* Napoli 2021, per cui ritiene che possano considerarsi ADR anche i contratti pubblici in cui si sia espressamente prevista una "fase costruttiva" di dialogo tra le parti in causa, in questo caso sarebbe lo stesso negozio a divenire lo strumento di risoluzione stragiudiziale delle controversie.

[13] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* p. 218, cit.

[14] Circostanza che permette di richiamare il concetto di *adjudication.*

[15] Anche detti strumenti facilitativi o non *adjudicatory.* Il tutto è avvalorato dalla direttiva 2013/11/UE, al *considerando* 21, in cui si afferma che le ADR possono assumere la forma di procedure in cui l'organismo ADR riunisce le parti allo scopo di permettere una soluzione amichevole, di procedure in cui l'organismo suggerisce una soluzione e, da ultimo, delle procedure in cui diviene obbligatoria la soluzione prescelta; precisandosi che tali strumenti possono anche essere combinati tra di loro sulla base delle soluzioni appena prospettate.

ISSN 2036-7821

analisi, riguardo alla posizione del terzo implicato nel corso della procedura, che potrà assumere la diversa veste di soggetto pubblico o privato.

Se il legislatore ad oggi, non ha posto alcun problema sulla possibilità di utilizzare tali strumenti all'interno del diritto amministrativo, di contro in passato, sia dottrina che giurisprudenza si opposero all'opportunità di definire le controversie derivanti dall'esercizio di un potere autoritativo dell'amministrazione attraverso l'utilizzo di tali strumenti nel caso in cui ci si trovasse dinanzi a posizioni soggettive caratterizzate dall'interesse legittimo degli interessati.

La definitiva apertura agli strumenti di ADR si è avuta con l'evoluzione della nozione di interesse legittimo[16], oltre che dall'apertura agli strumenti di natura convenzionale come gli accordi di cui all'art. 11 L. n. 241/90, in cui si è riconosciuta la possibilità di disporre del potere pubblico[17], saldandosi in tempi recenti con il principio secondo cui "*i rapporti tra il cittadino e la P.A., sono improntati ai principi di collaborazione e della buona fede*" ex. art. 1, co. 2 bis L. n. 241/90[18]. Se non si dubita più sull'utilizzo degli strumenti di ADR, dati, altresì, i molteplici interventi legislativi volti alla loro introduzione, più di qualche incertezza residua in merito alle loro funzioni e sui limiti applicativi prospettabili all'interno del settore pubblicistico, su cui è necessario indagare.

Senza dubbio, gli strumenti di ADR si ricollegano al generale problema dell'eccessività del contenzioso presente all'interno dell'apparato amministrativo[19]. Spesso, il blocco della macchina giudiziaria è indice sintomatico di cattiva amministrazione e tra i fattori che ne sono causa vi è anche l'assenza di mezzi di ADR, i quali consentirebbero di assicurare una celere definizione della controversia attraverso i due presupposti essenziali che li caratterizzano inquadrabili nella composizione della controversia e nel dialogo tra le parti.

In tal senso, gli strumenti di ADR assolvono ad un doppio ruolo.

Per un versante, svolgono il compito di migliorare l'accesso alla giustizia amministrativa, consentendo di estendere gli strumenti a tutela e garanzia delle pretese dei soggetti operanti in ambito pubblicistico, in relazione alle varie controversie che possono palesarsi in virtù dell'attività svolta dalla pubblica

[16] In questo senso, F.G. Scoca, *La capacità della pubblica amministrazione di compromettere in arbitri,* in *AA. VV., Arbitrato e pubblica amministrazione,* Milano, 1991, p. 106; in cui si afferma che: "non c'è dubbio che l'interesse legittimo sia disponibile. Il problema non è se esso sia disponibile, il problema è semmai se sia disponibile la situazione soggettiva contrapposta all'interesse legittimo, cioè il potere dell'amministrazione".

[17] F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa,* in *Pol. Dir.,* 1993.

[18] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* p. 223, op. cit.

[19] Sul punto, i dati statistici del *Doing business report 2020* della World Bank, in riferimento alla categoria *"enforcing contracts"*, relativo ai tempi e ai costi occorrenti per ottenere e portare ad esecuzione una decisione giurisdizionale di primo grado in una controversia commerciale, l'Italia occupa la posizione n. 122 a fronte della posizione di altri Stati europei come la Germania, la Francia e la Spagna che sono tra le prime posizioni in classifica.

ISSN 2036-7821

amministrazione. Mentre, per altro verso, nel tentativo di risolvere il conflitto nascente tra le parti, fungono da filtro all'accesso alla giustizia, ponendosi quale antecedente tecnico rispetto al sistema giudiziario, in modo da alleviare il carico di lavoro presente nei tribunali che, in un'ottica generale, è volta a deflazionare il contenzioso amministrativo. Da ciò in ogni caso non ne consegue che in Italia gli strumenti di ADR siano da intendere quale surrogato alla giurisdizione, in quanto l'accesso alla giustizia deve essere garantito a tutti, come evidenziato dalla Costituzione ai sensi degli artt. 24 e 113 Cost[20]. Il punto di forza di tali strumenti è il rafforzamento della tutela giurisdizionale tale da non indebolire la posizione del cittadino rispetto alla P.A.

In definitiva, quindi, il ruolo delle ADR è di estrema importanza ma è da considerare come sussidiario in correlazione alla disciplina giurisdizionale, la quale non deve in alcun modo essere preclusa né tantomeno sminuita[21].

Nonostante l'alto tasso di negoziabilità dei diritti in questione, la disciplina sottostà a un duplice limite derivante dalla funzione assolta dalla P.A. all'interno dell'ordinamento giuridico.

Il primo limite concerne l'interesse generale. Tale interesse deve essere perseguito in forza del principio di legalità, oltre che in ossequio ai principi di imparzialità, buon andamento, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa anche se realizzata per il tramite di accordi. Secondo limite alla piena negoziabilità del potere attiene alla multipolarità del rapporto di diritto pubblico; quindi, con riferimento alla posizioni giuridiche dei terzi sulle quali l'accordo può generare effetti[22].

Non vi è dubbio che proprio il settore dei contratti pubblici è stato e continua ad essere, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, uno dei principali compartimenti in cui si osserva un intreccio tra principi e regole di diritto privato e di diritto pubblico, motivo dal quale ne è discesa, nel corso degli anni, una forte sperimentazione di varie forme di ADR.

Il primo tentativo di codificazione, avvenuto con il D.lgs n. 163/2006, contemplava i soli strumenti dell'accordo bonario, della transazione e dell'arbitrato. Sebbene la presenza dei suindicati istituti deflattivi si ponesse quale novità assoluta ma in linea di continuità con l'evoluzione del diritto amministrativo e degli interessi di cui si facevano portatori i soggetti operanti nella commessa pubblica, era facilmente

[20] Nonostante gli strumenti in questione si prefiggono l'obiettivo di avvicinare le parti e far trovare ad esse la soluzione del conflitto, nell'ordinamento italiano è prevalsa la diversa concezione secondo cui le ADR sono da intravedere quale mezzo per prevenire le liti, risolvendole sul piano giuridico, o quale antecedente processuale che costituisce una fase del percorso che, nella maggior parte dei casi, sfocia nel processo ordinario.

[21] Questo è il caso del Mediatore europeo o ancora, come avviene nel caso italiano per il difensore civico, potendo trovare applicazione la disciplina per i rimedi che sono di scarso valore economico e trovare un rimedio che sia potenzialmente in grado di risolvere i conflitti che invece arrecherebbero solo un malcontento latente rispetto alle attività della P.A.

[22] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico,* op. ult. cit., p. 225.

ISSN 2036-7821

evincibile la posizione di attesa e prevalenza del legislatore in favore dell'accesso giurisdizionale sugli strumenti in esame. Vera e propria rivoluzione si è avuta con il D.lgs n. 50/2016 che ha innovato il settore affiancando il parere di precontenzioso ANAC, quale rimedio di possibile attivazione durante la procedura di gara, all'interno della fase pubblicistica della procedura di evidenza pubblica[23]. Anche se il nuovo Codice (D.lgs n. 36/2023) si pone in sostanziale linea di continuità con quanto previsto dalla precedente disciplina, invero, il legislatore ha inteso rafforzare gli strumenti di ADR, avendo particolare attenzione a ciò che concerne la fase di esecuzione del contratto.

Non vi è dubbio che tra gli strumenti ora in esame prevalgano quelli afferenti alle liti sorte tra l'amministrazione di riferimento e i privati durante la fase di esecuzione del contratto e riannodando le fila del discorso, proprio gli istituti deflattivi del contenzioso contenuti nel Codice dei contratti mirano a risolvere le controversie aventi ad oggetto i diritti patrimoniali delle parti, giustificandosi l'applicabilità di tali strumenti in virtù della negoziabilità dei diritti, che per loro natura sono rimessi nella disponibilità dei soggetti interessati. Fra tutti gli strumenti di ADR previsti dal nuovo Codice dei contratti, spicca l'istituto del Collegio consultivo tecnico, di cui è particolarmente tormentata la genesi e l'evoluzione legislativa ma che ottiene con il D.lgs n. 36/2023 una nuova e accurata fioritura normativa.

4. Il Collegio consultivo tecnico: l'evoluzione normativa.

L'istituto del CCT non rappresenta un'innovazione nel panorama della contrattualistica pubblica. Invero, l'istituto fu previsto per la prima volta dal Codice dei contratti pubblici del 2016 all'interno dell'art. 207, considerato all'epoca come una novità assoluta nel panorama della normazione di settore.

Si trattava di un organismo, a carattere facoltativo[24], facente parte degli strumenti precontenziosi in fase di esecuzione del contratto, inserito nel capo II della parte VI del codice, dal titolo "*Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale*". Lo scopo ricoperto dal CCT era rinvenibile nella precipua prevenzione delle controversie in sede di esecuzione del contratto, "*con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura…*". Sebbene l'istituto fosse considerabile quale valido strumento alla prevenzione delle liti, il CCT riscontrava poca credibilità nella sua portata pratica. In effetti, le eventuali decisioni prese non avrebbero vincolato le parti, potendo al più assoggettarle alla decisione solo ove le stesse avessero presentato la propria

[23] A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi,* op. ult. cit., p. 359.

[24] Come rilevato da A. Aniello, *Il Collegio Consultivo Tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione,* in *Riv. Arbitrato,* 2022, n.3, p. 519; la costituzione del Collegio era devoluta per intero alle parti, laddove il legislatore non aveva contemplato l'ipotesi che l'eventuale nomina dei membri del Collegio fosse oggetto di ponderazione da parte di un soggetto terzo (sia esso il Presidente del Tribunale di riferimento o un altro soggetto istituzionale).

ISSN 2036-7821

determinazione in presenza di almeno due soggetti del CCT[25]. In altri termini, l'operatività del Collegio era fortemente limitata dalla discrezionalità delle parti oltre che dal valore della determinazione, da configurare, quindi, nelle sua naturale essenza di "*non binding solution*".

Malgrado, la recente entrata in vigore, con grande sorpresa il Consiglio di Stato ne volle l'abrogazione che avvenne un anno più tardi per il tramite dell'art. 121 del correttivo di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56[26].

Due anni dopo, l'istituto venne rivitalizzato, con la l. 14 giugno 2019, n. 55, di conversione, con modificazioni, del D.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. decreto sblocca cantieri. L'art. 1, commi da 11 a 14, ne prevedeva la costituzione facoltativa su accordo delle parti, sulla scia di quanto delineato dal Codice dei contratti pubblici che ne riprendeva le funzioni[27], ma in via solo transitoria, ovvero prevista fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice dei contratti pubblici, di cui all'art. 216, comma 27-octies, del codice stesso[28].

Successivamente, le disposizioni del D.l. sblocca cantieri sul CCT sono state abrogate dall'art. 6, comma 9, del D.l. n. 76/2020 c.d. decreto semplificazioni, che nel disporre una nuova disciplina, lo ha reso applicabile sino al 30 giugno 2023. L'organismo come ristrutturato e contemplato, anche se di difficile collocazione sistematica, assolveva a due funzioni tra di loro differenti. Fondamentalmente, era volto alla prevenzione delle controversie e alla loro eventuale rapida risoluzione sia successivamente che antecedentemente alla stipula del contratto. In subordine, svolgeva una rilevante attività consultiva come suggerito dalla sua stessa denominazione.

Anche in questo caso, lo strumento sembrava essere previsto solo in via sperimentale, data la preoccupante situazione emergenziale dovuta alla pandemia da Covid- 19, per dar nuovo slancio all'economia italiana. Sennonché, a seguito della legge delega con cui il Governo ha inteso disciplinare nuovamente la materia, il CCT ha finalmente trovato piena attuazione e collocazione negli articoli 215 e ss. del

[25] Esclusivamente in questo caso, la legge considerava tale accordo raggiunto tra le parti quale vera e propria transazione, volta a definire la controversia insorta.

[26] Il Consiglio di Stato optò per l'abrogazione dell'istituto per un triplice ordine di ragioni: a) "il presupposto non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere"; b) "la norma…non chiarisce se ricorso al collegio consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro"; c) la "previsione potrebbe influire sui compiti della Camera arbitrale e pone problemi di compatibilità con il criterio di delega di cui alla lett. aaa), art. 1…l. 11/2016". Nonostante il Governo non fosse d'accordo con le osservazioni del Consiglio di Stato, un anno dopo l'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, l'istituto è stato soppresso dal correttivo del 2017.

[27] Questa volta non parlando più di "*dispute*" ma di "*controversie*".

[28] C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.

ISSN 2036-7821

nuovo Codice dei contratti pubblici D.lgs n. 36/2023[29]. Il nuovo Codice si muove in linea di continuità con quanto previsto dal D.l. n. 76/2020, fissando, in particolar modo, l'obbligatorietà della costituzione del CCT sia per gli appalti di lavori sopra soglia che per i contratti di forniture e servizi di importo pari o superiore al milione di euro.
In sostanza, data l'importante funzione affidata al nuovo Collegio consultivo è necessario ricostruire l'istituto, quantomeno, nei suoi tratti salienti, avendo cura di mostrare i punti di forza caratterizzanti l'organismo in esame.

5. Il Collegio consultivo tecnico nel nuovo Codice dei contratti pubblici.
Come riportato in precedenza, la figura dominante tra gli strumenti di ADR presentati dal nuovo Codice sembra essere quella del CCT. Le norme sul CCT, ora disciplinato all'interno degli artt. 215, 216, 217, 218 e 219 del D.lgs n. 36/2023, danno piena attuazione a quanto previsto in sede di legge delega al Governo, rispetto al rafforzamento degli strumenti di risoluzione delle controversie alternative al ricorso in sede giurisdizionale, anche nella fase di esecuzione del contratto[30]. Di talché, si conferma, in linea di continuità con quanto affermato dal D.l. n. 76/2020, che il CCT sia da inquadrare quale rimedio generale per la risoluzione delle controversie tra committente e appaltatore, in modo da evitare il pregiudizio che ne deriverebbe dalla mancata tempestiva esecuzione dell'appalto[31].
In questo senso, il CCT sembra voler coniugare la forma del meccanismo di degiurisdizionalizzazione dei conflitti rimesso alla libera disponibilità delle parti con un meccanismo di marcata tendenza pubblicistica, utilizzato per garantire la realizzazione dell'interesse generale, traducibile, nel settore della contrattualistica pubblica, nel concetto di tempestiva esecuzione delle opere[32]. È riscontrabile, dunque, la *ratio* sottesa all'istituto, secondo una logica di certezza e apertura al contraddittorio, in cui assuma rilievo l'apporto fornito alla stazione appaltante in una prospettiva di buon andamento, ricerca della giustizia oltre che nell'uso parsimonioso della stessa, saldandosi, da ultimo, con l'effettivo conseguimento

[29] La legge delega per il nuovo codice dei contratti pubblici continua a muoversi su questa linea, dal momento che ha esplicitamente inserito tra i principi e criteri direttivi "*l'estensione e il rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in fase di esecuzione del contratto*".
[30] Per dover di completezza, a completare la disciplina sono presenti anche l'allegato V.2 e le linee guida che sono state emanate e approvate con decreto del MIT e pubblicate a marzo 2022.
[31] M. Sannino, *I rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale,* op. cit., p. 97; in cui si sostiene che la creazione obbligatoria per gli appalti sopra soglia, di un organismo consultivo e di mediazione e di conciliazione destinato ad accompagnare l'esecuzione del contratto sin dal momento iniziale e per tutta la sua durata, è volta ad evitare che dispute e contrasti che possono insorgere tra le parti ritardino o ostacolino l'esatto adempimento della prestazione contrattuale.
[32] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, op. ult. cit.

ISSN 2036-7821

dell'appalto, in ossequio al più generale principio di risultato, punto focale all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici.
Sulla base di quanto precedentemente previsto dal D.l. n. 76/2020, anche il nuovo Codice dei contratti pubblici contempla tre differenti tipologie di CCT, con composizione e compiti in parte diversi e con differente natura giuridica degli atti.
In primo luogo, si ha il CCT obbligatorio nelle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria e per quelli di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro ex. art. 215 co. 1 D.lgs n. 36/2023.
Ancora, si ha il CCT facoltativo nelle opere pubbliche di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Qui il collegio trova fonte nella volontà delle parti, le quali ne prevedono i compiti oltre che l'applicabilità di tutte o parte delle disposizioni in tema di sospensione dell'esecuzione dei lavori con riguardo alle funzioni attribuite al CCT da quest'ultimo articolo.
Il nuovo Codice, così come disposto precedentemente dal D.l. semplificazioni, consente alle parti di poter istituire il Collegio, con la conseguenza che le determinazioni del CCT assumano natura di lodo contrattuale ai sensi dell'articolo 808-ter del Codice di procedura civile se le parti, successivamente alla nomina del Presidente e non oltre il momento dell'insediamento del collegio, non abbiano diversamente disposto, concetto su cui si ritornerà successivamente per definirne gli aspetti più problematici, nonché i contorni giuridici[33].
Ultima figura disponibile è quella del CCT facoltativo nella fase antecedente l'esecuzione del contratto ex. art. 218 D.lgs n. 36/2023[34].
Sulla base di quanto appena evidenziato è evincibile la natura del CCT. Infatti, come è possibile rilevare, l'attività del CCT non è limitata a una controversia in atto ma, innanzitutto, è finalizzata a impedire, in via anticipata e preventiva, che una qualunque lite possa insorgere tra le parti, estendendosi, in via successiva, alla risoluzione delle controversie e delle dispute tecniche una volta sopraggiunte. Si tratta, comunque, di funzioni deflattive del contezioso in supporto al RUP, con riguardo sia alla fase dell'esecuzione che a quella di svolgimento della gara che si manifestano attraverso determinazioni e pareri a seguito dei quesiti posti dalle parti.

[33] Pertanto, ci si limita in questa sede ad evidenziare che è presente un'unica eccezione contemplata dallo stesso art. 217 co.1, per gli effetti di lodo contrattuale nei casi in cui è richiesto il parere sulla sospensione coattiva e sulle modalità di prosecuzione dei lavori. Il parere obbligatorio può essere sostituito dalla determinazione avente natura di lodo contrattuale nell'ipotesi di sospensione imposta da gravi ragioni di ordine tecnico ai sensi del comma 4 dell'articolo 216.

[34] Art. 218 D.lgs n. 36/2023: Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti, tramite il RUP, possono costituire, secondo le modalità di cui all'allegato V.2, un collegio consultivo tecnico, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto, ivi comprese le determinazioni delle caratteristiche delle opere e le altre clausole e condizioni del bando o dell'invito, nonché la verifica del possesso dei requisiti di partecipazione e dei criteri di selezione e di aggiudicazione.

ISSN 2036-7821

Di certo, il CCT configura un metodo alternativo di risoluzione delle controversie ma la sua funzione e, quindi, la sua natura, non si esauriscono solo in tale ambito, estendendosi in maniera più ampia, anche in forme di assistenza alla stazione appaltante durante tutta la fase dell'esecuzione, compresa quella antecedente alla stessa, in modo che si persegua l'obiettivo principale individuabile nella realizzazione dell'opera nei tempi e nei modi previsti[35]. In altri termini, si profila un nuovo ruolo del CCT, ovvero quello di struttura chiamata a svolgere funzioni di mediazione e conciliazione finalizzata al raggiungimento dell'interesse generale. Il Codice precisa che anche se in presenza di determinazione avente valore di lodo contrattuale, l'attività sarà sempre tesa alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte. Tale assunto evidenzia ancor di più la natura poliedrica del CCT, all'interno del quale si mescolano varie funzioni appartenenti ai diversi istituti codicistici ma in cui l'obiettivo principale va fissato nel più ampio perseguimento dell'interesse pubblico primario in omaggio al fondamentale principio di cui all'art. 1 D.lgs n. 36/2023.
Come evincibile, il carattere del CCT ha un carattere "polivalente" che lo differenzia per ciò solo dalla figura dell'arbitrato, operando sia quale strumento di risoluzione delle controversie che quale strumento volto alla prevenzione dello sbocco in sede giustiziale, marcando la differenza sussistente tra gli strumenti di *dispute resolution* e *dispute avoidance*[36]. Il modello di riferimento sembrerebbe, a parere di chi scrive e di parte della dottrina, più quello dei c.d. *dispute boards*[37], rispetto alla posizione della stazione appaltante, con il principale scopo di prevenzione del contenzioso[38], in cui la decisione finale assunta dal CCT debba sempre essere preceduta dal tentativo di addivenire ad una soluzione consensuale della controversia[39].
In buona sostanza, se il CCT opera al fine precipuo di proteggere la regolare esecuzione del contratto, la sua attività non è compatibile con l'arbitrato. Come

[35] C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, cit.

[36] R. Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC Dispute Avoidance in Construction), Relazione destinata agli Atti del II Forum Internazionale del Gran Sasso "La prevenzione, via per un nuovo sviluppo"*, in *Diritto e società*, 2019, n. 3, p. 527-544.

[37] M. Luchetti, *Appalti: prospettive di prevenzione e risoluzione delle controversie con il collegio consultivo tecnico previsto dal Decreto-legge semplificazioni*, in www.filodiritto.com. In particolare, la giurisprudenza del Consiglio di Stato riconosce a sé stesso il ruolo di *advisory board* delle istituzioni del Paese nell'esercizio delle funzioni consultive - di cui all'art. 100, comma primo, della Cost. - sugli atti normativi e di regolazione (Cons. Stato: sez. consultiva per gli atti normativi, 20 ottobre 2020, n. 1612; Comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767). Da ultimo, nello stesso senso, con riguardo a tutte le funzioni consultive del Consiglio di Stato, Cons. Stato, sez. I, 13 novembre 2020, n. 1807.

[38] Ne è evidente anche la disposizione di cui all'art. 6, comma 3, del D.l. n. 76/2020, secondo cui, "*Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*".

[39] A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi*, op. ult. cit., p. 370.

ISSN 2036-7821

efficacemente sostenuto: "*il CCT monitora e indirizza il contegno delle parti ed opera su un piano che è per definizione extra giudiziale: la controversia non si risolve, si evita*"[40].
Si può ragionevolmente sostenere, come interpretato da autorevole dottrina secondo una visione unitaria, che la figura del CCT è da identificare quale organismo giustiziale atipico di diritto pubblico contaminato dalla partecipazione del soggetto interessato all'interno dello stesso, con la conseguente attribuzione della possibilità di risolvere le controversie di comune accordo e del potere di pronunciare in modo irrituale[41].

5.1 Il caso della variabile natura precettiva delle decisioni: in particolare la natura delle c.d. determinazione – mediazione.

In precedenza, secondo la legge di conversione del d.l. sblocca cantieri, la fonte della costituzione del CCT era da rinvenire in un duplice accordo tra le parti: uno a monte della costituzione e l'altro a valle, necessario in presenza delle eventuali controversie insorte, in cui le parti accettavano la proposta di soluzione del collegio.
Il nuovo Codice, sempre in ottica di continuità, dispone che le determinazioni del CCT obbligatorio abbiano natura di lodo contrattuale ai sensi dell'art. 808 ter c.p.c., a meno che le parti non abbiano optato per una diversa e motivata volontà da manifestarsi in forma scritta[42]. La determinazione avente natura decisoria consente al CCT di risolvere qualsiasi controversia o conflitto di varia natura, che possano sorgere durante l'esecuzione del contratto. Dipendendo dalla espressa volontà delle

[40] Così, A. Aniello, *Il Collegio Consultivo Tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione*, op. cit., p. 524, in cui l'autore pone in risalto la funzione più rilevante dello strumento in esame che è quella di *dispute avoidance*, come, tra l'altro a livello internazionale, segna l'innovatività e la particolarità dei c.d. *dispute board*. Le attività pratiche che si riportano possono essere quelle non formalizzate, in occasione delle visite periodiche in cantiere o negli incontri stabiliti tra i membri del collegio ed i rappresentanti delle parti contrattuali.

[41] Tale definizione è stata proposta da F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in www.giustiziainsieme.it, 2022. L'autore, in aggiunta, rimarca, sotto un duplice punto di veduta, la differenza sussistente tra il rimedio fornito dal CCT e gli altri strumenti previsti dal sistema giuridico. Il primo è quello della necessaria partecipazione, come componente dell'organo decidente, dell'operatore economico, e cioè della parte privata direttamente interessata (*rectius*: di membri da questa nominati). La decisione, parere o determinazione che sia, non viene presa più unilateralmente dalla sola amministrazione. Rispetto al sistema dei ricorsi amministrativi, s'introduce l'elemento della consensualità, in luogo della unilateralità, nella decisione sul ricorso (o nella resa del parere). L'altro elemento di novità o di rottura che si coglie, con riferimento alle forme di *ADR* ritenute ammissibili in ambito pubblico, riguarda la possibilità d'impiego della forma dell'arbitrato irrituale. La rottura rispetto all'impiego tradizionale del modello arbitrale non risiede nel fatto che si introduce una forma di arbitrato obbligatorio, cosa che non avviene (è obbligatoria la costituzione del Collegio, non la decisione in forma arbitrale, che dipende pur sempre dalla concorde volontà delle parti); ma nel fatto che una norma di legge consente che, perlomeno nell'attuale contingenza storica, dispute o controversie con la PA possano essere decise anche a mezzo di un arbitrato irrituale. La previsione legislativa predetermina requisiti e modalità di scelta degli "arbitri" (art 6, comma 2) e delinea i tratti essenziali del procedimento (art. 6, comma 3), sottraendo entrambi i profili ad una assoluta libertà negoziale e superando con ciò le riserve più volte formulate dalla Corte di Cassazione e legittimando l'ingresso della gara in ambito pubblicistico.

[42] Art. 6, co. 3 D.l. semplificazioni e artt. 215 co. 2 e 217 co. 1, D.lgs n. 36/2023.

ISSN 2036-7821

parti, la determinazione varrà a definire il conflitto, vincolandole in modo diretto, in virtù di quanto disposto da quella che si può definire come una c.d. *determinazione – lodo contrattuale*[43].

Nel caso in cui, invece, anche solo un contraente non sia previamente d'accordo rispetto all'automatica vincolatività della decisione del CCT, questa assumerà valore di c.d. *determinazione – mediazione*, potendo assumere i connotati di un autorevole suggerimento rivolto alle parti per risolvere i contrasti sorti in sede di esecuzione, assomigliando, in questo caso, ad una vera e propria mediazione[44].

Malgrado si avverta la mancanza di precettività della determinazione, parte della dottrina pone in rilievo una seppur indiretta obbligatorietà nella scelta rispetto a quanto previsto dalla stessa[45].

Ciò è da rinvenire sulla base di quanto previsto all'interno dell'art. 215 co. 3 D.lgs n. 36/2023, secondo cui l'inosservanza della c.d. *determinazione – mediazione* comporterebbe la valutazione *"ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali"*; laddove, viceversa, la piena osservanza di quanto disposto dal CCT consentirebbe l'esclusione della responsabilità per danno erariale, eccezion fatta per la condotta puramente dolosa[46].

Sulla base di quanto appena sottolineato, è facilmente intuibile che le parti si adatteranno al contenuto previsto dalla c.d. *determinazione – mediazione*, in modo da non rischiare di andare incontro ad eventuali sanzioni così come previste dal Codice.

---

[43] Come disposto dalle linee guide precedenti al nuovo Codice, per cui se le parti non hanno escluso l'attribuzione del valore di lodo arbitrale, alle decisioni del CCT, queste diventano determinazioni a carattere dispositivo, direttamente attributive di diritti o costitutive di obblighi in capo alle parti, attesa l'efficacia tipica del lodo contrattuale irrituale.

[44] In questo senso, P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, op. ult. cit.; per cui l'interpretazione è ulteriormente avallata da quanto espressamente convenuto da parte della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità delle norme che disponevano l'obbligatorietà dell'arbitrato in materia di contratti pubblici o che prevedevano la possibilità di deroga solo per la parte pubblica. Peraltro, le linee guida pongono in rilievo che: *"la volontà manifestata anche da una soltanto delle parti è sufficiente ad escludere la natura di lodo contrattuale delle determinazioni del CCT"*.

[45] C. Costanzi, *Dal Dispute Board al collegio consultivo tecnico. Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione all'italiana,* in Riv. Ambientediritto, 2/2021.

[46] In aggiunta a quanto appena osservato, l'All. V.2, ex. art. 3 co. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici, riferendosi alle decisioni del CCT, conferma che: Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione del Collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non ha osservato la determinazione, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. La norma ci fa comprendere, oltremodo, da un punto di vista sistematico che l'attività del CCT sia riconducibile alla mediazione e alla conciliazione, anche dal punto di vista delle spese di lite, dato che con riferimento alla mediazione in ambito civile e commerciale, la disciplina delle spese del giudizio promosso segue le mosse di quanto appena riportato, in caso di mancata accettazione della proposta formulata dal mediatore.

ISSN 2036-7821

In questo caso, sebbene astrattamente le parti siano libere di poter risolvere la controversia in modo differente o con un diverso assetto rispetto a quello suggerito dal CCT, sembra comunque comprensibile assegnare un carattere decisorio alla c.d. *determinazione – mediazione* non potendolo qualificare esclusivamente quale rimedio di natura alternativa e assistenziale. D'altra parte, però, è opportuno rammentare che non si rientra nel caso della c.d. *determinazione – lodo* tanto che le parti potranno disattenderne il contenuto.

Nel caso in esame, quindi, come rilevato, sembrerebbe opportuno riferirsi ad atti che abbiano natura "*quasi aggiudicativa*" ponendo in rilievo il carattere decisorio della pronuncia oltre che la validità a conformare, almeno in via mediata, la susseguente condotta delle parti, in assenza di una diretta vincolatività della pronuncia. Sul punto, è chiaramente intuibile la *voluntas legis*, laddove il nuovo Codice fornisce un'indicazione ben precisa, per cui si utilizzi il CCT in tutte le sue forme e compiti assistenziali e si eviti, per tal via, che il ricorso possa essere scoraggiato dalla paura dei funzionari nell'incorrere in forme di responsabilità amministrativa[47].

Ulteriore conferma la si ricava dall'art. 216, in cui si ritiene necessario acquisire il parere obbligatorio del CCT nei casi in cui ci sia la sospensione volontaria o coattiva dell'esecuzione di lavori con importo sopra-soglia, oltre che in presenza di contratti relativi a servizi e forniture. Il parere in questo contesto non servirà a risolvere la controversia insorta fra le parti bensì assolve ad una funzione puramente consultiva in merito alle decisioni prese dalla stazione appaltante[48].

Sebbene trattasi di un mero compito di consulenza, le conseguenze derivanti dall'eventuale disobbedienza dei pareri non modificherebbe quanto evidenziato in precedenza[49]. Difatti, come disposto dall'art. 215 co. 3, D.lgs n. 36/2023, sulla base del

[47] M. Macchia, *Alla ricerca di esperti…Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto,* in *Giorn. Dir. Amm.*, 2024, n. 1, p. 26.

[48] Art. 216, co. 3, D.lgs n. 36/2023: Nel parere il collegio consultivo tecnico valuta anche la possibilità di decidere: a) se procedere all'esecuzione in via diretta dei lavori, anche avvalendosi, nei casi consentiti dalla legge, previa convenzione, di altri enti o società pubbliche nell'ambito del quadro economico dell'opera; b) se interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato; c) se indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera; d) se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera ai sensi dell'articolo 4 del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.

[49] Per dover di completezza, ulteriore funzione consultiva svolta dal CCT è da rinvenire all'interno dell'art. 218, D.lgs n. 36/2023, per cui v. *infra* nota 33. Come fatto notare da A. Magliari, *Il contenzioso: la tutela giurisdizionale e i rimedi alternativi,* op. ult. cit., p. 372; lo strumento assume due peculiarità, in cui la prima risiede nell'attivazione dello strumento, in questo caso facoltativa, che può aver luogo anche nella fase pubblicistica della procedura di affidamento e dunque precedentemente alla stipula del contratto; in secondo luogo, la costituzione del CCT avverrebbe in assenza di qualsivoglia lite con il privato (partecipante o aggiudicatario), circostanza per cui la decisione assurgerebbe a mera funzione consultiva, quale parere facoltativo e non vincolante, in un'ottica di beneficio per la stazione appaltante.

ISSN 2036-7821

richiamo di cui al 217 co. 2, D.lgs n. 36/2023, anche se il CCT operasse per il sol tramite di pareri facoltativi o obbligatori, in ogni caso, la loro inosservanza potrebbe comportare, salvo prova contraria, una forma di responsabilità per danno erariale oltre che grave inadempimento contrattuale[50]. Il soggetto resterebbe, seppur tacitamente, vincolato al rispetto di quanto prospettato dal CCT, per cui si può asserire che il nuovo Codice in tal modo accresce significativamente il ruolo del CCT, quale forma di rimedio giustiziale atipico in ambito pubblicistico, consentendo, a tal uopo, la risoluzione di comune accordo di dispute e controversie anche in forma irrituale e, in definitiva, consolidando l'efficacia c.d. "rinforzata" delle decisioni del CCT[51].

In conclusione, si può ragionevolmente affermare che in relazione al profilo appena esaminato non vi sia una linea di continuità nella disciplina configurante il CCT con quanto prospettato nel D.l. n. 76/2020 c.d. decreto semplificazioni, dato che la distinzione tra le statuizioni c.d. *determinazione – lodo* e quelle c.d. *determinazione – mediazione* all'interno della nuova disciplina codicistica si assottiglia, quasi fino ad annullarsi.

6. Conclusioni.

Il punto di partenza si consolida nell'articolo 1 del nuovo Codice dei contratti pubblici che fissa per gli interpreti del settore il principio del risultato, vera e propria stella polare della commessa pubblica.

Da ciò si può facilmente giustificare sia l'obbligatorietà del CCT che l'importanza da esso rivestito all'interno della nuova disciplina. L'organismo è stato pensato quale ulteriore strumento volto al raggiungimento del principio di risultato, individuabile nella celere realizzazione dell'opera secondo le regole dell'arte, segnando in modo decisivo, l'ingresso nel nostro ordinamento di un nuovo sistema di ADR, contraddistinto dal potere consultivo e di risoluzione alternativa della controversia[52].

Sotto questo punto di vista, come rilevato nel corso del contributo e ad avviso di chi scrive, per dare vigore alla coraggiosa scelta compiuta dal legislatore, le peculiarità dell'istituto sarebbero da sfruttare in modo pieno e continuato al fine di esaltarne la natura camaleontica e polivalente non rinvenibile, per funzioni ed utilità, in alcuna figura presente nel sistema.

---

[50] Pur in assenza di espressa menzione normativa il parere del Collegio è da ritenere obbligatorio per le parti ma non vincolante, residuando in capo alla stazione appaltante la possibilità di decidere in autonomia. Malgrado lo stesso Codice, all'interno dell'art. 217, preveda che il parere non assuma natura di lodo contrattuale nei casi in cui è richiesto il parere sulla sospensione coattiva e sulle modalità di prosecuzione dei lavori, il richiamo di cui al secondo comma conferma però la possibilità di incorrere nella grave responsabilità del soggetto agente.

[51] F. Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico*, in www.lamministrativista.it, marzo 2021.

[52] P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, p. 397, op. ult. cit.

ISSN 2036-7821

Non vi è dubbio che l'istituto esaminato risponde ad esigenze differenti, sorte, non già sulla scia di bisogni concreti di giustizia come avviene per gli altri strumenti di ADR ma, invero, in ordine al raggiungimento dell'obiettivo principale volto alla tutela dell'interesse specifico alla realizzazione dell'opera a regola d'arte secondo i tempi programmati, per comporre sul nascere gli eventuali conflitti tra operatore economico e stazione appaltante.

Quindi, come evidenziato in fase ricostruttiva nel presente contributo, il CCT non ha prettamente funzione giustiziale, dato che la decisione presa non è volta alla risoluzione della lite secondo diritto ma alla celere realizzazione dell'opera. D'altra parte, il CCT non è da configurare quale organo della P.A. come, d'altronde, la soluzione presa non è riferibile unilateralmente a quest'ultima, in quanto il privato ha un forte potere decisionale in ordine alla nomina dell'organismo chiamato a adottare la pronuncia. Da ultimo, il CCT non può essere considerato allo stesso modo di un collegio arbitrale, né può essere inquadrato all'interno dello schema della mediazione, non rientrando fra i rimedi che mirano esclusivamente alla risoluzione delle controversie[53]. Infatti, l'organismo esaminato presenta delle caratteristiche rimarchevoli che esaltano in modo netto la natura di strumento più che di *dispute resolution*, di *dispute avoidance* influenzato e trasformato per effetto di principi e norme fondanti l'azione amministrativa, in modo da conformarlo alla prassi della contrattualistica pubblica e, inoltre, renderlo strumento valido ad evitare la possibile lite, causa di enormi perdite di tempo, non funzionali al raggiungimento dello scopo primario: la realizzazione dell'opera, l'erogazione di un servizio o l'ottenimento di una fornitura, con la massima tempestività secondo il miglior rapporto qualità/prezzo.

Sebbene, la diversità di compiti e la paventata funzionalità dell'istituto siano motivi più che ottimali per incentivare l'utilizzabilità del Collegio, la reintroduzione dello strumento, al fine del suo corretto funzionamento, deve essere necessariamente accompagnata da una riforma atta a rafforzare le componenti e, conseguentemente, ad alimentare la volontà delle parti in causa nel riporre la loro fiducia nelle decisioni dell'organo collegiale. Come già premesso in fase introduttiva, la chiave di volta dell'operazione di rilancio del CCT, risiede nella particolare competenza e qualificazione richiesta ai membri del Collegio. Il placido assenso ricevuto dal legislatore verso dei modelli che comportino l'allentamento della pressione e del

[53] Come fatto notare da P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico*, pag. 397 e 398, cit., il CCT mira al raggiungimento della celere realizzazione dell'opera non già a trovare la giusta soluzione alla lite in corso. Quindi non può essere avvicinato al collegio arbitrale seppur vi sia la presenza dei componenti designati dall'appaltatore e dalla parte pubblica e vi sia il richiamo alla natura di lodo contrattuale della decisione. Né d'altra parte, può essere ricondotto alla figura della mediazione dato che l'organismo, proprio per le sue competenze tecniche opta per la formula che risulti utile alla rapida esecuzione dell'opera e non già alla soluzione che consenta di conciliare agevolmente la lite.

ISSN 2036-7821

carico di lavoro dai Tribunali amministrativi, deve andare di pari passo con la formazione e la competenza degli esperti, coloro i quali siano capaci di garantire una decisione confortante atta a rispettare i principi generali della materia.
La composizione deve assicurare la presenza di professionisti che siano capaci di risolvere qualsiasi lite gli si presenti, in tempi rapidi e concisi per prendere le proprie decisioni, essendo esclusa, di pari passo, la possibilità di avvalersi di professionisti esterni per l'attività istruttoria[54]. I membri del Collegio dovranno pronunciarsi in tempi che non sono riconducibili a quelli di un arbitrato né tanto meno a quelli di un giudizio ordinario. Pertanto, è evidente che la scommessa può funzionare solo se ci si cautela con un ingente standard qualitativo delle professionalità interessate[55]. In altre parole, sono gli esperti che devono garantire il rispetto delle parti della decisione assunta, in ossequio a quanto dettato in termini di fiducia, trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa. Se la soluzione offerta dal Collegio può essere espressione di una nuova interpretazione del principio di fiducia nell'azione amministrativa, allontanando la c.d. paura della firma e la burocrazia difensiva che ha costantemente influenzato (negativamente) l'ordinario modo di agire dei funzionari amministrativi, il potenziamento della formazione giuridica oltre alla presenza di eventuali incentivi economici, potrebbero spingere "gli esperti" formanti il Collegio a soluzioni rapide e altamente qualificate, in modo da incassare il credito delle parti e il loro rispetto circa la decisione assunta.
Il percorso normativo ed evolutivo avuto dal nuovo CCT inizia con la normativa speciale per il P.N.R.R., prevista dal D.l. semplificazioni, proseguendo poi con la legge delega, fino ad arrivare al nuovo Codice dei contratti pubblici. L'estensione e il rafforzamento di tutto il comparto delle ADR, passa soprattutto in virtù di un'esperienza positiva che deve caratterizzare l'istituto in esame ma, ancor prima, al fine di ottenere un CCT funzionante e centrale nella risoluzione delle liti e, oltremodo, agevolante la tempestiva realizzazione delle opere, è opportuno valorizzarlo fornendo il massimo supporto sia dal punto di vista professionale che sotto quello economico, in modo da garantire una migliore definizione, in sede non giurisdizionale, dell'accordo conciliativo.

---

[54] F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*. cit; come opportunamente fatto notare dall'autore, il quale pone in risalto, su tutti, la circostanza per cui il CCT deve prendere le proprie decisioni in termini strettissimi (15 – 20 giorni) soprattutto quelle relative ai c.d. lodi arbitrali.

[55] Si esprime negativamente sul punto P. Gianforte, *Collegio consultivo tecnico: vero strumento di semplificazione – aspetti operativi,* in *Appalti&*Contratti, 2022; secondo cui, il più delle volte, dato lo scarso tempo messo a disposizione per il CCT qualora l'operato si concentri nel dover rispettare le strette tempistiche la conseguenza potrebbe essere quella di pervenire a determinazioni dal contenuto non sempre pienamente calzante e congruente, potendo oltremodo, nel caso in cui la decisione del CCT abbia la valenza di lodo contrattuale, rappresentare un salto nel vuoto. Si corre il rischio di portare un forte ridimensionamento ad un aspetto positivo dell'istituto quale può essere quello dell'analisi ricadente su questioni tecniche relative all'appalto.

ISSN 2036-7821