GIUSTIZIA INSIEME

Diritto e Processo Amministrativo

Il collegio consultivo tecnico e la sua veste arbitrale

Profili sostanziali e di tutela giurisdizionale

di Francesco Goisis

21 marzo 2024

Sommario: 1. Introduzione – 2. Criteri di valutazione delle controversie da parte del CCT – 3. La obbligatorietà del CCT e strumenti di tutela giurisdizionale in caso di rifiuto o inerzia nella costituzione del CCT – 4. Il CCT come, ordinariamente, arbitrato irrituale *sui generis*, chiamato a rendere lodi in una prospettiva conciliativa e di prioritaria cura dell'interesse pubblico e il regime di impugnazione dei suoi atti – 5. La responsabilità dei componenti del CCT – 6. La particolare disciplina dei pareri obbligatori su risoluzione-sospensione e su questioni emerse in sede di gara: elementi comuni e differenze rispetto alle competenze principali del CCT – 7. Conclusioni

1. Introduzione

L'art. 215 del D.lgs. n. 36/2023, in coerenza con la legge delega[1], ha inteso potenziare il Collegio consultivo tecnico (CCT).

In effetti, questo organo collegiale, formato da membri ad elevata competenza professionale, viene "stabilizzato" come strumento principale di ADR nell'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ossia, secondo quanto si legge nella Relazione della Commissione presso il Consiglio di Stato, come "*rimedio generale per dirimere sul nascere i possibili contenziosi tra committente e appaltatore che rischierebbero di pregiudicare l'esecuzione tempestiva e a regola d'arte del contratto di appalto*"**[2]**. In precedenza, l'art. 6 del d.l. 16 luglio 2020, n. 76 lo aveva sì ripristinato dopo la relativa abrogazione da parte del correttivo del 2017**[3]**, ma solo fino al 30 giugno 2023 ed esclusivamente nel campo dei lavori**[4]**.

In sostanza, gli artt. 215-219 mettono a regime – senza novità davvero strutturali, salvo l'allargamento del CCT a servizi e forniture – il sistema, già disegnato dagli articoli 4 e 5 del d.l. n. 76 del 2020, come integrato dalle linee guida predisposte dal Consiglio superiore dei lavori pubblici e approvate con d.m. Ministero delle infrastrutture e mobilità sostenibili del 17 gennaio 2022 (di seguito anche Linee guida 2022).

Tale sistema, in origine pensato essenzialmente per accompagnare la realizzazione degli obbiettivi PNRR, è oggi, invece, destinato a fluidificare l'esecuzione di ogni importante contratto d'appalto.

In particolare, l'art. 215, c. 1, riconosce la facoltà di ciascuna parte di chiedere la costituzione di un CCT, al fine di rendere pareri e determinazioni sulla fase esecutiva del contratto di appalto. Tali determinazioni, salvo diversa volontà delle parti, in una sorta di silenzio assenso, acquisiscono il valore di lodo arbitrale irrituale, ossia, *ex* art. 808 *ter* c.p.c., di "*determinazione contrattuale*", in termini di composizione amichevole o negozio di accertamento riconducibile alla volontà contrattuale delle parti della controversia.

Il CCT può essere facoltativo, ossia costituito su accordo delle parti che, in tale ipotesi, definiscono anche i relativi quesiti, ovvero obbligatorio, in caso di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea e di forniture e servizi di importo pari o superiore a 1 milione di euro.

Scopo di questo breve contributo è interrogarsi, in una prospettiva sia di diritto sostanziale che processuale, su quattro profili essenziali: criteri di valutazione attraverso cui è chiamato ad operare il CCT; significato e portato dell'obbligatorietà del CCT; regime dei relativi atti e, infine, responsabilità dei componenti del CCT.

In conclusione, ed in sintesi, si proporrà anche una lettura complessiva dell'istituto.

2. Criteri di valutazione delle controversie da parte del CCT

E' già stato notato dalla dottrina più attenta: fin dal dato legislativo, risulta delineata una doppia finalità del CCT, ossia offrire uno strumento di ADR particolarmente efficace e destinato ad estendersi potenzialmente a tutte le controversie della fase esecutiva e, allo stesso tempo, tutelare l'interesse pubblico alla celere ed esatta esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, specie più significativi, in coerenza con il principio del raggiungimento del risultato, oggi espressamente codificato dall'art. 1 del Codice 2023.

Persino laddove la pronuncia assuma valore di lodo contrattuale, precisa l'art. 215, c. 2 che "*l'attività di mediazione e conciliazione è comunque finalizzata alla scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte*".

Dal che emergono, mi pare, almeno due punti fermi: *a.* la celere e diligente esecuzione del contratto è sempre e comunque interesse prioritario che deve informare l'azione del CCT, persino nella sua veste di collegio arbitrale e *b.* il CCT, anche nella sua veste arbitrale, può ben optare per soluzioni conciliative, i.e., può ben operare secondo la nota attitudine dell'arbitrato irrituale a ricercare una "*amichevole composizione*"**[5]**.

Tale amichevole composizione, sia detto per inciso, non coincide, necessariamente, con una transazione, non richiedendo di per sé reciproche concessioni**[6]**; anche se si è opportunamente precisato in giurisprudenza che "*In mancanza di limiti specificamente prefissati, gli arbitri irrituali hanno gli stessi poteri dispositivi dei mandanti in ordine alla definizione del rapporto controverso; pertanto essi possono adottare una qualunque soluzione compresa fra i due estremi della transazione, da un lato, e del negozio di mero accertamento, dall'altro*"**[7]**. In altri termini, sotto la categoria dell'arbitrato irrituale ben possono ricadere (anche) ipotesi in cui agli arbitri sia concesso (seppur non imposto, perché altrimenti non si tratterebbe di arbitrato, ma di mandato a transigere in senso proprio ed esclusivo) di giungere a soluzioni eminentemente transattive della lite. Il lodo avrebbe, cioè, in questi casi, non (necessariamente) la funzione di dichiarare, secondo regole obiettive (di diritto, o di equità) chi ha ragione e chi ha torto. Ma di operare (o, perlomeno, anche di operare, ove occorra), reciproche concessioni.

Evidentemente, l'amichevole composizione – comunque si realizzi, ossia se tramite reciproche concessioni o in un altro modo – è vista dal Codice dei contratti pubblici come funzionale a superare certe rigidità che possono ostare al raggiungimento del risultato nei contratti pubblici.

In sostanza, negare (come talvolta prescritto in via generale da alcune Amministrazioni**[8]**) al CCT la capacità di decidere, ove opportuno, secondo equità o attraverso soluzioni transattive,

significa, a mio parere, andare contro la stessa *ratio* pubblicistica dello strumento: è proprio grazie alla duttilità di un'amichevole composizione (possibile sia in sede arbitrale che, *a fortiori*, di mera attività consultiva) che il CCT può più efficacemente perseguire l'interesse primario della celere e diligente realizzazione dell'opera/ esecuzione del contratto

Tale vocazione acceleratoria e di soluzione facilitata delle controversie anche attraverso soluzioni equitative o transattive è altresì strettamente connessa alla previsione di cui all'art. 215, c. 3 (richiamata anche, in relazione ai pareri, dall'art. 217, c. 2**[9]**), secondo la quale l'inosservanza dei pareri o delle determinazioni del CCT (dunque di ogni atto formale del CCT, pur ove privo di valore arbitrale e della finalità di risoluzione di una controversia, e quindi con inclusione anche dei meri pareri), è valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali, nonché, secondo un meccanismo mutuato dalla mediazione, incide sul profilo delle spese in un successivo contenzioso giudiziale, quando la determinazione del CCT, a cui non ci si sia conformati, sia in quella sede confermata**[10]**. Viceversa – e questo è il profilo che probabilmente più può contribuire al successo dell'istituto, fino a consentirgli di "fagocitare" gli altri strumenti di ADR previsti dal Codice – l'osservanza delle determinazioni del CCT è causa, per gli organi della Stazione appaltante, di esclusione della responsabilità per danno erariale, salva l'ipotesi di condotta dolosa.

L'idea di fondo sembrerebbe chiara: rimuovere la paura di responsabilità erariali, che costituisce una delle principali ragioni di resistenza da parte delle Stazioni appaltanti ad accettare soluzioni che, pur in concreto opportune e necessarie per consentire di ottenere il "risultato", possano *ex post* essere viste come un indebito vantaggio per il contraente privato.

Vero che, come è stato acutamente notato**[11]**, il principio della irresponsabilità erariale del funzionario che si sia conformato alle indicazione del CCT sembra semplicemente riecheggiare gli artt. 1, c. 1.1, l. 14 gennaio 1994, n. 20 e 11-bis d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28, secondo i quali la responsabilità per danno erariale che consegue alla stipula di accordi volti alla composizione stragiudiziale delle liti in sede di mediazione e in sede giudiziale "*è limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, consistente nella negligenza inescusabile derivante dalla grave violazione della legge o dal travisamento dei fatti*".

Tuttavia, resta il fatto che tale principio è poi espressamente ripreso solo in relazione al CCT, sicché ben difficilmente (o comunque senza alcuna certezza) sarà invocabile in relazione agli

altri strumenti di ADR previsti dal Codice dei contratti pubblici.

3. La obbligatorietà del CCT e strumenti di tutela giurisdizionale in caso di rifiuto o inerzia nella costituzione del CCT

Un altro tema di carattere, si direbbe, prioritario, pare quello del significato della obbligatorietà del CCT per gli appalti soprasoglia: sia per capire quale ne sia la portata sul piano giuridico e quale il suo rapporto con il principio costituzionale di necessaria facoltatività dell'arbitrato, sia per comprendere quali strumenti di tutela giurisdizionale, e quali responsabilità, siano ipotizzabili in caso di inerzia nella costituzione del CCT.

Partiamo da un profilo della obbligatorietà del CCT ad oggi poco discusso e però, sembrerebbe, centrale.

È da capire la coerenza con i caratteri fondamentali del CCT quale legislativamente tratteggiato delle Linee guida del 2022, par. 4.1.3, ai sensi delle quali " *In nessun caso il CCT può intervenire autonomamente o emettere pareri in assenza dei quesiti di parte; l'inosservanza di tale divieto comporta la nullità delle determinazioni eventualmente assunte*", con il solo temperamento per cui " *Se l'appaltatore, al fine di non incorrere in decadenze, iscriva riserve senza formulare anche il relativo quesito al CCT, il quesito deve essere formulato dal responsabile del procedimento se la riserva è tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori*". Così si lascia, apparentemente, alla scelta esclusiva delle parti l'effettiva sottoposizione al CCT obbligatorio di specifiche controversie inerenti alla fase dell'esecuzione, ove pure esistenti**[12]**.

Se il CCT è, per i contratti più rilevanti, obbligatorio e se, in effetti, risponde ad uno specifico interesse pubblicistico non circoscritto alla sola ipotesi (peraltro assai genericamente definita) in cui "*la riserva è tale da incidere sulla regolare esecuzione dei lavori*", non pare coerente che le parti possano poi decidere se e quando utilizzarlo nelle loro concrete controversie, sottoponendogli o meno le loro concrete controversie.

Né, sia chiaro, una obbligatorietà "in senso forte" del CCT (ossia una sua necessaria onnicomprensività rispetto alle liti relative alla fase esecutiva, fino alla conclusione del rapporto contrattuale) lo renderebbe in contrasto con il divieto di arbitrato imposto: ciascuna delle parti può sempre decidere, *ab origine*, di escludere il valore arbitrale di tutte le determinazioni; d'altra

parte, a voler invece ritenere davvero necessario per dare fondamento volontaristico all'arbitrato un accordo in relazione a ciascun quesito, allora occorrerebbe negare anche la possibilità di sottoporre quesiti in via unilaterale. Tale unilateralità del quesito è invece oggi certamente ammessa (l'art. 3, c. 1, dell'All. V.2 è esplicito nello stabilire che "*Il procedimento per l'espressione dei pareri o delle determinazioni del CCT può essere attivato da ciascuna delle parti o da entrambe congiuntamente.*.") e, del resto, è comune ad ogni esperienza di contratto contente una clausola compromissoria **[13]**.

A me sembra, allora, che le Linee guida 2022 debbano sul punto ritenersi *ab origine* illegittime (per violazione della scelta legislativa a favore di un CCT obbligatorio per gli appalti sopra certe soglie). Peraltro, tali previsioni delle Linee guida sono probabilmente ormai inapplicabili, visto che l'art. 1, c. 3, dell'Allegato V.2 richiama le Linee guida solo in relazione a "*I requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del Collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta [...] i parametri per la determinazione dei compensi* [....]", non quanto al ben diverso profilo della portata dell'obbligatorietà. D'altra parte, la nuova disciplina si applica anche ai CCT in corso alla data dell'entrata in operatività del nuovo Codice (art. 224, c. 1 **[14]**).

In sostanza, dal 1 luglio 2023, è il citato art. 3, c. 1, a costituire la disciplina di riferimento rispetto al tema della portata dell'obbligatorietà del CCT.

Vero è che l'art. 3, c. 1 di nuovo usa l'ausiliario *potere* ("*può essere attivato*"); ma tale scelta lessicale, evitando l'uso dell'ausiliario *dovere* e non comminando alcuna nullità in caso di iniziativa ufficiosa del CCT, è compatibile con l'interpretazione qui preferita: nessun dubbio che il CCT di regola potrà e dovrà essere attivato da una o entrambe le parti, ma tale più naturale modalità di attivazione non ne può rimuovere la complessiva obbligatorietà. E quest'ultima deve tradursi in un dovere del RUP (sanzionabile ad es. in sede di responsabilità erariale) di attivare la procedura in caso di riserve e di altre controversie in senso proprio di cui venga comunque a conoscenza, nonché in una legittimità (ed anzi doverosità) dell'iniziativa ufficiosa dell'organo collegiale.

In conclusione, nella interpretazione qui preferita, i CCT obbligatori dovrebbero riguardare ogni controversia e riserva (indipendentemente dalla relativa gravità e capacità di incidere sulla regolare esecuzione del contratto). Ogni riserva, dunque, dovrebbe essere, necessariamente e tempestivamente, sottoposta al CCT a cura, quantomeno, del RUP; il CCT, ove venga comunque a conoscenza di una riserva, dovrebbe su di essa potersi pronunciare anche d'ufficio, in coerenza con il suo carattere obbligatorio e con l'indisponibilità dell'interesse alla celere ed esatta

esecuzione del contratto primariamente affidato alla sua cura.

Il che, tra l'altro, implica che laddove le parti non abbiano escluso il carattere arbitrale delle decisioni del CCT, il fatto di rivolgersi al giudice invece che adire il CCT legittimerà la controparte a sollevare in sede giudiziale una *exceptio compromissi* irrituale**[15]**, intesa dalla giurisprudenza come ragione di rinuncia alla giurisdizione da parte dell'attore**[16]**.

Questa lettura nel senso di una obbligatorietà "in senso forte", tra l'altro, eviterebbe la singolare situazione di una clausola arbitrale "a tempo", ossia di controversie contrattuali che possono essere dedotte in arbitrato irrituale solo finché il CCT non sia sciolto con la conclusione (naturale o anticipata) del rapporto contrattuale: il RUP, nell'interpretazione preferita, ha il dovere di sottoporre tempestivamente le riserve al CCT, anche al fine di evitare tale esito, ossia una pratica impossibilità di decisione arbitrale, per scioglimento del CCT, secondo tempistiche per di più non esattamente prevedibili.

V'è adesso da chiedersi di quali strumenti di tutela possa disporre l'impresa per indurre la stazione appaltante a costituire il CCT.

Anzitutto, il legislatore chiarisce che l'inerzia, anche in termini di semplice ritardo, della Stazione appaltante nella costituzione del CCT è causa di responsabilità erariale e dirigenziale e può integrare, sia da parte della Stazione appaltante che del contraente privato nei reciprochi rapporti (contrattuali), un inadempimento dell'obbligo di buona fede contrattuale. Inoltre, la parte più diligente può rivolgersi al Presidente del Tribunale ordinario in cui ha sede la Stazione appaltante, e, quindi, il CCT, per ottenere tale nomina**[17]**.

Dunque è certamente ipotizzabile, da parte dell'appaltatore, un esposto alla Corte dei conti, per denunciare un'ipotesi tipica di responsabilità erariale.

Peraltro, in relazione alla mancata nomina del rappresentante della Stazione appaltante nei CCT, una voce giurisprudenziale (per ora isolata) ha qualificato la posizione del privato istante come di interesse legittimo pretensivo contrapposto ad un potere amministrativo vincolato, come tale suscettibile di ricorso contro il silenzio inadempimento, oltre che contro il diniego espresso, in via di azioni di adempimento**[18]**.

Tuttavia, da un lato il richiamo legislativo alla buona fede contrattuale sembra collocare la controversia nel campo, appunto, dell'esecuzione contrattuale, con conseguente giurisdizione ordinaria; dall'altro, nell'analogo settore degli accordi bonari, prevale la tesi della improponibilità dell’azione avverso il silenzio inadempimento a fronte dell'inerzia della Stazione appaltante rispetto alla instaurazione della procedura, dato che l'appaltatore è titolare di una

situazione soggettiva di diritto soggettivo, per di più non ricadente in giurisdizione amministrativa nemmeno esclusiva**[19]**. Infine, la possibilità di rivolgersi al Presidente del Tribunale ordinario potrebbe altresì escludere l'interesse a ricorrere davanti al GA.

V'è di più. A ben vedere prevedere la contestabilità del silenzio o del diniego espresso avanti al GA in relazione alla condotta della (sola) Amministrazione apparirebbe foriera di esiti asimmetrici, visto che certo la Stazione appaltante non ha altra scelta che rivolgersi all'AGO a fronte dell'inerzia del privato. Meglio quindi optare per una competenza esclusiva dell'AGO, in entrambi i casi di inerzia, sia pubblica che privata.

In sostanza, pur trattandosi di questione ancora aperta, appare da un lato verosimile, e dall'altro preferibile, un ruolo, in materia, solo per la Giurisdizione ordinaria e, nei casi di patologica inerzia amministrativa, in aggiunta, per la Corte dei conti.

4. Il CCT come, ordinariamente, arbitrato irrituale *sui generis* , chiamato a rendere lodi in una prospettiva conciliativa e di prioritaria cura dell'interesse pubblico e il regime di impugnazione dei suoi atti

Abbiamo visto come il CCT operi attraverso delle determinazioni pienamente vincolanti, ove il CCT sia investito di una funzione arbitrale, o, almeno, semi-vincolanti, o, se si preferisce, espressione di " funzioni latamente decisorie"**[20]** (ove le parti abbiamo escluso la funzione arbitrale). Tali determinazioni, per di più, possono ridurre fortemente la paura della firma nei funzionari pubblici, perché, se seguite, schermano dalla responsabilità erariale, così facilitando fortemente soluzioni amichevoli (e financo transattive), in coerenza con il principio della fiducia di cui all'art. 2 del Codice.

Invero, è proprio la scelta legislativa di declinare l'arbitrato irrituale in uno specifico procedimento *ex lege* preordinato ad una particolare attenzione per l'interesse pubblico, a consentire di superare le tradizionali resistenze giurisprudenziali e legislative rispetto all'arbitrato irrituale e all'arbitrato secondo equità. Questi ultimi, come bene emerge nell'art 12 c.p.a., secondo cui "*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti cpc*", visti come potenzialmente in contrasto con il principi generali di

legalità e di evidenza pubblica**[21]**.

Potremmo insomma dire che il CCT, grazie alla sua disciplina di legge, realizza le esigenze dell'evidenza pubblica (intesa come decisione procedimentalizzata in cui emergano le ragioni di pubblico interesse), così superando anche sul piano sostanziale i dubbi tradizionalmente espressi in giurisprudenza in relazione all'arbitrato irrituale nelle controversie con la PA**[22]**.

Sempre sotto il profilo del principio di legalità, resta da capire se la natura "contrattuale" e quindi privatistica della determinazione con valore di lodo imponga altresì di qualificare come nullo il lodo che si ponga in contrasto con norme imperative. Il riferimento è soprattutto alle norme che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo di aggiudicazione, evitandone elusioni *ex post* tramite modifiche sostanziali del rapporto contrattuale a favore del privato contraente.

Insomma, occorre chiedersi se tale natura contrattuale segni implicitamente i confini della amichevole composizione, limitandola alle questioni relative a diritti disponibili, escludendo invece radicalmente ogni profilo relativo all'esercizio, nel rispetto del principio di *par condicio* e concorrenza, del potere amministrativo, ossia specie quei profili che finiscono per incidere, *ex post*, sulla fase di selezione del contraente.

E' stato in effetti più volte chiarito, anche nella giurisprudenza UE, che non è dato prescindere dalle regole di gara (ad es. riconoscendo condizioni di favore al contraente privato, in violazione del divieto di rinegoziazione del contratto pubblico), nemmeno per finalità transattive, di prevenzione del contenzioso**[23]**.

D'altra parte, la questione è, in specie, complicata dall'espressa previsione dell'art. 217, c. 3, per cui " *Le determinazioni aventi natura di lodo contrattuale sono impugnabili nei casi e nei modi indicati dall'articolo articolo 808-ter, secondo comma, del codice di procedura civile*".

In effetti l'art. 808-ter cit. non parla di nullità per violazione di norme imperative, anche se prevale, nella dottrina e giurisprudenza relativa all'ordinario arbitrato irrituale, l'idea che ciò non escluda né possa escludere la nullità del lodo per violazione di norme imperative, in coerenza con la sua natura negoziale privatistica**[24]**.

Tuttavia, l'espresso riferimento legislativo al solo art. 808-ter, c. 2, cit. potrebbe indicare, per pura ipotesi, invece una specifica volontà di escludere l'impugnazione del lodo per nullità da violazione di norme imperative sostanziali.

Nonostante la complessità della questione, sembra preferibile la tesi della nullità della determinazione-lodo, ove e per quanto in contrasto con norma imperativa sostanziale, quantomeno se attinente al divieto di modifica sostanziale del contratto e quindi di divieto di affidamento diretto: al di là del fatto che l'art. 829, c. 3, c.p.c. prevede come assolutamente inderogabile l'impugnabilità del lodo rituale per "*contrarietà all'ordine pubblico*" (categoria in cui potrebbero facilmente rientrare gli obblighi di gara di derivazione UE, specie considerando che la Cassazione identifica tali norme di ordine pubblico essenzialmente con le norme imperative chiamate alla cura di interessi generali-indisponibili**[25]**) ed è arduo convincersi che tale espressa scelta non debba incidere anche sul regime del lodo irrituale, come pensare che il Codice del 2023 abbia inteso disconoscere le regole da esso stesso date nel disciplinare la (eccezionale) ammissibilità di tali mutazioni?

D'altra parte, una diversa interpretazione sarebbe anche in contrasto con il diritto UE (ossia con l'art. 72 della Direttiva 2014/23/UE), e quindi da rigettare in via di interpretazione comunitariamente orientata.

In sostanza, il limite fondamentale del rispetto degli obblighi di gara deve essere rispettato anche nel contesto della procedura di CCT, non potendo mai la finalità conciliativa trasbordare in una disapplicazione di norme imperative derivanti dal diritto pubblico e disciplinanti il tema, delicatissimo, degli obblighi di gara e del rischio di loro elusione *ex post*.

Del resto, a voler invece ritenere valido sul piano privatistico (ossia in una dimensione puramente contrattuale) il lodo che realizzi un affidamento diretto mutando sostanzialmente un contratto, magari sulla base della ipotesi (ovviamente tutta da verificare) che il legislatore, prevedendo direttamente l'arbitrato come soluzione ordinaria per la risoluzione delle controversie di competenza del CCT, abbia così voluto consentire una deroga ai generali principi sulla necessaria disponibilità delle posizione compromesse in arbitri, residuerebbe comunque un problema di invalidità sul piano pubblicistico: è infatti pacifico anche nella nostra giurisprudenza che la transazione che realizza un affidamento diretto costituisca, per evitare facili elusioni, (anche) un momento di esercizio di potere amministrativo, come tale impugnabile avanti al GA. Sicché comunque il lodo, nella parte in cui realizza un affidamento diretto, sarebbe contestabile, *sub specie* di provvedimento amministrativo, per violazione di norma pubblicistica inderogabile**[26]**. Tanto più che la nostra giurisprudenza amministrativa da tempo è giunta alla conclusione che un lodo arbitrale (rituale o irrituale) con cui si eserciti un potere amministrativo debba essere riqualificato in termini provvedimentali, ai fini della giurisdizione generale di legittimità**[27]**.

Naturalmente, le medesime conclusioni valgono anche per il caso in cui il CCT si limiti ad una determinazione/parere semi-vincolante: anche in tale ipotesi la determinazione non potrà legittimare elusioni *ex post*dell'obbligo di gara, e l'atto della Stazione appaltante che ad un simile parere si conformi realizzando un'illegittima mutazione sostanziale del contratto dovrà ritenersi, nella sua veste privatistica, nullo per violazione di norma imperativa e comunque, nella sua veste pubblicistica, illegittimo ed impugnabile avanti al GA.

Infine, qualche parola sulla tesi, pure affacciatasi in dottrina, secondo cui il CCT, ove investito di funzioni arbitrali, non sarebbe comunque un collegio arbitrale in senso proprio e pieno: da un lato perché difetterebbe di imparzialità**[28]**; dall'altro, e comunque, perché sarebbe chiamato a garantire prioritariamente, e in tempi rapidissimi, l'interesse pubblico alla celere e accurata esecuzione del contratto, più che a definire *post operam* i torti e le ragioni**[29]**.

Ora, le circostanze che il *nomen iuris* dato dal legislatore non sia vincolante**[30]** e che il legislatore abbia disciplinato una procedura "arbitrale" con caratteri fortemente *sui generis* sono indubbie.

Tuttavia, un regime *sui generis* non è certo precluso al legislatore ordinario: la disciplina arbitrale, al di là del principio costituzionale di necessaria volontarietà, ha rango solo legislativo ordinario e, d'altra parte, non difettano certo profili di ragionevolezza che possono giustificare un regime parzialmente derogatorio dell'arbitrato irrituale in sede di CCT.

Per di più, tramite la terzietà del presidente (in caso di disaccordo nominato dalla Stazione appaltante solo ove essa coincida con il Ministero delle Infrastrutture, con la Regione e con la Provincia e comunque specificamente connotato nel segno della terzietà dalla Linee guida 2022), il legislatore ha comunque assicurato che la decisione finale, in caso di disaccordo tra i componenti di parte, sia imparziale. Difatti, nelle deliberazioni del collegio, vige il principio maggioritario, con conseguente prevalenza del voto del presidente, ossia del componente più sicuramente imparziale.

Del resto, nell'arbitrato irrituale, la imparzialità, secondo un insegnamento della Cassazione, non costituisce regola di ordine pubblico, sicché tale principio deve ritenersi quantomeno attenuato rispetto all'arbitrato rituale**[31]**. Tanto è vero che è diffusa la qualificazione come arbitrato irrituale di organi endoassociativi di risoluzione delle controversie, la cui piena terzietà è francamente dubitabile**[32]**.

Quanto alla celere esecuzione del contratto tramite la risoluzione delle controversie in corso di esecuzione, tale interesse (peraltro di per sé comune al contraente privato, se di buona fede)

costituisce la vera *ratio* della eccezionale ammissibilità dell'arbitrato irrituale con funzione anche conciliativa, altrimenti estraneo alla generale opzione legislativa e giurisprudenziale per l'arbitrato rituale di diritto quale unico strumento ammesso rispetto ai contratti pubblici e, di per sé, non esclude che di vere controversie e riserve già si tratti.

Mentre, quanto alla circostanza di operare *ante operam*, l'arbitrato irrituale, per la sua intrinseca duttilità, ben si presta alla risoluzione di controversie in una fase molto precoce, prima insomma che esse abbiano inficiato o gravemente rallentato le dinamiche contrattuali.

Occorre infine confrontarsi con l'osservazione dell'ANAC secondo cui "*stante l'oggetto duplice (controversie in senso proprio, dispute tecniche), è dato ritenere che la determinazione del CCT non possa sempre e comunque avere "natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile" (comma 3); infatti, questo implica che si tratti di "controversia" in senso proprio, cioè di causa sopra diritti..., e non già disputa su mere questioni che non configurano necessariamente una minima unità azionabile in giudizio*"**[33]**.

Ora, a me sembra che la questione rischi di essere mal posta: certamente se non esiste (o non esiste ancora) una controversia e il CCT deve solo aiutare le parti ad intendersi su profili puntuali del rapporto contrattale, così al più "prevenendo" una futura controversia (c.d. *dispute avoidance*), è evidente che non sarà ipotizzabile una funzione arbitrale, dovendo allora il CCT necessariamente operare su un piano informale, o, al più, consultivo.

Ma non convince l'idea che la "*disputa tecnica*" sia di per sé esclusa dalla funzione arbitrale: nella misura in cui un profilo tecnico abbia rilievo patrimoniale (ed è persino difficile immaginare il contrario nel contesto di un appalto pubblico, ove ogni dettaglio tecnico ha evidenti riflessi patrimoniali e connota l'esattezza dell'adempimento), la controversia su di esso pare riguardare diritti/obbligazioni contrattuali, e quindi essere azionabile in sede (tra l'altro) arbitrale.

In conclusione, in presenza di controversie in senso proprio (giuridiche, o tecniche con portata patrimoniale e quindi contrattuale), appare ipotizzabile la piena applicabilità del Codice di rito (art. 808-*ter*) e delle previsioni del Codice civile chiamate a disciplinare il lodo irrituale nella sua qualità di strumento contrattuale, alle determinazioni arbitrali del CCT, con il solo limite della compatibilità con la disciplina di specie data dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo All. V.2.

5. La responsabilità dei componenti del CCT

Una volta compreso che il CCT non può derogare, pur nella sua funzione conciliativa/arbitrale, alle regole imperative di effettiva messa in concorrenza del contratto pubblico, resta da affrontare un tema delicato, quello della responsabilità dei membri del collegio.

Andiamo subito al punto: se è vero che le determinazioni (anche solo consultive) del CCT schermano dalla responsabilità erariale gli organi della Stazione appaltante che ad esse si conformino, la giurisdizione contabile potrebbe invece trovare applicazione almeno avverso i membri del CCT che, con dolo o colpa grave, abbiano determinato un danno erariale, inducendo la Stazione appaltante a scelte dannose e *contra legem* ovvero costituendole direttamente con lodo irrituale?

La risposta pare dover essere negativa.

Anzitutto perché ai componenti del CCT si applica espressamente, *ex* art. 1, c. 4, All. V.2, l'art. 813, c. 2, c.p.c. che prevede che agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, escludendone cioè l'appartenenza, anche in senso lato, all'organizzazione amministrativa e quindi il rapporto di servizio**[34]**.

Tale richiamo sembra avere carattere generale, ossia riguardare il CCT anche ove non investito, per scelta delle parti o per la specificità delle funzioni esercitate, di funzioni arbitrali: altrimenti il richiamo risulterebbe sostanzialmente inutile e comunque avrebbe dovuto essere formulato in modo più specifico (ossia con riferimento alla sola funzione arbitrale).

Inoltre, e soprattutto, vanno ricordati i condivisibili esiti cui era giunta la Corte regolatrice in relazione ai membri della commissione di accordo bonario, in punto di incompatibilità logica tra funzione conciliativa, contrassegnata da equidistanza e terzietà, e rapporto di servizio**[35]**.

Conclusioni che debbono valere *a fortiori* a fronte di un organo che, ordinariamente (ossia salvo che le parti decidano diversamente), è investito di una funzione arbitrale (a differenza dei componenti delle Commissioni di accordo bonario, chiamati ordinariamente solo a proporre alle parti delle controversie iscritte a riserva una soluzione transattiva).

Ma v'è ormai un altro importante dato legislativo da considerare: ai sensi dell'art. 4, c. 2, All. V.2., "*Costituisce causa di responsabilità nei confronti delle parti esclusivamente il ritardo ingiustificato nell'adozione delle determinazioni*".

Il significato pare chiaro: non è il merito della determinazione, ma il suo difetto di puntualità, a poter essere imputati al CCT dalle parti contrattuali.

Ebbene, non ci sarà qui bisogno di ricordare come la Procura erariale agisca nell'interesse risarcitorio della parte pubblica: ma se quest'ultima non può lamentarsi del merito della determinazione, non potrà farlo nemmeno la Procura erariale.

Dunque, non solo manca il rapporto di servizio e, con ciò, la base stessa della giurisdizione della Corte dei conti, ma, prima ancora, a monte, manca il diritto risarcitorio.

6. La particolare disciplina dei pareri obbligatori su risoluzione-sospensione e su questioni emerse in sede di gara: elementi comuni e differenze rispetto alle competenze principali del CCT

Già è stato esattamente notato come la norme sul CCT " *attribuiscono al Collegio funzioni e compiti eterogenei; prevedono che esso emani atti aventi natura ed efficacia profondamente diverse (pareri, determinazioni, atti aventi natura di lodo irrituale)* "**[36]**.

Occorre quindi ora trattare, per completezza, i compiti consultivi del CCT più peculiari rispetto al modello principale del CCT sopra descritto (come si è visto caratterizzato dalla ordinaria attribuzione al CCT di funzioni arbitrali, salvo diversa scelta delle parti), così anche da coglierne similitudini e differenza in relazione ai temi fino ad ora trattati.

Anzitutto, in alcuni casi si parla di pareri obbligatori del CCT.

Tali ipotesi sono espressamente previste dall'art. 216, c. 1, del Codice contratti pubblici. Si tratta dei casi di *i)* sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, nonché dei contratti relativi a servizi e forniture, nonché *ii)* allorquando "*per qualsiasi motivo, i lavori non possono procedere con il soggetto designato*", prima di risolvere il contratto.

In particolare, nel parere il CCT è chiamato a valutare anche la possibilità di decidere *i)* 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; *ii)* ovvero 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; *iii)* ovvero se indire una nuova procedura per l'affidamento del completamento dell'opera; *iv)* ovvero ancora se proporre alle autorità governative la nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie al completamento dell'opera.

Come si vede, oggetto del parere non è qui una controversia contrattuale, ma semmai come meglio tutelare l'interesse pubblico alla celere ed esatta esecuzione delle opere, a fronte di una patologia contrattuale.

Secondo una presa di posizione del 2022 del Consiglio di Stato**[37]**, alla obbligatorietà del parere pre-risoluzione farebbe eccezione la risoluzione per grave inadempimento. La tesi è peraltro poco motivata e invero persino in contrasto con la lettera legislativa ove, anche all'art. 216, c.2, si parla di risoluzione "*per qualsiasi motivo*", sicché la questione appare aperta.

Quando la sospensione è imposta tuttavia da gravi ragioni di ordine tecnico, idonee a incidere sulla realizzazione a regola d'arte dell'opera, in relazione alle modalità di superamento delle quali non vi è accordo tra le parti, entro quindici giorni dalla comunicazione della sospensione dei lavori oppure della causa che potrebbe determinarla, il CCT è chiamato ad accertare l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione dei lavori ed ad indicare le modalità con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte. In tale specifica circostanza la pronuncia assume l'efficacia di lodo contrattuale solo se tale possibilità non sia stata espressamente esclusa dalle parti ai sensi di quanto disposto dall'art. 217 ed in tal caso il parere produce comunque gli effetti in termini di perimetrazione delle responsabilità erariale di cui al c. 3 dell'art. 215.

La disciplina in questione appare piuttosto oscura.

In particolare, l'infelice testo dell'art. 217, c. 1 ("*Quando l'acquisizione del parere non è obbligatoria, le determinazioni del collegio consultivo tecnico assumono 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*") si presterebbe addirittura a due opposte letture: *a)*non è mai consentita la natura arbitrale di pareri obbligatori; ovvero *b)* tale natura arbitrale è sempre imposta, nonostante la contraria volontà delle parti.

Soccorre l'interprete il contenuto dei pareri obbligatori: se essi non servono, di norma, a dirimere controversie, va da sé che non possano avere natura arbitrale (salvo che nel caso delle sospensioni, ove evidentemente potranno averlo, nella misura in cui attengano alla controversia

contrattuale alla base della sospensione).

D'altra parte, le Linee guida 2022 (par. 5.1.1.**[38]**) prendono posizione a favore di una natura di parere obbligatorio ma non vincolante di queste determinazioni, salvo che nel caso dei pareri sulle sospensioni tecniche, soggette alla ordinaria distinzione tra determinazioni e lodo irrituale. A sua volta, l'art. 216 verosimilmente ha voluto ispirarsi alla soluzione di cui al par. 5.1.1.

In sostanza, la tesi più credibile è che sia vietata la natura arbitrale dei pareri obbligatori, salvo che in relazione alla sospensione tecnica, ove e per quanto si ricolleghi ad una controversia contrattuale.

Quel che in ogni caso emerge con sicurezza è la obbligatorietà del parere, senza alcuna possibilità per le parti di escludere il CCT da questo suo ruolo consultivo (come si è visto distinto da quello di risoluzione delle controversie, ordinariamente proprio del CCT).

Naturalmente, tale lettura impone poi di chiedersi quale conseguenze abbia la omessa richiesta del parere obbligatorio sulla validità/efficacia dell'atto negoziale conseguente 8in particolare, l'atto di risoluzione), ossia se sia idonea a renderlo nullo per violazione di norma imperativa, ovvero se da ciò possa derivare solo una responsabilità erariale. Appare preferibile la seconda tesi, atteso che si tende ad escludere la nullità virtuale dell'atto di diritto privato, in caso di mere violazioni di norme relative al comportamento delle parti precedente all'atto negoziale**[39]**.

L’art. 218 del Codice prevede infine che le stazioni appaltanti possono costituire un CCT, formato da tre componenti, per risolvere problemi tecnici o giuridici di ogni natura suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente alla esecuzione del contratto Si fa l'esempio delle " *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*”.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 5.3.1. delle Linee Guida 2022 con riferimento alle determinazioni del CCT facoltativo costituito *ante operam*: “*Le determinazioni del CCT assunte ai sensi dell’art. 6, comma 5, del decreto-legge n. 76/2020 sono rese nell’esercizio di funzione di assistenza e consulenza per la stazione appaltante, senza vincolare il responsabile del procedimento nell’adozione dei provvedimenti di competenza, fermo restando quanto previsto dal comma 3, terzo periodo del medesimo art. 6*”.

Trattasi, insomma, di determinazioni non vincolanti, dalla natura di mero parere facoltativo. Tuttavia, come ogni parere, anche quello reso dal CCT *ex* art. 218 cit. impone, per essere disatteso, uno specifico onere motivazionale. Inoltre, tali pareri possono incidere, in positivo ed in

negativo, sulla responsabilità erariale, e, con ciò, acquistare uno specifico rilievo ed un interesse per la Stazione appaltante ed i suoi organi. E' invece ovviamente esclusa l'attribuzione di natura arbitrale ai pareri, attesa la tradizionale tesi in punto di indisponibilità e inarbitrabilità del potere amministrativo**[40]**.

In sostanza, in entrambi casi di cui agli artt. 216 e 218 cit., la riconducibilità ad una comune funzione consultiva amministrativa appare ben percepibile, in coerenza con l'opinione dottrinale per cui può enuclearsi una principale distinzione, nel CCT, "*tra compiti consulenziali dell'organismo (assolti mediante l'adozione di pareri) e compiti di prevenzione e risoluzione delle controversie (assolti attraverso de- terminazioni-lodo e determinazioni-mediazione)*"**[41]**.

Tuttavia, il parere *ex* art. 216 interviene nella fase di esecuzione del contratto al fine di tentare di superare eventi patologici direttamente incidenti sulla realizzazione dell'opera; mentre il parere *ex* art. 218 si occupa dell'esercizio della funzione amministrativa di selezione del contraente.

7. Conclusioni

Qualche minima riflessione di sintesi.

Come ampiamente osservato in dottrina, la disciplina del CCT non brilla per chiarezza e coerenza.

Tuttavia, come si è cercato di mostrare, il CCT può essere ricostruito come un organo principalmente (ossia salvo diversa volontà di almeno una delle parti del rapporto contrattuale) di (vero e proprio, per quanto *sui generis*) arbitrato irrituale.

Esso è chiamato, tramite la prevenzione e la rapida ed amichevole composizione delle controversie, a perseguire in via principale l'interesse alla rapida e esatta esecuzione del contratto, in una tensione "manutentiva" della capacità di quest'ultimo di giungere al risultato **[42]**.

Il tutto in una prospettiva anche equitativa/transattiva ma senza poter incidere, *ex post*, sugli obblighi di gara, ossia senza poter giustificare illegittime mutazioni sostanziali del contratto e del suo equilibrio economico.

Né la ordinaria natura arbitrale crea problemi di costituzionalità sotto il profilo della volontarietà dello strumento: ciascuna parte può rifiutare la funzione arbitrale, dopodiché, se non lo ha fatto *ab origine* (ossia la momento della costituzione del CCT), è del tutto naturale che

sia soggetta alla naturale espansione di tale arbitrato a tutte le controversie che insorgano nel corso dell'esecuzione del contratto.

Anzi, rispetto a quanto emerge nelle Linee guida 2022, mi pare occorrerebbe un ripensamento, a favore di un'obbligatorietà "in senso forte" del CCT (ovviamente ove obbligatorio *ex lege*): la sua funzione, proprio perché anche (e soprattutto) diretta al soddisfacimento dell'interesse pubblico alla celere ed esatta esecuzione dell'appalto, non può essere limitata dalla scelta delle parti se sottoporre o meno quesiti al Collegio. In caso di CCT arbitrale, dunque, un eventuale giudizio instaurato in relazione ad una controversia sorta durante l'esecuzione del contratto dovrebbe essere paralizzabile tramite una *exceptio compromissi.*

Il successo della funzione acceleratoria del CCT è, d'altra parte, strettamente legata ai suoi effetti in punto di responsabilità erariale.

Se lo scudo offerto ai funzionari pubblici che si conformino alle determinazioni e pareri del CCT è previsto espressamente, ad analoga conclusione (in termini di esclusione della responsabilità erariale) deve potersi giungere per i componenti del CCT: essi sono da ritenere radicalmente estranei alla giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti per assenza del rapporto di servizio, come oggi opportunamente esplicitato nell'All. V.2, nonché, prima ancora, discendente dalla funzione terza ed imparziale propria del ruolo arbitrale e comunque conciliativo del CCT.

---

[1] Art. 1, c. 2, lett. ll) della l. delega n. 78 del 14 giugno 2022, che assegna al legislatore delegato il compito di provvedere al “rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto”.

[2] 251.

[3] Art. 121, c. 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

[4] Sul tema, in generale, A. Aniello, *Il collegio consultivo tecnico come arbitrato obbligatorio? Spunti di riflessione,* in *Riv. Arb.,* 2022, 517 ss.; P. Carbone, *L’inopinata “resurrezione” del collegio consultivo tecnico*, in *Riv. Trim. App*. 2019, 1135 ss.; P. Carbone, *La disciplina del collegio consultivo tecnico dopo il decreto del Mims 17 gennaio 2022 n. 12*, Santarcangelo di Romagna,

2022; A. Cianflone- G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2021, 2686 ss.; F. Francario, *La natura giuridica delle determinazioni del collegio consultivo tecnico,* in *L'amministrativista*, 2021; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *Giustizia insieme,* 2022; F. Francario,, "*To be or not to be". Il collegio consultivo tecnico. Misura di semplificazione e di efficienza o inutile aggravamento amministrativo?*, in *L'amministrativista*, 2022; F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo atipico di mediazione e di conciliazione in ambito pubblicistico*, in *Giustizia insieme,* 2023; I. Lombardini, *Riflessioni sul nuovo Collegio Consultivo Tecnico negli appalti pubblici*, in *Riv. Arb.,* 2020, 843 ss.; I. Lombardini, *Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (ex art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55)*, in *Riv. arb.,* 2019 84 ss.; M. Macchia, *Alla ricerca di esperti... Rimedi alternativi ed esecuzione dell'appalto*, in *Giorn. dir. amm.,* 2024, 19 ss.; P. Otranto, *Dalla funzione amministrativa giustiziale alle ADR di diritto pubblico. L'esperienza dei dispute boards e del collegio consultivo tecnico*, Napoli, 2023; C. Volpe, *Il Collegio consultivo tecnico. Un istituto ancora dagli incerti confini*, in giustizia-amministrativa.it, 2020.

[5] F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo*, cit., secondo cui il pronunciamento del CCT "*avviene quindi non necessariamente secondo diritto o con reciproche concessioni rispetto a domande formulate, ma seguendo una logica conciliativa che per sua natura (riprendendo l'espressione impiegata nella relazione illustrativa del d lgs. 4 marzo 2010 n. 28, recante "Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali") è volta alla "ridefinizione della relazione intersoggettiva in prospettiva futura*".

Sul punto anche P. Otranto, *op. cit.,* 366, secondo cui " *Sembra che, nella riforma, il tratto peculiare del c.c.t. sia quello di un organismo chiamato a svolgere in ogni caso funzioni di mediazione e conciliazione al fine di garantire l'interesse generale alla celere realizzazione delle opere*".

[6] Così Cass., Sez. II, Ord. 13 aprile 2022, n. 12058.

[7] Così, Cass., sez. I, 13 marzo 1998, n. 2741.

[8] Faccio in particolare riferimento al Regolamento Anas per la nomina dei componenti nei Collegi Consultivi Tecnici e regole di funzionamento (in *https://www.stradeanas.it/sites/default/files/pdf/Regolamento_nomina_componenti_CCT_e_regole_di_funzion*), secondo il cui par. 7.1.6 "*Il CCT non può pronunciarsi secondo equità*".

[9] " *Se le parti, ai sensi di quanto disposto dal comma 1, escludono che la pronuncia possa valere come lodo contrattuale, il parere, anche se facoltativo, produce comunque gli effetti di cui al comma 3 dell'articolo 215*".

[10] All. V.2, art. 3, c. 5: " *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. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 del codice di procedura civile*".

[11] A. Cassatella, *I rimedi alternativi alla giurisdizione nell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni,* in *Dir. amm.,* 2023, 799 ss., 814.

[12] A. Giannelli – P. Provenzano, *L'arbitrato in materia di contratti pubblici e PNRR: l'ordinamento al bivio tra diffidenza e valorizzazione delle sue potenzialità deflattive del contenzioso,* in *Nuove aut.*, 2022, 113 ss., 126-128.

[13] Non convince quindi la tesi di A. Giannelli – P. Provenzano, *op. cit.,* per cui una obbligatorietà forte lederebbe il principio costituzionale di facoltatività necessaria dell'arbitrato.

Una simile tesi è sostenuta anche da A. Aniello, *op. cit.,* 530. secondo cui " *Al contrario, se si ritenesse che la « comunicazione dei quesiti » debba necessariamente essere riconducibile ad un atto bilaterale (comunque riconducibile alla libera volontà di entrambe le parti) ovvero che alla comunicazione dei quesiti da parte dell'una, l'altra parte sia nella posizione di esprimere il proprio dissenso nel conferire potestas judicandi al Collegio, dovrebbe concludersi che la disciplina del CCT sia conforme al dettato costituzionale e irriducibile all'arbitrato irrituale obbligatorio*".

Sul tema della pretesa tensione del CCT obbligatorio con i principi costituzionali in punto di arbitrato, per prima, ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 « Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale » in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione »*, 22: " *il carattere della obbligatorietà (per i contratti sopra soglia) che è disposto circa l'utilizzo dello strumento del CCT in tale configurazione contrasta con il consolidato orientamento del giudice delle leggi circa il duplice connotato dell'assoluta volontarietà, per entrambe le parti e certamente senza volontà legislativamente presunte in capo a quella privata, del ricorso all'istituto arbitrale e della sua consensualità*".

[14] "*Le disposizioni di cui agli articoli da 215 a 219 si applicano anche ai collegi già costituiti ed operanti alla data di entrata in vigore del codice*".

[15] Sul tema A. Cassatella, *op. cit.*, 819.

[16] Tra le tante, da ultimo, Cass., sez. II, 8 agosto 2019, n. 21177.

[17] All. V.2, art. 2, c. 1: "*Il Collegio consultivo tecnico deve essere costituito a iniziativa della stazione appaltante prima dell'avvio dell'esecuzione o comunque non oltre dieci giorni da tale data. L'inottemperanza ovvero il ritardo nella costituzione del CCT, nel caso di affidamenti superiori alla soglia di rilevanza europea, è valutabile sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della buona fede contrattuale. In caso di mancata designazione dei membri la parte non inadempiente può rivolgersi al presidente del tribunale ordinario ove ha sede la stazione appaltante, individuata quale sede del*

CCT”.

[18] T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 20 giugno 2022, n. 1638, e, per il silenzio inadempimento, T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 22 ottobre 2021, n. 3167 e 3168, ove si osserva che anche “ La circostanza che il componente originariamente designato abbia rassegnato le dimissioni non esonera l’Amministrazione dal provvedere tempestivamente alla nuova nomina”.

[19] Sul tema, con specifico riguardo all’accordo bonario nei lavori pubblici, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 21 luglio 2014, n. 416 e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 18 settembre 2014, n. 2358.

[20] Così, A. Cassatella, *op. cit.*, 818.

[21] Per il tradizionale orientamento negativo della giurisprudenza, ad es., Cass., Sez. III, 8 aprile 2020 n. 7759: “*La P.A. non può avvalersi, per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati (nella specie, un contratto di affitto agrario), 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.*” e Cass., Sez. VI, 8 novembre 2018, n. 28533: “*È valida la clausola compromissoria con la quale viene deferita ad arbitri la soluzione della controversia riguardante contratti stipulati tra la Pubblica Amministrazione e terzi purché si verta in tema di diritti disponibili e non di interessi legittimi, l’arbitrato abbia carattere rituale e sia escluso il potere di decidere secondo equità*”.

Sia consentito il rinvio, sul tema, per alcune notazioni critiche rispetto a questo orientamento, a F. Goisis, *Compromettibilità in arbitrato irrituale delle controversie di cui sia parte la pubblica amministrazione e art. ł della l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 249 ss.

[22] Sul punto, F. Francario, *Il Collegio consultivo tecnico, organismo*,, cit.:" *La previsione legislativa (cfr. All. V.2 del Codice e artt. 6 commi 2 e 3 del d.l. 76/20220) predetermina requisiti e modalità di scelta degli "arbitri" e delinea i tratti essenziali del procedimento, sottraendo entrambi i profili ad una assoluta libertà negoziale e superando con ciò le riserve più volte formulate dalla Corte di Cassazione e legittimando così l'ingresso della figura in ambito pubblicistico*".

[23] Ad es. Corte di giustizia UE, 7 settembre 2016, C-549/14: "*dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, a tale appalto non può essere apportata una modifica sostanziale senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, anche qualora tale modifica costituisca, obiettivamente, una modalità di composizione transattiva comportante rinunce reciproche per entrambe le parti, allo scopo di porre fine a una controversia, dall'esito incerto, sorta a causa delle difficoltà incontrate nell'esecuzione di tale appalto*".

[24] P. Biavati, sub art. 808 ter, in F. Carpi (a cura di), *Arbitrato. Commento al Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840*, Bologna, 2008, 175 ss..

In giurisprudenza, Cass., sez. I, 13 marzo 1998, n. 2741: "Il fondamento dell'istituto dell'arbitrato irrituale risiede nell'impegno delle parti a considerare come propria la volontà espressa dagli arbitri, sicché il lodo può essere impugnato esclusivamente per quei vizi che determinano la nullità o annullabilità dell'impegno (quali l'incapacità ed i vizi del consenso sia delle parti che degli arbitri), ma non con riferimento a vizi di tipo diverso, quali l'iniquità manifesta o l'inadempimento all'obbligo di eseguire il mandato ricevuto dalle parti con diligenza".

[25] Cass., Sez. I, 21 settembre 2022, n. 27615: "Il richiamo alla clausola dell'ordine pubblico, operato dall'art. 829, co. 3, cod. proc. civ., deve essere interpretato come rinvio alle norme fondamentali e cogenti dell'ordinamento e non sottende una nozione attenuata di ordine pubblico, che comprende tutte le norme imperative esistenti". In particolare, si tratterebbe " in sintesi, di un complesso di norme e principi che esprimono interessi e valori generalizzati dell'intera collettività, dettati a tutela di interessi generali, per questo non derogabili dalla volontà delle parti, né suscettibili di compromesso".

[26] Sul punto, sia consentito il rinvio a F. Goisis, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione,* in *Dir. Proc. Amm.*, 2011, 815 ss., in cui commentavo Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156, che faceva seguito a Cass., sez. un., 3 maggio 2005, n. 9103: "*In tema di procedure di privatizzazione o di dismissione d'imprese o beni pubblici (nella specie, vendita da parte del Comune di Roma, a seguito di procedura ad evidenza pubblica per la selezione del contraente, della quota azionaria nella s.p.a. Centrale del latte), l'impugnazione, da parte del partecipante alla gara, del silenzio rigetto formatosi sull'atto di diffida e messa in mora della p.a. ad attivarsi, in sede d'autotutela, a risolvere il contratto e ad indire una nuova gara a seguito dell'inadempimento del contraente privato (che nella specie aveva proceduto alla vendita del pacchetto azionario in violazione del divieto temporaneo d'alienazione), è volta a censurare l'esercizio illegittimo, quanto al rapporto sostanziale fatto valere, dei poteri della p.a., e, denunciando la lesione dell'interesse legittimo al corretto svolgimento della gara per la dismissione della (partecipazione azionaria nella) impresa pubblica, rientra, in ragione della consistenza della situazione giuridica tutelata, nella competenza giurisdizionale del giudice amministrativo, al quale spetta conoscere – ai sensi dell'art. 7, lett. c, l. 21 luglio 2000 n. 205, con cui è stato novellato il testo dell'art. 35 d.lg. 31 marzo 1998 n. 80 – anche della domanda di reintegrazione in forma specifica dell'interesse legittimo leso (mediante la declaratoria dell'obbligo della p.a. di risolvere il contratto precedentemente stipulato), trattandosi di richiesta di pronuncia di risarcimento del danno inteso quale diritto patrimoniale consequenziale*".

[27] Tale tendenza si è espressa ampiamente nel contesto della giustizia sportiva. Se si vuole, sul tema, F. Goisis, *La giustizia sportiva tra funzione amministrativa ed arbitrato*, Milano, 2007.

[28] P. Otranto, *op. cit.*, 353. Secondo l'Autore il CCT sarebbe piuttosto riconducibile a " *un rimedio alternativo di dispute avoidance, prima ancora che di dispute resolution, nel quale i tratti di un istituto di diritto comune (che, in questo caso, ha le proprie origini nell'esperienza della contrattualistica internazionale) risultano tra- sformati per effetto di principi e di norme che*

reggono l'azione delle pubbliche Amministrazioni" (398).

[29] F. Francario, *Il collegio*, cit., secondo cui il CCT è: " *espressamente concepito come strumento finalizzato ad assicurare la tutela in forma specifica dell'interesse alla realizzazione dell'opera, facendo sì che le parti siano accompagnate e assistite, praticamente in tempo reale, nell'esecuzione del contratto da un organismo di mediazione e conciliazione permanentemente attivo, il quale non dà luogo ad un giudizio arbitrale (sia perché i tempi di decisione sono incompatibili con quelli di un giudizio arbitrale, sia perché i tempi di decisione sono incompatibili con quelli di un giudizio arbitrale, sia perché non stabilisce post operam chi ha torto e chi ha ragione in ordine a pretese residue che possono far unicamente lievitare il costo di realizzazione senza che ciò possa aver più alcuna possibilità d'incidenza sui tempi e sulle modalità di realizzazione dell'opus*".

[30] Su ciò, A. Aniello, *op. cit.*, 522.

[31]Cass., Sez. II, 25 giugno 2005, n. 13701: "*All'arbitrato libero o irrituale, anche anteriormente alla novella del 1994, va riconosciuta natura privata, trattandosi di mandato con il quale le parti affidano ad uno o più terzi la soluzione di controversie mediante lo strumento negoziale, una composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibili alla loro volontà, impegnandosi a considerare vincolante la decisione degli "arbitri" quale, appunto, espressione di tale volontà. Ne consegue che, in difetto di connotato pubblicistico, non sussiste in tal caso un principio di ordine pubblico di imparzialità dell'arbitro, e non trova conseguentemente applicazione l'istituto della ricusazione (dall'art. 815, comma 1, c.c. previsto solamente per l'arbitrato rituale ed esclusivamente nei confronti dell'arbitro non nominato dal ricusante), configurandosi viceversa una questione di esatto adempimento del mandato da parte degli arbitri, che della relativa non imparziale esecuzione rispondono nei confronti della parte danneggiata*".

[32] Tra le tante, Cass., Sez. I, 30 ottobre 2014, n. 23074: "*L'arbitrato, previsto – senza carattere di obbligatorietà – dall'articolo 34 dello statuto della federazione italiana pallacanestro e disciplinato agli articoli 195 e seguenti del correlato regolamento organico, nonché dagli articoli 1 e seguenti dello specifico regolamento per le procedure arbitrali (disposizioni tutte aventi natura di fonti*

meramente negoziali), si deve qualificare come arbitrato irrituale, sia in ragione del fatto che i tre componenti del collegio arbitrale – nominati uno da ciascuna delle parti e il terzo dalla commissione per la soluzione delle controversie arbitrali, che è organo della federazione – assumono, per il periodo di espletamento delle loro funzioni, la qualifica di dirigenti della detta federazione, con conseguente soggezione ai poteri disciplinari della stessa (che può disporne l'inibizione temporanea o permanente a nomine successive) e assunzione della natura di suoi organi, sia – più in generale – per il fatto che il procedimento arbitrale si svolge tutto davanti a organi della federazione, iniziando con la proposizione della domanda e un primo contraddittorio avanti al consiglio federale, cui segue la valutazione di ammissibilità della domanda stessa da parte della suddetta commissione e la nomina del presidente del collegio arbitrale (da scegliersi in un elenco tenuto dal consiglio) e, quindi, una fase "istruttoria" e "decisoria" avanti al collegio arbitrale, di modo che il lodo finale risulta imputabile al concorso di una pluralità di organi della detta federazione, la cui azione si svolge all'interno del particolare ordinamento sportivo della medesima ".

[33] ANAC, *Esame,* cit.

[34] Sul rilievo della previsione per escludere l'appartenenza alla organizzazione amministrativa del CCT, anche P. Otranto, *op. cit.,* 383.

[35]Cass., Sez. un., 16 luglio 2014, n. 16240: "*la giurisdizione di responsabilità della Corte dei conti non sussiste verso i componenti della commissione di accordo bonario, attesa l'estraneità all'ente pubblico appaltante determinata dalla funzione conciliativa, né verso il contraente generale, attesa la natura contrattuale dell'iscrizione di riserve incidenti sul sinallagma negoziale, né verso il direttore dei lavori, atteso che questi, nell'appalto affidato a contraente generale, opera per quest'ultimo, anziché come agente pubblico*".

Riprende questo insegnamento anche Autorità nazionale anticorruzione, Del. 10/07/2019, n. 669.

[36] F. Francario, *Il collegio consultivo tecnico. Misura*, cit.

[37] CS, Sez. V, 7 giugno 2022, n. 4650, in *Urb. App.,* 2022, 674 ss., con nota di D. Anselmi e F. Smerchinich, *Il Collegio Consultivo Tecnico tra natura, obblighi e ambito applicativo: una prima pronuncia del Consiglio di Stato* e in Giur.it, 2023, 161 ss., con nota di M. E. Comba, *Collegio Consultivo Tecnico: risoluzione per inadempimento e appalto integrato* e.

[38] " 5.1.1. Nelle ipotesi di cui alle lett. a), b) e d) del comma 1 e del comma 4 dell'art. 5 del d.l. n. 76/2020, il CCT rende pareri obbligatori ma non vincolanti ferma restando la competenza decisionale del responsabile del procedimento e della stazione appaltante in materia di sospensioni e risoluzione del contratto. Nelle ipotesi di sospensioni tecniche di cui alla lett. c) dell'art. 5, comma 1, d.l. n. 76/2020, le decisioni hanno natura di determinazione, salvi sempre gli effetti di cui al comma 3 dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020, se le parti hanno escluso l'attribuzione del valore di lodo arbitrale alle decisioni del CCT. Nelle ipotesi diverse da quelle previste dall'art. 5 comma 1 del d.l. n. 76/2020 il CCT rende pareri facoltativi".

[39] cfr., *ex multis,* Cass., sez. I, 10 aprile 2014, n. 8462, in relazione ai doveri informativi negli investimenti finanziari, secondo cui"*deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso*".

[40] Altro problema è poi se tale tesi sia davvero convincente e sia sempre coerentemente seguita in giurisprudenza.

Sul tema, se si vuole, F. Goisis, *Compromettibilità in arbitrato delle controversie in cui sia parte la pubblica amministrazione e art. 6, l. n. 205 del 2000*, in *Dir. proc. amm*, 2005, 249 ss. e F. Goisis, *Verso l'arbitrabilità delle controversie pubblicistiche – sportive?*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1417 ss.

[41] P. Otranto, *op. cit.,* 367.

[42] Per questa prospettiva, spec., M. Macchia, *op. cit.,* 24.