

DAL *DISPUTE BOARD* AL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO.

Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione "all'italiana".

Claudio Costanzi

ABSTRACT (IT): L'innesto nell'ordinamento italiano del modello anglosassone delle *disputes boards* attraverso la previsione del Collegio Consultivo Tecnico, oggetto di tre diversi interventi normativi in appena quattro anni, rappresenta un primo passo verso il superamento dell'ottica conflittuale tra committenza e appaltatore, in favore di un approccio *business oriented* alla realizzazione dell'opera pubblica. Tuttavia, nell'attuale configurazione, le lacune che permangono rischiano di inficiare in buona parte gli indubbi vantaggi che tale istituto potrebbe imprimere nel prevenire o comunque risolvere il contenzioso. Ancora distante dal modello cui dichiaratamente si ispira, il Collegio Consultivo Tecnico andrà nuovamente riformato e rafforzato, ma non prima di aver assistito, finalmente, alle sue prime applicazioni.

ABSTRACT (ENG): *The introduction of the Anglo-Saxon model of disputes boards into the Italian legal system through the provision of the Technical Advisory Board (i.e. "Collegio Consultivo Tecnico"), which has been the subject of three different legislative provisions in just four years, represents a first step towards overcoming the conflictual perspective between client and contractor, in favor of a business-oriented approach to the realization of public works. However, in its current configuration, the remaining gaps could largely invalidate the undoubted advantages that this institution could provide in preventing or, in any case, resolving disputes. Still far from the model from which it is inspired, the Technical Advisory Board will have to be reformed and strengthened again, but not before having witnessed, finally, its first applications.*

SOMMARIO: **1.** Premessa. Il Collegio Consultivo tecnico e l'araba fenice della semplificazione; **2.** I *disputes boards* nell'esperienza internazionale. Le *ICC Dispute Board Rules*; **3.** *Segue:* il difficile innesto nell'ordinamento italiano di forme di arbitrato irrituale; **4.** Cenni alla disciplina del Collegio. Ambito di applicazione, termini di costituzione e composizione; **5.** La funzione anfibia del Collegio "Consultivo" Tecnico. Alcuni spunti critici; **6.** Il rapporto con gli altri strumenti codicistici di risoluzione dei conflitti. Conclusioni *de jure condendo*.

1. Premessa. **Il Collegio Consultivo tecnico e l'araba fenice della semplificazione.**

In un ordinamento come quello italiano, tradizionalmente scettico nei confronti degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle liti, specie per contese tra privati e la Pubblica Amministrazione, non stupisce che l'introduzione del Collegio Consultivo tecnico nel diritto degli appalti pubblici abbia seguito un percorso irregolare, a tratti carsico. Sospinto dall'animo riformatore che ha dato abbrivio, almeno negli intenti, al nuovo Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016), con quasi completa abrogazione del precedente (D. Lgs. 163/2006), l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico ha fatto la sua prima – fugace – apparizione con l'introduzione dell'art. 207 del D. Lgs. 50/2016¹.

Nel dare attuazione al criterio della «razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto»², richiesto dalla Legge delega n. 11/2016, il nuovo Codice aveva originariamente previsto un «Collegio Consultivo Tecnico con funzioni di assistenza» (abbreviabile anche "CCT"), ad attivazione facoltativa e dichiaratamente finalizzato a prevenire «controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso

1 Il quale, rubricato "Collegio Consultivo Tecnico", prevedeva che: «al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un Collegio Consultivo Tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. 2 Il Collegio Consultivo Tecnico è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera. I componenti del Collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo componente sia scelto dai due componenti di nomina di parte; in ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti. Il componente nominato dalla stazione appaltante è preferibilmente scelto all'interno della struttura di cui all'articolo 31, comma 9, ove istituita. Le parti concordano il compenso del terzo componente nei limiti stabiliti con il decreto di cui all'articolo 209, comma 16. 3. Il Collegio Consultivo Tecnico si intende costituito al momento di sottoscrizione dell'accordo da parte dei componenti designati e delle parti contrattuali. All'atto della costituzione è fornita al Collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto. 4. Nel caso in cui insorgano controversie, il Collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti per favorire la rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte. Può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. 5. Ad esito della propria attività il Collegio consultivo formula in forma scritta una proposta di soluzione della controversia dando sintetico atto della motivazione. La proposta del Collegio non vincola le parti. 6. Se le parti accettano la soluzione offerta dal Collegio consultivo, l'atto contenente la proposta viene sottoscritto dai contraenti alla presenza di almeno due componenti del Collegio e costituisce prova dell'accordo sul suo contenuto. L'accordo sottoscritto vale come transazione. 7. Nel caso in cui la controversia non sia composta mediante la procedura di cui ai commi precedenti, i componenti del Collegio consultivo non possono essere chiamati quali testimoni nell'eventuale giudizio civile che abbia ad oggetto la controversia medesima. 8. Il Collegio Consultivo Tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti».

2 Art. 1, comma 1, let. aaa), L. 11/2016.

dell'esecuzione del contratto stesso controversie relative all'esecuzione del contratto»³. Già dalla scelta della collocazione dell'istituto, nella Parte VI, Titolo I, capo II del D. Lgs. 50/2016, rubricato "Rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale", tra l'accordo bonario (art. 205 per i lavori, art. 206 per i servizi e forniture) e la transazione (art. 208), si intuisce l'intenzione del Legislatore di attribuire al Collegio previsto all'art. 207 una funzione non meramente consultiva, ma pienamente risolutiva delle liti insorte, attribuendo all'istituto pari dignità rispetto agli altri rimedi ripresi dal previgente Codice. Ed infatti, ai commi 5 e 6 era previsto che, «ad esito della propria attività, il Collegio Consultivo formula in forma scritta una proposta di soluzione della controversia dando sintetico atto della motivazione. La proposta del Collegio non vincola le parti. Se le parti accettano la soluzione offerta dal Collegio Consultivo, l'atto contenente la proposta viene sottoscritto dai contraenti alla presenza di almeno due componenti del Collegio e costituisce prova dell'accordo sul suo contenuto. L'accordo sottoscritto vale come transazione».

Senonché, il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in sede consultiva sul testo del nuovo codice, ha espresso parere negativo all'introduzione del Collegio, rilevando che «il presupposto della norma non risulta espresso in modo chiaro, non essendo agevolmente definibili i casi di dispute (espressione atecnica) che si prevede possano nascere. La norma, in particolare, non chiarisce se il ricorso al Collegio Consultivo costituisca un sistema alternativo all'accordo bonario e come i due istituti si rapportino tra loro». Il Consiglio di Stato ha, inoltre, rilevato un possibile vizio di costituzionalità del D. Lgs. 50/2016, nella misura in cui «la previsione [che istituisce il Collegio] pone problemi di compatibilità con il criterio dei delega di cui alla lett. aaa), art. 1 [...] L. 11/2016»⁴. Analoghe critiche sono state mosse dell'Autorità nazionale Anticorruzione, audita nella persona del proprio presidente alla Camera dei Deputati⁵.

A seguito delle critiche che hanno investito il Collegio sin dalla sua fase gestazionale, il Decreto c.d. "correttivo" (D. Lgs. 56/2017) ha abrogato, ad appena un anno dalla sua entrata in vigore, l'art. 207 e, con esso, il primo, apprezzabile tentativo di esportare nella contrattualistica pubblica le forme di *dispute board* anglosassone ed americana.

Il tradizionale atteggiamento *claim oriented* delle committenze pubbliche e degli operatori economici, unitamente al crescente contenzioso generato dall'innesto, a tratti lacunoso, del nuovo Codice, ha ben presto fatto riemergere la necessità di

³ Art. 207, comma 1, D. Lgs. 50/2016.

⁴ Consiglio di Stato, parere n. 855/2016).

⁵ Audizione del 17 marzo 2016, nel corso della quale il Presidente Cantone aveva espresso numerose perplessità in ordine alla possibile trasformazione del Collegio in arbitrato irrituale.

affiancare agli strumenti tradizionali altri strumenti per la prevenzione e la celere risoluzione delle liti. L'attenzione è, quindi, ricaduta nuovamente su un organismo con funzioni quantomeno consultive, ancorché non dotato dei poteri di risolvere irritualmente le liti. Adottando un approccio graduale, il Legislatore del Decreto-Legge c.d. "sblocca cantieri" (D.L. 32/2019), convertito nella L. 55/2019, ha di fatto riesumato il Collegio Consultivo Tecnico originariamente previsto, concependolo quale meccanismo opzionale di assistenza altamente qualificata alle parti, con l'ambizione di prevenire le "controversie"⁶. Relegato nel regime opzionale, il Collegio Consultivo Tecnico introdotto nel 2019 non ha generato l'attesa riduzione del carico del contenzioso civile in materia di appalti pubblici, né ha fatto registrare altri significativi benefici. Privo dei poteri tipici e delle garanzie di imparzialità dei *dispute boards*, il Collegio ha nuovamente attirato forti critiche, invero espressamente rivolte non tanto al tentativo di incrementare gli strumenti di ADR a disposizione delle parti, quanto più, ancora una volta, alla difficoltà di collocare un istituto frettolosamente disciplinato nell'ordinamento pubblicistico, in assenza di chiare norme di coordinamento⁷. In questo contesto, ad appena un anno dalla sua reintroduzione, sull'istituto è caduta nuovamente la scure dell'integrale abrogazione, giunta con il Decreto-Legge c.d. "semplificazioni" (D.L. 76/2020), convertito in L. 120/2020. La consapevolezza dell'impossibilità di abrogare anche le ragioni che spinsero il Legislatore del 2016 e del 2019 ad introdurre un nuovo strumento per la prevenzione delle controversie ha, tuttavia, indotto a introdurre *ex novo* una

⁶ Si segnala l'abbandono da parte del Legislatore del termine "dispute", già tacciato di eccessiva a-tecnicità dal Consiglio di Stato, in favore di "controversia". In particolare, ai sensi dell'art. 1, commi da 11 a 13, D. L. n. 32/2019, convertito in Legge n. 55/2019: "11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al fine di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti possono convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un Collegio Consultivo Tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso. 12. Il Collegio Consultivo Tecnico è formato da tre membri dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera. I componenti del Collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini un componente e che il terzo componente sia scelto dai due componenti di nomina di parte; in ogni caso, tutti i componenti devono essere approvati dalle parti. Il Collegio Consultivo Tecnico si intende costituito al momento della sottoscrizione dell'accordo da parte dei componenti designati e delle parti contrattuali. All'atto della costituzione è fornita al Collegio consultivo copia dell'intera documentazione inerente al contratto. 13. Nel caso in cui insorgano controversie, il Collegio consultivo può procedere all'ascolto informale delle parti per favorire la rapida risoluzione delle controversie eventualmente insorte. Può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni. L'eventuale accordo delle parti che accolga la proposta di soluzione indicata dal Collegio consultivo non ha natura transattiva, salva diversa volontà delle parti stesse». 14. Il Collegio Consultivo Tecnico è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto o in data anteriore su accordo delle parti"

⁷ Cfr. G. G. FRANCO, *Il "dispute board" e l'ordinamento arbitrale italiano. Test di compatibilità*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 2/2019, 539 ss.

disciplina del Collegio. Rinviando al prosieguo per la trattazione dei principali connotati del Collegio Consultivo Tecnico attualmente in vigore, ci si limita sin da ora a rilevare che, ancora una volta, l'innesto dell'istituto è avvenuto nella logica emergenziale, anche connessa alla pandemia da Covid-19 e alla conseguente contrazione dell'economia nazionale. L'apparente assenza di una visione organica ha relegato tale strumento entro una logica temporanea, emergenziale, rendendolo quasi del tutto avulso dal sistema dei rimedi extragiudiziali già inseriti nel *corpus* normativo. Nella sua attuale (terza) versione in poco meno di quattro anni, il Collegio ha assunto i connotati di organismo obbligatorio per l'esecuzione di tutti i contratti pubblici aventi ad oggetto lavori di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35 del D. Lgs. 50/2016, con potere di pronunciare determinazioni vincolanti. Si è già detto che il D.L. n. 76/2020 trae la sua *raison d'être* dall'emergenza generata da Covid-19, sicché non stupisce che l'istituto del Collegio Consultivo Tecnico da esso introdotto sia configurato come temporaneo, con una scadenza relativamente ravvicinata attualmente fissata al 31 dicembre 2021⁸, salve future proroghe.

A giudicare dalla rapidità tipica della decretazione d'urgenza con la quale, nelle sue molteplici ed estemporanee apparizioni, il Collegio Consultivo Tecnico è stato regolato⁹, l'interesse del Legislatore per la deflazione dei ricorsi giurisdizionali in tema di esecuzione di contratti pubblici sembra volto più ad inseguire la chimera della "semplificazione", che non a fornire alle parti di un istituto compiutamente normato ed in grado di funzionare. Ed infatti, non stupisce che il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici abbia dovuto formulare a fine 2020 le "*Linee Guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio Consultivo Tecnico di cui agli articoli 5 e 6 del D. L. 16 luglio 2020 n. 76, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120*", volte ad intercettare i vantaggi e interpretare la *voluntas legis*, colmando le (molte) lacune, in favore di committenze pubbliche ed operatori¹⁰. Peraltro, anche in questo caso le Linee Guida hanno manifestano i tradizionali limiti della *soft law*,

⁸ Originariamente, la scadenza era prevista per il 31 luglio 2021, poi estesa al 31 dicembre 2021 in sede di conversione del D.L. n. 76/2020.

⁹ Sembra inevitabile rilevare che, eccezion fatta per l'istituto introdotto dall'art. 207 D. Lgs. 50/2016 e per la sua abrogazione con D. Lgs. 56/2017, il Collegio Consultivo Tecnico è stato reintrodotto con due decreti-legge (D.L. 32/2019 e D.L. 76/2020), entrambi ispirati, nella logica di necessità e urgenza di cui all'art. 77 Cost, alla esigenza di risolvere annose e, forse, ormai consolidate inefficienze del settore degli appalti pubblici.

¹⁰ Le Linee Guida sono accessibili al seguente link:

https://www.lavoripubblici.it/documenti2021/lvpb1/Linee_guida_Collegio_Consultivo_Tecnico.pdf.

Peraltro, non si può non rilevare che le Linee Guida sono state emanate direttamente dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e non già dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, per la quale il Consiglio, ai sensi del comma 5 dell'art. 2 del d.P.R. n. 204/2006 recante ("*Regolamento di riordino del Consiglio superiore dei lavori pubblici*") «svolge attività di consulenza [...] per le questioni di ordine tecnico e per ogni altra questione per la quale l'Autorità ritiene di richiedere il parere del Consiglio superiore».

posto che non mancano vistose incongruenze quelle emanate nel medesimo periodo dall'Istituto per l'innovazione e la trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale (ITACA), organo tecnico istituito della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome¹¹. Generate con lo stesso intento chiarificatore, le Linee Guida si sono stratificate e in parte inevitabilmente contraddette, con conseguente auspicabilità di un intervento organico del Legislatore per offrire un'univoca e più dettagliata disciplina del Collegio ovvero per determinare i principi cui l'ANAC possa ispirarsi nella produzione di proprie Linee Guida.

2. I *disputes boards* nell'esperienza internazionale. Le *ICC Dispute Board Rules*.

In appena quattro anni, il Collegio Consultivo Tecnico ha assunto almeno tre configurazioni¹², le ultime due delle quali sono rimaste sostanzialmente inattuata, tra cui è certamente possibile individuare quale comune denominatore la finalità: scongiurare situazioni di stallo nell'esecuzione di contratti pubblici, ridurre il contenzioso giudiziario e, potenzialmente, prevenire i conflitti. Si tratta, a ben guardare, degli stessi obiettivi che hanno indotto da tempo molti ordinamenti a dare ampio spazio e piena dignità alle tecniche di *alternative dispute resolutions* e, in particolare, ai *dispute boards*, ampiamente diffusi per gestire e risolvere in modo efficiente il contenzioso nell'ambito dell'esecuzione dei contratti internazionali di durata. Ebbene, l'ambizione di trasporre, per il tramite del Collegio Consultivo Tecnico, anche nell'ordinamento pubblico italiano, i *disputes boards*, espressamente citato come elemento di confronto e ispirazione nella relazione di accompagnamento al D.L. n. 76/2020¹³, impone un preliminare e, forse, ingeneroso confronto tra tali istituti, sulla base del quale tracciare una sintetica disamina *de jure condito e condendo*.

Il contratto di appalto, sia pubblico sia privato, è un negozio giuridico complesso, ad esecuzione spesso molto prolungata nel tempo, particolarmente esposto a fattori esogeni in parte imprevedibili in grado di incidere sulla regolare esecuzione o persino sulla stessa realizzabilità dell'opera richiesta. In sostanza, vuoi per ragioni

¹¹ Realizzate dal Gruppo di Lavoro in materia di contratti pubblici del medesimo Istituto, rubricate "Prime indicazioni per la nomina dei componenti e del presidente del Collegio Consultivo Tecnico, ex art.6 del D.L. 76/2020, convertito nella Legge n.126/20, recante "misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale", pubblicate in data 30 dicembre 2020 ed accessibili al seguente link: <http://www.itaca.org/documenti/news/Prime%20indicazioni%20ITACA%20Collegio%20Consultivo.pdf>

¹² D'ora innanzi, salvo diversamente indicato, con l'espressione Collegio Consultivo Tecnico o "CCT" ci si riferirà all'ultima delle tre configurazioni, risultanti dal

¹³ Relazione al D.L. n. 76/2020 operato dal Servizio Studi del Senato e della Camera, *sub* art. 6, spec. 58 ss., accessibile al link <https://documenti.camera.it/Leg18/Dossier/Pdf/D20076.Pdf>.

strutturali, vuoi per contingenze fattuali, il contratto di appalto è frequentemente foriero di contenziosi tecnici e giuridici. A ciò, si aggiungano, quantomeno nell'ambito degli appalti di lavori, servizi o forniture in cui il committente sia lo Stato o altro ente pubblico italiano, i ribassi eccessivamente arditi degli operatori desiderosi di restare sul mercato e le croniche inefficienze della Pubblica Amministrazione, tra cui emblematico è il noto fenomeno della c.d. "paura dalla firma" o "burocrazia difensiva"¹⁴. La «miscela esplosiva» che ne deriva costituisce il fertile terreno per contenziosi di varia natura¹⁵, anticipati dall'iscrizione di riserve dell'appaltatore in contabilità, in grado di minare sin dai primi stati di avanzamento dei lavori lo spirito collaborativo tra le parti, tanto più se si considera che gli strumenti tradizionalmente posti per la loro soluzione stragiudiziale non impediscono che, a fine lavori, l'Autorità Giudiziaria sia comunque adita dalle parti, con sostanziale vanificazione di ogni intento deflattivo. In tale quadro poco edificante, invero non dissimile da quello che si riscontra in molti altri ordinamenti europei continentali, la prevenzione del contenzioso, prima che questo possa impattare negativamente sulla regolare ultimazione delle opere, sembra essere una scelta obbligata.

Nell'ambito degli strumenti adoperati dalla contrattualistica internazionale, è ormai costante la previsione di collegi di esperti in campo giuridico e tecnico, indipendenti dalle parti e con funzioni differenti a seconda del modello impiegato, noti genericamente come *disputes boards*¹⁶. Essi sono solitamente costituiti al momento della conclusione del contratto da membri di indiscussa professionalità e indipendenza, per assistere le parti, mediante l'emissione di pareri – vincolanti o meno, a seconda dei modelli applicati – durante tutta la fase di esecuzione e collaudo delle opere. Non può sottacersi che, nel contesto internazionale, specie di *common law*, l'affermarsi di simili strumenti è resa agevole dalla diffusione di contratti standardizzati in tema di appalto, predisposti dalla Federazione Internazionale dei

14 Cfr., *ex multis*, S. BATTINI – F. DECAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, n. 1, 2019, 293 ss. Per un approccio penalistico, anche in relazione alla recente riforma del reato di abuso di ufficio di cui all'art. 323 c.p., v. A. SESSA, *Spazio libero dall'illecito ed efficienza dell'azione amministrativa pubblica: le ragioni della politica criminale*, in *Ind. pen.*, 2020, 501 ss.

15 Così M. PADOVAN, *In merito al Collegio Consultivo Tecnico, alcuni spunti comparatistici*, in *Riv. trim. appalti*, 2017, 6.

16 Cfr., *ex multis*, M. NUNZIATA, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali. Prospettive di prevenzione e di risoluzione delle controversie*, Torino, 2021. Nella letteratura internazionale, v. D. LY – P. GÉLINAS (eds.), *Dispute Prevention and Settlement through Expert Determination and Dispute Boards* (2017); .C. CHERN, *Dispute Boards: Practice and Procedure*, London, 2015; P. H. J. CHAPMAN, *Dispute boards on major infrastructure projects*, in *Management, Procurement and Law*; 2009, 7 ss.; G. OWEN – B. TOTTERDILL, *Dispute Boards: Procedures and Practice*, London, 2007; C. VACCA, *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, Milano, 2007, 232 ss.; N. G. BUNNI, *The FIDIC Forms of Contract*, Oxford, 2005; C. CHERN, *The Law of Construction Disputes*, London, 2010.

Consulenti Tecnici (FIDIC), dalla Camera Internazionale del Commercio (ICC) e dalla *Institution of Civil Engineers* (fautrice dei c.d. NEC, *New Engineering and Constructin Contract*), di sempre più diffusa applicazione. Tra i vantaggi dell'adozione di simili standard, oltre a registrarsi una progressiva riduzione dei costi transattivi e del contenzioso nell'interpretazione del regolamento contrattuale, vi è senz'altro la previsione di comitati variamente denominati e regolati, accomunati dalla funzione preventiva e risolutiva delle controversie. Senza entrare nel merito delle diverse clausole standardizzate internazionalmente utilizzate, basti rilevare che, quantomeno le *Dispute Board Rules* predisposte dall'ICC¹⁷ hanno previsto tre diversi modelli di ADR. Il *Dispute Review Board* (DRB)¹⁸, è un Collegio tecnico-consultivo con funzioni di mero supporto delle parti («*assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance*»), chiamato ad assumere su richiesta pareri e raccomandazioni (genericamente "*Recommendations*") relative a controversie tra le parti, in grado di divenire vincolanti solo in assenza di contestazioni ("*dissatisfaction*") delle parti entro un termine perentorio di 30 giorni dalla notifica del parere o raccomandazione. In presenza di contestazioni, la questione è rimessa ad un arbitro o, ove non previsto contrattualmente, alla autorità giudiziaria competente.

Diversamente, il *Dispute Adjudication Board* (DAB), disciplinato all'art. 5 delle ICC *Dispute Board Rules*¹⁹ svolge funzione di assistenza delle parti nella prevenzione e

¹⁷ Accessibili al link: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>. Per un commento organico, v., su tutti, C. S. Dorgan, *The ICC's new dispute board rules*, in *The International Construction Law Review*, 22, 2015, 142 ss.

¹⁸ Non previsto, per esempio, dal FIDIC. Esso è regolato dall'art. 4 delle ICC *Disputes Board rules*, ove è previsto che «*DRBs may assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance, and by issuing Conclusions with respect to Disputes upon formal referral. In formal referrals, DRBs render Recommendations with respect to Disputes. 2. Upon receipt of a Recommendation, the Parties may comply with it voluntarily but are not required to do so. 3. The Parties agree that if no Party has given a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the Recommendation shall become final and binding on the Parties. The Parties shall comply without delay with a Recommendation that has become final and binding and agree not to contest that Recommendation unless such agreement is prohibited by applicable law. 4. If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to this Article 4, the other Party may refer the failure itself, without having to refer it to the DRB first, either to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction. A Party that has failed to comply with a Recommendation, when required to do so, shall not raise any issue as to the merits of the Recommendation as a defence to its failure to comply without delay with the Recommendation. 5. Any Party that is dissatisfied with a Recommendation shall, within 30 days of receiving it, give written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DRB. Such notice may specify the reasons for the Party's dissatisfaction, in the absence of which the DRB may request the Party to provide the DRB and the other Party with brief reasons for its dissatisfaction. 6. If any Party gives such a written notice expressing its dissatisfaction with a Recommendation, or if the DRB does not render its Recommendation within the time limit prescribed in Article 22, or if the DRB is disbanded pursuant to the Rules before a Recommendation regarding a Dispute has been rendered, the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction*».

¹⁹ Ai sensi del quale: «*1. DABs may assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance, and by issuing Conclusions with respect to Disputes upon formal referral. In formal*

risoluzione delle controversie che gli siano formalmente demandate, assumendo decisioni immediatamente vincolanti per le parti (*“Decisions”*). Alle parti non è consentito omettere l’applicazione delle decisioni, a meno di manifestare la propria insoddisfazione motivata per iscritto entro il termine perentorio di 30 giorni, per effetto della quale la decisione non è privata di vincolatività e la risoluzione delle controversia in origine formalmente deferita al DRB è rimessa alla decisione di un arbitro, se previsto dal contratto, ovvero della competente autorità giudiziaria (*«the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction»*). Ne deriva un’immediata vincolatività delle decisioni, la cui efficacia si consolida solo a seguito dell’inutile decorso del termine per presentare obiezioni per rimettere la decisione ad un altro organo. Si parla, in tal senso, di efficacia *“interim binding”*, espressione di una logica *“pay now and argue later”*, in grado di risolvere le controversie in via provvisoria e scongiurare il più possibile ritardi e stasi della fase esecutiva per quanto riguarda le contese dell’appaltatore, ovvero la sospensione di pagamenti o l’applicazione di penali, per quanto pertiene le contese della committenza.

A livello intermedio è posto, infine, il *Combined Dispute Board* (CDB), previsto unicamente dall’art. 6 delle norme ICC²⁰ e non contemplato dalle norme FIDIC, chiamato a dirimere le questioni attraverso il ricorso a *“Recommendations”* vincolanti solo una volta decorso il termine per le contestazioni (su modello delle DRB) ovvero, solo su richiesta di una delle parti e in assenza di manifesta contrarietà dell’altra,

referrals, DABs render Decisions with respect to Disputes. 2. A Decision is binding on the Parties upon its receipt. The Parties shall comply with it without delay, notwithstanding any expression of dissatisfaction pursuant to this Article 5. 3. The Parties agree that if no Party has given written notice to the other Party and the DAB expressing its dissatisfaction with the Decision within 30 days of receiving it, the Decision shall remain binding and shall become final. The Parties agree not to contest a Decision that has become final, unless such agreement is prohibited by applicable law. 4. If any Party fails to comply with a Decision rendered pursuant to this Article 5, whether it be binding or both final and binding, the other Party may refer the failure itself, without having to refer it to the DAB first, either to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction. A Party that has failed to comply with a Decision shall not raise any issue as to the merits of the Decision as a defence to its failure to comply without delay with the Decision. 5. Any Party that is dissatisfied with a Decision shall, within 30 days of receiving it, give written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DAB. Such notice may specify the reasons for the Party’s dissatisfaction, in the absence of which the DAB may request the Party to provide the DAB and the other Party with brief reasons for its dissatisfaction. 6. If any Party gives such written notice expressing its dissatisfaction with a Decision, or if the DAB does not render its Decision within the time limit prescribed in Article 22, or if the DAB is disbanded pursuant to the Rules before a Decision regarding a Dispute has been rendered, the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction. Until the Dispute is finally settled by arbitration or otherwise, or unless the arbitral tribunal or the court decides otherwise, the Parties remain bound to comply with any Decision rendered within the prescribed time limit».

²⁰ Il cui primo comma sintetizza così: *«CDBs may assist the Parties in avoiding Disagreements, in resolving them through informal assistance, and by issuing Conclusions with respect to Disputes upon formal referral. In formal referrals, CDBs render Recommendations with respect to Disputes pursuant to Article 4, but may render Decisions pursuant to Article 5, as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article 6».*

attraverso “*Decisions*”, immediatamente vincolanti (su modello del DAB), con analogia impugnabilità della decisione in presenza di “*dissatisfaction*”. In ogni caso, l’art. 1 delle norme ICC chiarisce che le *disputes boards*, comunque configurate, «non sono collegi arbitrali e le loro conclusioni non sono applicabili come i lodi arbitrali. Al contrario, le Parti accettano contrattualmente di essere vincolate dalle Conclusioni a certe condizioni specifiche»²¹, esposte nelle restanti norme. Chiamato ad operare in assoluta imparzialità²², il *board* previsto dalle norme ICC è composto generalmente da tre membri, due dei quali nominati congiuntamente da entrambe le parti, con esclusione di membri in rappresentanza dell’una o dell’altra e formale assunzione di un impegno vincolante a evitare e comunicare qualsivoglia conflitto di interesse. Il presidente è, invece, nominato di comune accordo dai due membri precedentemente nominati. Coerentemente, le spese sostenute per gli emolumenti dei membri e per la loro attività sono equamente divisi tra le parti (art. 28 ss.).

Significativi sono gli ampi e autonomi poteri attribuiti al *board* ai sensi dell’art. 15 delle norme ICC, tra cui si segnala il potere di effettuare sopralluoghi, richiedere documenti alle parti – a fronte di un espresso dovere di cooperazione a carico delle stesse (art. 11) – assumere ogni necessaria decisione cautelare, incaricare esperti e, con una rilevante clausola di chiusura, adottare ogni misura necessaria per il pieno raggiungimento della propria funzione. Così strutturato, il *dispute board* è in grado di assolvere in modo imparziale al proprio “triplice servizio”, come viene definito dalle norme ICC, consistente nel prevenire d’ufficio disaccordi anche solo potenziali tra le parti²³, adottare ogni iniziativa volta a tal fine (art. 16), fornire assistenza tecnica in via informale, d’ufficio o su richiesta, nella risoluzione delle controversie già insorte (art. 17) e infine adottare entro 90 giorni le proprie “conclusioni” in forma di raccomandazione o decisione, secondo le funzioni tipiche del DRB, DAB e CDB, in relazione a quanto espressamente allo stesso deferito dalle parti (art. 18 ss.).

La capacità di *dispute avoidance* o, quantomeno, *dispute minimizer*, escludendo o limitando il ricorso ad arbitrati o giudizi ordinari, dimostrata dai *boards*, comunque strutturati o denominati, è indiscussa, ed è stata recentemente stimata tra il 72 e l’86% dalla *Dispute Resolution Board Foundation*²⁴. Il successo di tale strumento è senz’altro da attribuirsi all’approccio fortemente *business* e *project oriented* dei suoi membri, in quanto imparziali e interessati unicamente alla realizzazione ottimale dell’opera, alla riservatezza e velocità della decisione, alla grande flessibilità dei modelli a

²¹ Art. 1.2, ICC *Dispute Board Rules*, T.d.A.

²² A tal fine, l’art. 8.1 delle norme ICC chiarisce che «*Every DB Member must be and remain impartial and independent of the Parties*».

²³ Si tratta della c.d. “*Informal assistance with disagreement*”, su cui v. C. VACCÀ, *L’arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, cit., 236 s.

²⁴ Cfr. M. NUNZIATA, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali*, cit., 48.

disposizione delle parti, in grado di adattarsi a ciascuna realtà, oltre alla natura a tratti anfibia del *board*, in grado di intercettare potenziali controversie, per fare dapprima da mediatore (“*proactive role*”) e, poi, da organo decisorio per dirimere le controversie che non è stato possibile prevenire (“*responsive role*”). Visti i vantaggi, non stupisce che negli ordinamenti di *common law* il loro impiego sia diffuso a tutte le commesse, pubbliche e private, anche in forza della loro lunga tradizione ed esperienza in tema applicazione delle tecniche ADR alle controversie relative alle pubbliche amministrazioni.

3. **Segue: il difficile innesto nell’ordinamento italiano di forme di arbitrato irrituale.**

Al netto dell’efficacia deflattiva dimostrata dai *disputes boards* nella quasi totale degiurisdizionalizzazione del contenzioso civile in materia di appalti, il loro trapianto nell’ordinamento italiano e, più in generale, negli ordinamenti di *civil law* può non risultare sempre agevole e immediato. Il diverso e, a tratti, diametralmente opposto approccio agli strumenti di *alternative dispute resolutions* dei diversi formanti (legislativo, giurisprudenziale e dottrinario) dell’ordinamento italiano, saldamente ancorato al diritto civile e al ricorso all’autorità giudiziaria, ostacola culturalmente il ricorso a tali strumenti non solo nella regolazione delle controversie connesse all’esercizio dell’attività amministrativa, ma anche di quelle connesse all’esercizio di diritti e potestà riconducibili al diritto privato, quali quelle conseguenti all’esecuzione di un contratto pubblico già regolarmente aggiudicato.

Per certi versi, il risultato del pur apprezzabile tentativo di aderire ai meccanismi internazionalmente previsti per la risoluzione delle controversie insorte nell’esecuzione di appalti internazionali per la disciplina del Collegio Consultivo Tecnico è testimone di tale difficoltà. Prima di entrare nel merito di quanto previsto dagli artt. 5 e 6 del D.L. n. 76/2020, giova rammentare lo «sconcertante andirivieni»²⁵ che ha riguardato, sin dalla prima sua previsione nella L. 2248/1865, allegato F), lo strumento dell’arbitrato nel settore degli appalti pubblici²⁶. Ora imposto, ora vietato, l’arbitrato nel settore delle opere pubbliche ha quasi sempre trovato un’accoglienza diffusamente diffidente, anche in ragione dei non negabili rischi di «abusi e distorsioni nell’applicazione pratica dell’istituto»²⁷. Ciononostante, come noto, tra gli

²⁵ Così E. FAZZALARI, *Una vicenda singolare: l’arbitrato in materia di opere pubbliche*, in *Riv. arb.*, 1998, 816.

²⁶ Per un quadro complessivo, v., *ex multis*, E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, Milano, 2011.

²⁷ G. VERDE, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 216. Cfr. anche ID, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. Arb.*, 2001, 414 ss.

strumenti previsti dal Codice dei contratti per la risoluzione delle controversie figura senz'altro l'istituto dell'arbitrato, disciplinato agli artt. 209-210 D. Lgs. n. 50/2016, in forza del quale «le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri», i quali operano, coerentemente con quanto previsto dall'art. 12 c.p.a.²⁸, facendo applicazione delle norme previste in materia di arbitrato rituale di diritto. In ogni caso, perché possa procedersi con la devoluzione di questioni a collegi arbitrali nell'ambito di contratti pubblici, occorre che tale possibilità sia non solo prevista dal bando, ma anche previamente autorizzata dall'Amministrazione stessa, dovendosi, in caso contrario, ritenere nulla la clausola compromissoria ai sensi dell'art. 1, comma 19, L. n. 190/2012. L'arbitrato così delineato presenta, quindi, una "doppia specialità"²⁹, tanto in relazione alla disciplina prevista dal codice di rito civile, quanto in relazione alla disciplina prevista dall'art. 12 c.p.a. per gli arbitrati cui si sottoponga la Pubblica Amministrazione³⁰, in parte da imputarsi anche alla necessità di consentire a quest'ultima di valutare attentamente di caso in caso quando prevedere la clausola compromissoria nei contratti pubblici, in base ad una oculata ponderazione dei benefici, con i costi dell'arbitrato, anche in termini di rischi corruttivi³¹.

Più in generale, la compromettibilità in arbitri di controversie riguardanti diritti soggettivi devoluti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è generalmente ammessa, a patto che l'arbitrato si svolga nelle forme dell'arbitrato rituale, in forza della chiara indicazione data dall'art. 12 c.p.a. Come è stato autorevolmente rilevato, il dettato dell'art. 12 c.p.a., pur non essendo «tra i più felici»,

28 Ai sensi del quale: «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 del codice di procedura civile».

29 V. *amplius* G. MISSEINI, *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo*, in *Urb. e appalti*, 2012, 398 ss.

30 Resta inteso che la devoluzione all'arbitrato risultante dagli artt. 209-210 D. Lgs. 50/2016 è limitata alle sole questioni riguardanti diritti soggettivi insorte nell'ambito e a seguito della fase di esecuzione del contratto, mentre non tale istituto non trova applicazione, in favore dell'arbitrato di cui all'art. 12 c.p.a., per tutte le questioni non riguardanti o non derivanti dalla fase di esecuzione, quali, per esempio, i conflitti in tema di responsabilità precontrattuale, salva, in ogni caso, l'impossibilità di far ricorso all'arbitrato per la tutela di interessi legittimi, devoluti alla giurisdizione del Giudice Amministrativo. Per una tesi contraria, estensiva della possibilità di far ricorso all'arbitrato anche in materia di interessi legittimi, v. F. LUBRANO, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Studi Punzi*, Torino, 2008, II, 492.81 e F. G. COCA, *La capacità della pubblica Amministrazione di compromettere in arbitri*, in AA. VV., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, a cura di G. ALPA, Torino, 1999, spec. 106.

31 V. sul punto Ord. Corte Cost., n. 58 del 20 febbraio 2019, dep. 20 marzo 2019, la quale ha ritenuto non manifestamente irragionevole «la scelta discrezionale del Legislatore di subordinare a una prevendita e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, concorsi di progettazione e di idee».

«intenderebbe chiarire [...] che deve trattarsi necessariamente di arbitrato “rituale” e di diritto, senza alcuno spazio per l’arbitrato irrituale e per il parametro di giudizio dell’equità». L’esclusione dell’arbitrato irrituale può dirsi consolidata nella giurisprudenza della Suprema Corte, che sul tema si è in più occasioni chiaramente pronunciata a Sezioni Unite³². Ciò, indipendentemente dalla formulazione dell’art. 12 c.p.a. e dalla necessità o meno di far applicazione del principio dell’*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, giacchè «è l’arbitrato irrituale in sé a non essere compatibile con la natura degli interessi rappresentati dalla pubblica amministrazione»³³. Molte le ragioni prese in rassegna dalla giurisprudenza amministrativa assolutamente prevalente: si pensi alle scarse garanzie offerte per la parte pubblica dall’arbitrato libero di cui all’art. 808-ter c.p.c., nell’ambito del quale il rapporto controverso è deferito al Collegio arbitrale in forza unicamente di una dichiarazione di volontà delle parti. In questi termini, la base giuridica del lodo è di tipo esclusivamente negoziale, talché l’Amministrazione verrebbe «a trovarsi vincolata al rispetto di una decisione definitiva sulla base di criteri che non necessariamente sono stati preventivamente definiti, e ciò contrasterebbe con i principi che regolano l’agire della P.A., in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della P.A.»³⁴. Ne deriva una sostanziale sottrazione degli arbitri dal controllo tipicamente previsto l’esercizio del potere amministrativo, pur potendo, con la loro decisione, vincolare quest’ultimo.

Peraltro, la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo denota un’indefettibilità dell’esercizio del potere pubblico in specifiche materie, che mal si concilia con la mancanza di efficaci garanzie trasparenza, imparzialità e di

32 V. Cass. Civ., SS.UU. sentenze n. 8987 del 16 aprile 2009, n. 9952 del 29 aprile 2009, n. 28043 del 25 novembre 2008, n. 25508 del 30 novembre 2006.

33 T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 659.

34 M. Lipari, *L’arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019. V. anche la citata T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 659, ove si legge: «è stato in particolare osservato che la ragione per cui non sarebbe ammissibile il ricorso all’arbitrato irrituale da parte di una pubblica amministrazione riposerebbe sulla constatazione che il potere decisionale devoluto all’arbitro irrituale nonché la stessa vincolatività del lodo avrebbe in tal caso una base unicamente negoziale: l’amministrazione verrebbe quindi a trovarsi vincolata al rispetto di una decisione definitiva sulla base di criteri che non necessariamente sono stati preventivamente definiti, e ciò contrasterebbe con i principi che regolano l’agire della pubblica amministrazione, in forza dei quali non è consentito delegare a terzi estranei la formazione della volontà negoziale della pubblica amministrazione. Tale posizione, da taluni messa in dubbio all’indomani dalla entrata in vigore della L. 241/90 e della acclarata possibilità per la pubblica amministrazione di agire *jure privatorum* e su un piano paritetico rispetto ai privati, è stata però mantenuta ferma (si veda al proposito Cass. Civ. SS.UU. n. 8987/09 cit.) sul presupposto che la natura pubblica degli interessi tutelati dalla pubblica amministrazione osta a che essa possa equipararsi *in toto* ad un privato ma, soprattutto, osta a che la cura di tali interessi possa essere affidata a meccanismi non preventivamente definiti ed a soggetti terzi individuati in mancanza di qualsiasi procedimento predeterminato e senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità; né può trascurarsi il silenzio mantenuto dal legislatore sulla possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere all’arbitrato irrituale».

pubblicità nella scelta degli arbitri e nell'adozione delle relative determinazioni³⁵. Né la possibilità di ricorrere ad arbitrati liberi è stata ammessa dalla giurisprudenza nelle vertenze attinenti diritti soggetti devoluti alla giurisdizione ordinaria, in cui la Pubblica Amministrazione operi sostanzialmente *jure privatorum*, senza che venga in diretto rilievo l'esercizio del potere pubblico. Nonostante persuasive tesi dottrinarie possibiliste³⁶, l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità e di merito amministrativo continua a negare *tout court* la compromettibilità in arbitrati irrituali di qualsivoglia controversia involgente l'Amministrazione³⁷. Valorizzando il fatto che la «P.A., nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati [...] non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, in quanto l'Amministrazione è comunque portatrice di un interesse pubblico [che], anche se incanalato nell'alveo di strumenti di tipo privatistico, è destinato a conformare il comportamento del contraente pubblico secondo regole e principi - particolarmente in tema di pubblicità e di trasparenza - che per il privato non hanno invece ragion d'essere», la Cassazione ha escluso che il ricorso all'arbitrato irrituale possa dirsi compatibile con tali prerogative indefettibili dell'Amministrazione³⁸. Il ricorso a tali forme libere di arbitrato sembra quindi inevitabilmente precluso, almeno per la giurisprudenza maggioritaria, per dirimere vertenze proprie della fase di esecuzione di appalti pubblici.

In tale rigido contesto, l'apparizione intermittente del Collegio ha, per certi versi, costituito un elemento di novità. Non v'è dubbio che, dalla lettura dall'art. 6 comma 3 D.L. n. 76/2020, l'impianto del Collegio sia di tipo sostanzialmente arbitrale (lodo-contratto). Ciò che massimamente sorprende è che la norma abbia previsto che le sue determinazioni abbiano «la natura del lodo contrattuale previsto dall'articolo 808-ter del codice di procedura civile, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse». Non può certamente passare inosservata l'apertura all'arbitrato irrituale nelle questioni inerenti la Pubblica Amministrazione, quantomeno nel settore degli appalti pubblici. In discontinuità rispetto al costante orientamento in tema di divieto di arbitrato irrituale per la

³⁵ Cfr., *ex multis*, T.A.R. Molise, Sez. I, 16 dicembre 2010, n. 1552.

³⁶ Si rinvia sul tema a M. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa*, cit., per il quale «si potrebbe ritenere che non sussista un divieto assoluto, ma solo un limite di carattere procedimentale: l'amministrazione dovrebbe adeguatamente motivare le ragioni giustificative del ricorso all'arbitrato irrituale, in luogo del contenzioso giurisdizionale o dell'arbitrato rituale».

³⁷ V. Cass., Sez. I, 19 settembre 2013, n. 21468. Similmente, nella giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Molise, Sez. I, 16 dicembre 2010, n. 1552.

³⁸ Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, n. 10599, la quale aggiunge che, «nel caso in cui alla P.A. fosse consentito il ricorso all'arbitrato irrituale, il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) individuati, nell'ambito di una pur legittima logica negoziale, in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, perciò, senza adeguate garanzie di trasparenza e pubblicità della scelta».

pubblica amministrazione, tanto nelle questioni devolute al giudice amministrativo, quanto nelle questioni devolute al giudice ordinario, una previsione come quella contenuta all'art. 6 comma 3 desta qualche perplessità. Così come attualmente disciplinato, e come si dirà, il Collegio non sembra in grado di neutralizzare i rischi sottesi all'arbitrato irrituale, sempre richiamati dalla giurisprudenza. Del pari, la previsione del D.L. "Semplificazioni" non sembra dotata di un respiro sufficientemente ampio per ritenere superato il consolidato divieto di arbitrato irrituale per l'Amministrazione. Al più, può ritenersi che la qualificazione del Collegio Consultivo Tecnico quale organo arbitrale irrituale, con l'attribuzione al medesimo una peculiare disciplina di funzionamento, porti ad attribuire ad esso una "triplice specialità", riscontrabile rispetto l'arbitrato di cui all'art. 12 c.p.a., l'arbitrato di cui agli artt. 209-210 D. Lgs. n. 50/2016 e l'arbitrato di cui agli artt. 806 ss. c.p.c.

Altrettanto sorprendente è l'obbligatorietà del Collegio Consultivo Tecnico, ancorché operante fino al 31 dicembre 2021, e limitato ai soli contratti c.d. "sopra-soglia". Tale obbligatorietà non sembra conciliarsi con il divieto di arbitrato obbligatorio, costantemente riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale e dalla dottrina prevalente, giacché, pur essendo ammesso in linea generale dallo stesso art. 12 c.p.a. (e dall'art. 209 D. Lgs. n. 50/2016 per il settore dei lavori pubblici) il deferimento ad arbitri di cause inerenti diritti soggettivi della Pubblica Amministrazione, ciò deve essere espressione di una libera e comune volontà delle parti e non di una imposizione di Legge³⁹. Peraltro, a tale obiezione può risponderci solo in parte richiamando la facoltà, riconosciuta alle parti dal terzo comma dell'art. 6, di manifestare espressamente e per iscritto una "diversa e motivata" volontà di non attribuire alle determinazioni del Collegio valenza di lodo-contratto. Alle parti è, quindi, attribuito il potere di privare di vincolatività le decisioni collegiali, relegandole a mere proposte o *dicta* arbitrali, con forte compromissione dell'obiettivo deflattivo⁴⁰. Se tale opzione sembra trasformare l'obbligatorietà dell'arbitrato irrituale in una soluzione prevista *by default*, ma derogabile dalle parti, con salvezza della costituzionalità della previsione, non può certo negarsi che il Legislatore «abbia voluto predisporre un vero e proprio meccanismo eteronomo / arbitrale – ancorché, per così dire, speciale – di composizione delle liti»⁴¹, afferendo al modello

39 Cfr. F. CAMPIONE, *Il c.d. decreto semplificazioni e la figura del Collegio Consultivo Tecnico: fugaci spunti critici*, in *Judicium*, 2020, 4 s.

40 Del pari, dal tenore della norma, non sembra potersi escludere che le parti intendano attribuire al Collegio il potere di pronunciarsi in via rituale, secondo il modello dell'arbitrato rituale di diritto, con adozione di un lodo-sentenza, impugnabile nelle forme previste dagli artt. 806 ss. c.p.c. Per un cenno ai rapporti tra Collegio Consultivo Tecnico e strumenti di risoluzione stragiudiziale dei conflitti già previsti dal D. Lgs. 50/2016, v. *infra* §6.

41 F. CAMPIONE, *Il c.d. decreto semplificazioni e la figura del Collegio Consultivo Tecnico: fugaci spunti critici*, cit.

dell'arbitrato irrituale. Nondimeno, il rimedio rappresentato dal Collegio presenta già di per sé una natura meramente contrattuale. Anzitutto, al Collegio Consultivo Tecnico manca l'*imperium* tipico di un collegio arbitrale e, secondariamente, alle sue decisioni manca, anche quando le parti abbiano voluto attribuire funzione vincolante, dell'idoneità ad acquisire valore di *res iudicata*. Ed infatti, nel caso di mancato rispetto di quanto statuito dal Collegio, non è configurabile alcuna diretta azione in sede esecutiva, potendosi unicamente configurare un'ordinaria azione di esatto adempimento, in cui non è possibile per il giudice del merito esimersi del tutto da una valutazione complessiva del rapporto contrattuale, con parziale sacrificio dell'autorità – si è detto meramente negoziale – della statuizione del Collegio.

Già *prima facie*, quindi, il Collegio, così come disciplinato dal D.L. n. 76/2020 presenta peculiarità di difficile raccordo con gli istituti e i principi ormai costanti, quantomeno nei formanti dottrinari e giurisprudenziali, in materia di compromettibilità in arbitri irrituali di controversie riguardanti la Pubblica Amministrazione. Sicché, a contesto immutato, non stupisce che l'innesto del Collegio Consultivo Tecnico si sia rivelato piuttosto rigido e "innaturale".

4. Cenni alla disciplina del Collegio. Ambito di applicazione, termini di costituzione e composizione.

Sembra ora utile prendere in celere rassegna il contenuto dell'art. 6 del D.L. n. 76/2020 in tema di Collegio Consultivo Tecnico.

In primo luogo, nell'istituire il Collegio, il D.L. n. 76/2020 si è limitato a disporre la costituzione obbligatoria, fino al 31 dicembre 2021, nell'ambito di contratti di lavori, anche già sottoscritti o in corso di esecuzione, diretti alla realizzazione di "opere" pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del D. Lgs. 50/2016 (art. 6 comma 1). Da una lettura della norma in combinato disposto con la nozione di "opera" di cui all'art. 3, comma 1, lett. pp) del D. Lgs 50/16, risulta chiara la limitazione ai soli appalti di lavori superiori alle soglie comunitarie, con esclusione dei contratti di appalto di servizi e forniture. A ciò, si aggiunge la facoltà riconosciuta alle parti di provvedere alla costituzione del Collegio anche nel caso di contratti di appalto diversi, quali i contratti sottosoglia. Come prevedibile, è presto sorto il dubbio in merito all'obbligatorietà della sua costituzione nell'ambito di contratti di appalto diversi (art. 6 comma 4).

Con riferimento all'ambito di applicazione, alla cursoria disciplina del "Semplificazioni" si sono aggiunte, come detto, le Linee Guida emanate a fine 2020 dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e dall'Istituto per l'innovazione e la

trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, le quali sono pervenute a conclusioni diverse. Mentre le Linee Guida emanate dal Consiglio Superiore concludono per l'applicabilità ad ogni contratto di appalto di lavori superiore alle soglie comunitarie anche se affidati in vigenza del D. Lgs. n. 163/2006⁴², le Linee Guida emanate da ITACA concludono per la non applicabilità dell'obbligatorietà del Collegio per i contratti non disciplinati dal D. Lgs. n. 50/2016⁴³. Al netto di tale incertezza *ratione temporis*, rimane da chiarire se il Collegio debba essere obbligatoriamente costituito anche in relazione ad accordi quadro di lavori – e la soluzione sembrerebbe affermativa – e ai contratti di appalto “misto” lavori-servizi-forniture, in relazione ai quali sembra potersi suggerire di avere riguardo, ai fini della verifica del raggiungimento delle soglie di cui all'art. 35 D. Lgs. 50/2016, alla sola componente di servizi. Così come rimane da chiarire se debba provvedersi alla costituzione laddove un contratto originariamente sottosoglia, superi quest'ultima per effetto di varianti contrattuali, quesito a cui le Linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici danno risposta affermativa⁴⁴.

Con riferimento al momento della costituzione del Collegio (art. 6, comma 1 D.L. n. 76/2020), è previsto che essa debba avvenire prima dell'inizio dell'esecuzione e comunque non oltre 10 giorni da tale data. Per i contratti già in corso di esecuzione alla data di entrata in vigore del decreto, è assegnato un termine per la costituzione del Collegio pari a 30 giorni dalla medesima data. Il comma 6 prevede, inoltre, il suo scioglimento al termine di esecuzione del contratto ovvero, in ogni momento, dopo il 31 dicembre 2021. Come previsto dal comma 2, il Collegio «si intende costituito al momento della designazione del terzo o del quinto componente».

Con riferimento alla composizione, il comma 2 precisa che il Collegio può essere composto, a scelta della Stazione Appaltante, da tre o cinque membri, dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera, tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza., scelti dalle parti di comune accordo, ovvero – e in questo si registra una significativa differenza con i *dispute boards* – nominati uno (o due) per ciascuna parte, con individuazione

42 In particolare, al punto 1.3.1, si legge che «La costituzione del CCT è obbligatoria – fino al 31 dicembre 2021 – nel caso di contratti pubblici che prevedono la realizzazione di lavori di importo superiore alla soglia comunitaria, anche se già in corso e se affidati sulla base di norme previgenti rispetto al D. Lgs. 50/2016».

43 «Dalla lettura sistematica dell'intero testo normativo in esame, sembrerebbe quindi emergere che la nomina del Collegio Consultivo Tecnico sia applicabile ai soli contratti affidati in vigenza del D. Lgs. 50/16 in quanto il richiamo alle soglie di cui all'art 35 del D. Lgs 50/16 prima, e le modifiche all'art 107 del codice poi, richiamate nel D.L. semplificazioni fanno riferimento a due indicazioni normative puntuali, presenti nel nuovo codice dei contratti pubblici (D. Lgs. 50/2016) e non disciplinate nella precedente legislazione in materia di appalti pubblici (D. Lgs 163/2006)» (pag. 3).

44 La risposta è indirettamente contenuta al punto 2.1.2 delle “Linee Guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del Collegio Consultivo Tecnico di cui agli articoli 5 e 6 del D. L. 16 luglio 2020 n. 76, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120.

congiunta da parte dei membri individuati dalle parti di un presidente terzo. Le Linee Guida, e in particolare quelle del Consiglio Superiore, hanno ampiamente sviluppato i requisiti professionali e di esperienza già richiesti dall'art. 6 comma 2 D.L. n. 76/2020 per i membri del Collegio⁴⁵. Ciò che, invece, non sembra preso in debita considerazione è la necessità di definire criteri oggettivi e concorrenziali per condurre alla scelta dei membri, per lo meno di quelli di nomina pubblica. In particolare, la formulazione della norma non sembra escludere che la nomina possa avvenire mediante conferimento diretto dell'incarico professionale (anche in ragione degli importi verosimilmente riconosciuti), a ulteriore detrimento non solo della concorrenza, ma anche – e soprattutto – della imparzialità, che sembra invece essere uno degli elementi di forza del *dispute board*. La terzietà è ulteriormente compromessa dalla previsione del comma secondo in forza della quale «nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1, questo è designato entro i successivi cinque giorni dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di rispettivo interesse». Come è stato notato⁴⁶, appare piuttosto singolare che la nomina di una figura terza (potenzialmente l'unica, giusta la possibilità per le parti di nominare il proprio membro in alternativa alla nomina congiunta, che non garantisce comunque imparzialità) sia rimessa al Ministero delle infrastrutture o agli enti locali, cui molte committenze potrebbero gerarchicamente riferirsi, e non già al Presidente del tribunale o della Camera arbitrale competente per territorio. Una simile previsione sembra minare ulteriormente la già scarsa imparzialità e indipendenza del Collegio, rendendolo ontologicamente diverso in via definitiva dai *dispute board*⁴⁷.

5. La funzione anfibia del Collegio "Consultivo" Tecnico. Alcuni spunti critici.

Così composto e costituito, al Collegio è espressamente affidato il compito di prestare «assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso» (art. 6, comma 1 D.L. n. 76/2020), oltre ai compiti previsti dall'art. 5, su cui si

⁴⁵ *Ibidem*, punto 2.4. Per le Linee Guida ITACA, v. pp. 7 ss.

⁴⁶ V., per esempio, il commento di S. VALAGUZZA, in <https://www.studiovalaguzza.it/Collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urge-restyling-in-sede-di-conversione/>.

⁴⁷ Composti da membri di indiscussa professionalità e imparzialità rispetto alle parti, quest'ultima non limitata (peraltro con scarsa efficacia) al solo presidente come accade nel caso del Collegio Consultivo Tecnico. V. *supra*, §2.

tornerà *infra*. Concentrando l'attenzione sulla funzione risolutiva dei conflitti, desta qualche perplessità la procedura scarsamente garantistica tracciata dal Legislatore per consentire al Collegio di pervenire alla risoluzione delle controversie mediante l'emissione di un lodo-contratto ai sensi dell'art. 808-ter c.p.c. Nel già descritto contesto di scarse garanzie offerte all'amministrazione dalla devoluzione di questioni ad un Collegio chiamato ad esperire, di fatto, un arbitrato irrituale⁴⁸, non può certo contestarsi che l'arbitrato, ancorché libero, debba assicurare il rispetto del principio costituzionale del contraddittorio. Ed infatti, tra le limitate possibilità di impugnazione dinnanzi al giudice civile del lodo-contratto, vi è proprio la mancata osservanza del principio del contraddittorio (art. 808-ter, comma 3 c.p.c.). Sembra, quindi, infelice la formulazione dell'art. 6, comma 3 D.L. n. 76/2006 nella parte in cui prevede che il Collegio «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», aggiungendo che il «Collegio può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni». Vista l'applicabilità dell'art. 808-ter c.p.c. non v'è invero possibilità alcuna che il Collegio assuma la propria decisione senza assicurare il pieno rispetto del contraddittorio⁴⁹, dovendosi escludere qualsivoglia decisione *per tabulas*, pena l'agevole annullamento del lodo e un ulteriore rischio di vanificazione dell'intento deflattivo. Sembra evidente che la formulazione attuale del primo e del secondo periodo del terzo comma dell'art. 6 non tenga in debita considerazione la natura che sempre il medesimo comma attribuisce espressamente alla decisione del Collegio. Deve ritenersi, infatti, che il richiamo all'art. 808-ter c.p.c. non valga solo a qualificare la determinazione quale lodo e il Collegio quale arbitrato irrituale, ma anche ad estendere la disciplina ivi prescritta in termini di impugnazione. Sicché, eccezion fatta per le ipotesi di Collegio privato per volontà delle parti del potere di pronunciare lodi contrattualmente vincolanti, la pronuncia deve ritenersi impugnabile secondo le regole previste dall'art. 808-ter c.p.c., dinnanzi al giudice di primo grado secondo le ordinarie regole di riparto. Esso potrà, quindi, disporre l'annullamento nelle ipotesi in cui la convenzione sia invalida, gli arbitri abbiano pronunciato su conclusioni che esorbitano dai propri limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale; gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dal D.L. n. 76/2020; il lodo sia stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma del D.L. e dell'articolo 812 c.p.c.; gli arbitri non si siano attenuti alle regole imposte dalla Legge

48 V. *supra*, §3.

49 In questi termini, anche i punti 4.2 e 4.3 delle Linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

e dalle parti come condizione di validità del lodo; non sia stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio.

Il rischio del mancato rispetto del contraddittorio induce, in ogni caso, ad un'altra riflessione. Il termine di 15 giorni dalla formulazione del quesito, concesso al Collegio per assumere la propria decisione e rafforzato da una delle più efficaci sanzioni giuridiche (*i.e.* la decurtazione dell'onorario dei membri in proporzione ai giorni di ritardo⁵⁰) appare particolarmente compresso e potenzialmente limitante. La motivazione, che deve evidentemente assistere la determinazione, deve essere depositata contestualmente e comunque non oltre i successivi 15 giorni. Nei casi in cui sia richiesta una particolare istruttoria, la determinazione può essere assunta entro 20 giorni dal deferimento del quesito. Orbene, posto che il contraddittorio non può dirsi soddisfatto dal mero deposito del quesito (che, peraltro, può essere presentato anche solo da una delle parti), né dall'obbligo di depositare tutta la documentazione contrattuale all'atto della costituzione. Il termine ristretto tradisce, nemmeno troppo velatamente, l'intento di accelerare il proverbiale ritardo nell'assunzione di determinazioni da parte delle Committenze pubbliche e della giustizia ordinaria, ma mal si confà alla possibile – e verosimile – complessità dei quesiti posti dalle parti. Se si considera che dalle determinazioni del Collegio potrebbero derivare maggiori oneri a carico della Committenza, una maggiore flessibilità nella durata del procedimento avrebbe escluso il rischio di decisioni affrettate.

Peraltro, una volta espletata una procedura di confronto tra le parti, come si è detto solo apparentemente facoltativa, al Collegio è richiesto di assumere la propria determinazione a maggioranza. Criterio decisorio certamente snello, ma anch'esso poco adatto alla natura dei quesiti che normalmente emergono nel corso dell'esecuzione dei lavori, ai quali ben difficilmente può risponderci in termini binari (adatti ad un voto a maggioranza ad appena 15 giorni dall'apertura del giudizio). Basti pensare alle ipotesi di richieste di maggiori riconoscimenti economici o di proroghe contrattuali, in cui il voto a maggioranza appare di difficile applicazione. In ogni caso, la scelta della possibilità di voto a maggioranza, se da un lato è obbligata per evitare stalli, dall'altro, unitamente alla scelta di consentire membri di parte, in quanto nominati direttamente da committente e appaltatore, rischia di trasformare il Collegio in un tavolo di concertazione tra le parti, sotto la supervisione di un presidente terzo, il cui voto assume rilievo determinante. Qualcosa certamente di

⁵⁰ Sul punto il comma 7 dell'art. 6 dispone che «In caso di ritardo nell'assunzione delle determinazioni è prevista una decurtazione del compenso stabilito in base al primo periodo da un decimo a un terzo, per ogni ritardo», senza apparente possibilità di deroga, specie se si considera che si tratta, almeno per metà, di risorse pubbliche.

molto diverso dall'autorevolezza di un *dispute board* indipendente di cui si è dato conto *supra*⁵¹.

Di assoluto rilievo è anche la previsione di cui al comma 3 dell'art. 6, la quale valorizza il mancato rispetto della determinazione del Collegio quale presunzione *iuris tantum* di inadempimento *grave* ai doveri contrattuali. La qualificazione *ex lege* dell'inadempimento come "grave" consente di accedere agli strumenti messi a disposizione delle parti, specie della parte pubblica, dal codice degli appalti, tra cui la risoluzione *ex art.* 108 comma 3 D. Lgs. 50/2016⁵². Andrebbe, invero, chiarito che, qualora le parti non intendano far applicazione dell'art. 808-ter c.p.c., il mancato rispetto del parere del Collegio non determini tale presunzione, in quanto, diversamente opinando, si finirebbe per attribuire efficacia sostanzialmente vincolante ad ogni determina del Collegio, ritrasformando l'art. 6 in un obbligo di arbitrato non compatibile con i principi costituzionali. Né può omettersi un accenno all'equivoco richiamo alla responsabilità erariale. La norma prevede, infatti, che il mancato rispetto della determina del Collegio sia valutata ai fini della responsabilità erariale del soggetto agente. Trattasi, nella migliore delle ipotesi, di una previsione ridondante, posto che l'obbligo del rispetto del lodo deriva dal richiamo stesso all'art. 808-ter c.p.c. e il mancato adempimento degli obblighi da esso derivanti, potendo far sorgere una responsabilità da inadempimento in capo all'Amministrazione, è di per sé foriera di responsabilità erariale. Piuttosto, il richiamo alla responsabilità erariale sembra necessario a fare da sponda alla seconda disposizione, contenuta sempre nel terzo comma dell'art. 6, in forza della quale «l'osservanza delle determinazioni del Collegio Consultivo Tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo». Dinanzi a tale previsione, sembrano echeggiare le costanti parole pronunciate dalla giurisprudenza di legittimità per negare la legittimità del ricorso all'arbitrato irrituale per attività esercitate anche *iure privatorum* dalla Pubblica Amministrazione.

A ciò si aggiunga che, per come è attualmente disciplinato il Collegio, ciascuna parte può presentare un proprio quesito, senza necessità che la controparte concordi

51 V. §2.

52 Ove è previsto che «il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, quando accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto». Deve ritenersi che la gravità espressa nel comma 3 dell'art. 6 possa essere valorizzata anche a questi fini.

sulla sua formulazione. Il rischio che la base negoziale e non legale che legittima l'arbitrato irrituale divenga vincolo e canone dell'azione amministrativa non sembra superato dalla previsione dell'obbligo di istituire il Collegio, con funzioni analoghe a quelle di cui all'art. 808-ter c.p.c. Di fatti, si assiste alla devoluzione non solo di controversie al Collegio, ma anche del potere di disporre di conseguenza (indirettamente) delle risorse pubbliche, oltre ai poteri di cui all'art. 5, senza pericolo di responsabilità erariale dell'agente contabile. Sicché, laddove il membro nominato dalla Pubblica Amministrazione dovesse esprimere il proprio voto contrario in seno al Collegio in merito ad un riconoscimento di maggiori oneri da parte dell'appaltatore, finendo in minoranza, la determina porrebbe il Responsabile del procedimento dinnanzi ad un sostanziale dilemma: non rispettare la determina, negando i maggiori oneri, integrando un inadempimento della Amministrazione e una responsabilità erariale in ordine alle conseguenze, ovvero devolvere risorse pubbliche in esecuzione di un lodo, con la sicurezza di non poter essere chiamato a rendere conto alla magistratura contabile. Ma il vero dilemma sembra porsi, invero, all'interprete, chiamato a stabilire se e a quali condizioni il Collegio, così come disciplinato, possa dettare i canoni di correttezza erariale e decidere a maggioranza. Si è ben consapevoli del fatto che la norma cerchi di scongiurare il rischio che la spada di Damocle della giustizia contabile possa inficiare l'efficacia dei lodi del Collegio e che un criterio di maggioranza non sia evitabile, ma un esonero preventivo (e totale) di responsabilità erariale non appare necessario se è indiscussa la natura vincolante *ex lege* ed *ex contractu* delle determine del Collegio. Come è stato efficacemente osservato in relazione a tale esonero, «la responsabilità erariale non si può accendere e spegnere per promuovere l'applicazione di un istituto, se non la si vuole travisare»⁵³.

Non va, infine, tralasciato che, sebbene il Collegio sia disciplinato organicamente solo all'art. 6 del D.L. n. 76/2020, l'art. 5 del medesimo D.L. prevede che lo stesso sia deputato all'assunzione di significative determinazioni in sede di esecuzione del contratto, che trascendono dalla mera funzione di risoluzione dei conflitti. Ivi, in particolare, trovano disciplina le ipotesi di sospensione dei lavori, con una deroga alle previsioni di cui all'art. 107 D. Lgs. 50/2016 ed un elenco delle ipotesi in cui la sospensione è ammessa per il tempo strettamente necessario⁵⁴. Ebbene, all'art. 5 è

⁵³ S. VALAGUZZA, in <https://www.studiovalaguzza.it/Collegio-consultivo-tecnico-rischia-il-flop-urge-restyling-in-sede-di-conversione/>, cit.

⁵⁴ Trattasi, in particolare, delle ipotesi individuate al comma 1 dell'art. 5, D.L. n. 76/2020: «Fino al 31 dicembre 2021, in deroga all'articolo 107 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, la sospensione, volontaria o coattiva, dell'esecuzione di lavori diretti alla realizzazione delle opere pubbliche di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 del medesimo decreto legislativo, anche se già iniziati, può avvenire, esclusivamente, per il tempo strettamente necessario al loro superamento, per le seguenti ragioni: a) cause

previsto che il Collegio di cui all'articolo successivo determini *ex se* la sospensione dei lavori laddove accerti gravi ragioni di ordine pubblico e salute pubblica, anche in relazione alla pandemia da Covid-19 (lett. b), gravi ragioni di ordine tecnico (lett. c) ovvero gravi ragioni di pubblico interesse (lett. d). Al Collegio è inoltre richiesto di esprimere il proprio parere per le ipotesi di risoluzione del contratto, interpello del secondo classificato ovvero affidamento ad altro operatore mediante nuova procedura, ogni qualvolta l'appaltatore non possa ultimare per qualsiasi ragione le lavorazioni (v. quarto comma dell'art. 5). Non può non rilevarsi che il Legislatore del "Semplificazioni" abbia voluto attribuire al Collegio, da un lato, il compito di prevenire e risolvere le controversie emettendo lodi-contratto vincolanti o raccomandazioni non vincolanti (art. 6), dall'altro il singolare potere di disporre direttamente la sospensione dei lavori mediante determinazioni funzionali (art. 5, comma 1, lett. b) e d)). Nel farlo, peraltro, i membri del Collegio non potrebbero essere chiamati a rispondere nemmeno alla giustizia contabile in ragione delle proprie determinazioni, in assenza di chiari principi su cui informare queste ultime.

La natura anfibia che ne emerge rende, anche sotto questo profilo, il Collegio immaginato dal "Semplificazioni" un *unicum* nel quadro internazionale dei *board* per la risoluzione delle vertenze. A dispetto del nome, infatti, esso non sembra un organo propriamente ed esclusivamente consultivo, ma invero un organo decisorio e risolutivo, in grado di cumulare alle competenze tipiche dei collegi arbitrali irrituali, funzioni proprie dell'amministrazione, come il potere di sospendere *ex se* le lavorazioni per comprovate ragioni di ordine pubblico o pubblico interesse.

6. Il rapporto con gli altri strumenti codicistici di risoluzione dei conflitti. Conclusioni *de jure condendo*.

Dinnanzi alle peculiarità che il Collegio Consultivo Tecnico ha assunto nel nostro ordinamento rispetto al lontano modello del *disputes board*, il rischio di rigetto del sistema degli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di esecuzione di contratti pubblici non sembra trascurabile. Si è detto che alla funzione risolutiva delle controversie tra appaltatore e committenza il Collegio somma una funzione preventiva la quale, a voler tener fede agli obiettivi del Legislatore,

previste da disposizioni di legge penale, dal codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, nonché da vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea; b) gravi ragioni di ordine pubblico, salute pubblica o dei soggetti coinvolti nella realizzazione delle opere, ivi incluse le misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria globale da COVID-19; c) 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; d) gravi ragioni di pubblico interesse».

dovrebbe avere un peso preponderante nell'economia dell'istituto. Ciò attribuisce al Collegio un'operatività più ampia rispetto a quella di qualunque altro strumento attualmente previsto nel *corpus* codicistico (arbitrato, transazione, accordo bonario, pareri di precontenzioso). Se si prende ad esempio il caso dell'accordo bonario, il limite quantitativo dell'importo delle riserve dell'appaltatore idonee a far attivare l'istituto (complessivamente tra il 5 e il 15% dell'importo del contratto originario), non è riproposto per il deferimento di questioni al Collegio Consultivo Tecnico. Peraltro, al Collegio, visti anche i ristretti tempi per la risposta al quesito di cui si è dato conto, può essere deferita una singola questione, con esclusione, almeno in apparenza, di una valutazione complessiva sull'equilibrio sinallagmatico della commessa assai meglio presidiato dal *disputes boards* operante di *default*. Ed infatti, la competenza limitata alle singole questioni devolute dalla parte più diligente o interessata, unitamente alla natura transitoria dell'istituto di cui all'art. 6 D.L. n. 76/2020, consentono di escludere che la sua introduzione abbia invero ristretto il perimetro e l'operatività degli strumenti di risoluzione preesistenti. Al contrario, in quel *corpus* il Collegio è inserito *ab externo* a testimonianza della consapevolezza del Legislatore che i tradizionali strumenti – e, *a fortiori* – il tradizionale approccio *claim oriented* delle parti del contratto pubblico – si rivelino inadeguati al perseguimento dell'interesse collettivo, improntato non tanto alla celere risoluzione delle controversie, ma alla loro prevenzione.

Pur nel silenzio del dettato normativo, deve concludersi per l'assoluta alternatività tra il deferimento delle questioni al Collegio e gli altri rimedi tradizionali, non potendo fare l'uno da strumento di revisione dell'altro. Ciò vale in particolar modo per le ipotesi di riserve dell'appaltatore sottoposte ad accordo bonario. Una volta formulata la proposta di accordo bonario, in alcun modo il Collegio potrà essere chiamato a esprimere sul medesimo un proprio parere, anche se non sembra potersi escludere il contrario, vale a dire che il Collegio esprima un parere non vincolante su una o più riserve dell'appaltatore, poi devolute in secondo momento in sede di accordo bonario. Tale previsione appare particolarmente rilevante nelle ipotesi di attivazione del Collegio nell'ambito di contratti di appalto già in corso di esecuzione, nei quali è ben possibile che siano emerse questioni già oggetto di accordo bonario accettato dalle parti; in tal caso, ogni statuizione del Collegio è reclusa, onde non compromettere la definitività della statuizione. Di converso, non sembra potersi escludere *tout court* che le questioni oggetto di accordo bonario su cui le parti non abbiano prestato il proprio consenso possano essere deferite al Collegio, prima di devolverle all'Autorità Giudiziaria ordinaria.

D'altronde, la dialettica tra strumenti tradizionali e Collegio è mantenuta in vita anche dal permanere dell'obbligo per l'appaltatore di iscriverne riserve nei termini e modi previsti dal D. Lg. 50/2016 e dal d.P.R. 207/2010. Proprio la coesistenza tra di essi, di cui si è detto, giustifica l'esclusione di deroghe alla disciplina generale delle riserve, per le quali deve ritenersi che continuino a valere le cause tradizionali di decadenza. Traendo le logiche conseguenze, in tanto una questione potrà essere deferita al Collegio dall'appaltatore in quanto lo stesso possa farla giuridicamente valere in ragione della sua tempestiva rappresentazione sul registro di contabilità e sugli altri atti idonei a riceverla. In altri termini, le ragioni contingenti di finanza pubblica sottese alla disciplina delle riserve non possono ritenersi – specie nel silenzio del Legislatore – superate per effetto dell'introduzione del Collegio tra gli strumenti di ADR a disposizione delle parti.

Concludendo, all'istituto del Collegio Consultivo Tecnico disciplinato dal D.L. n. 76/2020 va riconosciuto il pregio di aver portato nel nostro ordinamento l'idea di un *board* in grado di assistere le parti per tutta la durata del contratto⁵⁵, prevenire o, quantomeno, risolvere le controversie. A mancare, però, sembra essere il compendio di indipendenza, autorevolezza e poteri tipicamente attribuiti ai *dispute boards*. Relegato ad un'inedita base negoziale-irrituale, nonostante l'obbligatorietà *ex lege* della sua istituzione, e ben lungi dal costituire un vero e proprio organo arbitrale, il Collegio non ha saputo ancora imporsi con una capillare costituzione. Complici le molte incertezze del dettato normativo, solo di recente colmate dalle Linee Guida del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, non senza incertezze derivanti dal confronto con le Linee Guida ITACA, l'istituto è rimasto quasi ovunque disapplicato ancora agli albori del 2021. Molte committenze pubbliche primarie, ignorando l'obbligatorietà della costituzione e le conseguenze in termini di responsabilità erariale minacciate dalla stessa norma, non hanno ancora provveduto a dare avvio alla costituzione del Collegio, la cui scadenza (31 dicembre 2021) continua

⁵⁵ Significativa in tal senso è la possibilità di costituire il Collegio anche in una fase antecedente rispetto all'inizio dell'esecuzione del contratto, prevista all'art. 6, comma 5 D.L. 76/2020, in cui possono emergere questioni di ampio spettro, spesso trasversali, in cui la funzione preventiva dell'istituto potrebbe emergere in modo più significativo. In particolare, ivi è previsto che «Le stazioni appaltanti, tramite il loro responsabile unico del procedimento, possono costituire un Collegio Consultivo Tecnico formato da tre componenti per risolvere problematiche tecniche o giuridiche 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. In tale caso due componenti sono nominati dalla stazione appaltante e il terzo componente è nominato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, dalle regioni, dalle province autonome di Trento e Bolzano o dalle città metropolitane per le opere di interesse locale. Ferma l'eventuale necessità di sostituzione di uno dei componenti designati dalla stazione appaltante con uno di nomina privata, le funzioni di componente del Collegio Consultivo Tecnico nominato ai sensi del presente comma non sono incompatibili con quelle di componente del Collegio nominato ai sensi del comma 1».

inesorabilmente ad avvicinarsi. Il rischio è che, salvo eccezioni, il Collegio rimanga relegato – per la terza volta – nell’ombra della sperimentazione normativa, ispirata dalla logica della decretazione d’urgenza e della necessità impellente di “semplificare” un sistema ispirato ad un Codice degli Appalti che è ancora troppo spesso la primaria causa del contenzioso.

Se è vero che non è certo pensabile che un nuovo istituto di prevenzione e risoluzione delle controversie possa *ex se* apportare le correzioni necessarie alle molte criticità del Codice, la reale capacità del Collegio di favorire la corretta e tempestiva ultimazione delle opere dovrà essere valutata non appena lo stesso troverà una sufficiente diffusione. Purtroppo, la limitata capacità di trasporre nell’ordinamento italiano i *disputes boards* internazionali lascia presagire che il Collegio non sia destinato a produrre risultati concreti nel breve periodo. Le ragioni dell’alta conflittualità tra le parti di un appalto pubblico sono solo in parte connaturali alla complessità del rapporto, essendo in buona parte imputabili a ragioni culturali e carenze strutturali della pubblica amministrazione, nonché ai ribassi eccessivi praticati dagli operatori per sopravvivere alla concorrenza. Dinanzi a tali criticità, il Collegio sembra non disporre di adeguati strumenti per prevenire il contenzioso. Sicché, non sembra improbabile che la chimera della semplificazione normativa tornerà ad abbattersi nel prossimo futuro sull’istituto, dovendosi però auspicare che, questa volta, alla *pars destruens* corrisponda una *pars construens* realmente in grado di applicare direttamente e senza storture anche nel nostro ordinamento i decantati principi sottesi ai contratti standard internazionali, con i relativi efficienti strumenti di risoluzione delle liti (DRB, DAB e CDB), eventualmente facendo ricorso alla virtuosa disciplina offerta dalla Camera Arbitrale di Milano⁵⁶. A servire sembra essere, quindi, una complessiva ridefinizione in ottica collaborativa del rapporto tra committente e appaltatore, per la quale il Collegio può svolgere, se dotato dei necessari strumenti di imparzialità e autorevolezza, – unitamente ad un ripensamento dei fondamentali del regolamento contrattuale – un ruolo di straordinario catalizzatore.

⁵⁶ Con riferimento al DRB, v., per es. www.camera-arbitrale.it/it/dispute-resolution-board/index.php?id=522.