

Avvocato

Stefano Cresta

Rivista Pangea

Il Collegio Consultivo Tecnico (C.C.T.) negli appalti di opere e di lavori pubblici alla luce dei “decreti semplificazioni uno e bis” (Il Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76 convertito con legg en. 120/2020 e e del decreto legge n. 77 del 21 maggio 2021 convertito con legge n. 108 del 29 luglio 2021).

Sommario

1. IL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO QUALE PUNTO DI RACCORDO DI INTERESSI CONTRAPPOSTI: RAFFRONTO CON L'ISTITUTO EUROPEO - 2. QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO - 3. IL FUNZIONAMENTO DEL C.C.T. - 3.1 C.C.T. OBBLIGATORIO E FACOLTATIVO - 3.2 COMPOSIZIONE DEL C.C.T. - 3.3 PROCEDIMENTO DI INDIVIDUAZIONE E DI NOMINA DEI COMPONENTI DEL COLLEGIO CONSULTIVO TECNICO - .3.4 COMPENSO DEI COMPONENTI DEL C.C.T. E DIVIETO DI NOMINA DI CONSULENTI D'UFFICIO - 3.5 MODALITÀ DI SVOLGIMENTO DELLE ATTIVITÀ DEL C.C.T. - 3.6 NATURA DELLE DETERMINAZIONI DEL C.C.T. - 3.7 CONDIZIONI DI «INCOMPATIBILITÀ FUNZIONALE» E «SANZIONI» - 4. CRITICITÀ 4.1 MANCATA ISTITUZIONE DEL C.C.T.: QUID IURIS? 4.2. LA NATURA DELLE DETERMINAZIONI - 5. CONCLUSIONI

1. Il Collegio Consultivo Tecnico quale punto di raccordo di interessi contrapposti: raffronto con l'istituto europeo

Il Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 recante «*Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale*» (In Gazz. Uff. n. 178 del 16.07.2020, Suppl. ord. n. 24) prevede, nel Titolo I, Capo I (“*Semplificazioni in materia di contratti pubblici*”), alcune novità in tema di contratti pubblici, funzionali ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, che ha avuto un impatto negativo rilevante soprattutto sui progetti di appalto in esecuzione, determinando in molti casi il blocco dei cantieri.

Il “Decreto Semplificazioni” (d.l. n. 76/2020) ha stabilito, in via transitoria e fino al 31 luglio 2021 – termine esteso fino al 31 dicembre 2021 con la legge di conversione 11.09.2020, n. 120 (In Gazz. Uff. n. 228 del 14.09.2020, Suppl. ord. n. 33), ed ulteriormente differito al **30 giugno 2023** dall’art. 51, comma 1, lettera e), decreto-legge n. 77 del 2021 – un intervento sistematico finalizzato a una semplificazione in materia di contratti pubblici e edilizia.

In tale ottica il Collegio Consultivo Tecnico (anche solo C.C.T.), il quale trova il suo “antenato” nell’istituto dell’arbitrato, dovrebbe porsi come un punto di raccordo tra i complessi e contrapposti interessi delle imprese e delle stazioni appaltanti pubbliche.

Come noto gli operatori privati mirano ad ottenere una definizione del procedimento nella fase esecutiva del contratto nel minor tempo possibile, atteso che protrarre la controversia sul lungo periodo significa per l’impresa non poter programmare gli investimenti (e per la collettività subire il danno causato dal blocco dell’opera pubblica, che non viene portata a termine nei tempi previsti). Spinta di segno opposto è rappresentata, invece, dalla diffidenza della P.A. verso l’arbitrato, spesso identificato con un possibile rischio di responsabilità per danno erariale che grava sul dipendente pubblico.

Concorre a completare il complesso quadro degli interessi in gioco la diffidenza dell’opinione pubblica, sensibile alla denuncia di abusi e distorsioni nell’applicazione pratica dell’istituto dell’arbitrato e delle risoluzioni alternative delle controversie.

Il C.C.T. non è nuovo nel nostro ordinamento, l’istituto richiama il c.d. “*Dispute Review Board*” di derivazione anglosassone.

Le *Dispute Board Rules* (introdotte dall’International Chamber of Commerce) contengono all’art. 4 la disciplina del c.d. “Board”. Esso emette raccomandazioni circa le controversie che siano eventualmente insorte tra le parti, le quali non sono tenute ad attenersi alle indicazioni del Board, ma devono manifestare il loro eventuale dissenso con una comunicazione scritta, altrimenti le indicazioni del C.C.T. diventano vincolanti, non solo in relazione alla specifica controversia risolta, ma anche per il futuro.

La natura di lodo contrattuale ex art. 808 *ter* c.p.c. del C.C.T. italiano si allontana dalla esperienza internazionale del Dispute Board, ove le determinazioni, vincolanti o meno per le parti, oltre ad essere sempre ricorribili mediante azione giudiziaria – come essenziale elemento di garanzia per tutti gli interessi in gioco – possono avere valenza propedeutica rispetto al giudizio ordinario o arbitrale.

Il C.C.T. italiano di discosta da quello previsto in ambito internazionale principalmente sotto tre aspetti: *i*) il criterio di nomina (d’accordo tra le parti, ma anche separatamente) non garantisce il clima di collaborazione e fiducia tipico del predetto istituto; *ii*) la mancanza di specifiche disposizioni in tema di incompatibilità e possibile reiterazione dell’incarico; *iii*) aumento dei costi per il pubblico erario (in caso di nomina del presidente da parte del M.I.T., Regioni o Città metropolitane).

2. Quadro normativo di riferimento

L’istituto del C.C.T. deve essere considerato in relazione agli artt. 209 e 210 del decreto legislativo n. 50/2016 (c.d. “*Codice dei contratti pubblici*”) disciplinanti il giudizio arbitrale per la risoluzione delle controversie, su diritti soggettivi, insorte durante l’esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell’accordo bonario.

Il legislatore ha previsto, dunque, la scelta della via arbitrale come facoltativa.

Il modello di arbitrato istituzionale è obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici insediata presso l’ANAC e previamente autorizzato dall’organo di governo dell’amministrazione, cioè dalla parte appaltante.

Il C.C.T. era stato introdotto con l’art. 207, d. lgs. 50/2016 con un’originaria natura transattiva. La norma è stata poi abrogata con il d.lgs. 56/2017 (c.d. decreto correttivo) alla luce delle

critiche mosse dall'Anac e Consiglio di Stato (applicabili a parere di chi scrive anche al Collegio Consultivo Tecnico odierno).

In particolare, secondo il Consiglio di Stato (v. Parere n. 855/2016) criticabile risultava l'estremamente vago ambito oggettivo di applicazione dell'istituto, riferito, con un'espressione alquanto atecnica dalla norma, alle "*dispute di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto*", nonché la sua confondibilità con l'accordo bonario. Per questo il supremo Consesso della Giustizia amministrativa aveva richiesto la soppressione della norma.

Secondo l'ANAC tale strumento di risoluzione delle controversie configurava una "*sorta di arbitrato libero*" e, come tale, poteva interferire sui compiti e sulle funzioni della Camera arbitrale e aggirare [...], "*nella sostanza, il criterio di delega di cui alla lett. aaa) secondo cui l'arbitrato nei contratti pubblici può essere solo amministrato*" (v. la Relazione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 30.03.16).

Un timido intervento in materia di C.C.T. era già stato previsto dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32 il c.d. "Decreto Sblocca cantieri" (coordinato con la Legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55) nel quale il C.C.T. era stato previsto come facoltativo ed a tempo determinato fino all'entrata in vigore del regolamento unico.

Lo Sblocca cantieri aveva stabilito, a norma dell'articolo 1, commi 11-14, una forma opzionale di C.C.T., configurato come un meccanismo di assistenza preventiva con collegio di tre membri per una celere risoluzione di eventuali controversie sorte durante la fase esecutiva del contratto.

Il D.L. Semplificazioni, prevedendo espressamente l'abrogazione dei commi da 11 a 14 dell'articolo 1 del D.L. 18 aprile 2019 ha inteso regolare *ex novo* la natura e la disciplina sistematica del C.C.T. conferendo allo stesso, come si specificherà nel prosieguo, natura di lodo contrattuale.

La Disciplina del C.C.T. non è stata ricollocata nell'art. 207, d.lgs. 50/2016, ma consegnata al D.L. 76/2020 con norme a tempo: fino al 31.12.2021, il che rende l'intero quadro normativo in materia stratificato e complesso.

A rincarare la dose, quanto a stratificazione normativa, concorre anche la c.d. *Soft Law* emanata in materia, costituita da:

- Linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle s.a. delle funzioni del C.C.T., approvate dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici il 21.12.2020;
- Indicazioni ITACA del dicembre 2020 (recepite con atti deliberativi di Giunta da diverse Regioni quali ad esempio Toscana Basilicata Veneto);
- ANAC, Delibera 9.3.2021, n. 206;
- Supporto giuridico MIT di agosto 2020;
- Parere Comitato Tecnico Appalti Pubblici, Fondazione Ordine Ingegneri Provincia di Roma del 3.2.2021.

3. Il funzionamento del C.C.T.

3.1 C.C.T. obbligatorio e facoltativo

Ai sensi dell'art. 6, commi da 1 a 3 del d.l. n. 76/2020, convertito con modificazioni in L. n. 120/2020, fino al 30 giugno 2023 (ex art. 51, comma 1, lettera e), decreto-legge n. 77 del 2021), per i lavori di importo pari o superiore alle soglie UE (5.350.000,00 euro) è obbligatoria, presso ogni Stazione appaltante, la costituzione di un Collegio Consultivo Tecnico, prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre 10 giorni da tale data, con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso.

La costituzione del Collegio Consultivo Tecnico è invece facoltativa per i lavori sottosoglia e nella fase antecedente all'esecuzione (rispettivamente commi 4 e 5 dell'art. 6).

Il C.C.T. ha funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso.

Il C.C.T., inoltre, adotta determinazioni relative alle casistiche di sospensione dei lavori previste dall'art. 5, comma 4 del d.l. n. 76/2020 (con compiti specifici differenziati in relazione alle varie ipotesi, secondo la modulazione prevista dai commi 2 e 3 dello stesso art. 5).

Il C.C.T. interviene, dunque, su due versanti:

- a) risoluzione delle controversie emergenti nel corso dell'esecuzione dell'appalto;
- b) risoluzione delle dispute tecniche di ogni natura.

Non si tratta, pertanto, di un organismo a funzione esclusivamente «tecnica», ma di un collegio con competenze interdisciplinari combinate, che possano garantire, ad esempio, la risoluzione di controversie su interpretazione di elementi contrattuali controversi emerse in corso di esecuzione.

3.2 Composizione del C.C.T.

Il C.C.T. è formato, a scelta della Stazione Appaltante, da tre componenti o, in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste, da cinque componenti.

La composizione «standard» del C.C.T. è di tre componenti. La composizione «straordinaria» con cinque componenti è possibile solo quando sussistano presupposti di complessità dell'opera e (contestualmente) di eterogeneità delle professionalità richieste per affrontare le problematiche.

La composizione «straordinaria» deve essere motivata. I componenti del C.C.T. devono essere:

- a) soggetti dotati di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera;
- b) individuati tra ingegneri, architetti, giuristi ed economisti;
- c) con comprovata esperienza nel settore degli appalti delle concessioni e degli investimenti pubblici, anche in relazione allo specifico oggetto del contratto e alla specifica conoscenza di metodi e strumenti elettronici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture (BIM), maturata per effetto del conseguimento di un dottorato di ricerca, oppure che siano in grado di dimostrare un'esperienza pratica e professionale di almeno dieci anni nel settore di riferimento.

La disposizione del d.l. n. 76/2020 individua quali componenti «tecnici» solo ingegneri e architetti, quindi figure in possesso di laurea e di abilitazione.

La gestione delle controversie e delle dispute tecniche comporta l'inclusione nel C.C.T. anche di giuristi (definizione molto ampia, che non comporta il riferimento ai soli avvocati) e di economisti (definizione altrettanto ampia, che non comporta il riferimento ai soli commercialisti), in ogni caso anch'essi individuabili in soggetti laureati.

Ogni componente deve essere in possesso di un dottorato di ricerca o di esperienza almeno decennale nel settore di riferimento (sia in ambito pubblico che privato).

3.3 Procedimento di individuazione e di nomina dei componenti del Collegio Consultivo Tecnico

I componenti del collegio possono essere scelti dalle parti di comune accordo, ovvero le parti possono concordare che ciascuna di esse nomini uno o due componenti e che il terzo o il quinto componente, con funzioni di presidente, sia scelto dai componenti di nomina di parte. Ai sensi dell'art. 51, comma 1, lettera e), decreto-legge n. 77 del 2021 i componenti possono essere individuati anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone legate alle parti da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa in possesso dei requisiti previsti dal primo periodo.

La Stazione appaltante può scegliere i componenti del C.C.T. tra suoi dipendenti (ma questi non devono ricoprire alcun ruolo con attività incidenti sull'esecuzione dell'appalto) o tra soggetti esterni (per i quali valgono gli stessi criteri di incompatibilità). In caso di scelta di comune accordo, la SA è tenuta a proporre i nominativi all'operatore economico tenendo conto dei vincoli di scelta.

La scelta dei componenti del C.C.T. da parte della SA deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità.

Il tipo di attività svolta dal C.C.T. evidenzia l'apporto «personale» specifico dei componenti, quindi caratterizza il rapporto con la SA come rapporto di lavoro, pertanto come incarico professionale, che deve essere conferito nel rispetto dell'art. 7, commi 6 e 6-bis del d.lgs. n. 165/2001 e del regolamento sulle collaborazioni, quindi con procedura comparativa.

È possibile che la procedura di conferimento sia ottimizzata mediante la costituzione di elenchi di esperti, per varie macro-specializzazioni.

La scelta dei componenti del C.C.T. da parte della SA deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità anche per quanto riguarda propri dipendenti. In tal caso è necessario che la procedura sia sviluppata nel rispetto di quanto previsto dall'art. 53 del d.lgs. n. 165/2001 e, pertanto, dai criteri per il conferimento di incarichi per attività extra-ufficio definiti dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi.

Nel caso in cui le parti non trovino un accordo sulla nomina del presidente entro il termine indicato al comma 1 dell'art. 5 del d.l. 76/2020, 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. La SA deve farsi parte attiva, unitamente all'Appaltatore, per richiedere al MIT, alla Regione o alla Città Metropolitana la designazione (tempestiva) del Presidente. In questo senso come si specificherà nel prosieguo l'istituto può comportare un aggravamento procedimentale e di costi, andando contro la *ratio* normativa per cui è stato istituito.

3.4 Compenso dei componenti del C.C.T. e divieto di nomina di consulenti d'ufficio

In base a quanto stabilito dall'art. 5, comma 7 del d.l. n. 76/2020, i componenti del C.C.T. hanno diritto a un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte. In mancanza di determinazioni o pareri ad essi spetta un gettone unico onnicomprensivo.

Il compenso deve essere definito in accordo tra le parti, per evitare discrasie tra i componenti. 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.

Il compenso è liquidato dal collegio consultivo tecnico unitamente all'atto contenente le determinazioni, salva la emissione di parcella di acconto, in applicazione delle tariffe richiamate dall'articolo 9 del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, aumentate fino a un quarto.

I compensi dei membri del collegio sono computati all'interno del quadro economico dell'opera alla voce spese impreviste.

Il comma 7 dell'art. 6 del d.l. n. 76/2020 stabilisce che non è ammessa la nomina di consulenti tecnici d'ufficio. I componenti del Collegio Consultivo Tecnico, in quanto esperti nei settori di riferimento, devono assolvere a tutte le funzioni richieste dagli articoli 5 e 6 dello stesso decreto, senza poter contare su ausili esterni.

Tale elemento determina, per le SA e gli OE, la scelta di esperti da inserire nel C.C.T. con un significativo livello di competenza e di esperienza.

3.5 Modalità di svolgimento delle attività del C.C.T.

Nell'adozione delle proprie determinazioni, il collegio consultivo può operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto e può procedere ad audizioni informali delle parti per favorire, nella risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche eventualmente insorte, la scelta della migliore soluzione per la celere esecuzione dell'opera a regola d'arte.

Il collegio può altresì convocare le parti per consentire l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni.

Per l'operatività del collegio è richiesta l'interazione contestuale (come per tutti i collegi), che può aversi anche non in presenza.

Le attività istruttorie relative alle varie problematiche emerse in corso di esecuzione dell'appalto possono essere sviluppate anche singolarmente o per micro-gruppi, ma le attività di confronto con le parti (SA e OE appaltatore) e di formalizzazione delle decisioni devono essere svolte dal collegio nel suo «plenum».

Le decisioni devono essere formalizzate mediante determinazioni (quindi mediante atti espressi, poi recepiti dalla SA e dall'OE appaltatore nell'ambito del rapporto contrattuale).

3.6 Natura delle determinazioni del C.C.T.

Come accennato *supra* (v. par. 1), le determinazioni del C.C.T. hanno 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.

Il lodo deve essere quindi definito in forma espressa, sulla base della previsione contenuta nel contratto di appalto, regolativa del C.C.T. e dei suoi compiti. Le parti possono, con disposizione espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall'articolo 824 *bis*, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale.

Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I:

- I. se la convenzione dell'arbitrato è invalida, o gli arbitri hanno pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;
- II. e gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti dalla convenzione arbitrale;
- III. se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- IV. se gli arbitri non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;
- V. se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio. Al lodo contrattuale non si applica l'articolo 825.

Salva diversa previsione di legge, le determinazioni del collegio consultivo tecnico sono adottate con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti, entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti, recante succinta motivazione, che può essere integrata nei successivi quindici giorni, sottoscritta dalla maggioranza dei componenti.

In caso di particolari esigenze istruttorie le determinazioni possono essere adottate entro venti giorni dalla comunicazione dei quesiti. Le decisioni sono assunte **a maggioranza**.

L'art. 6, co. 3, così come modificato dall'art.51, comma 1, lettera e), del decreto-legge n. 77 del 2021, prevede inoltre che quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della determinazione della 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.

L'inosservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali.

L'osservanza delle determinazioni del collegio consultivo tecnico è causa di esclusione della responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

3.7 Condizioni di «incompatibilità funzionale» e «sanzioni»

Ogni componente del collegio consultivo tecnico non può ricoprire più di cinque incarichi contemporaneamente e comunque non può svolgere più di dieci incarichi ogni due anni.

In caso di ritardo nell'adozione di tre determinazioni o di ritardo superiore a sessanta giorni nell'assunzione anche di una sola determinazione, i componenti del collegio non possono essere nuovamente nominati come componenti di altri collegi per la durata di tre anni decorrenti dalla data di maturazione del ritardo.

Il ritardo ingiustificato nell'adozione anche di una sola determinazione è causa di decadenza del collegio e, in tal caso, la stazione appaltante può assumere le determinazioni di propria competenza prescindendo dal parere del collegio.

La costituzione obbligatoria del C.C.T. comporta, in tal caso, l'avvio di un processo per la nomina di un nuovo collegio consultivo tecnico.

4. CRITICITÀ

4.1 Mancata istituzione del C.C.T.: *quid iuris?*

Limitatamente al Collegio obbligatorio (sopra soglia), la norma del decreto Semplificazioni prevede le modalità di costituzione del C.C.T. senza fare però alcun riferimento alle conseguenze di un ritardo o di una mancata costituzione dello stesso.

Ove il Collegio non venga istituito per mancato accordo o avvenga in ritardo non è prevista infatti una sanzione ma l'art. 6, co. 3, prevede che: «*L'inosservanza delle determinazioni del Collegio Consultivo Tecnico viene valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali*»

Per l'operatore economico ciò si traduce in inosservanza dell'obbligo di leale collaborazione idoneo a giustificare la risoluzione del contratto.

4.2. La natura delle determinazioni

A mente dell'art.6, co. 3, decreto Semplificazioni, le determinazioni del C.C.T. hanno la natura di lodo contrattuale ex art. 808 *ter* c.p.c., salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle parti stesse (la norma non chiarisce in quale momento debba essere manifestata tale motivata volontà. Potrebbe ritenersi che tale volontà sia da definirsi prima della formalizzazione delle determinazioni).

I provvedimenti assunti dal collegio hanno valenza negoziale e di fatto integrano le pattuizioni del contratto siglato tra le parti. A rafforzare questa tesi vale quanto previsto dalla norma «*l'inosservanza delle determinazioni è valutata ai fini della responsabilità per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali*» (v. comma 3)

La valenza della decisione costituisce il **fulcro dell'istituto**, che lo differenzia dagli altri strumenti previsti per la soluzione anticipata delle controversie, accordo bonario *in primis* che, proprio per la mancata vincolatività nei confronti delle parti, ha perso attrattiva nel proprio utilizzo. Le integrazioni operate sul contratto dalle determinazioni implicano la modifica dell'accordo, il mancato rispetto delle stese naturalmente si traduce in violazione del contratto. L'osservanza delle determinazioni da parte della s.a. costituisce causa esclusione da responsabilità per danno erariale, salvo il dolo.

Ciò comporta, dunque, una deroga al divieto gravante sulla P.A. di avvalersi dell'arbitrato irrituale o libero per la risoluzione delle controversie derivanti dai contratti di appalto pubblico (Cass. civ., 7759/2020; Cass. civ., 28533/2018).

Secondo la giurisprudenza la formazione della volontà contrattuale della P.A. non può essere delegata a terzi estranei giacché il perseguimento dell'interesse pubblico verrebbe affidato a soggetti sottratti a ogni controllo.

Al riguardo, vale chiarire che con l'arbitrato rituale, le parti hanno inteso demandare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice: deroga alla competenza del giudice ordinario che ha natura eccezionale.

Con l'arbitrato irrituale, le parti hanno inteso demandare agli arbitri la soluzione di determinate controversie in via negoziale come apprezzamenti tecnici (Cass. civ., Sez. II, 28.6.2000, n. 8788). A sostegno e a favore della scelta operata dal legislatore (natura di lodo contrattuale) si potrebbe rilevare che il procedimento ne gioverebbe in termini di celerità.

Aspetti problematici di tale scelta, tuttavia, sono i seguenti:

- I. l'impugnazione del lodo irrituale è strettamente limitata (vizi di cui all'art. 808 *ter* c.p.c.: es. vizi di nomina o mancanza requisiti).
- II. si pongono dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione e con la Costituzione in relazione ai limitati mezzi di impugnazione (il lodo irrituale è impugnabile dinnanzi al Tribunale ma sulla base dei soli vizi indicati nell'art 808 *ter* c.p.c. mentre non parrebbe applicabile l'art. 1349 c.c. impugnazione per manifesta iniquità o erroneità della determinazione del terzo).
- III. le determinazioni del collegio non appaiono impugnabili per motivi di fatto e di diritto con una forte compressione del diritto di difesa.

5. Conclusioni

La prassi applicativa dell'istituto (proiettata, ad oggi, sino al 30 giugno 2023) ci dirà come superare le evidenziate criticità e i dubbi operativi, auspicando comunque interventi delle Autorità regolatorie (MIT, Anac) nonché un significativo utilizzo del Collegio Consultivo tecnico, che può rappresentare un significativo banco di prova dei saperi tecnici e giuridici final-

izzati alla definizione (e anche alla prevenzione) dei contenziosi negli appalti di lavori ed opere pubbliche.