

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Amministrativo 1

L'appalto di opere pubbliche: fase esecutiva e
rimedi alternativi al contenzioso.
Prospettive di una riforma per la ripartenza
del Paese.

Chiarissimo Prof. Aristide Police

RELATORE

Chiarissimo Prof. Giuliano Fonderico

CORRELATORE

Giuseppe Laurieri matr. 151113

CANDIDATO

Anno Accademico 2021/2022

INDICE

Introduzione.....	4
Capitolo I. OPERAZIONI PRELIMINARI ALL'ESECUZIONE.	
1. Una disciplina tra diritto privato e diritto pubblico.....	8
2. Consegna dei lavori.....	9
3. Organizzazione dei lavori.	10
3.1 Il cantiere.....	10
3.2 Gli oneri di sicurezza.....	11
4. Soggetti in fase d'esecuzione.....	13
5. Accettazione dei materiali.....	15
6. Requisiti particolari per l'esecuzione.....	16
Capitolo II. L'ESECUZIONE: IL PRINCIPIO DI PERSONALITA' E L'ORIGINE DEL CONTENZIOSO.	
1. Ordine dei lavori: il programma di esecuzione.....	18
2. Conduzione dei lavori: il principio di personalità.....	18
3. Derghe alla conduzione personale dei lavori: il subappalto.	19
3.1 La distonia tra l'atteggiamento comunitario e le scelte dello Stato Italiano in materia di subappalto: la compatibilità della quota subappaltabile con il diritto UE.....	22
3.2 Attuale disciplina in materia di subappalto.	24
3.3 Obblighi e diritti del subappaltatore.....	28
3.4 Indicazione della terna dei subappaltatori.	30
4. Derghe alla conduzione personale dei lavori: vicende soggettive dell'esecutore.....	32
5. Derghe alla conduzione personale dei lavori: il particolare caso del <i>project financing</i>	36
6. Incidenti in corso d'esecuzione: l'origine del contenzioso.	38
6.1 Le varianti in corso d'opera.....	38
6.2 La sospensione dell'esecuzione.	45
6.3 Le riserve dell'appaltatore.	50
6.3.1 Modalità di formulazione delle riserve e tipologie di pretese.....	52
6.3.2 Le riserve e l'aumento dei costi necessari alla prosecuzione dei lavori durante l'emergenza da <i>Covid-19</i>	54
6.3.3 Le conseguenze del rigetto dell'istanza di compensazione.....	59
6.3.4 Mancata iscrizione delle riserve e finalità delle stesse.....	60
Capitolo III. I RIMEDI ALTERNATIVI AL CONTENZIOSO.	
1. Impatto del contenzioso amministrativo in materia appalti.....	62
2. Accordo bonario.....	65
3. Transazione: un rimedio ormai residuale.....	69
3.1 Tipi di transazione e procedimento.....	70
3.2 Elementi essenziali della transazione.....	74
3.3 Nullità, annullabilità e risoluzione del contratto di transazione.....	75
3.4 I limiti della rinegoziazione.....	77
4. L'arbitrato: la complessa e contraddittoria evoluzione normativa dell'istituto.	78
4.1 Il procedimento e la pronuncia.....	81
4.2 Il collegio arbitrale e la Camera arbitrale dei contratti pubblici.....	86
4.3 L'impugnazione e la correzione del lodo arbitrale.	91
5. Parere di precontenzioso dell'ANAC: natura e ambito di applicazione dell'istituto.....	94
5.1 Procedimento.....	95

5.2 L'impugnazione del parere.	98
6. Collegio consultivo tecnico: l'evoluzione normativa di un istituto in continuo divenire.....	99
6.1 L'attuale disciplina: la costituzione e i compiti del CCT.....	101
6.2 Il procedimento di risoluzione delle controversie.	105
6.3 Le linee guida MIMS sul Collegio consultivo tecnico.....	105
6.3.1 L'ambito di applicazione e facoltatività del CCT.....	106
6.3.2 Rapporti tra CCT <i>ante operam</i> e CCT in fase di esecuzione.	107
6.3.3 Costituzione, durata e requisiti.....	108
6.3.4 Lo svolgimento della procedura: l'importanza del cronoprogramma nel PNRR.	111
6.3.5 Le determinazioni del CCT e la loro impugnazione.	112
6.3.6 Rapporto tra CCT e gli altri rimedi per la risoluzione delle controversie.....	113
7. Profili comparatistici: gli strumenti deflattivi del contenzioso nella contrattualistica pubblica.....	113
8. Prospettive di modifica dell'ordinamento nazionale: verso la conformità agli <i>standard</i> internazionali.....	120

Capitolo IV. PROSPETTIVE DI MODIFICA DELLA DISCIPLINA.

1. La riforma del codice dei contratti pubblici: un'occasione per ripartire.	126
2. DDL: gli obiettivi del legislatore.	127
3. Il contenuto del DDL.	128
3.1 Semplificazione.	132
3.2 Occupazione.	134
3.3 Innovazione.	135
4. Prime osservazioni sulla proposta di riforma.....	137
4.1 Il problema delle deleghe tautologiche e generiche.	137
4.2 Il ruolo dell'ANAC: le modifiche apportate dalla Camera dei deputati..	139
4.3 L'eccessiva mutevolezza e flessibilità della disciplina inerente ai contratti sottosoglia.	141
4.4 Investimenti pubblici in tecnologie digitali e verdi: il ruolo dei CAM.	141
4.5 Digitalizzazione: strumento di semplificazione e vigilanza.	143
5. La posizione delle imprese rispetto al DDL.....	145
5.1 La variazione dei costi di costruzione.	146
5.2 I CAM: una disciplina troppo rigida.	147
5.3 Le clausole sociali e la tutela dei lavoratori.	148
5.4 I rimedi alternativi al contenzioso e il Collegio consultivo tecnico.	150
5.5 Ritardo nei pagamenti della P.A.....	152
5.6 La disciplina delle concessioni di vecchia data.....	153
5.7 L'appalto integrato e la qualità della progettazione.	154
5.8 Il rapporto tra settori ordinari e settori speciali.	155
6. Modalità di attuazione della Legge delega: gli strumenti a disposizione del legislatore delegato.	156
Conclusioni.....	158
Bibliografia.....	161
Giurisprudenza.....	172
Sitografia.....	175

Introduzione

Il mercato degli appalti pubblici rappresenta una componente di elevatissima importanza economica.

Gli appalti pubblici in Italia valgono quasi 170 miliardi di euro: si tratta di un importo superiore al 9% del Prodotto Interno Lordo.

Secondo alcune stime, ogni miliardo di euro investito in appalti genera all'incirca 15.000 nuovi posti di lavoro.¹

Sono numeri, esclusa la flessione dovuta all'emergenza sanitaria nel primo quadrimestre del 2020, in costante crescita.

Come evidenzia il rapporto pubblicato dall'ANAC relativo al secondo quadrimestre 2020, nel periodo preso in esame sono state registrate 52.808 procedure di gara pubbliche, per un importo complessivo posto a base d'asta pari a 65,4 miliardi di euro con un aumento, rispetto allo stesso quadrimestre del 2019, pari al 4,1% come numero di gare, +2,8% come valore economico.²

Nel primo quadrimestre dell'anno 2021 l'Italia registra una crescita ancora più evidente: sono stati affidati contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, per un importo complessivo di 69 miliardi di euro, con l'87,7% relativo ai settori ordinari e il restante 12,3% afferente ai settori speciali, ed oltre 65.000 le procedure.

Rispetto all'anno precedente, quindi, si registra un incremento delle forniture nei settori ordinari di circa 9,9 miliardi di euro pari a circa il 47% (dovuto soprattutto all'aumento cospicuo degli appalti relativi a centrali di committenza e al settore sanità).³

Da quanto sopra, appare chiara la rilevanza strategica del settore, in chiave economica e non solo.

Gli appalti pubblici incidono, infatti, sulla vita della comunità: consentono la costruzione e la manutenzione di strade, ferrovie, scuole, ospedali.

Costituiscono, insomma, una risposta di assoluto rilievo agli interessi pubblici della comunità, essendo lo strumento per la realizzazione degli scopi di buon governo del territorio.

Da qui l'interesse per una materia affascinante, complessa e al centro di un costante dibattito.

Difatti, l'impatto economico della disciplina regolatoria, le istanze di semplificazione procedimentale, l'esigenza di garantire maggiore efficienza delle pubbliche amministrazioni appaltanti attraverso una spendita corretta ed efficiente del denaro pubblico e la prevenzione dei possibili fenomeni di collusione e corruzione nell'apparato burocratico, hanno portato a un'estenuante (e, in alcuni casi, infruttuosa) ipertrofia normativa.

Il legislatore ha percepito un'irrefrenabile esigenza di intervenire di volta in volta sulla materia, attraverso correttivi spesso poco mirati, privi di uno sguardo complessivo e di sistema.

Correttivi, frequentemente, approssimativi.

Quanto detto, emerge facilmente attraverso una rapida disamina dell'evoluzione normativa della disciplina.

Il primo vero intervento in materia, la cd. Legge Merloni, n. 109 dell'11 febbraio 1994 venne definita come "legge di emergenza"⁴ poiché cercò di fornire una risposta urgente alla forte ondata di preoccupazione e di

¹ Polis-Lombardia, *Le infrastrutture: snodo cruciale per la ripresa economica, tra regole, legalità e realizzazione*; Convegno di studi, Milano, 22 Ottobre 2019.

² Ufficio Osservatorio Studi e Analisi banche dati ANAC, *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, 2° quadrimestre 2020, 1 Maggio 2020.

³ Ufficio Osservatorio Studi e Analisi banche dati ANAC, *Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici*, 1° quadrimestre 2021, 24 Settembre 2021.

⁴ Botto, A., e Simone Castrovinci Zenna. *Diritto e regolazione dei contratti pubblici* Torino: G. Giappichelli, 2020, 4.

indignazione che serpeggiava nell'opinione pubblica, colpita dagli scandali del noto fenomeno giudiziario-politico-mediatico conosciuto come Tangentopoli.

Una legge che trovava il suo principio nella necessità di combattere, a tutti i costi, il fenomeno corruttivo, più che nella volontà di regolare il complesso processo di realizzazione delle opere pubbliche, sulla via dell'efficienza.

Per questa ragione, il legislatore del 1994 optò per un evidente irrigidimento del sistema, ingessando l'azione delle pubbliche amministrazioni e creando delle indubbie difficoltà agli operatori di settore.⁵

Questa visione si pose in evidente contrasto con il pensiero elaborato a livello comunitario: nella prospettiva europea, sin dagli anni Settanta del secolo scorso, l'obiettivo fondamentale era quello di garantire un'effettiva esplicazione delle libertà di circolazione delle merci e dei servizi, della libertà di stabilimento delle imprese all'interno del Mercato unico, cercando di assicurare la massima apertura degli affidamenti pubblici alla concorrenza di tutte le imprese operanti nella Comunità.⁶

Dunque, alla richiesta di maggiore flessibilità, l'ordinamento italiano opponeva una statica rigidità delle norme.⁷

Questa è stata una scelta che inevitabilmente ha definito l'indirizzo e il *modus operandi* del Legislatore Italiano negli anni a venire.

Infatti, al ritrovato slancio filo-comunitario del 2006, tradotto nella legge delega 18 aprile 2005 n. 62 e conseguente decreto legislativo attuativo del 12 aprile 2006 n. 163 (di recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/17/CE), seguì immediatamente un ripensamento.

L'ordinamento italiano ancora non era pronto ad accogliere istituti in distonia con il contesto normativo nazionale, ed in parte, ancora non lo è.

Seguirono, allora, numerosissimi decreti correttivi, sino alle direttive del 2014 di armonizzazione complessiva della disciplina delle commesse pubbliche, pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea il 28 marzo 2014. Le direttive concedevano agli Stati Membri due anni per il loro recepimento.

In grande affanno⁸, il Legislatore italiano in data 18 aprile 2016 approvò il decreto legislativo delegato n.50.

Si badi, tale testo normativo, riconosciuto come l'attuale codice dei contratti pubblici, è stato oggetto di continui ed innumerevoli ripensamenti da parte del Legislatore, soprattutto durante l'emergenza sanitaria.

Quanto sopra a dimostrazione dell'estrema attualità della materia in esame e del forte interesse nutrito a riguardo, tanto dagli operatori di settore, quanto dall'opinione pubblica.

A conferma di ciò, vivace è il dibattito, oggi in Parlamento, relativo all'approvazione della Legge Delega di modifica del Codice e conseguenti decreti attuativi.

Su tali basi si colloca l'obiettivo di questo elaborato: condurre un'analisi ragionata della disciplina, tentando, con dovuta modestia, di offrire un contributo concreto all'attuale riflessione.

⁵ Il Legislatore più che pensare secondo una visione sistematica, volta alla regolazione complessiva del sistema degli appalti pubblici, decise di rispondere all'indignazione comune.

⁶ A questo obiettivo si ispirarono le prime direttive CEE (77/62, 80/767, 88/295, 89/440), quanto quelle degli anni Novanta (1992/50, 1993/36, 1993/37, 1993/38), in piena affermazione dei principi di liberalizzazione delle attività economiche.

⁷ Questa ricostruzione, tipicamente nazionale, è viziata alle fondamenta: considerare un quadro di maggiore rigidità normativa sinonimo di minore corruzione è teoricamente, quanto empiricamente smentito, come si vedrà nel dettaglio più avanti nella trattazione.

⁸ Esattamente l'ultimo giorno utile per non incorrere in un'infrazione.

Offrire una lettura critica ed innovativa della disciplina di settore, capace di interagire con gli organi deputati alla grande sfida dei prossimi anni: la ripartenza del “sistema-Paese”.

Una ripartenza che non può prescindere da un accurato e scrupoloso studio della materia degli appalti pubblici.

Presentare una personale proposta, un progetto, per l’attuazione della legge delega in discussione.

Per farlo, si porrà sotto esame la fase esecutiva degli appalti pubblici, i suoi profili di più grande rilevanza e gli istituti, i momenti, che danno origine al più elevato tasso di controversie in questa fase.

Una fase nei confronti della quale la letteratura scientifica ha dedicato un interesse particolarmente sporadico, per due ordini di ragioni: la forte influenza esercitata dal diritto civile, che porta a ritenere escluse implicazioni pubblicistiche; l’assunto secondo cui la fase esecutiva sarebbe una mera appendice dell’attività amministrativa compiuta nella fase ad evidenza pubblica, dunque non meritevole di particolare approfondimento scientifico.⁹

Tuttavia, a ben vedere, la fase esecutiva riveste un ruolo di assoluto interesse ed origina considerazioni di raffinato valore, meritevoli di un’adeguata trattazione.

Si pensi, a titolo esemplificativo, al cd. *Jus variandi*,¹⁰ e alle notevoli implicazioni di carattere pubblicistico che emergono dalla modificabilità unilaterale del contratto pubblico, quale conseguenza della supremazia di cui l’amministrazione risulterebbe depositaria.

Ancora, attualissimo il tema delle riserve. Un istituto attraverso il quale l’appaltatore può formulare contestazioni evidenziando all’amministrazione committente il proprio dissenso rispetto ad un fatto tecnico o economico, verificatosi nelle more dell’esecuzione, avanzando, conseguentemente, richieste per il riconoscimento di maggiori compensi, rimborsi o indennizzi.

Istituto, come detto, al centro del corrente dibattito giuridico, visto l’evidente aumento dei costi in fase d’esecuzione dovuto alla crescita dei prezzi delle materie prime e all’installazione di strumenti di sicurezza sanitaria in epoca *post-Covid*.

A ciò si aggiunga la rilevanza strategica che la fase esecutiva riveste.

Si è sempre ritenuto, troppo a lungo, che il “blocco degli appalti” derivasse dalla necessità di intervenire sulle procedure di aggiudicazione, quando questa è solo una parte del problema.

Sarebbe fondamentale, invece, allo scopo di elaborare una strategia di intervento complessiva, individuare i diversi momenti procedurali in cui gli appalti si bloccano e comprenderne le ragioni.¹¹

A questo proposito da un interessante studio condotto dalla Banca d’Italia emerge come la fase d’esecuzione sia la fase più lunga, dopo la progettazione.¹² Allo stesso risultato consegue un altro studio, a cura dell’Università Tor Vergata di Roma: in una media di 1.088 giorni per la realizzazione di un’opera pubblica, per la fase di esecuzione sono impiegati dai 210 giorni, per le opere più semplici, agli 837 giorni per le gare di importo tra 15 e 50 milioni di euro.¹³

⁹ In termini, Giannelli A. *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici* in www.ius-publicum.com, marzo 2013

¹⁰ Nozione di *mutabilité del contrat administratif*, cfr. *ex multis JEZE, Théorie générale des contrats de l’Administration*, in *Rev. dr. pub.*, 1930, 130.

¹¹ Nel dettaglio, Corradino M. *L’Italia Immobile. Appalti, burocrazia, corruzione. I rimedi per ripartire* Chiarelettere, 2020, 28.

¹² F. Bussetti, C. Giorgiantonio, G. Ivaldi, S. Moschetti, A. Notarpietro, P. Tommasino, *Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari*, in «Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)», Ottobre 2019.

¹³ *Investimenti pubblici e burocrazia: cause, costi sociali e proposte* a cura dell’Università Tor Vergata, Fondazione Promo P.A. in collaborazione con Ance, Gennaio 2020.

Questo significa che concentrare l'attenzione solo sulla fase di aggiudicazione è errato e, soprattutto, poco funzionale.

Occorre guardare alla complessità del fenomeno, cercando di intervenire sulla disciplina in maniera sistematica.

Analizzata l'origine del contenzioso, ci si focalizzerà, infine, sul tema cruciale: i rimedi alternativi alla devoluzione giurisdizionale delle controversie insorte tra appaltatore e stazione appaltante nella fase di esecuzione.

Tematica, anch'essa, di grande attualità nell'ambito della contrattualistica pubblica, a seguito dei numerosi e recenti interventi legislativi in materia. Da ultimo, basti ricordare il Decreto-legge 77/2021, integrativo della disciplina relativa al Collegio consultivo tecnico, introdotto all'art. 6 del D.l. 76/2020 per garantire uno strumento più incisivo rispetto agli istituti preesistenti, sia sotto il profilo dell'ampliamento dell'ambito di applicazione che sotto quello della semplificazione e accelerazione dei processi decisionali.

Un istituto, quindi, di grande importanza, la cui specifica applicazione è disciplinata con apposite linee guida del Ministro delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili.

Un istituto già conosciuto dalla prassi internazionale, con il nome di *dispute Board*, come si vedrà più avanti.¹⁴

Utilizzato per risolvere i contrasti tra committente ed appaltatore e rendere più fluida l'esecuzione del contratto di appalto, consentendo di individuare subito le possibili questioni potenzialmente tramutabili in controversie tra le parti, nonché di prevenire eventuali inasprimenti circa le medesime questioni.

Quanto sopra, contestualizzato nel vivace dibattito relativo alla modifica del Codice dei contratti pubblici che si impone tanto nell'opinione pubblica, quanto nel mondo giuridico, accademico e politico.

Si propone, quindi, un elaborato che ambisce a suggerire un dialogo, una riflessione e degli spunti critici sul tema che ne costituisce oggetto.

Una proposta di attuazione delle riforme normative in atto.

¹⁴ G.G. Franco, *Il dispute Board e l'ordinamento arbitrale italiano. Test di compatibilità*, in Riv. trim. app., 2019.

CAPITOLO I

OPERAZIONI PRELIMINARI ALL'ESECUZIONE

1. Una disciplina tra diritto privato e diritto pubblico.

La fase esecutiva del contratto di appalto pubblico interviene a termine della procedura ad evidenza pubblica di selezione del contraente. Essa ha avvio dal momento in cui il contratto diventa efficace.

Si tratta di un momento cruciale nel rapporto negoziale con la stazione appaltante, rappresentando il profilo operativo del negozio giuridico: la realizzazione della prestazione.

Lo svolgimento di tale fase è disciplinato dalle regole di diritto privato, salvo alcune eccezioni normative giustificate dalla sfumatura pubblicistica propria del contratto di appalto.

Difatti, la stipula del contratto non comporta la semplificazione del rapporto ad una relazione chiusa tra stazione appaltante e soggetto affidatario. Non si può pensare che la presenza di un contratto escluda la connotazione pubblicistica di quanto costituisce oggetto di un rapporto sorto conseguentemente ad un'esigenza afferente alla collettività.

Da qui l'interesse generale¹⁵ all'esecuzione del contratto di appalto pubblico e la deroga alle regole di diritto comune.

Seguendo una concezione funzionale del contratto, infatti, si può notare come il soddisfacimento dell'interesse pubblico permei tutta la fase esecutiva, preordinata alla realizzazione di un'opera "a regola d'arte"¹⁶.

Quanto detto trova conferma, a titolo esemplificativo, nell'introduzione, a seguito della legge n.120 del 2020, di conversione del decreto-legge 76 del 2020, della responsabilità erariale in capo al Responsabile unico del procedimento: l'art. 6 della legge prevede una forma di responsabilità amministrativa derivante da un grave inadempimento degli obblighi contrattuali.

La rilevanza generale dell'esecuzione, dunque, incide fortemente sulla disciplina, determinandone una connotazione marcatamente pubblicistica.

A livello sistematico la fase esecutiva si colloca immediatamente dopo l'individuazione degli obiettivi da perseguire, la scelta in merito alla *policy* da adottare e la selezione del contraente tramite gara ad evidenza pubblica.

Interessante, quanto fondamentale, allora, comprendere il rapporto che si pone tra la prima fase e la fase dell'esecuzione. Due sono le principali teorie sviluppate in dottrina: teoria unitaria e teoria pluralista.¹⁷

Un primo orientamento cd. unitario, tendeva a individuare un unico procedimento ad evidenza pubblica, articolato in una serie di atti dotati di una duplice valenza, pubblicistica e negoziale al tempo stesso.¹⁸

Una prospettiva, questa, fondata sulla possibilità di ricondurre la fase di selezione del contraente al tipico procedimento di formazione della volontà contrattuale.

¹⁵ L'art. 120 d.lgs. 104 del 2010, dettando la disciplina in materia cautelare nel rito appalti, richiede da parte del giudice "una valutazione delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione contrattuali del contratto"

¹⁶ In termini M. Corradino, S. Sticchi Damiani et al. *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 e successive modifiche*, Giuffrè 2021, 695.

¹⁷ Romano, Salvatore Alberto. *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: aggiornato al Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice degli appalti*. Milano: Giuffrè, 2011, 33.

¹⁸ Greco *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato - i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 419 e ss.

Attraverso un secondo approccio, invece, si ipotizzava una distinzione tra procedimento pubblicistico e procedimento privatistico: il primo conclusosi con il provvedimento di aggiudicazione, il secondo avviato con la stipula del contratto.

La Corte costituzionale con sentenza del 23 settembre 2007 n. 401, ha avallato la seconda delle due tesi sopra esposte. Difatti, ha riconosciuto che *l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, essendo funzionalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, si caratterizza per la presenza di una struttura bifasica: al momento tipicamente procedimentale di evidenza pubblica segue un momento negoziale.*

Come chiarito nella pronuncia, in questa fase *l'amministrazione si pone in una posizione di tendenziale parità con la controparte ed agisce non nell'esercizio di poteri amministrativi, bensì nell'esercizio della propria autonomia negoziale. Tale fase, che ricomprende l'intera disciplina di esecuzione del rapporto contrattuale, incluso l'istituto del collaudo – il quale è, tra l'altro, anche specificamente disciplinato dal Codice civile (art. 1665 e seguenti), valendo per esso le argomentazioni già svolte a proposito del subappalto – si connota, pertanto, per la normale mancanza di poteri autoritativi in capo al soggetto pubblico, sostituiti dall'esercizio di autonomie negoziali.*

C'è comunque chi ritiene insoddisfacente una rigida lettura di questo tipo, considerata la fisiologica interconnessione tra la fase pubblicistica e quella negoziale: i due momenti dovrebbero comunque ritenersi coordinati e connessi, visti soprattutto gli effetti che un eventuale annullamento dell'aggiudicazione riverbera sulla fase negoziale a valle.¹⁹

Secondo questa prospettiva, la fase di evidenza pubblica rappresenterebbe una normale procedura di negoziazione, la cui peculiarità sarebbe giustificata dalla necessità di far fede agli scopi istituzionalmente perseguiti dal soggetto pubblico: si tratterebbe, dunque, di un *adattamento delle regole civilistiche di formazione del consenso negoziale alla peculiare natura pubblicistica degli interessi coinvolti.*²⁰

Seguendo questa logica, si dovrebbe parlare complessivamente di un'attività contrattuale *in toto*, sin dall'inizio della scelta del contraente.

A conclusione di questa breve disamina, non può che accogliersi la natura prevalentemente privatistica della fase esecutiva, sottoposta alle regole di diritto civile coordinate con la disciplina specifica dettata in materia di contrattualistica pubblica dal relativo codice del 2016 e successive modifiche.

Utile richiamare a questo proposito l'art. 1 comma 1-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, secondo cui *“la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.”*

Il legislatore delegato affronta il tema dell'esecuzione nel Libro V del Codice dei contratti pubblici, agli artt. 110-113-bis.

Si analizzeranno le operazioni preliminari all'esecuzione, per poi volgere l'attenzione alla disciplina più propriamente attinente allo svolgimento del rapporto contrattuale vero e proprio, dopo la stipula del contratto.

2. Consegna dei lavori

La fase esecutiva ha avvio entro sessanta giorni dalla stipula del contratto, ossia dal momento in cui l'aggiudicazione è divenuta efficace.

L'atto attraverso il quale l'amministrazione pone in esecuzione il contratto di appalto, è detto “consegna dei lavori”, la cui disciplina è stata da ultimo novellata dall'art.5 d.m. 7 Marzo 2018, n.49.

¹⁹ Botto, A., e Simone Castrovinci Zenna. *Diritto e regolazione dei contratti pubblici* Torino: G. Giappichelli, 2020,

²⁰ *Ibidem*, p. 103.

Tale operazione consiste nella messa a disposizione dell'area presso la quale saranno svolti i lavori o eseguita l'opera.

Come si può comprendere si tratta di un primo passaggio fondamentale²¹: l'appaltatore prende cognizione del luogo sul quale sarà chiamato ad operare, effettuando i dovuti tracciamenti, accertamenti di misura; procede al collocamento di sagome, di capisaldi altimetrici e planimetrici e accerta lo stato iniziale dei luoghi.

Ai sensi dell'art. 103 del Codice dei contratti pubblici, almeno dieci giorni prima della consegna, l'esecutore deve costituire una garanzia, a pena di decadenza dell'affidamento, denominata "garanzia definitiva", pari al 10% dell'importo contrattuale sotto forma di cauzione o di fideiussione. Le stazioni appaltanti hanno il diritto di valersi della cauzione in diversi casi: per eventuale maggiore spesa sostenuta in relazione al completamento dei lavori, per il pagamento di quanto dovuto all'esecutore in caso di inadempienze derivanti dall'inosservanza di contratti collettivi, regolamenti sulla tutela, protezione, assicurazione, assistenza e sicurezza fisica dei lavoratori in cantiere.

La consegna dei lavori, dunque, comporta l'effettiva disponibilità delle aree, dei locali e dei mezzi d'opera: *"l'appaltatore, dopo la consegna è custode delle cose consegnategli."*²²

Per assicurare tale condizione di effettiva disponibilità, durante l'esecuzione dell'opera, è necessario che il committente pubblico faccia tutto quanto necessario affinché l'esecutore possa concretamente entrare in possesso dell'area: procede alle espropriazioni od occupazioni, estromette gli eventuali locatari o occupanti dalle aree e dalle cave, rimuove ostacoli o impedimenti, provvede alle necessarie demolizioni.

La consegna dei lavori, avviene non oltre quarantacinque giorni decorrenti dalla data di registrazione del decreto di approvazione del contratto presso la Corte dei conti, oppure, dalla medesima approvazione, quando la registrazione non è richiesta per legge.

È compito del direttore dei lavori procedere alla consegna, su autorizzazione del Responsabile del procedimento, previo congruo avviso all'appaltatore affinché possa assistervi.

Ove l'esecutore non si presenti, senza fornire uno specifico motivo, la stazione appaltante ha la facoltà di risolvere il contratto ed incamerare la cauzione, oppure fissare una nuova data per la consegna, ferma restando la decorrenza del termine contrattuale dalla data della prima convocazione.

All'esito delle operazioni di consegna, il direttore dei lavori e l'esecutore sottoscrivono un apposito verbale.²³ Da questo momento inizieranno a decorrere i termini per il compimento dei lavori.

3. Organizzazione dei lavori

3.1 Il cantiere

Una volta acquisita la piena disponibilità dell'area presso la quale saranno eseguiti i lavori, l'appaltatore procede all'impianto del cantiere.

Il cantiere è funzionale alla corretta organizzazione dei lavori, consistendo nel luogo presso il quale si preparano i materiali, i macchinari, gli impianti e quant'altro necessario alla costruzione dell'opera.

È chiaro che la conformazione e l'attrezzatura del cantiere variano a seconda della natura e dell'importanza dell'opera: può essere fisso o mobile, così come strutturato in diversi cantieri secondari o in unico amplesso.

²¹ Cfr. su ciò, RUBINO, App., 107 segg. Il lodo arbitrale 6 aprile 1956, in Giur. oo.pp., 1956, I, 78, *«la consegna dei lavori costituisce il primo ed uno dei più essenziali momenti della vita dell'appalto, in quanto l'esecuzione del contratto ha inizio con l'adempimento di quell'incombente, in attesa del quale ogni attività dell'appaltatore rimane sospesa»*.

²² Cass. 7 settembre 1977, n. 3906, in Arch. giur. oo.pp., 1978, I sem., parte II, 10.

²³ Il verbale sarà poi consegnato al Responsabile dei lavori a spese dell'esecutore.

Il Direttore del cantiere supervisiona l'andamento dei lavori, verificando le forniture e coordinando gli operai.

Difatti, ai sensi dell'art. 6 Decreto 19 aprile 2000, n. 145, l'appaltatore per mezzo del direttore di cantiere assicura l'organizzazione, la gestione tecnica e la conduzione del cantiere.

Si tratta di una figura subordinata gerarchicamente al direttore dei lavori, visto che quest'ultimo può esigerne la rimozione per indisciplina, incapacità o grave negligenza.

La delimitazione del cantiere è molto importante: consente di individuare i materiali utili esistenti che, in caso di risoluzione per volere dell'amministrazione, costituiranno oggetto di apposito pagamento a favore dell'esecutore, come previsto dall'art. 109 del codice.

Inoltre, l'individuazione precisa dell'area afferente al cantiere rileva durante la sospensione dell'esecuzione operando come determinazione del danno risarcibile qualora la sospensione abbia *ab origine* o assuma successivamente connotati di illegittimità.

3.2 Gli oneri di sicurezza

Il cantiere può comprendere al suo interno l'alloggio degli operai, laddove i lavori vengano eseguiti lontano dai centri abitati e deve rispettare regole igienico-sanitarie ben definite dal Legislatore.²⁴

La normativa in materia di sicurezza, a seguito di un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia²⁵, è confluita nel codice degli appalti pubblici, che all'art. 95, comma 10 stabiliva, nella sua originaria formulazione, che *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”*.

La medesima disposizione è stata poi modificata nel 2017, con d.lgs. n.56 del 2017, prevedendo oggi come *“nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) (...)”*.

Si tratta di una modifica introdotta nell'ottica della semplificazione, vista l'esclusione dal campo di applicazione degli appalti di forniture, servizi di natura intellettuale, affidamenti sottosoglia (affidamenti di cui all'art. 36 comma 2).²⁶

Il codice, quindi, presenta molta rigidità sul punto, richiedendo che vengano espressamente tenuti in considerazione tutti gli obblighi di sicurezza in capo all'appaltatore, attraverso apposita indicazione al momento dell'offerta.

²⁴In termini generali, cfr. D.lgs. 9 Aprile 2008, n. 81, “Decreto di attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro” e successive modifiche.

²⁵ Ordinanza 10 novembre 2016, causa C-162/16, *Spinosa Costruzioni Generali s.p.a. e Melfi s.r.l.c. Comune di Monteroduni ed impresa costruzioni industriali s.r.l. e altri*, ove si afferma *“ostano all'esclusione di un offerente della procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza le lacune presenti in tali documenti. I principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione giudicatrice”*. Si chiarisce, così, come gli obblighi la cui inosservanza possano condurre ad esclusione immediata ed automatica debbano risultare in modo espresso dalla normativa vigente. Da qui, l'intervento del legislatore in materia.

²⁶ Per una completa analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, Sandulli, Maria Alessandra., e Rosanna De Nictolis. *Trattato sui contratti pubblici* vol. IV, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019. 213 ss.

La norma è particolarmente chiara: è necessario indicare gli oneri di manodopera e di sicurezza, separatamente. Il mancato rispetto di tale vincolante prescrizione non può essere sanato attraverso il soccorso istruttorio, determinando l'esclusione dalla gara.²⁷

Un tema molto interessante, recentemente risolto, è stato quello relativo alle conseguenze della mancata "indicazione" di costi aziendali effettivamente considerati.

La questione è di carattere, evidentemente, formale.

La giurisprudenza si è divisa sul tema: secondo un orientamento più rigoroso e conforme alla lettura dell'art. 95, l'unica via sarebbe l'immediata esclusione della ditta che non abbia indicato gli oneri di sicurezza; in accordo con una interpretazione sostanziale, altra giurisprudenza ammette il soccorso istruttorio in questi casi.²⁸

Questo dibattito giurisprudenziale ha portato l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con ordinanza 24 gennaio del 2019, n.3 a rimettere i seguenti quesiti alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE:

“se il diritto dell'unione europea osti ad una disciplina nazionale quale quella di cui agli articoli 83 comma 9; 95 comma 10 e 97 comma 5 del Codice dei Contratti pubblici italiano, in base alla quale la mancata indicazione da parte di un concorrente ha una pubblica gara di appalto dei costi della manodopera e degli oneri per la sicurezza dei lavori comporta comunque l'esclusione della gara senza che il concorrente stesso possa essere ammesso in un secondo momento al beneficio del cd. «soccorso istruttorio», pur nelle ipotesi in cui la sussistenza di tale obbligo dichiarativo derivi da disposizioni sufficientemente chiare e conoscibili e indipendentemente dal fatto che il bando di gara non richiami in modo espresso il richiamato obbligo legale di puntuale indicazione”.

Dalla lettura dell'ordinanza, emerge, comunque, un accoglimento della tesi maggiormente rigorista: immediata esclusione, ove non indicati i costi della manodopera e della sicurezza.

La *ratio* della rimessione sta tutta nel rintracciare la conformità di questo orientamento con principi di grande importanza, quali certezza del diritto, legittimo affidamento, libertà di stabilimento, libera prestazione dei servizi.

Nel tempo la giurisprudenza nazionale si è continuata a dividere sul tema, non offrendo, dunque, una visione unitaria.

Risolutiva, appare, la decisione della Corte di Giustizia, in risposta ai quesiti posti dall'adunanza plenaria.

Il Giudice comunitario con sentenza 2 maggio 2019, C-309/18 si è così pronunciato:

“I principi della certezza del diritto, della parità di trattamento e di trasparenza, quali contemplati nella direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse

²⁷ Così TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 5 Luglio 2018 n.1553.; TAR Lombardia, Milano, sez. IV 27 Luglio 2018 n. 1855: *“Per le gare indette all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n.50 del 2016, non vi sono più i presupposti per ricorrere al soccorso istruttorio in caso di mancata o incerta indicazione degli oneri di cui all'art. 95 comma 10 (...) atteso che il nuovo codice ha definitivamente rimosso ogni possibile residua incertezza sulla sussistenza di tale assoluto obbligo; pertanto una volta accertato che tale obbligo di indicazione è stato chiaramente sancito dalla legge, la sua violazione determina conseguenze escludenti, senza possibilità di far ricorso al soccorso istruttorio”:*

²⁸ per un orientamento più formale, si vedano sentt. Sez. V Consiglio di Stato 7 febbraio 2017 n.815; 28 febbraio 2018 n.1228; mentre per una lettura sostanziale, si veda sez. III Consiglio di Stato, 27 aprile 2018 n.2554.

specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice".

Dunque, viene confermato l'obbligo di indicare separatamente, a pena di immediata esclusione, i costi della manodopera e di sicurezza, a patto che il bando lo preveda.

La Corte di giustizia ha inoltre aggiunto che nel caso in cui il modulo predisposto da utilizzare per la presentazione dell'offerta non lasci spazio per l'indicazione sperata dei costi in questione, spetterà al giudice verificare se per gli offerenti fosse in effetti materialmente impossibile indicare le relative voci di spesa.

Solo nell'ipotesi in cui lo stesso giudice accerti che effettivamente ciò sia avvenuto, l'amministrazione aggiudicatrice può accordare a un simile offerente la possibilità di sanare la sua situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla legislazione nazionale in materia entro un termine stabilito dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (soccorso istruttorio).

La dottrina appare critica, comunque, circa necessità che a risolvere una questione così importante come sopra illustrata sia la giurisprudenza (comunitaria) e non il legislatore.

Il giudice europeo, secondo F. Tigano, *sembra in grado di leggere il sistema con maggiore distacco, senza "ingessare" le decisioni come avviene ormai da tempo nel diritto interno, non mancando di perdere di vista il fine ultimo delle interpretazioni fornire ossia costruire sistemi compatibili con i principi dell'Unione.*²⁹

Si tratta di principi fondamentali da accogliere nel nostro ordinamento, accuratamente declinandoli nella cornice normativa nazionale.

4. Soggetti in fase d'esecuzione.

Prima di procedere con la trattazione, si ritiene doveroso un chiarimento in merito al ruolo della stazione appaltante nel corso della fase esecutiva, analizzando le figure di più grande interesse ed importanza, fornendo alcune indicazioni di carattere generale riguardo i compiti loro attribuiti.

Il responsabile del procedimento, per comodità RUP, trasmette al direttore dei lavori le disposizioni di servizio mediante le quali vengono impartite le indicazioni volte a garantire la regolarità dei lavori, l'ordine da seguirsi nella loro esecuzione, la periodicità con la quale sarà presentato un rapporto sulle principali attività del cantiere e sull'andamento delle lavorazioni.

Dunque, nella fase esecutiva particolare importanza riveste il direttore dei lavori.

L'individuazione del direttore dei lavori, ai sensi dell'art. 101 del Codice dei contratti pubblici, avviene su proposta del responsabile del procedimento, prima dell'avvio delle procedure per l'affidamento.

Tale figura, opera in maniera del tutto autonoma per quanto concerne il controllo tecnico, contabile ed amministrativo: ha la responsabilità del coordinamento e della supervisione dell'attività di tutto l'ufficio di direzione dei lavori, è responsabile dell'accettazione dei materiali, interloquisce in via esclusiva con l'esecutore in merito agli aspetti tecnici ed economici del contratto.

Al direttore dei lavori compete la verifica circa il possesso della documentazione attestante il rispetto degli obblighi nei confronti dei lavoratori; la verifica di validità del programma di manutenzione, dei manuali d'uso

²⁹ In Sandulli, Maria Alessandra., e Rosanna De Nictolis. *Trattato sui contratti pubblici. Piani di sicurezza* vol. IV, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 250.

e dei manuali di manutenzione; l'eventuale segnalazione dell'inosservanza di prescrizioni in materia di subappalto oltre che il continuo controllo del rispetto dei tempi di esecuzione dei lavori.

Dal punto di vista contabile, il direttore dei lavori effettua il controllo della spesa legata all'esecuzione dell'opera o dei lavori, attraverso la compilazione con precisione e tempestività di tutti i documenti.³⁰

I documenti contabili sono atti pubblici a tutti gli effetti di legge: fanno fede fino a querela di falso, in quanto attestano fatti in vista del conto finale, ossia del credito dell'appaltatore nei confronti della pubblica amministrazione. Servono a registrare tutti i fatti che producono spesa e la loro redazione soggiace alle regole di cui all'art. 2219 del Codice civile: *“secondo le norme di un'ordinata contabilità, senza spazi in bianco, senza interlinee e senza trasporti in margine. Senza abrasioni e, se necessaria qualche cancellazione, questa deve eseguirsi in modo che le parole cancellate siano leggibili.”*³¹

La irregolare tenuta espone il direttore dei lavori a responsabilità penali (si pensi al falso ideologico) oltre che amministrativo-contabili: *può infatti costituire una grave inadempienza in capo al direttore dei lavori, l'aver affidato la tenuta del giornale dei lavori al responsabile di cantiere nominato dall'esecutore, ossia il soggetto che avrebbe dovuto essere oggetto di controllo.*³²

Il direttore dei lavori, inoltre, può essere coadiuvato da ausiliari direttori operativi e da ispettori di cantiere.

Gli assistenti con funzioni di direttori operativi collaborano con il direttore dei lavori nel verificare che le lavorazioni di singole parti dei lavori da realizzare siano eseguite regolarmente e nell'osservanza delle clausole contrattuali. Essi rispondono della loro attività direttamente al direttore dei lavori.

Invece, gli ispettori di cantiere contribuiscono alla sorveglianza dei lavori affinché si svolgano in conformità con le prescrizioni indicate nel capitolato speciale di appalto. Gli ispettori sono presenti durante tutto il periodo di svolgimento dei lavori, durante le fasi di collaudo ed eventuali manutenzioni.

Così come i direttori operativi, anche gli ispettori rispondono del loro operato al direttore dei lavori.

Negli appalti pubblici di servizi e di forniture, è il direttore dell'esecuzione (DE) a garantire la regolarità dell'esecuzione. Si tratta di un incarico di regola rivestito dal RUP.³³

Ed infine, delicata la posizione del collaudatore. Si tratta di un libero professionista, ingegnere, architetto, geometra, perito edile³⁴, nominato dal committente al fine di verificare se l'opera è stata realizzata a regola d'arte e nel rispetto dei patti contrattuali.

L'esecutore, dall'altra parte, oltre a garantire la sicurezza sul luogo di lavoro, la tutela dei lavoratori (come sopra evidenziato), è *“responsabile della disciplina e del buon andamento del cantiere e ha l'obbligo di osservare e far osservare al proprio personale le norme di legge e di regolamento.”*

³⁰Per una maggiore elencazione dei documenti contabili, art 14 d.m. 49 del 2018.

³¹ R. Berloco, *Punto al Diritto. Direttore dei lavori: La responsabilità dei documenti contabili*, 5 giugno 2020, consultabile <[³² *Ibidem.*](https://legal-team.it/punto-al-diritto/#:~:text=Punto%20al%20Diritto%20%2D%20Video%20di%20Informazione%20Giuridica%20%7C%20Legal%20Team&text=In%20questa%20rubrica%2C%20dedicata%20a,%27ambiente%2C%20trasporti%20e%20mobilit%C3%A0.></p></div><div data-bbox=)

³³ Quando non vi è coincidenza, il RUP nomina il DE tra il personale della stazione appaltante titolare del contratto o di altre stazioni appaltanti, mediante stipula di apposite convenzioni, professionisti esterni individuati con le modalità previste dall'art. 31, comma 8 del D.Lgs n. 50 del 18 Aprile 2016.

³⁴ Iscritto da non meno di 10 anni negli albi dei relativi Ordini Professionali per opere di importo superiore ad un milione di euro, mentre per importi inferiori o uguali ad un milione di euro la suddetta anzianità è ridotta a 5 anni; che non abbia preso parte ai lavori oggetto di collaudo in nessuna delle varie fasi di progettazione, direzione ed esecuzione.

È l'art. 6 del d.p.r. 145 del 2000, rubricato "Disciplina e buon ordine dei cantieri". a prevedere tali ulteriori obblighi in capo all'esecutore.

Quest'ultimo assicura una corretta organizzazione, gestione tecnica e conduzione del cantiere, attraverso il direttore di cantiere, ruolo normalmente ricoperto dal direttore tecnico dell'impresa.³⁵

Rientra, chiaramente, tra le responsabilità dell'appaltatore, qualsiasi danno conseguente ad imperizia, negligenza, malafede o frode del direttore dei cantieri.

Da ultimo, occorre ricordare che il direttore dei cantieri può essere rimosso su richiesta motivata del direttore dei lavori per incapacità, negligenza o colpa grave.

5. Accettazione dei materiali.

Prima di procedere al compimento dei lavori occorre presentare i materiali che saranno impiegati.

Una corretta fase di accettazione dei materiali permette sia all'esecutore che al Responsabile del procedimento di avere la certezza che i materiali che saranno acquistati ed utilizzati sono quelli previsti dal progetto.

L'esecutore effettua la campionatura dei materiali previsti in progetto e la sottopone, con congruo anticipo rispetto alla messa in opera, al direttore dei lavori, il quale identifica i materiali in relazione alle loro caratteristiche e li accetta mediante controllo ed eventuali prove.

Più nel dettaglio, in base a quanto previsto dall'art. 6 del DM 49/2018 il direttore dei lavori svolge i controlli previsti dalle vigenti norme nazionali ed europee; dal Piano d'azione nazionale per la sostenibilità ambientale dei consumi della pubblica amministrazione (in particolare i Criteri Ambientali Minimi); dal capitolato speciale d'appalto.

L'identificazione dei materiali avviene in base ad una specifica descrizione a cura del fabbricante, con accurata indicazione dei suoi componenti elementari.

La qualificazione dei materiali, invece, si attua mediante documentazione di attestazione che prevede prove sperimentali per misurare le caratteristiche chimiche, fisiche e meccaniche, effettuate da un ente terzo indipendente.

L'esecutore, prima di comprare i materiali, ne trasmette le relative schede tecniche al direttore dei lavori, il quale può richiedere modifiche, rigettare o dare assenso. In quest'ultimo caso, ricevuto l'assenso, l'esecutore procede all'acquisto dei materiali.

A questo punto, si procede all'installazione dei materiali: in questa fase il direttore dei lavori, giunto in prossimità del cantiere effettua un nuovo controllo sui materiali, eventualmente indicando correzioni ed esprimendosi in merito alla loro effettiva conformità.

Solo alla fine si assiste ad un'accettazione definitiva: constatata la corretta installazione, si eseguono le prove previste nel capitolato e nelle norme.

Il direttore dei lavori può rifiutare in qualunque tempo i materiali e i componenti deperiti dopo l'introduzione in cantiere o che per qualsiasi causa non risultino conformi alla normativa tecnica, nazionale o dell'Unione Europea, alle caratteristiche tecniche indicate nei documenti allegati al contratto. In questo caso, consegue l'obbligo per l'appaltatore di procedere alla rimozione di detti materiali dal cantiere a proprie spese, pena la rimozione diretta da parte dell'amministrazione a spese dell'esecutore inadempiente.

³⁵ Art. 6 comma 4 d.p.r. 145 del 2000: *"In caso di appalto affidato ad associazione temporanea di imprese o a consorzio, l'incarico della direzione di cantiere è attribuito mediante delega conferita da tutte le imprese operanti nel cantiere; la delega deve indicare specificamente le attribuzioni da esercitare dal direttore anche in rapporto a quelle degli altri soggetti operanti nel cantiere."*

Come si è avuto modo di analizzare nel precedente paragrafo, il direttore dei lavori è l'unico responsabile dell'accettazione dei materiali, dovrà quindi esaminare accuratamente e personalmente tutti i materiali impiegati, assicurandosi, con apposite prove sul luogo, della loro perfetta corrispondenza alle norme, curando anche i relativi ed appositi verbali nel corso del controllo espletato.

6. Requisiti particolari per l'esecuzione.

La stazione appaltante, quando stipula contratti pubblici, gode dell'autonomia negoziale tipicamente riconosciuta ai soggetti privati.

Si tratta di una facoltà particolarmente importante che consente di ricercare sul mercato i mezzi migliori per soddisfare i propri *bisogni*, attraverso le procedure che si ritengono più idonee.

Quanto sopra, sempre nel rispetto dei principi che ispirano la materia e degli scopi cui i soggetti pubblici sono preordinati.

Nell'alveo delle facoltà sopra delineate, rientra, durante la fase esecutiva, la possibilità di individuare degli specifici conformi all'oggetto della prestazione.

L'art. 100 del codice, infatti, riconosce a favore della stazione appaltante la facoltà di indicare prescrizioni soggettive particolari per l'esecuzione, a patto che siano compatibili con il diritto europeo e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, innovazione e siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando o nel capitolato d'onere.

Si tratta di requisiti speciali, rispetto a quelli generali che le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici entro i limiti indicati. Requisiti che devono essere previamente indicati puntualmente per consentire agli stessi operatori di poterne prendere atto e adeguarsi di conseguenza, già al momento di presentazione dell'offerta.

Il primo comma dell'articolo 100, al suo secondo periodo, riconosce inoltre la necessità che i requisiti soggettivi in esame siano giustificati da esigenze sociali e ambientali. Si tratta di un'indicazione introdotta con il comunicato 15 luglio 2016 (in Gazz. Uff. 15 luglio 2016, n. 164), che delega al contratto di appalto una tale funzione.

Il contratto di appalto diviene mezzo per il soddisfacimento di interessi molto generali, riconducibili all'ampio novero delle *"esigenze ambientali e sociali"*.

Il codice richiede che gli operatori dichiarino l'accettazione di tali requisiti particolari, sin dal momento della presentazione dell'offerta. Si tratta di una dichiarazione che chiaramente produrrà i suoi effetti in caso di aggiudicazione.

L'articolo in esame, che riproduce sostanzialmente quanto precedentemente espresso dall'art. 69 del d.lgs. 162 del 2006, evidenzia un non corretto coordinamento tra le norme nazionali e quelle comunitarie: la direttiva, infatti, semplicemente riconosce a favore dei legislatori nazionali la facoltà di prevedere che, in sede di gara, le stazioni appaltanti svolgano *"considerazioni economiche, legate all'innovazione, di ordine ambientale, sociale o relative all'occupazione"*. Il legislatore nazionale, invece, amplia la portata della prescrizione in esame, riconoscendo alla stazione appaltante la facoltà di richiedere il rispetto di specifici requisiti in fase d'esecuzione. Requisiti, come detto, che siano conformi ai principi elencati.³⁶

Tra questi spicca il principio di innovazione. Si ritiene che la scelta del legislatore sia stata quella di conformarsi al portato normativo comunitario, tuttavia, non adeguatamente recepito.

Difatti, mentre a livello comunitario le considerazioni legate all'innovazione costituiscono meri fattori valutativi per la stazione appaltante, nell'attuale codice l'innovatività viene elevata a principio, equi ordinato

³⁶ Perfetti L. R. *Codice dei contratti pubblici commentato*. Seconda edizione. Assago: Wolters Kluwer, 2017.

rispetto a quelli fondanti del diritto amministrativo, da rispettare nella scelta dei requisiti cui sottoporre gli operatori economici.

Non solo: se da un lato si assiste ad un'eccessiva sottolineatura dell'innovatività, sono omessi riferimenti all'aspetto occupazionale ed economico, assorbiti dalla dimensione "sociale" delle considerazioni che si possono svolgere. In più le condizioni attinenti ad esigenze sociali ed ambientali, rimangono su un piano valutativo, mentre, come detto, l'innovatività viene elevata a principio.

Per queste ragioni, c'è chi ritiene che ci si trovi davanti ad una violazione della normativa comunitaria, per eccesso di delega³⁷.

³⁷ *Ibidem.*

CAPITOLO II

L'ESECUZIONE: IL PRINCIPIO DI PERSONALITA' E L'ORIGINE DEL CONTENZIOSO.

1. Ordine dei lavori: il programma di esecuzione.

Messa a disposizione l'area che costituisce oggetto dei lavori, predisposti i materiali necessari per l'esecuzione, si può procedere con la realizzazione dell'opera oggetto del contratto di appalto.

Così come per l'organizzazione, anche l'ordine da seguirsi nei lavori rientra nella discrezionalità dell'esecutore, trattandosi di un compito, se pur non irrilevante per l'amministrazione, proprio dell'appaltatore.

Difatti, è sull'appaltatore che incombe l'onere di una buona e puntuale esecuzione dell'opera.

Inizialmente l'ordinamento riconosceva in capo all'amministrazione il diritto di stabilire l'ordine da seguirsi nell'esecuzione³⁸, ove non fosse indicato nel contratto.

Tale forma di ingerenza della stazione appaltante senza dubbio costituiva una forte limitazione all'autonomia dell'esecutore, chiamato a adempiere i suoi obblighi contrattuali secondo professionalità e correttezza.

Si è poi rivisto l'assetto normativo: le categorie interessate hanno propugnato l'adozione di un sistema teso a vincolare l'amministrazione, fin dall'inizio, ad un determinato piano.

Tale piano, detto programma di esecuzione, è confluito nella previsione del d.P.R. n. 554 del 1990, poi nel d.P.R. 207 del 2010 e da ultimo nell'attuale codice dei contratti pubblici D.lgs. n. 50 del 2016, all'art. 23 comma 3, riferito al regolamento contenuto nel d.m. numero 49 del 2018.

Per programma di esecuzione, dunque, ai sensi dell'art. 1 comma 1 lett. f) del decreto da ultimo citato, si intende *“il documento che l'esecutore, in coerenza con il cronoprogramma predisposto dalla stazione appaltante, con l'offerta tecnica presentata in sede di gara e con le obbligazioni contrattuali, deve presentare prima dell'inizio dei lavori, in cui siano graficamente rappresentate, per ogni lavorazione, le previsioni circa il periodo di esecuzione nonché l'ammontare presunto, parziale e progressivo, dell'avanzamento dei lavori alle scadenze contrattualmente stabilite per la liquidazione dei certificati di pagamento.”*

Si tratta, perciò, di un adempimento appena preliminare all'inizio dei lavori, strettamente funzionale a definire il periodo di lavoro per ogni componente dell'opera, oltre che la scadenza per i relativi pagamenti.

2. Conduzione dei Lavori: il principio di personalità.

Principio cardine nella disciplina relativa alla fase esecutiva dei contratti di appalto, è rappresentato dalla conduzione personale dei lavori da parte dell'appaltatore.

Tale regola si desume dal quadro normativo relativo alla disciplina in esame che vieta la cessione del contratto, dispone una dettagliata regolamentazione in merito al subappalto ed in generale sottolinea la necessità di tutelare la *par condicio* tra i concorrenti.

La conduzione dei lavori, d'altronde, consiste nell'esercizio dell'attività imprenditoriale richiesta all'esecutore: *impiego e coordinamento di mezzi necessari, con assunzione dei rischi che derivano dall'obbligazione contratta.*³⁹

Riveste, per le ragioni sopra esposte, un'importanza assoluta il soggetto dell'esecutore e la fiducia che la stazione appaltante vi ripone nei suoi confronti.⁴⁰

³⁸ Art. 152 comma 1 Dpr 207/2010.

³⁹ Cianflone, Antonio, Giorgio Giovannini, e Vincenzo Lopilato. *L'appalto di opere pubbliche. L'esecuzione. La conduzione dei lavori.* Quattordicesima edizione. Milano: Giuffrè, 2018.

⁴⁰ *Ibidem.*

Dunque, l'esecutore cura personalmente il compimento dei lavori, salvo quando impossibilitato o inadempiente. In tali ultime ipotesi, si ricorre all'istituto della rappresentanza, purché il soggetto rappresentante sia in possesso dei requisiti morali e tecnici, accertati dall'amministrazione, tali da garantire una corretta esecuzione dell'opera.⁴¹

La *ratio* della conduzione personale dei lavori, bene si armonizza con quanto precedentemente detto riguardo l'ordine dei lavori. Si tratta sostanzialmente di un'attività rientrante nell'operato richiesto all'esecutore: in base al contratto di appalto, il soggetto incaricato è chiamato a adempiere alle obbligazioni assunte secondo quanto più ritiene conforme alla corretta condotta professionale ed imprenditoriale, nel rispetto delle clausole contrattuali, della legge e sotto la vigilanza degli organi amministrativi preposti.

In questo senso, l'ordinamento preferisce lasciare spazio all'operatore economico, in possesso di maggiori conoscenze tecniche, capace di comprendere quale sia l'*iter* più adatto da seguire per le lavorazioni.

Lo si comprende dall'abrogazione delle disposizioni che riconoscevano la facoltà all'amministrazione di disporre l'ordine d'esecuzione dei lavori.

Dunque, se pur sottoposto al controllo e alla vigilanza dell'amministrazione committente, *l'appaltatore non può diventare un cieco e passivo strumento nelle mani del direttore dei lavori*, non è esonerato dalla responsabilità circa una regolare e completa prestazione.⁴²

Quanto sopra, evidenzia il netto richiamo della disciplina privatistica nella fase oggetto d'esame.

Difatti, l'esecutore è chiamato ad operare anzitutto come imprenditore professionista, qualità in virtù della quale è stato selezionato. Per questa ragione, non può soggiacere ad un eccessivo vincolo d'azione imposto dall'amministrazione, dovendo necessariamente seguire quella che si palesa come la migliore condotta imprenditoriale per la perfetta riuscita dell'opera.

Ciò non toglie, chiaramente, l'importanza del controllo sull'operato dell'esecutore, a garanzia dell'ordinamento.

Questa prospettiva trova conferma nella lettura della sent. Cons. Stato Ad. Plen, n. 10 del 2 Aprile 2020, che, in materia di accesso agli atti, elabora un principio fondamentale: *l'esecuzione del pubblico contratto o della pubblica concessione, se riguardata anche dal necessario versante del diritto amministrativo e delle norme del codice dei contratti pubblici, che pure la regolano in ossequio ai dettami del diritto dell'Unione, non è una "terra di nessuno", non si tratta di un rapporto rigorosamente privatistico tra la pubblica amministrazione e il contraente, escludente qualsivoglia altro rapporto o interesse, ma è invece soggetta, oltre al controllo dei soggetti pubblici, anche alla verifica e alla connessa conoscibilità da parte di eventuali soggetti controinteressati al subentro o, se del caso, alla riedizione della gara.*

Si tratta, dunque, di un controllo diffuso, a garanzia della corretta esecuzione dell'opera, del corretto esplicarsi della procedura e conforme rispetto delle norme.

3. Deroghe alla conduzione personale dei lavori: Il Subappalto.

Come si è detto, a seguito dell'aggiudicazione definitiva del contratto di appalto, l'appaltatore conduce i lavori assumendosi i rischi, le responsabilità e tutti gli oneri connessi al compimento dei lavori.

Può però succedere, che lo stesso appaltatore decida di delegare l'esecuzione di talune componenti dell'opera ad altri operatori economici, per diverse ragioni. Nasce così lo strumento giuridico del subappalto.

⁴¹ Art. 4 comma 1 del d.m. n. 145 del 2000.

⁴² M. Stolfi, *Obbligazioni dell'operatore. L'autonomia dell'appaltatore. Appalto (contratto di)* [II, 1958], in *Enciclopedia del Diritto*; cfr. Cfr. per tutti RUBINO, *Ingerenza del committente, autonomia e responsabilità dell'appaltatore*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1946, I, 21.

Il contratto di subappalto è stato tradizionalmente riconosciuto quale subcontratto o contratto derivato, per tale intendendosi un contratto che riproduce in tutto o in parte l'operazione economica di un contratto cd. base, ma che rispetto ad esso prevede l'inversione delle posizioni contrattuali.⁴³

Difatti nel subappalto, l'appaltatore, nei confronti del quale è stato affidato un contratto dalla stazione appaltante, affida a sua volta l'esecuzione di parte del contratto a favore di un altro soggetto.

Nonostante ciò, tale carattere derivato del subappalto, che lo rende strettamente connesso al contratto base, non ne implica un suo assorbimento: i patti e le condizioni del contratto di appalto non si trasfondono nel contratto di subappalto, visto che quest'ultimo conserva la sua autonomia.⁴⁴

Il subappalto, inoltre, si distingue dal contratto continuativo di cooperazione, finalizzato a una collaborazione stabile per un dato periodo che prescinde dal contratto di appalto. Se quindi il subappalto nasce conseguentemente alla stipula di uno specifico contratto di appalto, il contratto continuativo di cooperazione diventa operativo laddove un soggetto diventi l'affidatario di una serie indeterminata di appalti nell'arco temporale di vigenza del contratto di cooperazione.⁴⁵

Si tratta di un istituto disciplinato all'art. 105 del codice dei contratti pubblici, attuativo delle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE.

Anzitutto, è bene, sin da subito, sottolineare l'atteggiamento di sfavore con cui il legislatore nazionale ha storicamente concepito il ricorso al subappalto, ponendosi in netta distonia rispetto alla normativa comunitaria volta a promuovere la logica concorrenziale e il dialogo nel mercato.

Difatti, sia l'art. 339 L. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F, per quanto riguarda i contratti pubblici, che l'art. 1656 c.c. per i contratti *jure privatorum*, stabilivano il divieto di subappaltare l'opera senza la previa autorizzazione del Committente. La ragione di questo diverso approccio va ricercata nell'esigenza, di carattere sostanzialmente civilistico, di impedire la sostituzione del contraente, atteso che il contratto di appalto è caratterizzato dall'*intuitus personae* per il quale diventa determinante la persona dell'appaltatore.⁴⁶

Quanto sopra trova conferma nella relazione del Guardasigilli al Progetto ministeriale, dalla quale emerge come, con riferimento all'art. 1656 c.c. se si è ritenuto di consentire all'appaltatore di eseguire l'opera per mezzo dei suoi ausiliari e degli elementi della sua impresa; invece, *la facoltà di dare tutto parte dell'opera in subappalto deve essere in qualche modo attribuita dal committente. Se infatti normalmente le parti non pensano ad un'esecuzione personale dell'opera da parte dell'appaltatore, tuttavia non si può ammettere senza una specifica autorizzazione che l'appaltatore si liberi anche dal compito di organizzazione di direzione e di gestione, riversandolo sui subappaltatori.*

Questo assetto venne ulteriormente rafforzato con la legge 13 settembre 1982, n. 646. L'art. 21 della presente legge, infatti, conferiva all'autorizzazione non più una natura meramente civilistica, quanto addirittura una valenza penale: *“Chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'Autorità competente, è punito con il pagamento di una sanzione pecuniaria pari a un terzo del valore complessivo*

⁴³ Cicu, Antonio et al. *Il contratto in generale*. Milano: Giuffrè, 2014.; in termini C.M. Bianca, *Il contratto*.

⁴⁴ F. Caringella, *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*. Milano, Giuffrè 2008; cfr. G. Musolino, *La categoria del contratto derivato ed il subappalto*, in Riv. trim. app., 2003, ove si legge che il contratto di subappalto “è strutturalmente distinto dal contratto pubblico principale e viene stipulato fra soggetti entrambi privati, che stabiliscono autonomamente il contenuto pattizio del negozio”.

⁴⁵ R. Magnani, *Subappalto, il Tar Lombardia spiega come distinguerlo dal contratto di cooperazione* in commento a sent. Tar Lombardia, Sez. IV, 1 dicembre 2021, n. 2647, *il Sole24ore. enti locali e edilizia*, 13 dicembre 2021.

⁴⁶ M. Frontoni, L. Savelli *Subappalto ed avvalimento. Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*. Torino; Giappichelli, 2018, 3 ss.

dell'opera ricevuta in appalto. Il subappaltatore è responsabile in via solidale del pagamento della sanzione pecuniaria. È data all'amministrazione appaltante la facoltà di chiedere la risoluzione del contratto. (...)"

Interessante, a questo punto, notare che la norma in esame non riteneva sufficiente l'autorizzazione conferita dal committente, richiedendo altresì che il soggetto incaricato non fosse riconducibile ad interessi economici di soggetti sottoposti a misura di prevenzione antimafia: "*L'autorizzazione prevista dal precedente comma è rilasciata previo accertamento dei requisiti di idoneità tecnica del subappaltatore, nonché' del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti soggettivi per l'iscrizione all'albo nazionale dei costruttori. L'autorizzazione non può essere rilasciata nei casi previsti dall'articolo 10-quinquies della legge 31 maggio 1965, n. 575. (...)*"⁴⁷.

Per questa ragione, a quella originaria logica civilistica di tutela dell'*intuitus personae*, che aveva definito il quadro normativo in materia di subappalto, si aggiunge la necessità di ridurre i fenomeni corruttivi nelle procedure ad evidenza pubblica.

È questo un profilo che caratterizzerà l'evoluzione normativa dell'istituto negli anni a venire, sin dalla legge 19 marzo 1990 n. 55.

La norma in esame poneva, all'art. 18, in capo al soggetto appaltante l'obbligo di indicare nel progetto e nel bando di gara la categoria prevalente delle lavorazioni con il relativo importo, accogliendo la possibilità di ricorrere allo strumento del subappalto per ogni categoria, salvo i divieti contenuti nelle disposizioni di legge.

Difatti, sarebbe stato possibile subappaltare le lavorazioni rientranti nella categoria o nelle categorie prevalenti, nel limite, però, del 30% del complesso dei lavori. Veniva richiesto all'appaltatore, inoltre, l'indicazione puntuale, già in offerta, della volontà di subappaltare individuando i lavori o le parti di opere che si intendessero subappaltare.⁴⁸

Non solo. Le ulteriori condizioni previste a livello normativo imponevano il deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante, almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione dei lavori; l'invio, al momento del deposito, delle certificazioni attestanti il possesso dei requisiti necessari da parte del subappaltatore; l'applicazione, da parte dell'aggiudicatario, degli stessi prezzi risultanti dall'aggiudicazione, con un ribasso non superiore al 20%, per i lavori e le opere affidate in subappalto; il divieto a che il contratto di subappalto possa avere ad oggetto ulteriore subappalto.

Si evince, subito, la scarsa praticabilità di uno strumento troppo attorniato da limiti e condizioni.

In questo senso si mosse anche la legge 11 febbraio 1994, n.109.

L'art 34 di detta normativa riprendeva una serie di condizioni previste nella disciplina previgente, introducendo taluni correttivi: il termine per procedere al deposito del contratto di subappalto inizia a decorrere dall'aggiudicazione e diventa di 90 giorni; si richiede l'indicazione, all'atto dell'offerta, dei lavori o delle parti di opere subappaltabili e l'individuazione da uno a sei subappaltatori candidati ad eseguire i lavori; si prescrive la trasmissione delle certificazioni attestanti il possesso dei requisiti da parte del subappaltatore, nel caso in cui l'appaltatore abbia indicato all'atto dell'offerta più di un candidato ad eseguire i lavori; viene reintrodotta il limite della quota subappaltabile al 30%, che, nel frattempo era stato modificato con d.lgs. n. 406 del 1991.

Insomma, un irrigidimento della disciplina, dichiaratamente volto a ridurre il fenomeno corruttivo.

Con l'art. 9 della legge 18 novembre 1998 n.415, fu abrogata la previsione relativa all'indicazione della rosa da uno a sei candidati subappaltatori. Previsione, questa, reintrodotta con il d.lgs 50 del 2016 che, però, richiedeva, nella sua originaria formulazione, l'indicazione di una "terna" di subappaltatori.

⁴⁷ *Ibidem.*

⁴⁸ *Ibidem.*

Il contratto di subappalto, oggi si trova regolato nel titolo V del codice, dedicato all'esecuzione del contratto, rientrando, dunque, nella fattispecie di contratto derivato, e nella fase esecutiva dell'appalto. Sebbene, in realtà, dalla lettura della norma, emerge la rilevanza del subappalto già durante la fase pubblicistica.⁴⁹ Infatti, è possibile affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché ricorrano talune condizioni in fase di selezione del contraente.⁵⁰

Nella sua formulazione originaria, l'art. 105 al comma secondo manteneva il limite della quota subappaltabile al 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.

3.1 La distonia tra l'atteggiamento comunitario e le scelte dello Stato italiano in materia di subappalto: la compatibilità della quota subappaltabile con il diritto UE.

Dal quadro illustrato nel precedente paragrafo si evince la rigidità del sistema italiano rispetto a quello comunitario, caratterizzato, invece, da maggiore flessibilità.⁵¹

Una rigidità, inoltre, accolta favorevolmente dal Consiglio di Stato che, con relazione n. 855 del 2016 in sede consultiva, aveva riconosciuto la legittimità dei limiti imposti a livello nazionale, giustificandoli in ragione dei *valori prevalenti rispetto al divieto di aggravio degli oneri*.

I valori ai quali il Consiglio di Stato si riferisce sono quelli posti a fondamento della legge delega n. 11 del 2016: *“trasparenza, la prevenzione della corruzione e della infiltrazione della criminalità organizzata, la tutela ambientale e sociale”*.

Da qui, dunque, i giudici di Palazzo Spada riconobbero come lecita la disciplina maggiormente vincolistica nazionale, in quanto mossa da esigenze di rango superiore rispetto a quella di semplificazione procedimentale, percepita a livello europeo.

Apparve, tuttavia, estremamente discutibile questa argomentazione prospettata dal legislatore ed avallata dal Consiglio di Stato: emergeva, infatti, un'estrema penalizzazione per le piccole e medie imprese nei confronti delle quali rimaneva preclusa in tutto, o quasi, la possibilità di accedere al mercato degli appalti pubblici; non era assolutamente spiegabile secondo alcuna motivazione logica l'esatto limite individuato nel 30% della quota subappaltabile.⁵²

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Art. 105 comma 4, d.lgs. 50 del 2016, originaria formulazione.

⁵¹ secondo l'art. 71, Direttiva 24/2014/UE, gli unici limiti imposti prevedono che: *“Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere o può essere obbligata da uno Stato membro a chiedere all'offerente di indicare, nella sua offerta, le eventuali parti dell'appalto che intende subappaltare a terzi, nonché i subappaltatori proposti”* (comma 2); *“Gli Stati membri possono prevedere che, su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente, l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca i pagamenti dovuti direttamente al subappaltatore per i servizi, le forniture o i lavori forniti all'operatore economico cui è stato aggiudicato l'appalto pubblico (il contraente principale). Tra tali misure possono rientrare idonei meccanismi che consentano al contraente principale di opporsi a pagamenti indebiti. Gli accordi concernenti tale modalità di pagamento sono indicati nei documenti di gara”* (comma 3).

⁵² Spiega il Presidente ANAC Busia in un'intervista rilasciata a la Repubblica: *“Sui subappalti la Corte di Giustizia europea ha chiarito che le soglie fisse e generalizzate contrastano con la normativa Ue (...). Ma al di là di questo, se la paura legata all'abolizione di un limite fisso si giustifica con il timore dell'infiltrazione criminale o mafiosa – che costituisce effettivamente un rischio legato ai subappalti incontrollati – dobbiamo anche riconoscere che anche il precedente limite del 30%, come pure quello del 40% non vanno bene. Non possiamo essere così ipocriti da dire: accetto la presenza delle mafie negli appalti, purché rimanga nel limite del 40% o del 30%”*. “Intervista al presidente dell'Anticorruzione” di Francesco Manacorda, 23 maggio 2021, la Repubblica.

Per tali ragioni, l'Unione Europea ha manifestato allo Stato italiano la sua preoccupazione circa le scelte adottate a livello normativo, in evidente contrasto con la giurisprudenza⁵³ e con il diritto comunitario. L'Unione Europea ha invitato l'Italia a rivedere la propria posizione, omettendo il limite del 30% e ritornando al sistema precedentemente previsto dal d.lgs. 163 del 2006, secondo cui, all'art. 118 del codice, *"(...) Tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili e affidabili in cottimo. Per i lavori, per quanto riguarda la categoria prevalente, con il regolamento, è definita la quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento (...)"*⁵⁴.

A conferma delle criticità emerse, il TAR Lombardia, con ordinanza del 19 gennaio 2018 n. 148, ha rimesso alla Corte di Giustizia il seguente quesito: *"se i principi di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di cui agli articoli 49 e 56 del TFUE, l'articolo 71 della direttiva 2014/24 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 Febbraio 2014, il quale non contempla limitazioni quantitative al subappalto è il principio euro unitario di proporzionalità, ostino all'applicazione di una normativa nazionale in materia di appalti pubblici, quale quella italiana contenuta nell'articolo 105 comma 2, terzo periodo del decreto legislativo 18 Aprile 2016 n. 50 secondo il quale il subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto di lavori servizi e forniture"*.

Una scelta decisiva: una possibilità che la Corte di Giustizia ha colto per definire la corretta linea interpretativa sul punto.⁵⁵

La Corte, ha anzitutto premesso che, *"secondo una giurisprudenza costante, e come risulta dal considerando 78 della direttiva 2014/24, in materia di appalti pubblici, è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile. Il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo"*

Inoltre, sebbene l'articolo 71 disponga *che le amministrazioni aggiudicatrici possono verificare o essere obbligate dagli Stati membri a verificare se sussistano motivi di esclusione dei subappaltatori a norma dell'articolo 57 di tale direttiva relativi in particolare alla partecipazione a un'organizzazione criminale, alla corruzione o alla frode, (...) dalla volontà del legislatore dell'Unione di disciplinare in maniera più specifica, mediante l'adozione di siffatte norme, le situazioni in cui l'offerente fa ricorso al subappalto, non si può dedurre che gli Stati membri dispongano ormai della facoltà di limitare tale ricorso a una parte dell'appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, al pari del limite imposto dalla normativa di cui trattasi nel procedimento principale.*

Quindi, seguendo l'argomentazione della Corte, nonostante si debba condividere il ragionamento seguito dallo Stato italiano, attraverso il quale si invoca il diritto dei singoli Stati membri di prevedere misure diverse da quelle specificamente elencate nella direttiva 2014/24 funzionalmente al perseguimento di particolari interessi avvertiti nel contesto nazionale, non si può prescindere dalla conformità di tali scelte con il diritto dell'Unione.

Difatti, *"il considerando 41 della direttiva 2014/24 prevede che nessuna disposizione di quest'ultima dovrebbe vietare di imporre o di applicare misure necessarie, in particolare, alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, a condizione che dette misure siano conformi al TFUE"*.

⁵³ *Ex multis*, causa C-298/15 Borta UAB e 14 luglio 2016, Terza sezione, C 406/14 Wroclaw, in relazione agli artt. 49 e 56 del TFUE a tenore delle quali *"è interesse dell'Unione che l'apertura di un bando di gara alla concorrenza sia la più ampia possibile"* e *"il ricorso al subappalto, che può favorire l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici, contribuisce al perseguimento di tale obiettivo"*; causa C-314/01 Siemes.

⁵⁴ M. Frontoni, L. Savelli *Subappalto ed avvalimento. Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici*. Torino; Giappichelli, 2018, 5.

⁵⁵ C.giust. UE, sez. V, 26 settembre 2019 in C-63/18, Vitali SpA.

Chiarito quanto sopra, dalla giurisprudenza costante emerge la legittimità di una deroga al diritto europeo e ai suoi principi, purché giustificata da un interesse valido e coerente, perseguito con strumenti proporzionati rispetto all'obiettivo che si vuole raggiungere.

Nel caso di specie, *il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Tuttavia, anche supponendo che una restrizione quantitativa al ricorso al subappalto possa essere considerata idonea a contrastare siffatto fenomeno, una restrizione come quella di cui trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo.*"

Dunque, per queste ragioni si è ritenuto che la direttiva in esame, ostasse ad una normativa, come quella italiana, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi.

Infine, secondo la Corte, *"il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel Paese"*.

Si evince, quindi, come lo strumento introdotto dall'ordinamento non fosse conforme con l'obiettivo che si voleva perseguire, non permettesse di valutare ciascuna situazione, caso per caso, oltre che lesivo dei principi di proporzionalità, parità di trattamento, trasparenza.

Si tratta di un'argomentazione chiara e precisa, ritenuta applicabile anche al quadro normativo, così come mutato a seguito del d.l. 32 del 2019 e legge di conversione n.55 del 2019, con cui si è prevista, sino al 31 dicembre 2020, una quota subappaltabile pari al 40% dell'importo del contratto,⁵⁶ seppure non sia mancata l'opinione dissenziente di parte della giurisprudenza.⁵⁷

In questo contesto molto delicato si inserisce la recente riforma che ha sostanzialmente ridefinito la disciplina del subappalto, cercando di rendere l'ordinamento nazionale conforme all'approccio seguito a livello comunitario.

3.2 Attuale disciplina in materia di subappalto.

La disciplina oggi contenuta all'art. 105 del codice è frutto, come si è visto, di costanti interventi normativi. Notevole, in questo processo evolutivo, è stata la portata dei correttivi attuati nell'ultimo periodo in un contesto, come quello attuale, caratterizzato da una spiccata tendenza verso la semplificazione.

Il primo comma dell'articolo 105, recita oggi:

"I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. A pena di nullità, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 106, comma 1, lettera d), il contratto non può essere ceduto, non può essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, nonché la prevalente esecuzione delle lavorazioni

⁵⁶ M.A. Sandulli e R. De Nictolis. *Subappalto. Trattato sui contratti pubblici*. vol. IV, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 47 ss.

⁵⁷ TAR Lazio Roma, sez. III quater, sent. 15 dicembre 2020 n.13527 ove si ritiene assolutamente legittimo il limite individuato nella misura del 40% della quota subappaltabile nonostante la presa di posizione della Corte di Giustizia e della Commissione. Difatti, secondo il Collegio, che la Corte di Giustizia *"pur avendo censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno nella soglia del 30%, non esclude la compatibilità con il diritto dell'Unione di limiti superiori"*, ossia, la Corte ha certamente *"considerato in contrasto con le direttive comunitarie in materia il limite fissato"*, ma non ha escluso *"invece che il legislatore nazionale possa individuare comunque, al fine di evitare ostacoli al controllo dei soggetti aggiudicatari (n.d.r.. di evitare infiltrazioni mafiose), un limite al subappalto proporzionato rispetto a tale obiettivo"*, cosicché *"non può ritenersi contrastante con il diritto comunitario l'attuale limite pari al 40%"* previsto dall'art. 1, comma 18, della legge n. 55/2019.

relative al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera. E' ammesso il subappalto secondo le disposizioni del presente articolo."

Il d.l. 31 maggio 2021, n.77, convertito con l. 29 luglio 2021 n.108, ha modificato il secondo e terzo periodo del presente comma, introducendo, affianco al divieto di cedere il contratto, anche il divieto espresso di affidare a terzi l'integrale o prevalente (relativamente alle categorie prevalenti o ai contratti ad alta intensità di mano d'opera) esecuzione delle prestazioni o delle lavorazioni oggetto dell'appalto.

Si nota subito un forte cambiamento: non può essere subappaltata l'intera esecuzione dell'opera o parte prevalente, nei casi sopra detti. Occorre, per completezza, ricordare come si intendano per "lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti" quelle indicate all'art. 3 comma 1 lett. oo *bis*, ossia "*la categoria di lavori, generale o specializzata, di importo più elevato fra le categorie costituenti l'intervento e indicate nei documenti di gara*".

Al successivo comma secondo si fornisce un chiarimento su cosa debba intendersi per subappalto: si tratta di un contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.

L'art. 69 comma 1 lett. b) n. 1 del d.lgs. 19 aprile 2017 n.56 ha modificato il secondo comma, prevedendo come costituisca comunque subappalto, "*qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare*".

Il terzo periodo è stato completamente rivisto attraverso il d.l. 31 maggio 2021 n. 77 convertito con modificazioni nella L. 29 luglio 2021 n.108, e contiene oggi la parte più delicata e più innovativa dell'istituto.

Difatti, si impone alle stazioni appaltanti di indicare nei documenti di gara quelle che sono le prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto che dovranno essere eseguite direttamente a cura dell'aggiudicatario, indicazione che farà seguito ad una adeguata motivazione contenuta nella determina a contrarre e all'eventuale parere rilasciato dalle Prefetture competenti.

Tale indicazione avviene in ragione delle specifiche caratteristiche dell'appalto, del notevole contenuto tecnologico o tecnico di impianti o opere speciali (art. 89 comma 11), dell'esigenza di rafforzare il controllo delle attività di cantiere e più in generale dei luoghi di lavoro e di garantire una più intensa tutela delle condizioni di lavoro e della salute e sicurezza dei lavoratori ovvero di prevenire il rischio di infiltrazioni criminali⁵⁸. Appare coerente, a detta di chi scrive, questa scelta operata dal legislatore: definire, da parte delle stazioni appaltanti, in maniera motivata e precisa, quali debbano essere le prestazioni da eseguirsi direttamente per l'appaltatore.

Viene meno, finalmente, il limite relativo alla quota subappaltabile. La quota subappaltabile era stata elevata al 50% dal d.l. "sblocca cantieri" 18 aprile 2019 n. 32, convertito con L. 55 del 14 giugno 2019, nell'evidente volontà, da parte del legislatore nazionale, di porre rimedio alle criticità sottolineate dalla Commissione Europea con la procedura di infrazione n. 2018/2273 del 24 gennaio 2019, oltreché dalla Corte di Giustizia.

Il limite del 50% della quota subappaltabile ha avuto, però, valenza transitoria: ha opera dall'entrata in vigore del correttivo, sino al primo novembre 2021, momento a decorrere dal quale è stato rimosso il tetto massimo in questione.

⁵⁸ A meno che i subappaltatori siano iscritti nell'elenco dei fornitori prestatori di servizi ed esecutori di lavori di cui al comma 52 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012 numero 190 ovvero nell'anagrafe antimafia degli esecutori istituita dall'articolo 30 del decreto-legge 17 ottobre 2016 numero 189 convertito con modificazioni dalla legge 15 dicembre 2016 n. 229.

Difatti, il nuovo decreto legge 77/2021 stabilisce che dal primo novembre 2021 il limite percentuale per il subappalto viene eliminato; in deroga all'articolo 105 commi 2 e 5 del codice, dal 1 giugno 2021 fino al 31 ottobre 2021 il subappalto non può superare la quota del 50% dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture; a decorrere dal 31 ottobre 2021 è abrogato il comma 5 dell'art. 105 sulle categorie superspecializzate, secondo cui *“per le opere di cui all'art. 89, comma 11, e fermi restando i limiti previsti dal medesimo comma, l'eventuale subappalto non può superare il limite del 30% dell'importo delle opere e non può essere, senza ragioni obiettive, suddiviso.”*; di conseguenza, fino alla suddetta *deadline*, anche al subappalto per queste categorie si applica il limite del 50% dell'importo complessivo del contratto.

Si tratta, come anticipato, di un grande risultato per il nostro ordinamento che finalmente tenta di conformarsi all'approccio comunitario in materia, un risultato frutto di un vivace dibattito dottrinale, giurisprudenziale e parlamentare durato molti anni.

Chiaramente, a seguito della riforma analizzata, il tetto massimo sarà individuato di volta in volta dalla stazione appaltante, con specifica motivazione a riguardo e conseguente indicazione delle prestazioni, quote, o lavorazioni escluse dal subappalto.

Non è infatti chiaro cosa si debba intendere per *“prevalente esecuzione delle lavorazioni relative al complesso delle categorie prevalenti”*. Secondo la dottrina, si tratta di una definizione *“indeterminata”*, oltre che *“incomprensibile”* se rapportata al complesso delle categorie prevalenti, in quanto l'ordinamento conosce solo di una categoria prevalente.⁵⁹

Ne consegue una grande discrezionalità della stazione appaltante, così come una maggiore flessibilità ed apertura del mercato degli appalti pubblici ad altri operatori economici.⁶⁰

Proseguendo nella disamina della disciplina, occorre specificare che non tutte le categorie di forniture e servizi si configurano come attività affidate in subappalto. Infatti, talune di esse, per la loro specificità, non si vi rientrano. Secondo quanto previsto dall'art. 105 comma 3 del codice, esse sono:

“a) l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;

b) la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;

c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;

c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.”

Individuate le prestazioni da affidare in subappalto, l'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i *sub*-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del *sub*-contraente, l'importo del *sub*-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura

⁵⁹ Memoria dell'Avv. Boifava, in audizione innanzi all'VIII Commissione Senato, in relazione al DDL n. 2330 in materia di contratti pubblici.

⁶⁰ Probabilmente eccessiva discrezionalità e autonomia per le stazioni appaltanti di determinare la quota limite.

affidati. Sono, altresì, comunicate alla stazione appaltante eventuali modifiche a tali informazioni avvenute nel corso del *sub*-contratto.

Si badi, perché il subappalto è ammesso purché si rispettino talune condizioni. Vale a dire, che:

- a) l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;*
- b) il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;*
- c) all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;*
- d) il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80.”⁶¹*

A questo punto, è compito dell'appaltatore procedere al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante contestualmente alla dichiarazione attestante l'assenza di motivi di esclusione e il possesso dei requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, capacità tecniche e professionali di cui agli artt. 83 e 84 del codice.

Sarà poi la stazione appaltante a verificare la dichiarazione resa dall'appaltatore, mediante l'accesso alla Banca dati nazionale.⁶²

Tali ultime disposizioni sono state inserite nel corso dell'ultimo anno, tramite il citato correttivo d.l. 77 del 2021, dunque, la loro vigenza opera dal 1° novembre dello stesso anno.

Con quest'ultimo correttivo è stato modificato, altresì, il regime in materia di responsabilità: mentre il previgente assetto normativo prevedeva che il contraente principale fosse responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante, l'attuale disciplina introduce un tipo di responsabilità solidale. Si legge, infatti, al comma ottavo: *“Il contraente principale e il subappaltatore sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto di subappalto. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, ai sensi dell'articolo 29 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276.”*

Se precedentemente l'aggiudicatario rispondeva solidalmente solo in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, oggi a partire da novembre 2021, oltre a tale ipotesi, la responsabilità solidale del subappaltatore si estende in generale in relazione alle prestazioni che costituiscono oggetto del contratto di subappalto.

Si badi però. L'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale nelle ipotesi di cui al comma 13 lett. a) e c): quando la stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite e il subappaltatore o il cottimista sia una microimpresa o piccola impresa, oppure vi sia apposita richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consenta.

L'introduzione della responsabilità solidale, inoltre, appare particolarmente favorevole sia per le stazioni appaltanti, che per l'appaltatore.

Difatti, il committente potrebbe indifferentemente rivolgersi all'appaltatore o al subappaltatore in caso di inadempienze, vizi, difetti o analoghi.

⁶¹ Art. 105 d.lgs. 50 del 2016, comma 4.

⁶² Si tratta di una Banca dati istituita con il novellato art. 81 d.lgs. n. 50 del 2016, strutturata su piattaforma telematica e gestita dall'ANAC, volta a sostituire la banca dati centralizzata gestita dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, già denominata Banca dati nazionale degli operatori economici. Consultabile presso <https://dati.anticorruzione.it/superset/dashBoard/appalti/>

Allo stesso tempo, l'appaltatore trae beneficio poiché non deve più necessariamente rivalersi sul subappaltatore per le i vizi o altre responsabilità, ricorrendo ad autonoma azione di rivalsa, magari a distanza di molto tempo dal momento in cui la prestazione contestata è stata eseguita.⁶³

Va da ultimo rilevato, per completezza, che il legislatore non ha invece toccato la disciplina in materia di concessione, ove all'art. 174 del codice *“Il concessionario resta responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. Il concessionario è obbligato solidalmente con il subappaltatore nei confronti dei dipendenti dell'impresa subappaltatrice, solamente in relazione agli obblighi retributivi e contributivi previsti dalla legislazione vigente.”*

3.3 Obblighi e diritti del subappaltatore.

Oltre alla sopra citata responsabilità solidale, il subappaltatore è tenuto a rispettare il contenuto dei contratti collettivi nazionale e territoriale, per ciò che concerne il trattamento economico dei lavoratori e le norme che regolano il rapporto di lavoro con i propri dipendenti.

Ove si riscontri un ritardo nel pagamento del personale, dipendente dall'esecutore o dal subappaltatore, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal DURC, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi e cassa edile.⁶⁴

Il subappaltatore è, inoltre, chiamato a garantire gli stessi *standard* qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto incluse, come da ultimo previste dal d.l. 77 del 2021, le prescrizioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto del subappalto coincidano con quelle oggetto dell'appalto.

Non si può, quindi, pensare che il subappaltatore in quanto vincolato ad un contratto derivato, come quello di subappalto, non debba avere riguardo di quanto prescritto nel contratto principale.

La recente modifica normativa che impone il rispetto dei contratti collettivi, tesa a garantire la tutela dei lavoratori, ha portato parte della dottrina ad interrogarsi sulla configurabilità di una clausola sociale *ex lege* anche nel settore del subappalto.⁶⁵

Le “clausole sociali”, infatti, sono definite nel Codice come disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati *standard* di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie.

Nel rispetto degli *standard* sopra detti, l'affidatario deve corrispondere i costi della sicurezza e della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto, senza alcun ribasso. Con questa previsione, il legislatore spazza via ogni limite massimo al ribasso previsto in precedenza.⁶⁶

La *ratio* della modifica normativa si rinviene dalla lettura della relazione illustrativa al d.l. 77 del 2021, ove si coglie la necessità *di garantire la tutela dei lavoratori rispetto agli eccessivi ribassi applicati ai subappaltatori e di porre quindi rimedio alla liberalizzazione del subappalto con ammissibilità di ribassi superiori al 20%.*

Si tratta di una modifica resa necessaria a seguito della sentenza della Corte di Giustizia del 27 novembre 2019, con cui si è chiarito che *la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo*

⁶³ S. De Marinis, *Subappalto: dal 1° novembre la nuova disciplina a regime*. Piselli & Partners. <https://www.piselliandpartners.com/news-di-settore/subappalto-dal-1-novembre-la-nuova-disciplina-a-regime/>

⁶⁴ Così come previsto dall'art. 105 comma 10 che richiama l'art. 30 comma 5 e 6.

⁶⁵ F. Scura *La disciplina del subappalto dopo il «Decreto Semplificazioni»*, MediAppalti 9 Settembre 2021. Consultabile tramite https://www.mediappalti.it/la-disciplina-del-subappalto-dopo-il-decreto-semplificazioni-d-l-77-2021/#_ftn6

⁶⁶ L'art. 105 al comma 14 prevedeva prima del correttivo d.l. 77 del 2021, che *«L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.»*

2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, dev'essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che limita la possibilità di ribassare i prezzi applicabili alle prestazioni subappaltate di oltre il 20% rispetto ai prezzi risultanti dall'aggiudicazione.⁶⁷

In questa sede non ci si può esimere dall'evidenziare il dubbio che sorge sull'obbligatorietà dell'osservanza dei contratti collettivi nazionali. Tale previsione si potrebbe porre in contrasto con la libertà costituzionalmente garantita di relazioni sindacali e di impresa.

A conferma di quanto sopra, in giurisprudenza si è consolidata la tesi secondo cui la garanzia dei livelli occupazionali sia un valore che vada temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà di predisporre autonomamente la propria organizzazione.⁶⁸

Il Consiglio di Stato, con sentenza 12 settembre 2019 n. 6148 si è pronunciato su una controversia sorta a seguito di un bando di gara per l'affidamento di servizi di vigilanza, contenente clausole sociali ai sensi dell'art. 50 del codice.

Nel dettaglio, per ciò che qui rileva, il bando prevedeva l'applicazione, ai lavoratori occupati nel servizio oggetto dell'appalto, di condizioni normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro nazionali e locali applicabili alla data di aggiudicazione dell'appalto, nonché le condizioni risultanti dalle successive modifiche e integrazioni dei contratti collettivi che venissero successivamente stipulati.

L'appellante contesta tali previsioni sostenendo di essere stata penalizzata nella presentazione dell'offerta di gara in quanto costretta a far riferimento ad un determinato CCNL con la conseguente necessità di dover calcolare il costo del lavoro in applicazione del medesimo contratto collettivo, quando invece dovrebbe rientrare nella *“libertà dell'operatore economico concorrente, di scegliere il contratto collettivo da applicare al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 30, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.”*

Ebbene, i giudici di Palazzo Spada escludono che *“una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire”*, trattandosi di una facoltà rientrante della discrezionalità organizzativa dell'imprenditore.

Infatti, come sopra anticipato, *“l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto”*.⁶⁹

Si ritiene condivisibile questo ragionamento e dunque capace di mettere fortemente in discussione la scelta operata dal legislatore.

Occorre tuttavia ricordare, per completezza, che le clausole inserite nei contratti collettivi nazionali prevalgono su eventuali clausole inserite nel bando. Difatti, come chiarito dal Consiglio di Stato nel parere n. 2703 reso il 21 novembre 2018 *“ove la successione tra imprese, ai fini sociali, sia già prevista dai CCNL cui aderiscono le imprese del settore, non vi sarà spazio alcuno per la clausola sociale inserita nel bando”*, poiché *“il contratto collettivo rappresenta un assetto complessivo dei rapporti di lavoro che le parti, ovvero i sindacati*

⁶⁷ Sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 27 novembre 2019. Tedeschi Srl e Consorzio Stabile Istant Service contro C.M. Service Srl e Università degli Studi di Roma La Sapienza. Nel dettaglio, la pronuncia in esame si sofferma anche sulla non conformità della quota subappaltabile fissa al 30%.

⁶⁸ F. Scura *Clausola sociale e nuovi adempimenti in sede di gara*, in riv. MediAppalti anno IX n.7.

⁶⁹ cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255.

e le associazioni datoriali, hanno ritenuto conforme ai rispettivi interessi e, come tale, dal punto di vista del datore di lavoro, esso è parte dell'organizzazione di impresa da lui prescelta”.

Per questa ragione, si può concludere che se l'appaltatore ha aderito ad un contratto collettivo, ne è tenuto al rispetto, anche e soprattutto per la parte dedicata ad eventuali clausole sociali.

Proseguendo nella disamina della disciplina, ove il subappaltatore rientri in uno dei tipici motivi di esclusione di cui all'art. 80, appositamente verificati, l'affidatario deve, ai sensi del comma 12 dell'art. 105 in esame, provvedere alla sua sostituzione.

È diritto del subappaltatore essere ricompensato per le proprie prestazioni. Ciò può avvenire tramite pagamento corrisposto dall'appaltatore affidatario, in base al contratto stipulato, oppure, in talune ipotesi, tramite pagamento effettuato direttamente dalla stazione appaltante. Ciò avviene, come sopra anticipato,

a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;

b) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;

c) su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

È posto divieto generale per il subappaltatore di affidare a sua volta, in subappalto, quanto costituisce oggetto dell'esecuzione dei lavori a lui richiesta.

3.4 Indicazione della terna dei subappaltatori.

Come sopra anticipato, al comma sesto dell'art. 105 del codice dei contratti pubblici. nei casi di appalti di lavori, servizi e forniture di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria oppure per attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa⁷⁰, il legislatore richiedeva che venisse indicato in sede di offerta, oltre a quanto costituisce oggetto di subappalto, anche una terna di subappaltatori

Non solo. laddove gli appalti avessero avuto ad oggetto più tipologie di prestazioni, sarebbe stato necessario indicare la terna dei subappaltatori con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara.

Per gli appalti sottosoglia, invece, nel bando o nell'avviso di gara, la stazione appaltante avrebbe dovuto indicare modalità e tempistiche per la verifica relativa alla sussistenza dei requisiti necessari, l'indicazione dei mezzi di prova richiesti per dimostrare le circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali.⁷¹

⁷⁰ Ai sensi dell'art. 1 comma 53 L. 6 novembre 2012 n.190, *Sono definite come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività:*

c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;

d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;

e) noli a freddo di macchinari;

f) fornitura di ferro lavorato;

g) noli a caldo;

h) autotrasporti per conto di terzi;

i) guardiania dei cantieri.

((i-bis) servizi funerari e cimiteriali;

i-ter) ristorazione, gestione delle mense e catering;

i-quater) servizi ambientali, comprese le attività di raccolta, di trasporto nazionale e transfrontaliero, anche per conto di terzi, di trattamento e di smaltimento dei rifiuti, nonché' le attività di risanamento e di bonifica e gli altri servizi connessi alla gestione dei rifiuti)).

⁷¹ Gravi illeciti professionali di cui all'art. 89 comma 11 che a sua volta si riferisce alle Linee guida n. 6, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice». «Nel dettaglio, *La sussistenza delle cause di esclusione in esame deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto*

Si trattava di una previsione introdotta in ossequio ad un'esigenza di trasparenza evidenziata nella direttiva 2014/24/UE, al considerando 105.⁷²

La disposizione recante la disciplina come sopra illustrata, è stata inizialmente sospesa dall'art. 1 comma 18 della legge 55 del 2019 fino al 31 dicembre 2021. Il termine di sospensione è stato poi prorogato fino al 30 giugno 2023, ai sensi dell'art. 52 comma 1 lett. a n.1 della legge 108 del 2021.

Se ne desume che, fino al periodo indicato, in sede di offerta non dovrà essere indicata la terna dei subappaltatori.

Dalla lettura della Relazione illustrativa alla legge 108 del 2021, emerge che la disciplina sul subappalto sarebbe stata ancora oggetto di modifiche, visto l'art. 8 del disegno di legge europea 2019/2020.

In particolare, come si leggeva dal dossier sulla Legge europea 2019-2020 pubblicato dal Servizio studi del Senato, *la lettera c) del comma 1 dell'art. 8 provvede ad abrogare il comma 6 dell'art. 105 del Codice, che prevede, per gli appalti di valore pari o superiore alle soglie UE, nonché per gli appalti che, pur essendo di valore inferiore alle soglie UE, riguardano specifiche attività individuate dalla normativa italiana A. S. 2169 Articolo 8 55 come particolarmente esposte al rischio d'infiltrazione mafiosa, l'obbligo per gli operatori di indicare nelle loro offerte una terna di subappaltatori. In particolare, la Commissione ritiene che, sebbene l'articolo 71, paragrafo 2, della direttiva 2014/24 preveda che le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori di indicare nelle loro offerte "i subappaltatori proposti", una disposizione quale l'articolo 105, comma 6, del Codice, che obbliga gli offerenti ad indicare sempre tre subappaltatori, anche qualora all'offerente ne occorrono meno di tre, viola il principio UE di proporzionalità di cui all'articolo 18, paragrafo 1, della direttiva 2014/24.*⁷³

Ed infatti, ciò è avvenuto con la recente approvazione della Legge europea 2019-2020, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 17 gennaio 2021 ed in vigore dal 1 febbraio 2022, titolata "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea - Legge europea 2019-2020".

Nello specifico l'art. 10 reca "Disposizioni in materia di contratti pubblici. Procedura di infrazione n. 2018/2273", introducendo alcune importantissime modifiche normative al codice dei contratti pubblici.

Per quel che qui rileva, viene finalmente risolta l'annosa questione concernente la terna dei subappaltatori.

L'art. 10 comma 1 lett. d) n. 2 dispone l'abrogazione dell'art. 105 comma 6 relativo proprio alla obbligatoria previa indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta.

tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell'esclusione. La falsa attestazione dell'insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l'omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l'applicazione dell'art. 80, comma 1, lett. f-bis) del codice. (...)

a) la verifica della sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 80, comma 5, lett. c) è condotta dalle stazioni appaltanti mediante accesso al casellario informatico di cui all'art. 213, comma 10, del codice; b) la verifica della sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi per i reati di cui agli artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p. è effettuata mediante acquisizione del certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti indicati dall'art. 80, comma 3, del codice, presso la Procura della Repubblica del luogo di residenza. La verifica della sussistenza dei carichi pendenti è effettuata dalle stazioni appaltanti soltanto nel caso in cui venga dichiarata la presenza di condanne non definitive per i reati di cui agli artt. artt. 353, 353-bis, 354, 355 e 356 c.p oppure nel caso in cui sia acquisita in qualsiasi modo notizia della presenza di detti provvedimenti di condanna o vi siano indizi in tal senso"

⁷² In Sandulli, Maria Alessandra., e Rosanna De Nictolis, *Subappalto in Trattato sui contratti pubblici*. vol. IV, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 53.

⁷³ *Dossier Legge Europea 2019-2020*, Schede di Lettura, A.S. n. 2169, Servizio studi, Dipartimento Affari comunitari Senato. Consultabile tramite <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01210765.pdf>

Si risolve, finalmente, un'importantissima questione che aveva dato luogo a forti criticità e che aveva reso il nostro ordinamento ancora più distante dall'approccio comunitario.

Sempre in relazione al subappalto, la legge europea ha poi il merito di alleggerire l'istituto, rendendo più agevole il ricorso al subappalto nella promozione e salvaguardia della concorrenza, principi cardine di matrice europea nella materia della contrattualistica pubblica.

Infatti, vengono eliminati alcuni dei limiti che il codice dei contratti pubblici poneva alla possibilità di ricorrere all'istituto.

L'art. 10 comma 1 lett. d) n.1) abroga le lett. a) e d) inserite al comma 4 dell'art. 105 del codice dei contratti pubblici. Disposizioni che subordinavano l'affidamento in subappalto al verificarsi di due condizioni:

- Che l'affidatario non avesse partecipato alla procedura di affidamento dell'appalto;
- Che il concorrente avesse dimostrato l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

Dunque, dal 1 febbraio 2022, cadono questi limiti.

Si tratta di una previsione più che giustificata e coerente con l'intento di intervenire sull'istituto, promuovendone il ricorso, rendendolo più flessibile e agevole.

Non era facile, come sopra si è avuto modo di evidenziare, rinvenire la *ratio* di tali limitazioni, le ragioni di tali ulteriori ostacoli.

Per questo motivo, risulta di grande interesse, in un'analisi complessiva della materia, questa novella legislativa. Il legislatore, infatti, prendendo atto dello stato di arretratezza e dei preconcetti che attorniavano la disciplina è intervenuto per correggere il tiro e conformarsi all'orientamento euro unitario, alle istanze sollevate più e più volte in sede comunitaria.

Sarebbe, dunque, auspicabile che questa coscienziosa consapevolezza del Legislatore fosse più prolifica e concreta.

Fosse, insomma, frutto di un'autonoma evoluzione dell'ordinamento italiano, purtroppo, troppo ancorato a considerazioni ormai pregresse e anacronistiche, considerazioni che conducono al rallentamento del sistema Paese. Troppo spesso, infatti, il legislatore ha anteposto la lotta quasi ossessiva alla corruzione, rispetto all'efficienza del mercato, in questo caso, dei lavori pubblici.

4. Derghe alla conduzione personale dei lavori: vicende soggettive dell'esecutore.

Il principio di personalità nella conduzione dei lavori è soggetto ad ulteriori deroghe, giustificate dal verificarsi di eventi afferenti all'aggiudicatario, che ne inficiano il proseguo dell'esecuzione.

Infatti, può succedere che, nel corso dell'esecuzione, l'operatore economico beneficiario dell'aggiudicazione del contratto di appalto, si trovi nell'impossibilità di continuare i lavori oggetto del contratto, ovvero muti a seguito di trasformazioni societarie.

A questo punto, è chiaro che la conduzione dei lavori non potrà essere personale, ossia non sarà il medesimo operatore economico a procedere nell'esecuzione del contratto.

Tali ipotesi appena enunciate sono disciplinate nel codice agli artt. 105 che prevede il divieto di cessione del contratto; 106 comma 1 lett. d); 48 comma 7-bis e da 17 a 19-ter; 175 comma 1 lett. d); 184 e 194.⁷⁴

⁷⁴ Non si tratteranno in questa sede, per coerenza di argomentazione, le fattispecie descritte agli artt. 175 comma 1 recante la disciplina di modifiche soggettive nelle concessioni; art. 184 relativo alle modificazioni soggettive nel project financing e art. 194 inerente al general contractor.

Vediamo allora come si articola la regolamentazione normativa.

L'art. 105, come sopra anticipato, vieta la cessione del contratto a pena di nullità, facendo salvi, tuttavia, i casi enunciati all'art. 106 comma 1 lett. d). Non può, inoltre, essere affidata a terzi l'integrale esecuzione delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto, oltre che la prevalente esecuzione relativa al complesso delle categorie prevalenti e dei contratti ad alta intensità di manodopera.

Dalla lettura della norma, emerge una forte criticità: diversamente dal vecchio codice, il codice del 2016 all'art. 106 aggrega in un unico articolo fattispecie eterogenee precedentemente incluse all'interno di diversi articoli.⁷⁵

Sulla costruzione normativa adottata dal Legislatore, si è pronunciata anche la giurisprudenza.

Come si legge dal parere n.855 reso dal Consiglio di Stato in commissione speciale, in data 1° aprile 2016, l'articolo 106 *contiene una disciplina piuttosto complessa ed eterogenea, che avrebbe richiesto, per una migliore semplificazione la suddivisione in più articoli distinguendo la fattispecie delle variazioni progettuali da quelle concernenti le modifiche inerenti alla determinazione del corrispettivo e da quelle riguardanti la rinnovazione del contratto e la sua durata.*

La norma in esame, infatti, descrive complessivamente le modifiche che possono verificarsi in corso d'esecuzione del contratto, tanto sul piano oggettivo, quanto su quello soggettivo. Per quanto qui rileva, ci si soffermerà sul secondo aspetto, esaminato al comma 1 lett. d).

Ebbene, un nuovo contraente può sostituire quello originario, senza ulteriore procedura di evidenza pubblica e previa autorizzazione del RUP, in tre ipotesi: a causa di una clausola di revisione inequivocabile; oppure se l'aggiudicatario iniziale non è più in grado di svolgere i lavori per morte, ristrutturazioni societarie e sempre che non muti il contenuto essenziale del contratto; o, da ultimo, se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

La prima circostanza si riferisce ad una clausola di revisione inequivocabile *“in conformità alle disposizioni di cui alla lett. a) dell'art. 106.”*

Il richiamo, dunque, è alle modifiche oggettive in materia di revisione dei prezzi, in presenza di clausole chiare, precise e inequivocabili nel senso che fissino la portata e la natura delle modifiche nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate con il limite di non alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

Si può evidenziare la poca chiarezza della norma: non si capisce se il collegamento con la lett. a), sia tale da richiedere la sussistenza di *clausole chiare, precise e inequivocabili* che ammettano modifiche soggettive senza ricorrere ad una nuova procedura; oppure se la modificazione soggettiva sia legata all'ipotesi in cui il contratto ponga un limite alla clausola di revisione dei prezzi del contratto e questo limite dovesse essere superato. Tuttavia, in quest'ultimo caso rientrerebbe comunque nella facoltà del contraente decidere se chiedere la risoluzione del contratto o meno.⁷⁶

Si tratta di due diverse tesi, sulle quali la dottrina si è molto divisa. A parere di chi scrive, si ritiene da accogliere la prima delle due argomentazioni: la discutibile scelta del legislatore di fondere in un unico dettato normativo fattispecie tra loro assai eterogenee, come sopra detto, ha avuto quale conseguenza una non limpida redazione. L'intenzione del legislatore, tuttavia, andrebbe ricercata nella necessità di delimitare con grande precisione le ipotesi di modifica soggettiva in corso di esecuzione, attraverso clausole qualificate.

⁷⁵ *ibidem*

⁷⁶ A. Varlaro Sinisi, *Commento all'art. 116*, in F. Caringella e M. Protto, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, Dike, 2017.

Questa prospettiva è avallata dalla giurisprudenza europea: nel caso *Pressetext*⁷⁷ la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, ribadendo il generale divieto di apportare modifiche sostanziali al contratto senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione, ne ammette una parziale deroga.

Difatti, si riconosce la possibilità di apportare modifiche sostanziali al contratto, come quelle inerenti al profilo soggettivo, esclusivamente ove tale facoltà sia prevista nei documenti di gara, in maniera chiara e puntuale. Seconda ipotesi, che legittima il mutamento soggettivo del contraente in fase d'esecuzione, coincide con la sopravvenienza di specifiche circostanze che riguardino l'operatore economico, quali la morte, ristrutturazioni societaria, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione e insolvenza.

Al verificarsi di tali eventi, il soggetto incaricato dell'esecuzione non sarà più lo stesso primo aggiudicatario, per fatti sopravvenuti (anche indipendenti) dalla volontà delle parti, quali la morte o l'insolvenza; oppure per fatti negoziali, ossia per via di modifiche inerenti alla struttura societaria dell'operatore economico.

Si badi però, perché il legislatore, vista l'importanza che ricopre il principio di immodificabilità del contraente, ha inserito una serie di ulteriori condizioni. Difatti, il subentro di un nuovo soggetto non deve essere finalizzato ad eludere l'applicazione del codice, né può implicare modifiche sostanziali al contratto. Inoltre, il nuovo operatore deve soddisfare i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente.

Terza, ed ultima, ipotesi prevista dalla lett. d) dell'art. 106, riguarda il caso in cui la stazione appaltante assuma essa stessa gli obblighi del contraente principale nei confronti dei subappaltatori dello stesso.

La *ratio* di tale previsione è chiara: la stazione appaltante si sostituisce all'appaltatore, assumendone la relativa posizione per evitare che i subappaltatori possano subire le ripercussioni derivanti dalle sue inadempienze. Infatti, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni, la stazione appaltante provvede a pagare anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori, e ai subappaltatori, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto come previsto dall'art. 105.

A questo punto occorre chiedersi se la disposizione come sopra analizzata sia applicabile o meno alle modificazioni soggettive emerse in corso di gara.

Da una prima lettura la risposta non può che essere negativa, visto sostanzialmente che si fa riferimento ai *contratti durante il periodo di efficacia*, dunque contratti stipulati.

Il quesito rievoca vecchi interrogativi già emersi in passato, vista la formulazione degli artt. 35 e 36 della L. 109 del 1994, i quali prendevano in esame solo le ipotesi di mutamento del soggetto risultato aggiudicatario e incaricato dell'esecuzione.⁷⁸

In sostanza, dunque, il nuovo codice non riprende quanto previsto dall'art. 51 del d.lgs. 163 del 2006, il quale regolamentava tutte le vicende soggettive che interessano la fase dell'affidamento e la fase dell'esecuzione del contratto.⁷⁹ La norma in questione prevedeva una deroga alla immodificabilità soggettiva, contemplando le

⁷⁷ Corte di giustizia europea, Sez. VIII, 7/9/2016 n. C-549/14

⁷⁸ art. 35 l. 109/1994 comma 1: "*Le cessioni di azienda e gli atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad imprese che eseguono opere pubbliche non hanno singolarmente effetto nei confronti di ciascuna amministrazione aggiudicatrice fino a che il cessionario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, non abbia proceduto nei confronti di essa alle comunicazioni previste dall'articolo 1 del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 11 maggio 1991, n. 187 e non abbia documentato il possesso dei requisiti previsti dagli articoli 8 e 9 della presente legge.*"

⁷⁹ Art 51 d.lgs. 163 del 2006: "*Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo d'azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'articolo 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice.*"

ipotesi della cessione d'azienda, di ramo d'azienda, trasformazione, fusione e scissione. La giurisprudenza, inoltre, riteneva che *“il cessionario, l'affittuario, ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché' dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal codice.”*⁸⁰

Ebbene, la questione è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza all'epoca della sopra citata legge Merloni, dando luogo a due filoni interpretativi: un orientamento estensivo ed uno letterale, che escludeva l'applicabilità della norma in fase di gara.

La stessa accesa discussione sta riguardando, oggi, il disposto dell'art. 106.

Il Consiglio di Stato, con un'importante sentenza del 18 settembre 2019 n. 6216 ha chiarito come sebbene il disposto dell'art. 51 d.lgs. 163 del 2006 non sia stato riproposto, *il principio da esso affermato, dell'ammissibilità di modifiche soggettive dei concorrenti anche nella fase di aggiudicazione dell'appalto, può ritenersi tuttora applicabile.*⁸¹ In tal senso, si esprime anche la delibera dell'ANAC n. 244 del 8 marzo 2017, che sottolinea *la perdurante esigenza di salvaguardare la libertà contrattuale delle imprese, le quali devono poter procedere alle riorganizzazioni aziendali reputate opportune senza che possa essere loro di pregiudizio lo svolgimento delle gare alle quali hanno partecipato (cfr., al riguardo, Cons. Stato, V, n. 1370/2013, n. 3819/2015).*

A parere di chi scrive, questa visione non può che ritenersi condivisibile per due ordini di ragioni.

Anzitutto si tratta del naturale bilanciamento tra i due principi che ispirano l'intera materia della contrattualistica pubblica: la par condicio tra i concorrenti, che giustificherebbe la esclusione di coloro i quali si trovano in una delle condizioni sopra descritte; l'apertura del mercato, che, invece, mira ad agevolare la partecipazione alle gare quanti più operatori.

E in secondo luogo, la previsione dell'art. 48 comma 19-ter, concernente la modificazione soggettiva nelle formazioni complesse.

La norma dispone che quanto previsto a proposito delle modificazioni soggettive in fase d'esecuzione, debba applicarsi in fase di gara. Questa previsione, introdotta con il correttivo del 2017, agevolerebbe l'interpretazione secondo cui l'intenzione del legislatore è quella di estendere la disciplina anche in fase di gara.

Si tratterebbe, dunque, semplicemente di un'omissione del legislatore, che non deve indurre a ritenere inapplicabile la normativa come sopra esposta. Anche perché, non si capirebbe altrimenti la disparità di trattamento tra formazioni complesse e semplici, in fase di gara: soggetti solo giuridicamente differenti, operanti sul mercato, sottoposti ad una regolamentazione diversa in fase di gara. Insomma, sarebbe una prospettiva assai discutibile se guardata in parallelo con la dimensione comunitaria di apertura al mercato.

Rimane aperta, comunque, la discussione.

⁸⁰ Consiglio di Stato, 5 dicembre 2008, sez. V, n. 6046

⁸¹ Nel dettaglio, *“la possibilità di subentro risultava disciplinata dall'art. 51 del d.lgs. 163/2006, che, - pur in presenza di un divieto di modificazione della composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quello risultante dall'offerta, affermato dall'art. 37, comma 9, ed oggi riproposto dall'art. 48, comma 9, dl d.lgs. 50/2016 - con riferimento alle “vicende soggettive dell'offerente e dell'aggiudicatario” prevedeva che l'affittuario di un'azienda o di un ramo d'azienda subentrato ad un concorrente potesse essere ammesso alla gara, all'aggiudicazione ed alla stipulazione del contratto, previo accertamento dei requisiti previsti dalla normativa e dalla legge di gara. La disposizione non è stata riprodotta nel nuovo codice dei contratti, che, all'art. 106, contempla espressamente soltanto la modifica del contraente.”*

L'art. 48 al comma 7-*bis*, invece, prevede una specifica disciplina concernente le varianti soggettive, laddove ad essere incaricata dell'esecuzione fosse un consorzio, ovvero un raggruppamento temporaneo di imprese.

Ebbene, in questi casi a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione, è consentito il proseguo del rapporto contrattuale con la stazione appaltante.

È chiaro che in questi casi, vista l'articolata natura del soggetto appaltatore, molteplici possono essere le circostanze in cui si può incorrere.

Anzitutto, il comma 17 dell'art. 48 riconosce la perdurante validità del rapporto contrattuale, nonostante dovessero sopravvenire cause patologiche di incapacità afferenti il mandatario, quali la liquidazione giudiziale, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione, ovvero, morte, interdizione, inabilitazione o liquidazione giudiziale del medesimo, perdita, in corso di esecuzione, dei requisiti di cui all'articolo 80.

È consentita, infatti, la sostituzione del mandatario, all'interno del raggruppamento temporaneo stesso, e conseguente continuazione del rapporto contrattuale, esclusivamente laddove il nuovo operatore costituito quale mandatario abbia i requisiti di qualificazione adeguati all'oggetto della prestazione da eseguire.

Qualora, invece, uno degli eventi sopra descritti dovesse riguardare una delle imprese mandanti, il comma 18 prevede che il soggetto mandatario debba procedere alla indicazione di altro operatore economico subentrante, in possesso dei requisiti di idoneità. Ove non indichi alcun operatore, l'esecuzione del contratto proseguirà nell'ipotesi in cui gli altri componenti del raggruppamento o del consorzio, siano in possesso dei detti requisiti.

Nel caso in cui il soggetto incaricato dell'esecuzione, inteso come raggruppamento di imprese, dovesse mutare a seguito del recesso di una di esse, si ammette la possibilità di proseguire nel rapporto contrattuale esclusivamente laddove il recesso dipenda da esigenze di tipo organizzativo del raggruppamento e sempre che le imprese rimanenti abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire.

Da ultimo, come sopra anticipato, il comma 19-*ter* dell'art. 48, estende l'applicazione della disciplina come sopra delineata anche alle modificazioni soggettive verificatesi in fase di gara.

5. Deroghe alla conduzione personale dei lavori: il particolare caso del *project financing*.

Nella trattazione corrente occorre richiamare un'ulteriore deroga al principio di personalità nella conduzione: il subentro nel contratto di *project financing*.

Il *project financing*, o secondo denominazione codicistica "progetto di finanza", è una particolare modalità di aggiudicazione del contratto di concessione.

Si tratta di una forma di partenariato pubblico privato contrattuale, collocata nella parte IV, titolo I del codice all'art. 183, fondata su una marcata collaborazione tra soggetto pubblico ed operatore economico.

Il soggetto privato, infatti, viene coinvolto nella realizzazione dell'operazione sin dalla fase di programmazione: nel *project financing* ad iniziativa privata, disciplinato all'art. 183 dal comma 15 al comma 20, è l'operatore a poter presentare un progetto all'amministrazione, che ne valuterà la convenienza oltre che la fattibilità.

Il progetto di fattibilità viene valutato dall'amministrazione nel termine di tre mesi dalla presentazione. Nella pendenza di tale termine, è facoltà dell'amministrazione richiedere eventuali modifiche alla proposta avanzata.⁸²

⁸² Si badi, si tratta di modifiche di grande importanza visto che intervengono in una primissima fase di presentazione del progetto, di tal che un loro eventuale rigetto da parte dell'operatore economico comporterebbe l'impossibilità di accogliere positivamente la proposta fatta.

Ove accolto positivamente, il progetto di fattibilità viene posto a base di gara. Alla procedura di gara viene invitato il soggetto promotore, il quale formula la propria offerta.

La particolarità dell'istituto sta nel fatto che il promotore, ove non risulti aggiudicatario, può esercitare un diritto di prelazione, che gli viene riconosciuto direttamente all'interno del bando. Attraverso l'esercizio del diritto di prelazione, il promotore diviene aggiudicatario, conformandosi alle migliori condizioni dell'offerta presentata dal soggetto primo classificato.

Il soggetto inizialmente aggiudicatario viene indennizzato, attraverso il rimborso delle spese sostenute nel limite del 2,5% del valore dell'investimento.

Allo stesso modo ove il promotore non eserciti il diritto di prelazione riconosciutogli potrà richiedere, nei confronti dell'aggiudicatario, il rimborso di quanto sostenuto per la presentazione del progetto, nei limiti sopra detti.⁸³

Ebbene, il contratto di *project financing* appare di grande interesse nello studio che si sta conducendo con riguardo al principio di personalità nella conduzione dei lavori, vista la formulazione dell'art. 184 del codice dei contratti pubblici.

Tale norma riconosce la facoltà a favore dell'aggiudicatario di costituire una società di progetto in forma di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile, che subentri nel contratto di concessione affidato a seguito della procedura di selezione.

La società costituita, quindi, diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente, senza alcuna necessità di approvazione o autorizzazione.

Inoltre, laddove sia stato versato una somma in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del relativo contributo.

In alternativa a quanto detto, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione anche delle garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme ricevute.

Le condizioni per la cessione delle quote della società sono tutte indicate all'interno del contratto di concessione, con il limite che la società in questione deve mantenere al suo interno i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione. I soci finanziatori, invece, quali banche o altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono smobilizzare le partecipazioni in qualsiasi momento.

⁸³ Si tratta di una ricostruzione normativa discutibile. Difatti, a seguito di numerosi interventi, oggi la norma prevede un diritto di prelazione estremamente favorevole per il promotore. Questi potrebbe infatti presentare un progetto di fattibilità, di grande importanza e valore per l'amministrazione e per la collettività; tuttavia, avanzando in fase di gara un'offerta scadente, consapevole del fatto che ove non risultato aggiudicatario potrebbe facilmente superare l'esito della gara, conformandosi alle condizioni introdotte nell'offerta migliore.

A ciò si aggiunga che un sistema come quello previsto nella norma, di certo non incentiva la partecipazione degli operatori economici alle gare: è difficile pensare che le imprese partecipino a procedure che richiedono tempi e costi, con l'alta probabilità di non poter conseguire l'aggiudicazione a seguito dell'esercizio del diritto di prelazione da parte del promotore. Non risolve tale criticità la previsione di un mero rimborso delle spese sostenute, nei limiti del 2,5% dell'investimento: non si partecipa ad una gara per un rimborso di questa entità.

Inoltre, l'art. 185 riconosce la facoltà alla società di progetto di emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga a quanto previsto dagli artt. 2412 e 2483 del Codice civile⁸⁴, purché destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati.⁸⁵

L'emissione di questi strumenti è ammessa solo per la realizzazione di una singola infrastruttura o un nuovo servizio di pubblica utilità, ovviamente.

Da ultimo occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 186, i crediti dei soggetti finalizzati a finanziare la realizzazione di queste opere hanno un privilegio generale sui beni immobili del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali.

6. Incidenti in corso d'esecuzione: l'origine del contenzioso.

Analizzati i profili essenziali della fase esecutiva, il riparto di responsabilità e le figure strategiche nell'attuazione del rapporto negoziale, si passa ora ad esaminare i principali motivi che conducono al contenzioso.

Ebbene, prima di svolgere uno studio rispetto ai rimedi alternativi al contenzioso, si ritiene doveroso procedere nella trattazione degli istituti di più delicata attuazione.

Istituti che possono, facilmente, condurre a contrasti e divergenze tra le parti nel corso dell'esecuzione.

Ciò che può ostacolare il rispetto di un vincolo contrattuale sono gli incidenti che sopravvengono durante i lavori, i quali impediscono una regolare osservanza di quanto indicato all'interno dell'accordo.

Tra le diverse fattispecie, si analizzeranno, nel prosieguo, i casi in cui, per diverse ragioni, si rende necessaria o si richiede una modifica di quanto costituisce oggetto della prestazione; una variazione dei prezzi e conseguentemente del corrispettivo; una variazione dei tempi necessari per eseguire l'opera.

Si procederà, dunque, all'esame delle varianti e delle modifiche in corso d'opera, delle riserve e della sospensione.

6.1 Le varianti in corso d'opera.

Il codice definisce i casi, le condizioni e il limite delle modifiche contrattuali in corso d'esecuzione, tanto dal punto di vista oggettivo quanto dal punto di vista soggettivo.⁸⁶

Sotto il primo profilo l'art. 106 del codice, rubricato "Modifica di contratti durante il periodo di efficacia", contiene una dettagliata disciplina in merito. Si tratta del risultato di un'incessante evoluzione normativa.

Prima della legge Merloni, era riconosciuta a favore del direttore dei lavori la facoltà di variare il contenuto dei contratti, qualunque fosse la motivazione della modifica stessa: non c'era un vincolo a realizzare il progetto approvato sulla base del quale era stata bandita una gara, ma l'amministrazione aveva il potere in qualunque

⁸⁴ 2412 comma 1: "La società può emettere obbligazioni al portatore o nominative per somma complessivamente non eccedente il doppio del capitale sociale, della riserva legale e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio. I sindaci attestano il rispetto del suddetto limite."

2483 commi 1 e 2: "Se l'atto costitutivo lo prevede, la società può emettere titoli di debito. In tal caso l'atto costitutivo attribuisce la relativa competenza ai soci o agli amministratori determinando gli eventuali limiti, le modalità e le maggioranze necessarie per la decisione.

I titoli emessi ai sensi del precedente comma possono essere sottoscritti soltanto da investitori professionali soggetti a vigilanza prudenziale a norma delle leggi speciali. In caso di successiva circolazione dei titoli di debito, chi li trasferisce risponde della solvenza della società nei confronti degli acquirenti che non siano investitori professionali ovvero soci della società medesima."

⁸⁵ Sono così intesi gli investitori qualificati come tali dalla Consob con regolamento ex art. 100 dlgs. 58 del 1998, oltre che le società ed altri soggetti giuridici controllati (ex art. 2359 c.c.) da investitori qualificati.

⁸⁶ *Infra* Capitolo II, paragrafo IV.

momento di variare il progetto, nei limiti del quinto d'obbligo e dovendo comunque negoziare le nuove condizioni con l'appaltatore.

Successivamente, all'inizio degli anni 90, con il dilagare del fenomeno di tangentopoli, si iniziò a pensare che il ricorso all'istituto delle varianti fosse uno strumento dietro il quale si potesse annidare la corruzione: si riteneva che la patologia delle opere pubbliche dipendesse dal fatto che le amministrazioni faticassero a realizzare l'opera nei tempi e nei costi programmati.⁸⁷

La soluzione elaborata all'epoca fu disporre di un progetto esecutivo imm modificabile: un progetto per il quale non ci fosse la necessità di intervenire con variazioni.

Fu introdotto l'art. 25 della legge Merloni n.109. La norma prevede l'obbligo della motivazione della variante, limitando, inoltre, il ricorso alla variante in alcune ipotesi specifiche:

“a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;

b) per cause imprevedute e imprevedibili accertate nei modi stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 3, o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento della progettazione che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità dell'opera o di sue parti e sempre che non alterino l'impostazione progettuale;

b-bis) per la presenza di eventi inerenti alla natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti impreveduti o non prevedibili nella fase progettuale;

c) nei casi previsti dall'articolo 1664, secondo comma, del Codice civile;

d) per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione; in tal caso il responsabile del procedimento ne dà immediatamente comunicazione all'Osservatorio e al progettista.”

Si individuavano, dunque, una serie di circostanze non conosciute al momento dell'elaborazione del progetto, imprevedute e tali, dunque, da giustificare un diverso progetto rispetto a quello contrattualizzato.

Il contenuto dell'art. 25 fu poi trasposto nell'art. 132 del d.lgs. 163 del 2006. Entrambe le disposizioni riconoscevano la possibilità di modificare il contenuto del contratto entro il 5% dell'importo contrattuale e sempre che le somme fossero disponibili nel quadro economico.

Inoltre, era possibile attuare semplici modifiche tecniche non tali da alterare l'importo, ma che potevano incidere sulle categorie relative all'appalto.

Le criticità emersero con l'attuazione di tale disciplina: le amministrazioni adottavano provvedimenti che, seppur motivati, difficilmente apparivano giustificati secondo la nozione di *impreveduto* come sopra detta.⁸⁸

Con le direttive del 2014 e successiva legge delega del 2016, il quadro normativo previgente subì una sostanziale modifica, anche nell'ottica di risolvere le problematiche sollevate.

Nel dettaglio, l'art. 72 della dir. 2014/24/UE e l'art. 89 dir. 2014/25/UE si occuparono della materia.

A livello euro unitario si trattava di un intervento volto a trovare un punto di equilibrio tra il principio di tendenziale imm modificabilità del contratto di appalto nel corso della sua esecuzione (nel rispetto del corretto dialogo concorrenziale e della parità di trattamento) e l'esigenza di assicurare flessibilità a un rapporto negoziale tendenzialmente duraturo.⁸⁹

⁸⁷ A. Cancrini, *Le Varianti in corso d'opera*, 29 aprile 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=EKplitaZfVI&t=370s>

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ In Sandulli, Maria Alessandra., e Rosanna De Nictolis. *Varianti e modifiche in Trattato sui contratti pubblici.*, a cura di Francesco Sciaudone vol. IV, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 253 ss.

Un tema molto delicato, già dibattuto in giurisprudenza. La CGUE, infatti, ha più volte richiamato la necessità di fornire un chiarimento in merito alla tipologia di modifiche attuabili in corso d'esecuzione, cercando di individuare alcune possibili interpretazioni.⁹⁰

Recependo il contenuto delle direttive, la legge delega n.11 del 2016, all'art. 1 comma 1, lett. ee) reca, tra i criteri direttivi volti alla ridefinizione della normativa di settore, l' "*introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera, distinguendo in modo dettagliato tra variazioni sostanziali e non sostanziali, in particolare nella fase esecutiva e con specifico riferimento agli insediamenti produttivi strategici e alle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale di cui al comma 1 dell'articolo 1 della legge 21 dicembre 2001, n. 443, e successive modificazioni; previsione che ogni variazione in corso d'opera debba essere adeguatamente motivata e giustificata unicamente da condizioni impreviste e imprevedibili e, comunque, sia debitamente autorizzata dal responsabile unico del procedimento, con particolare riguardo all'effetto sostitutivo dell'approvazione della variazione rispetto a tutte le autorizzazioni e gli atti di assenso comunque denominati e assicurando sempre la possibilità, per l'amministrazione committente, di procedere alla risoluzione del contratto quando le variazioni superino determinate soglie rispetto all'importo originario, garantendo al contempo la qualità progettuale e la responsabilità del progettista in caso di errori di progettazione e prevedendo, altresì, l'applicazione di uno specifico regime sanzionatorio in capo alle stazioni appaltanti per la mancata o tardiva comunicazione all'ANAC delle variazioni in corso d'opera per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria*".

L'obiettivo era dunque di ridurre la possibilità di variazioni progettuali nel corso dell'esecuzione, a casi del tutto eccezionali ed in condizioni imprevedibili, previa adeguata motivazione resa dalla stazione appaltante e previa approvazione da parte del RUP.

Inoltre, riprendendo le delucidazioni offerte sul tema dalla CGUE e dalle direttive, veniva indicata la necessità di distinguere tra modifiche sostanziali e non, *in modo dettagliato*.⁹¹

⁹⁰ CGUE, 19 giugno 2008 in C-454/2006; CGUE, 7 settembre 2016 in C-549/14.

⁹¹ Nelle direttive, considerando 107 dir. 2014/24/UE: "*È necessario precisare, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto. La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e al contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale*";

considerando 113 dir. 2014/25/UE: "*È necessario precisare, tenendo conto della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, le condizioni alle quali le modifiche di un contratto durante la sua esecuzione richiedono una nuova procedura di appalto. La nuova procedura d'appalto è necessaria quando sono apportate modifiche sostanziali al contratto iniziale, in particolare all'ambito di applicazione e il contenuto dei diritti e degli obblighi reciproci delle parti, inclusa la distribuzione dei diritti di proprietà intellettuale. Tali modifiche dimostrano l'intenzione delle parti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto in questione. Ciò si verifica in particolare quando le condizioni modificate avrebbero inciso sul risultato della procedura di base nel caso in cui fossero già state parte della procedura iniziale.*

Le modifiche del contratto comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato valore dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d'appalto. A tal fine e allo scopo di garantire la certezza giuridica, la presente direttiva dovrebbe prevedere soglie «de minimis», al di sotto delle quali non è necessaria una nuova procedura di appalto. Le modifiche contrattuali al di sopra di tali soglie dovrebbero essere possibili senza necessità di una nuova procedura di appalto nella misura in cui soddisfino le pertinenti condizioni previste dalla presente direttiva."

In giurisprudenza, *ex multis*, CGUE, 19 giugno 2008 in C-454/2006 : "*Al fine di assicurare la trasparenza delle procedure e la parità di trattamento degli offerenti, modifiche apportate alle disposizioni di un appalto pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, ai sensi della direttiva 92/50, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale e siano, di conseguenza, atte a dimostrare*

Tali indicazioni furono poi accolte nel d.lgs. 50 del 2016, come detto, all'art. 106.

A ben vedere, da un raffronto con la normativa europea in materia, si può ritenere che la tecnica utilizzata dal legislatore sia stata quella del “*copy-out*”: sono state riprese quasi pedissequamente le previsioni contenute nelle direttive.⁹²

La conferma di quanto detto si trova sin dalla lettura della rubrica dell'art. 106: “modifica dei contratti durante il periodo di efficacia”. Si tratta di una traduzione tecnica aderente al testo originario delle direttive europee riferite a contratti *during their terms* o *en cours*.⁹³

Infatti, la disciplina dettata dall'art. 106 si applica a tutti i contratti in corso di validità, nonostante la rubrica dell'articolo si riferisca ai “contratti in periodo di efficacia”. Difatti, secondo la migliore dottrina, i due termini non sono sinonimi: il termine “efficacia” sarebbe connesso ai contratti di appalto di cui non siano ancora esauriti gli effetti; mentre il termine validità si riferisce ad aspetti formali del negozio.

Si è ritenuta una scelta dettata dall'esigenza di conformarsi al testo originale in lingua inglese e francese della direttiva.

Nel rispetto dei principi che regolano i rapporti tra soggetti contraenti nell'esecuzione di un vincolo negoziale, oggi il codice ammette la possibilità di modificare il contratto in corso d'opera, senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione:

- se le modifiche sono state previste nei documenti di gara in clausole precise, chiare ed inequivocabili;
- se le modifiche riguardano lavori, servizi o forniture supplementari da parte del contraente originale resisi necessari e non inclusi nell'appalto originale, ove un cambiamento del contraente risulti impraticabile per motivi economici o tecnici, oppure comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi;
- se le modifiche, congiuntamente, non alterino la natura generale del contratto, siano la conseguenza di eventi imprevedibili o imprevisti;⁹⁴
- se le modifiche riguardano il profilo soggettivo, laddove il mutamento dell'esecutore avvenga in condizioni eccezionalmente ammesse;⁹⁵
- se le modifiche non sono sostanziali;
- se il valore della modifica è al di sotto delle soglie di cui all'art. 35 del codice e non superi il 10% del valore dell'originario contratto.⁹⁶

La formulazione normativa risulta particolarmente complessa e lascia spazio a forti dubbi interpretativi.

la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto (v., in tal senso, sentenza 5 ottobre 2000, causa C-337/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-8377, punti 44 e 46).

La modifica di un appalto pubblico in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata.”

⁹² Cfr. R.Magnani, *Varianti, dubbi sul tetto al 50 per cento. Ridotti gli spazi per le modifiche motivate con errori di progettazione*, in edil. terr., Dossier n.4, *Il nuovo codice appalti, poteri dell'ANAC, stazioni appaltanti ed imprese: tutte le novità del testo del d.lgs. 50/2016*, 4 giugno 2016, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com; Cianflone, Antonio, Giorgio Giovannini, e Vincenzo Lopilato. *L'appalto di opere pubbliche. L'esecuzione*. Quattordicesima edizione. Milano: Giuffrè, 2018.

⁹³ M. Corradino, S. Sticchi Damiani et al. *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 e successive modifiche*. Giuffrè 2021,, 695 ss.

⁹⁴ Tra queste ipotesi rientra la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità preposti alla tutela di interessi rilevanti.

⁹⁵ Nel dettaglio, *infra* CAP II, Par. 4 sulle modifiche soggettive.

⁹⁶ 15% nel caso dei contratti relativi ai settori speciali.

Non è facile, ad esempio, indicare con precisione i limiti entro cui è possibile ricorrere a lavori, servizi e forniture supplementari: non è chiaro quando motivi tecnici o economici possano far ritenere la modifica dell'esecutore causa di notevoli disguidi o duplicazione dei costi.⁹⁷

Si lascia, quindi, un notevole margine di operatività alla discrezionalità interpretativa del giudice oltre che delle stazioni appaltanti.

Non vengono riproposte nel testo della norma le varianti migliorative, tali da ammettere la possibilità per l'appaltatore di proporre migliorie che comportino una diminuzione dell'importo originario dei lavori.

Secondo parte della dottrina l'esclusione di questa tipologia di varianti è un grave *vulnus* dell'attuale codice, auspicando che sul punto intervenga una precisazione di *soft law*.⁹⁸

Sul tema si è però pronunciata la giurisprudenza, con riguardo alla differenza tra varianti e soluzioni migliorative: le soluzioni, differentemente dalle varianti, possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse strade, ma sempre tenendo conto del progetto posto a base di gara. È comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amministrazione.

Le varianti migliorative, invece, si sostanziano in vere e proprie modifiche del progetto; quindi, la loro operabilità è subordinata ad una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e individuazione dei relativi requisiti minimi.

Di conseguenza, si deve ammettere l'ammissibilità di varianti migliorative purché consentite dalla *lex* di gara ed entro i limiti indicati.⁹⁹In definitiva, le varianti migliorative sono ammesse *solo allorché la modifica progettuale sia ricompresa entro i margini di discrezionalità riconosciuti all'operatore, ovvero sia espressamente prevista dalla lex specialis*.¹⁰⁰

Altro profilo sul quale è necessario soffermarsi, vista la crucialità dell'istituto, riguarda la corretta definizione di modifica sostanziale.

Ai sensi dell'art. 106 comma 4, una modifica è sostanziale quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti. In ogni caso sono sostanziali:

- le modifiche che, se fossero state contenute nella procedura di appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata;

⁹⁷ A. Gigliola, S. Fidanza *L'articolo 106 nel nuovo codice. Modifica di contratti durante il periodo di validità*; 14 Luglio 2016, in *ItaliAppalti*. Gli Autori sottolineano criticamente come "In primo luogo si tratta di lavori, servizi e forniture che il nuovo codice si limita a definire come supplementari, senza scendere nello specifico. Inoltre non è chiaro cosa si intenda né per impraticabilità economica, né per impraticabilità tecnica. Sulla prima non si specifica se esista un limite oggettivo all'impraticabilità o se essa coincida con la duplicazione dei costi. Sulla seconda la norma sembrerebbe indicare una impossibilità connessa all'intercambiabilità ed interoperabilità tra apparecchiature che, riferendosi ai soli appalti di servizi e forniture (tra l'altro neanche in maniera tassativa), lascia la definizione dell'impossibilità alla sola discrezionalità e interpretazione della stazione appaltante." (...) "Anche l'utilizzo della nozione "notevoli disguidi", nella sua genericità, appare eccessivamente esposta ad interpretazioni flessibili difficilmente sindacabili; senza contare che non è chiaro se tale nozione si riferisca a disagi relativi all'esecuzione delle prestazioni, a disagi della stazione appaltante o a disagi della collettività di utenti, visto che si tratta di nozione del tutto estranea alla materia dei contratti pubblici. L'utilizzo dell'espressione "notevole duplicazione dei costi" sembrerebbe scelta altrettanto infelice del legislatore, visto che non precisa se ci si riferisca ad un incremento oggettivo, consistente in un aumento notevole o in una letterale duplicazione, oppure un incremento soggettivamente valutabile dalla stazione appaltante."

⁹⁸ Piselli P., *La disciplina delle varianti nel nuovo codice degli appalti*, in www.piselliandpartners.com, 11 aprile 2016.

⁹⁹ Da ultimo, sent. Cons. di Stato, sez. V, 27.10.2021 n. 7218; cfr. Cons. di Stato, sez. V, 03.03.2021 n. 1808; Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, III, 19 dicembre 2017, n. 5967; Cons. di Stato, V, 18 febbraio 2019, n. 1097; Cons. di Stato, V, 15 gennaio 2019, n. 374.

¹⁰⁰ Cons. di Stato, sez. V, 12.05.2020 n. 2969.

- le modifiche che cambiano l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo, a favore dell'aggiudicatario;
- le modifiche che estendono notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;
- le modifiche che consentono la sostituzione dell'originario contraente in casi diversi da quelli in cui è consentito.

Giannelli pone l'attenzione sullo scopo del contratto, per comprendere se la modifica rientri o meno nella tipologia delle modifiche sostanziali: riprendendo gli spunti offerti dalla CGUE, secondo l'autrice, il cd. *scope of the contract test* tende a valutare se la modifica del contratto sia o meno in grado di alterare il baricentro dell'originario sinallagma.¹⁰¹ Secondo Scafuri si ha modifica sostanziale *quando si avverte la disarmonia contrattuale che incide di riflesso sull'assetto concorrenziale della procedura.*¹⁰²

In accordo con la CGUE le modifiche *“costituiscono una nuova aggiudicazione, e quindi sono sostanziali, quando presentino le caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle del contratto iniziale e siano di conseguenza atte a dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto. la modifica di un contratto in corso di validità può ritenersi sostanziale qualora introduca condizioni che se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata”*¹⁰³

Altro aspetto di grande interesse concerne l'esatta qualificazione delle varianti determinate da circostanze sopravvenute imprevedute e imprevedibili per la stazione appaltante.

In base al considerando 109 della dir. 2014/24/UE, *“Il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile.”*

L'ANAC, inoltre, esclude la riconducibilità alla condizione di imprevedibilità, laddove la necessità di ricorrere alle varianti derivi *“dalla mancata osservanza delle prescrizioni assegnate alla progettazione e dall'insufficienza delle indagini preliminari, trattandosi di circostanze note o prevedibili, non appare legittimo l'inquadramento delle relative varianti nelle tipologie delle “cause imprevedute e imprevedibili”, dell'“imprevisto geologico” e dell'“intervento migliorativo”, di cui, rispettivamente, all'art. 25, comma 1, lett. b), b-bis) e c), e comma 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.”.*¹⁰⁴

Interessante, sul punto, il parere del Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibile n. 731 del 18 settembre 2020 in risposta al quesito sull'esatta individuazione della nozione di imprevedibilità. Si riferisce, infatti, che non esiste una soluzione da accogliere in assoluto, in modo generale e astratto: è delegato al RUP il compito di definire, caso per caso, in concreto, se ricorre o meno il requisito della oggettiva imprevedibilità o se il progettista, dotato di media diligenza e perizia professionale, avrebbe potuto e dovuto compiere indagini per accertare lo stato di fatto in modo più approfondito.

Il secondo comma dell'art. 106 ammette la possibilità di modificare il contenuto del contratto in caso di errori progettuali, ferma restando la responsabilità dei progettisti¹⁰⁵, ove le carenze del progetto pregiudichino in

¹⁰¹ A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici. Report annuale 2013 Italia*, in Ius Publicum Network Review.

¹⁰² A. Scafuri, in M. Corradino e altri, op. ult. cit.

¹⁰³ CGUE 13 aprile 2012, C-91/08.

¹⁰⁴ Deliberazione n.106 del 13 dicembre 2006.

¹⁰⁵ Il comma 10 definisce errore o omissione di progettazione *“l'inadeguata l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione, il mancato rispetto dei*

tutto o in parte la realizzazione dell'opera e sempre che detta modifica rientri nei limiti sopra detti. (non comporti una modifica del 10% dell'importo contrattuale e sia inferiore alle soglie comunitarie).

Quando le amministrazioni o gli enti modificano un contratto, per lavori, servizi, forniture supplementari ovvero a seguito di circostanze imprevedute o imprevedibili (cd. varianti in corso d'opera), viene pubblicato uno specifico avviso nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea.¹⁰⁶

Le modifiche, relative alle prestazioni supplementari e agli errori progettuali, sono altresì comunicate all'ANAC entro trenta giorni dal loro perfezionamento. Si tratta di una comunicazione fondamentale: una mancato o tardivo avviso comporta l'irrogazione da parte dell'Autorità di una sanzione amministrativa nei confronti della stazione appaltante di importo compreso tra i 50 e 200 euro per ogni giorno di ritardo.

La comunicazione serve a rendere note le modifiche anche a soggetti terzi, vista la necessaria pubblicazione, sulla sezione dedicata all'amministrazione trasparente, dell'elenco delle modificazioni contrattuali con relativo valore. Attraverso tale comunicazione, inoltre, l'ANAC prende conoscenza delle modifiche, così da poter eventualmente esercitare i propri poteri, riconosciuti all'art. 213 del codice.

Per quanto concerne la durata, questa può essere modificata solo se prevista nel bando o negli altri documenti di gara e per il tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. Si tratta della cd. "proroga tecnica" di carattere assolutamente eccezionale come più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa¹⁰⁷ e dall'ANAC¹⁰⁸.

È, questa, una regola che si fonda su un principio di matrice euro unitaria, fondamentale: la *par condicio* tra i concorrenti e la tutela della concorrenza.¹⁰⁹

Viene ripresa nell'attuale codice la regola del quinto d'obbligo: si riconosce a favore della stazione appaltante la possibilità di modificare il contenuto del contratto fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto che l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire alle stesse condizioni previste nel contratto originario, senza potersi sottrarre all'esecuzione, facendo valere la risoluzione del contratto.

La disciplina delle varianti diventa più flessibile per gli appalti e le concessioni di importo inferiore alla soglia comunitaria: in tal caso le modifiche vengono comunicate dal RUP all'osservatorio tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza.

requisiti funzionali ed economici prestabiliti e risultanti da prova scritta, la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali."

¹⁰⁶ Laddove si tratti un contratto sottosoglia, è sufficiente una pubblicazione in ambito nazionale.

¹⁰⁷ Sent. sez. V Cons. di Stato 29 maggio 2019, n. 3588 "La cd. "proroga tecnica" – istituto volto ad assicurare che, nelle more dello svolgimento di una gara per il nuovo affidamento di un servizio, l'erogazione dello stesso non subisca soluzioni di continuità – rappresenta un'ipotesi del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali."

¹⁰⁸ Delibera n.591 del 28 luglio 2021, secondo cui "La proroga dei contratti pubblici cd. tecnica, ovvero quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento di una nuova procedura di gara, ha carattere eccezionale e di temporaneità, essendo uno strumento volto esclusivamente ad assicurare una data prestazione in favore della pubblica amministrazione, nel passaggio da un regime contrattuale ad un altro. L'utilizzo reiterato della proroga tecnica, che si traduce in una fattispecie di affidamento senza gara, comporta la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, enunciati dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 163/2006, oggi art. 30 comma 1 del d.lgs. 50/2016. Il dilatarsi della tempistica per la predisposizione dei documenti di gara, che ritarda l'avvio della procedura rispetto a quanto previsto negli atti di programmazione, non risulta in linea con il principio di tempestività enunciato dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016, corollario del principio di buon andamento di cui all'art. 97 della Costituzione".

¹⁰⁹ Ex multis sent. CGUE sez. VIII, 7 settembre 2016 in C-549/14 secondo cui in base al principio di parità di trattamento e all'obbligo di trasparenza che ne deriva, dopo l'aggiudicazione di un appalto pubblico, non può essere apportata una modifica sostanziale dei termini dell'appalto stesso senza l'avvio di una nuova procedura di aggiudicazione vertente sull'appalto modificato.

È previsto un regime speciale di cessione dei crediti, particolare rispetto all'art. 1260 c.c.

Le cessioni dei crediti devono avvenire mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata ed essere notificate alle amministrazioni debtrici: il mancato rispetto di tali oneri comporta l'efficacia e l'inopponibilità della cessione al debitore ceduto, quindi all'amministrazione.

È riconosciuto un termine di 45 giorni dalla notifica della cessione, entro cui l'amministrazione può rifiutarla con comunicazione al cedente.

Qualora una variazione venga adottata unilateralmente e fuori dai casi indicati nella norma, ai sensi dell'art. 102 comma 5 del codice, si fa salva l'applicazione dell'art. 1669 c.c.: *“l'appaltatore risponde per la difformità e i vizi dell'opera o delle prestazioni, ancorché riconoscibili, purché denunciati dalla stazione appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo»*.

L'appaltatore, quindi, dovrà ripristinare lo stato delle cose precedente allo svolgimento delle modifiche da lui indebitamente effettuate. Rimane ferma la responsabilità amministrativa degli organi competenti che abbiano dato luogo alle modifiche e la possibilità di proporre ricorso avverso tali violazioni della materia.

6.2 La sospensione dell'esecuzione.

Altra principale ragione delle controversie nella materia della contrattualistica pubblica riguarda la sospensione dell'esecuzione: una situazione in cui è ostacolata la prosecuzione dei lavori.

Si tratta di un'eccezione alla regolare esecuzione dei lavori nei tempi inizialmente individuati: può essere disposta direttamente dalla stazione appaltante su richiesta dell'appaltatore e nei casi specificatamente previsti, afferenti a circostanze imprevedute o imprevedibili o comunque di natura tecnica. Una deroga ai principi civilistici di tempestiva e corretta realizzazione della prestazione pattuita.

La sospensione, ove non correttamente utilizzata, infatti, può comportare un notevole dispendio delle risorse pubbliche, ovvero l'impossibilità di far fede agli impegni negoziali assunti dall'operatore economico, vincolato oltre tempo alle prestazioni richieste.

Non solo. Il fine stesso di un contratto pubblico, si riflette negli interessi della collettività: una sua esecuzione fuori dai tempi previsti comporta un danno diretto alla comunità.

I casi previsti dalla legge si riferiscono a situazioni esterne rispetto alla sfera di diligente controllo delle parti, non sono situazioni prevedibili al momento della stipula del contratto oppure superabili con la richiesta diligenza.¹¹⁰

Tutto, dunque, ruota attorno all'esatta individuazione dei presupposti in base ai quali si può sospendere l'esecuzione, tema cruciale per evitare che si giunga al contenzioso. Difatti qualora si ritenga che l'eventuale sospensione da parte dell'esecutore non trovi giustificazione o non rientri in alcuna delle ipotesi normativamente previste, allora saranno disposte penali per l'ulteriore tempo impiegato. Così come qualora sia l'amministrazione a disporre una sospensione illegittima, questa concederà un termine suppletivo all'appaltatore per svolgere i lavori, oltre che rimborsargli i maggiori oneri sopportati per il prolungamento dei tempi.

La norma di riferimento è l'art. 107 del codice che recepisce gli artt. 73 dir. 2014/24/UE, 90 dir. 2014/25/UE, 44 dir. 2014/23/UE, definendo i casi in cui è possibile sospendere l'esecuzione di un contratto pubblico o porre termine ad una concessione in vigenza della stessa. La disposizione è applicabile ai contratti relativi a lavori, così come anche servizi e forniture.

¹¹⁰ S. Lombardo A. Cirafisi, *Manuale dei lavori pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005; Aa. Vv., *Appalti pubblici* di D. Galli, D. Gentile V. Paoletti Gualandi, Milano, Ipsoa, 2015.

Il termine di adempimento delle prestazioni inizia a decorrere dalla data del verbale di consegna; al momento del completamento dei lavori, invece, spetta all'appaltatore comunicare l'ultimazione: la mancata comunicazione ricade sulla responsabilità dell'esecutore stesso, dilatando i tempi di esecuzione.

Le ipotesi di sospensione legittima previste dal legislatore sono le seguenti:

- la sospensione può essere disposta dal direttore dei lavori, laddove circostanze speciali ed imprevedibili impediscano, temporaneamente, che i lavori procedano a regola d'arte.

In tal caso viene compilato un verbale di sospensione con l'intervento, ove possibile, dell'esecutore. Nel verbale sono indicate le ragioni che vi sono poste a fondamento, le circostanze che giustificano la sospensione oltre che lo stato di avanzamento dei lavori e le cautele adottate per riprendere successivamente i lavori.

Il significato di "circostanze speciali" era analizzato all'art. 159 del d.P.R. n.207 del 2010: erano indicate come tali le circostanze di forza maggiore¹¹¹, circostanze dovute a condizioni climatiche avverse¹¹², situazioni che determinavano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera, fatti non prevedibili al momento della stipulazione del contratto.

Nonostante l'abrogazione del regolamento del 2010, queste indicazioni sono state più volte utili alla giurisprudenza nell'applicazione della norma in esame.

Si tratta, dunque, di circostanze non rientranti nella libera discrezionalità dell'amministrazione, ma che soggiacciono all'alea dovuta alla loro *specialità*.

Una volta redatto il verbale, viene trasmesso al responsabile del procedimento.

- la sospensione può essere disposta, da parte del RUP, al ricorrere di ragioni di necessità o di pubblico interesse. Tale ipotesi si ricollega al concetto di inesauribilità dei pubblici poteri¹¹³: in virtù delle funzioni attribuite al soggetto pubblico, si riconosce una facoltà normalmente non rientrante in quelle tipicamente esercitabili dalla parte contrattuale secondo regole civilistiche.

È, dunque, un caso molto particolare, visto che si ha una sostanziale deroga all'applicazione del diritto comune, segno evidente dell'influenza pubblicistica sulla materia.

La sospensione avviene con atto motivato che evidenzia l'interesse sotteso alla stessa.

Laddove l'esecuzione sia sospesa per più di un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione, o comunque per più di sei mesi, l'esecutore può richiedere la risoluzione del contratto, senza indennità alcuna. Se la stazione appaltante si oppone alla risoluzione, è riconosciuto il diritto all'esecutore di vedersi rimborsato dei maggiori oneri dovuti al prolungamento dei termini.

Oltre alle sopra esaminate ipotesi di sospensione, l'art. 107 disciplina anche un caso di proroga disposta su richiesta dell'esecutore.

Differentemente dalla sospensione, la proroga può essere richiesta dall'esecutore, la cui istanza viene analizzata dal RUP che, sentito il direttore dei lavori, decide entro trenta giorni.

¹¹¹ Non può costituire causa di forza maggiore, *un evento di cui era data la prevedibilità al momento della stipula del contratto*, vedi F. Macario, *Le sopravvenienze in Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè 2006; sempre secondo la dottrina, tra le ipotesi di forza maggiore rientra il cd. *factum principis*, ossia l'atto oggettivamente impeditivo adottato dall'autorità, nonché la cd. sorpresa archeologica, ossia il rinvenimento di reperti archeologici rilevanti, vedi Sandulli, Maria Alessandra., e Rosanna De Nictolis, *Sospensione in Trattato sui contratti pubblici* vol. IV. Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 263 e 332.

¹¹² Va da sé la necessità di guardare alle condizioni climatiche abituali del luogo: *se è stato redatto un programma di esecuzione che tenga conto dell'andamento climatico della zona di realizzazione delle opere, la concessione della sospensione è possibile solo quando l'evento meteorologico assuma carattere eccezionale e rientri così nell'ambito della forza maggiore*, ad esempio inondazioni, terremoti, frane. Così P. Carbone, *La disciplina della sospensione dei lavori nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n.554 e nel d.m. 19 aprile 2000 n.145*, in Riv. trim. app., 2002.

¹¹³ Approfondita da C. Leone, in *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, Giuffrè 2017.

La proroga può, inoltre, essere concessa esclusivamente a ricorrere di cause a lui non imputabili che obiettivamente gli impediscano di ultimare i lavori nel termine fissato. Secondo la dottrina la genericità della formulazione normativa dovrebbe trovare la propria ragion d'essere "*nell'opportunità di assicurare un minimo margine di discrezionalità all'amministrazione al fine di temperare la rigida applicazione di penali che, nella fattispecie concreta, potrebbero apparire eccessivamente onerose*".¹¹⁴

Chiaramente, la proroga comporta un prolungamento dei termini necessari per eseguire la prestazione. Tuttavia, il tempo del contratto viene modificato su richiesta dell'esecutore stesso: ciò significa che questi non avrà diritto ad alcun risarcimento o indennizzo.

Fatta eccezione per la terminologia utilizzata, non sembra siano state apportate sostanziali modifiche rispetto alla disciplina previgente, riportata all'art. 159 commi 8-10 del d.P.R. 207 del 2010.¹¹⁵

In ogni caso, la sospensione è disposta solo per il tempo strettamente necessario, dovendo poi riavviare lo svolgimento dei lavori: è compito del RUP disporre la ripresa dell'esecuzione indicando il nuovo termine contrattuale.

Qualora la sospensione fosse disposta fuori dai casi sopra visti, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti, calcolato secondo i criteri di cui all'art. 1382 c.c. e 111 comma 1, cioè con le modalità individuate secondo regolamento.

Il regolamento n. 207 del 2010 disponeva, all'art. 160, che "*il danno derivante da sospensione illegittimamente disposta è quantificato secondo i seguenti criteri:*

a) detratte dal prezzo globale nella misura intera, le spese generali infruttifere sono determinate nella misura pari alla metà della percentuale minima prevista dall'articolo 32, comma 2, lettera b), rapportata alla durata dell'illegittima sospensione;

b) la lesione dell'utile è riconosciuta coincidente con la ritardata percezione dell'utile di impresa, nella misura pari agli interessi moratori come fissati dall'articolo 144, comma 4, computati sulla percentuale prevista dall'articolo 32, comma 2, lettera c), rapportata alla durata dell'illegittima sospensione;

c) il mancato ammortamento e le retribuzioni inutilmente corrisposte sono riferiti rispettivamente al valore reale, all'atto della sospensione, dei macchinari esistenti in cantiere e alla consistenza della mano d'opera accertati dal direttore dei lavori ai sensi dell'articolo 158, comma 5;

d) la determinazione dell'ammortamento avviene sulla base dei coefficienti annui fissati dalle vigenti norme fiscali".

Si guardava, quindi, alle spese generali infruttifere, la durata della sospensione illegittima, le retribuzioni inutilmente corrisposte.

Il richiamo all'art. 1382 del Codice civile si poteva considerare espressivo dell'intento del legislatore di semplificare la prova del danno da parte dell'appaltatore, attraverso l'applicazione di quanto previsto dal comma 2 della stessa norma civilistica: "*la penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno*".¹¹⁶

Inoltre, in aggiunta alle voci di danno espressamente menzionate, l'art. 160, attraverso una formulazione piuttosto ampia, riconosceva la possibilità di valutare ulteriori elementi, purché documentati e strettamente connessi alla sospensione dei lavori.

¹¹⁴ Così D. Spinelli, *I termini di esecuzione dell'appalto*, in www.veneziastudisrl.it, maggio 2009.

¹¹⁵ R. Garofoli e G. Ferrari, *la nuova disciplina degli appalti pubblici*, Roma, Neldiritto, 2016.

¹¹⁶ Così Sandulli, Maria Alessandra., e Rosanna De Nictolis, *Sospensione in Trattato sui contratti pubblici* vol. IV. Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 356.

Il vigente d.m. 49 del 2018, al quale l'art. 107 rimanda, recita come *“Il contratto deve contenere una clausola penale nella quale il risarcimento dovuto all'esecutore nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4 dell'articolo 107 del codice sia quantificato sulla base dei seguenti criteri: a) i maggiori oneri per spese generali infruttifere si ottengono sottraendo all'importo contrattuale l'utile di impresa nella misura del 10 per cento e le spese generali nella misura del 15 per cento e calcolando sul risultato la percentuale del 6,5 per cento. Tale risultato va diviso per il tempo contrattuale e moltiplicato per i giorni di sospensione e costituisce il limite massimo previsto per il risarcimento quantificato sulla base del criterio di cui alla presente lettera;*

b) la lesione dell'utile è riconosciuta coincidente con la ritardata percezione dell'utile di impresa, nella misura pari agli interessi legali di mora di cui all'articolo 2, comma 1, lettera e) del decreto legislativo 9 ottobre 2002 n. 231 computati sulla percentuale del dieci per cento, rapportata alla durata dell'illegittima sospensione;

c) il mancato ammortamento e le retribuzioni inutilmente corrisposte sono riferiti rispettivamente al valore reale, all'atto della sospensione, dei macchinari esistenti in cantiere e alla consistenza della mano d'opera accertati dal direttore dei lavori;

d) la determinazione dell'ammortamento avviene sulla base dei coefficienti annui fissati dalle vigenti norme fiscali.”

Si riprende, dunque, la struttura sostanzialmente prevista dal precedente regolamento del 2010.

La disciplina appena descritta si applica per i lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35.¹¹⁷ A seguito dell'art. 5 della legge 120 del 2020, infatti, per i lavori sopra soglia si applicherà una disciplina *ad hoc*.

La norma, infatti, fino al 30 giugno 2023, prevede un regime derogatorio alle cause e al procedimento di sospensione previsto dall'art. 107 del codice, alle ipotesi di sospensione previste dal Codice civile, alla disciplina in tema di crisi di impresa e all'ipotesi in cui è possibile giudizialmente sospendere l'esecuzione dell'opera.

Le ragioni che legittimano una sospensione derivano da:

a) cause 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;¹¹⁸

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.

Si tratta, dunque, di una formulazione diversa rispetto all'art. 107 del codice, che annovera anche l'ipotesi di una sospensione motivata dall'attuale emergenza sanitaria da COVID-19. Non vengono menzionate, infatti,

¹¹⁷ Ci si era chiesti se tale novella si sarebbe dovuta applicare anche ai sottosoglia o meno. Sul punto il parere MIMS n. 901 del 2021, esclude ogni dubbio, chiarendo *che la disciplina speciale introdotta dal Decreto semplificazioni configura una deroga sostanziale alla disciplina ordinaria, la stessa assume natura di norma di stretta interpretazione e, come tale, non può trovare applicazione al di fuori delle ipotesi specificamente indicate dall'art. 5, comma 1, del D.L. 76/2020 medesimo, vigendo in tali casi il divieto di interpretazione analogica e di interpretazione estensiva di cui all'art. 14 delle disposizioni preliminari al codice civile.*

¹¹⁸ Sul punto, si approfondirà al par. 6.3 dedicato alle riserve dell'appaltatore.

le circostanze speciali non imputabili all'esecutore, ma si fa riferimento ai motivi di natura tecnica, motivi di salute, cause previste in leggi penali e quelle di diretta derivazione euro unitaria.

In ogni caso, è il RUP che dispone la sospensione.

La medesima disciplina si applica anche ai casi di ritardo nell'esecuzione, non giustificati dalle ragioni sopra dette, per un tempo pari o superiore a un decimo del tempo previsto per la realizzazione dell'opera e, comunque, pari ad almeno 30 giorni per ogni anno previsto o stabilito per la realizzazione dell'opera.

Qualora ricorrano gravi ragioni di ordine tecnico, il collegio consultivo tecnico adotta, entro 15 giorni dalla comunicazione o dal sopravvenire della causa di sospensione dei lavori, una determinazione con cui accerta l'esistenza delle ragioni che la giustificano. Il collegio indica, inoltre, ove possibile, le modalità con cui si proseguiranno i lavori, le eventuali modifiche necessarie.

Laddove, invece, la prosecuzione dei lavori non fosse possibile con lo stesso operatore, allora la stazione appaltante, previo parere del collegio consultivo tecnico, dichiara la risoluzione del contratto, che opera di diritto. Si tratta di una deroga rispetto alla disciplina di cui all'art. 108 del codice che riconosce ampia discrezionalità all'amministrazione.

Disposta la risoluzione, ne consegue alternativamente:

- l'esecuzione in via diretta dei lavori da parte della stazione appaltante, anche facendo ricorso a società pubbliche o altri enti;
- l'interpello dei soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara come risultanti in graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto di appalto per l'affidamento dei lavori;
- l'indizione di una nuova procedura di affidamento;
- la proposta di nomina di un commissario straordinario per lo svolgimento delle attività necessarie. In tal caso l'impresa subentrante deve procedere nei lavori salvaguardando i livelli occupazionali precedentemente previsti.

Nelle ipotesi di cui al comma primo lett. b) e d), su determinazione del collegio consultivo tecnico, le stazioni appaltanti o le Autorità competenti, autorizzano la prosecuzione dei lavori nel rispetto delle esigenze sottese ai provvedimenti di sospensione adottati, salvo assoluta e motivata incompatibilità tra causa della sospensione e prosecuzione.

Al di fuori delle circostanze sopra descritte, le parti non possono invocare l'inadempimento della controparte o di altri soggetti per sospendere l'esecuzione dei lavori.

Da ultimo, il sesto comma dell'art. 5 stabilisce che in sede giudiziale, quando decide sulla domanda cautelare, il giudice deve tener conto delle probabili conseguenze del provvedimento per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale o locale alla sollecita realizzazione dell'opera. Il giudice valuta, inoltre, anche l'irreparabilità del pregiudizio subito dall'operatore a causa del provvedimento cautelare: l'interesse dell'operatore va sempre comparato con quello del soggetto pubblico teso alla realizzazione dell'opera.

Si tratta di un interessante previsione che riflette lo slancio del legislatore verso una forte accelerazione nello svolgimento dei lavori e una tendenziale riduzione di sospensione degli stessi. Infatti, si riprende una previsione legislativa, in passato prevista esclusivamente per le infrastrutture strategiche, oggi ampliata a tutti i lavori sovra soglia.

A conferma di ciò, il legislatore sottolinea l'importanza di tale assunto, ribadendo che l'interesse economico dell'appaltatore non può essere da solo essere ritenuto prevalente rispetto a quello pubblico di realizzazione dell'opera.

6.3 Le riserve dell'appaltatore.

Il comma 4 dell'art. 107, appena esaminato, riconosce la facoltà per l'esecutore di iscriverne in corso d'opera delle riserve nei verbali di sospensione e di ripresa dei lavori, volte ad evidenziare delle contestazioni in merito alla sospensione stessa.

La riserva rappresenta un istituto di assoluta rilevanza nel contratto di appalto, il cui ruolo è divenuto ancora più cruciale durante l'emergenza sanitaria da COVID-19.

Si ritiene opportuna una sua trattazione vista la mole di contenzioso cui dà origine e l'evidente attualità di una sua attenta analisi a fronte dell'aumento del costo dei materiali di costruzione in questo periodo.

Le contestazioni possono riguardare anche profili diversi rispetto alla sospensione, concernenti l'esecuzione del contratto, ad esempio, l'esattezza delle registrazioni contabili, il rilevamento dei lavori eseguiti, l'applicazione dei prezzi contrattuali. Anche la gestione contabile della direzione dei lavori, nonché le varianti eventuali che modificano l'organizzazione produttiva del cantiere o le categorie dei lavori previsti in appalto possono costituire motivo di contestazione al pari dell'applicazione indebita di penali, del prolungamento dei tempi contrattuali, del mancato riconoscimento della compensazione dei prezzi, degli esiti del conto finale o del collaudo.¹¹⁹

Tali contestazioni possono derivare da divergenze tra l'appaltatore e la direzione dei lavori, possono anche essere determinate dal comportamento dell'amministrazione o dell'appaltatore nell'adempimento degli obblighi che dal contratto derivano.

Si tratta, dunque, di pretese dell'appaltatore verso l'amministrazione, o viceversa. Secondo l'ANAC, sono *“uno strumento di cui si può avvalere l'appaltatore al fine di avanzare pretese precise su fatti tecnici ed economici inerenti l'esecuzione del contratto”*, inoltre con riferimento al contenuto, *“la riserva non riguarda fatti unicamente di natura contabile, ma tutti fatti inerenti al rapporto contrattuale che siano idonei a produrre spesa.”*¹²⁰ Quindi, sono contestazioni che trovano origine in maggiori oneri economici riscontrati nella prosecuzione dei lavori, a cui consegue la richiesta di compensi, rimborsi o indennizzi.

Per far valere tali pretese, però, l'appaltatore, come sopra detto, deve procedere all'iscrizione secondo le modalità e tempistiche previste dalla legge: si tratta di un onere che investe ogni richiesta, qualunque sia il titolo, che si concreti in una pretesa di maggiori compensi, rimborsi o indennizzi, in aggiunta ai corrispettivi contabilizzati dall'amministrazione.¹²¹

Attraverso l'istituto qui in esame, dunque, l'appaltatore solleva problematiche in corso d'opera concernenti la corretta realizzazione dell'opera, sottolineando l'impossibilità di procedere ad una sua esecuzione alle condizioni economiche inizialmente previste.

A livello normativo, la disciplina inizialmente era prevista all'interno del Regolamento per la direzione, la contabilità, la collaudazione dei lavori dello Stato, R.D. 25 maggio 1895 n.350, per lungo tempo unica fonte normativa in materia.

Al regolamento seguiranno il decreto di attuazione della legge Merloni, D.P.R. n. 554 del 1999; il d.m. n. 145 del 2000, di dettaglio, e il D.P.R. 207 del 2010, attuativo del codice del 2006.

Il decreto del 2010, all'interno degli artt. da 189 a 191 e 201, recava una puntuale regolamentazione in materia di riserve, estendendo l'ambito di applicazione anche agli appalti di servizi e forniture.

¹¹⁹ R. Berloco, *Le riserve nell'ambito dei lavori pubblici*, Grafill 2019, 15 ss.

¹²⁰ ANAC, parere 11 aprile 2013, AG13.

¹²¹ Cianflone, Antonio, Giorgio Giovannini, e Vincenzo Lopilato. *L'appalto di opere pubbliche. L'esecuzione*. Quattordicesima edizione. Milano: Giuffrè, 2018.

Con il codice del 2016, vengono abrogate tutte le disposizioni previgenti, rimettendo la disciplina alle linee guida. Quanto detto, fino al 30 maggio 2018, data di entrata in vigore del d.m. n. 49.

La scelta compiuta è stata quella di far confluire la disciplina in materia di riserve all'interno del capitolato negoziale.¹²²

Si badi, da una interpretazione letterale delle norme sembra non esservi alcuno spazio per l'amministrazione, la quale dovrebbe essere tenuta a prevedere delle disposizioni in materia di riserve: non viene contemplata l'eventuale assenza di tali regole.

Stupisce la mancata indicazione di specifiche formalità previste, invece, dal previgente decreto del 2010, rimettendo così al capitolato la necessità di un dettagliato e puntuale contenuto. Questa criticità evidente potrebbe essere risolta attraverso il ritorno al regolamento unico tanto auspicato e previsto dalla legge 14 giugno 2019, n. 55.¹²³

Questa attuale carenza normativa potrebbe dar luogo ad un incremento del contenzioso¹²⁴ e pone notevoli interrogativi sull'*iter* da seguire nelle ipotesi in cui il capitolato di appalto non presenti la regolamentazione in merito alle riserve.

C'è chi ha ritenuto che l'introduzione di una disciplina regolatrice delle riserve non costituisca una facoltà ma un vero e proprio obbligo sancito da una norma, ancorché di carattere secondario, ragion per cui non sembrerebbe ammissibile un capitolato privo di una disciplina a riguardo.¹²⁵

Infatti, ove le stazioni appaltanti non provvedano a fornire un'adeguata disciplina in materia, rimarrebbe un vero e proprio *vulnus* nel rapporto contrattuale: le parti non saprebbero come proporre delle domande.

Si tratta di una criticità evidente: come sottolineato dal Consiglio di Stato nel parere 12 febbraio 2018, n.360, è stato inopportuno rimettere alle stazioni appaltanti il compito di "*dettare direttamente disciplina*".

Diverse sono le soluzioni offerte in dottrina: c'è chi ritiene che possa farsi richiamo al quadro normativo previgente, anche se il d.m. del 2018 non ammette tale possibilità.¹²⁶

Si tratta tuttavia di una visione discutibile, quantomeno secondo una interpretazione letterale delle norme.

Secondo un'altra argomentazione, invece, sarebbe risolutiva, in caso di assenza di regole, l'applicazione dei principi di diritto privato: l'appaltatore potrebbe formulare contestazioni nell'esercizio della sua autonomia negoziale che, in assenza di specifiche regole di natura pubblicistica, definisce il rapporto in fase esecutiva.¹²⁷

Si può, dunque, concludere che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione definire in maniera puntuale il contenuto del capitolato, riconoscendo il diritto di iscrivere riserva, definendo in maniera chiara le modalità e le tempistiche. Non si deve escludere, infatti, la diretta ed immediata impugnabilità di un capitolato che contenga uno squilibrio del sinallagma contrattuale, tale da alterare il rapporto negoziale.¹²⁸

¹²² Cfr. art. 9 d.m. n. 49 del 2018: "*Il direttore dei lavori, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto.*" art. 21 d.m. cit.: "*Il direttore dell'esecuzione, per la gestione delle contestazioni su aspetti tecnici e delle riserve, si attiene alla relativa disciplina prevista dalla stazione appaltante e riportata nel capitolato d'appalto.*"

¹²³ R. Berloco, P. Gianforte, *Riserve per costi extra Covid-19 nell'ambito dei lavori pubblici*, Grafill 2020.

¹²⁴ M. Agliata, *Direzione dei lavori, d.m. 49/2018: abrogazioni, problematiche e vuoti normativi*, in www.ediltecnico.it, 2018.

¹²⁵ R. Magnani, in www.edlizia.eterriorio.ilsole24ore.com, 2018.

¹²⁶ P.L. Gianforte, *Dissertazioni varie sulla contabilità dei lavori*, in www.lavoripubblici.it, 2017.

¹²⁷ R. Berloco, *op. ult. cit.*

¹²⁸ A. Di Leo, *L'immediata impugnazione del bando di gara: le clausole recanti oneri sproporzionati e manifestamente eccessivi*, nota a TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 24 luglio 2017, n. 1666, in www.italiappalti.it, 2017.

6.3.1 Modalità di formulazione delle riserve e tipologie di pretese.

La riserva è un atto con “sede vincolata”, ossia un atto che deve rispettare specifiche formalità.

L’art. 191 comma 2 del D.P.R. 207 del 2010 richiedeva che le riserve fossero iscritte, a pena di decadenza, sul primo atto dell’appalto idoneo a riceverle, successivo all’insorgenza del fatto che ne dava origine. Inoltre, le riserve dovevano essere formulate in modo specifico, indicando con precisione le proprie ragioni.

Nel momento in cui sorgeva la contestazione, se l’appaltatore non era in grado di quantificare il risarcimento nel registro di contabilità, o in altro atto idoneo, avrebbe dovuto procedere alla sottoscrizione dell’atto apponendo la formula “con riserva”, per garantirsi il diritto ad avanzare la pretesa. In questo modo, la sottoscrizione dei documenti “con riserva” non vale come accettazione del documento contabile.

Si richiedeva che le riserve venissero esplicitate nel termine di 15 giorni dalla firma del contratto. Nei successivi 15 giorni, il direttore dei lavori avrebbe dovuto controdedurre con adeguata motivazione.

Si badi, laddove il direttore dei lavori avesse rigettato le riserve dell’appaltatore non fornendo, tuttavia, motivate controdeduzioni, sarebbe incorso in responsabilità. La normativa, quindi, richiedeva che il direttore dei lavori fornisse dettagliatamente le ragioni per cui non si sarebbero potute riconoscere le riserve avanzate dall’appaltatore.

Questa disciplina, come sopra anticipato, non viene ripresa dal vigente d.m. 49 del 2018, il quale rimette la relativa regolamentazione al capitolato. Ciò pone non pochi dubbi, visto che non si esclude la facoltà dell’amministrazione di allontanarsi da queste disposizioni.¹²⁹

La dottrina ha tentato di ricostruire gli indici che le stazioni appaltanti dovrebbero seguire nella definizione delle regole inerenti all’apposizione di riserve.¹³⁰

Si ritiene che, in ogni caso, l’appaltatore debba seguire una specifica procedura che si apre con l’iscrizione della riserva in un determinato atto, il primo idoneo a riceverla.

Successivamente la riserva deve essere iscritta nel registro di contabilità all’atto della sottoscrizione di questo, immediatamente successivo al fatto.

Molto importante è il tempo delle riserve, il momento entro il quale le domande debbono essere proposte a pena di decadenza.

La legge tutela la stazione appaltante, affinché sia messa nelle condizioni di valutare i maggiori oneri economici derivanti dalle riserve dell’appaltatore.

Ebbene, come confermato in giurisprudenza¹³¹, sussiste un vero e proprio onere generale ed *immediato* in capo all’appaltatore, il quale è chiamato a denunciare i fatti produttivi di conseguenze a lui sfavorevoli.

¹²⁹ Edil-lab, *Le riserve negli appalti pubblici per lavori*, Napoli, 2017, osserva che, ad esempio, i capitolati potrebbero prevedere una disposizione del seguente tenore: “qualsiasi richiesta di maggiori compensi o indennizzi dovrà essere comunicata dall’appaltatore, a pena di decadenza, anche con pec entro 20 giorni dal verificarsi del fatto generativo della richiesta stessa la domanda dovrà essere fatta in modo preciso ed analitico sia per quanto concerne l’oggetto sia per quanto attiene ai motivi recati a sostegno. Dovrà altresì indicare con precisione le cifre dei compensi cui crede di avere diritto e le ragioni di ciascuna domanda. L’appaltatore, qualora non abbia esplicitato le proprie riserve nel modo e nel termine sopra indicati, decade dal diritto di far valere in qualsiasi sede riserve o domande che ad esse si riferiscano”.

¹³⁰ R. Berloco, op. ult. cit.

¹³¹ Cass. 18 aprile 1975, n. 1458, in Mass. Foro it., 1975, 340; Cass. 18 luglio 1975, n. 2841, *ibidem*, 1975, 680; Cass. 15 aprile 1976, n. 1337, *ibidem*, 1976, 282; Cass. 9 luglio 1976, n. 2613, *ibidem*, 1976, 548; Cass. 19 febbraio 1977, n. 773 *ibidem*, 1977, 159;

Occorre a questo punto distinguere tra danno continuativo e danno istantaneo. Il secondo produce istantaneamente il pregiudizio, mentre la prima tipologia di danno ripercuote i suoi effetti in un lasso di tempo più o meno lungo.

La giurisprudenza sembra ormai concorde nel ritenere che tanto per l'una, quanto per l'altra categoria di danno, la riserva vada iscritta contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto pregiudizievole.

Nello specifico, la I sez. della Corte d'appello di Catania, con sent. 12 febbraio 2020, n. 382 ha confermato un precedente principio elaborato dalla Corte di Cassazione secondo cui *“nei pubblici appalti, è obbligo dell'impresa inserire una riserva nella contabilità contestualmente all'insorgenza e percezione del fatto dannoso”*. Non solo, anche *“in relazione ai fatti produttivi di danno continuativo, la riserva va iscritta contestualmente o immediatamente dopo l'insorgenza del fatto lesivo, percepibile con la normale diligenza, mentre il “quantum” può essere successivamente indicato. Ne consegue che, ove l'appaltatore non abbia la necessità di attendere la concreta esecuzione dei lavori per avere consapevolezza del preteso maggior onere che tale fatto dannoso comporta, è tardiva la riserva formulata solo nel s.a.l successivo.”*^{132 133}

Dunque, nonostante l'indeterminatezza immediata del danno ad effetti continuativi, si dovrà immediatamente iscrivere riserva con facoltà di quantificarne l'esatto ammontare in un secondo momento, differentemente da quanto accade in relazione ai danni immediati, il cui effetto è istantaneo e non continuativo.

Discutibile questo, ormai consolidato, orientamento giurisprudenziale.

V'è chi ritiene, infatti, che sarebbe più ragionevole attendere la cessazione del fatto pregiudizievole, per poter procedere all'iscrizione di riserva ove il danno produca effetti continuativi.¹³⁴

Spetta al giudice di merito la valutazione riguardo l'idoneità del fatto a produrre pregiudizi, al cui verificarsi sorge l'onere di iscrivere riserva per l'appaltatore: come sopra osservato, si deve distinguere il momento nel quale il danno sia presumibilmente configurabile da quello in cui sia precisamente quantificabile, sorgendo l'onere di iscrivere riserva fin dal primo di tali momenti, potendo operarsi la specifica quantificazione nelle successive registrazioni.¹³⁵

Le pretese possono essere di tre diversi tipi:

- pretese di maggiori corrispettivi rispetto a quelli indicati nella contabilità,
- pretese connesse a fatti di forza maggiore,
- pretese di natura risarcitoria correlate a comportamenti colposi della stazione appaltante come il caso di una sospensione illegittima dei lavori,

Vista l'emergenza sanitaria da Covid-19, appare di grande rilevanza comprendere cosa debba intendersi per *“fatti di forza maggiore”*.

La giurisprudenza, come analizzato con riferimento alle ipotesi di sospensione, ritiene siano casi di forza maggiore quegli eventi inevitabili, neppure con la maggiore diligenza possibile¹³⁶, si tratta di circostanze che in maniera oggettiva ed assoluta impediscono la possibilità di svolgere la prestazione.¹³⁷

¹³² La sentenza riprende delle precedenti pronunce della Corte di Cassazione, *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. I, 19/05/2014, n. 10949; Cass. Civ., sez. I, 9/11/2018, n. 28801.

¹³³ Con specifico riferimento ai fatti continuativi, la Cassazione civile, sez. I con sentenza del 5 agosto 2016, n.16537, in relazione ad un'ipotesi di sospensione illegittima, ha chiarito che la riserva deve ritenersi tempestiva se formulata nel verbale di ripresa, o in qualsiasi atto successivo al verbale che dispone la sospensione delle opere.

¹³⁴ R. Berloco, op. ult. Cit.

¹³⁵ Sent. Cass. Civ. Sez. I 20 marzo 2018, n.6968.

¹³⁶ *Ex plurimis*, Cons. Stato Sez. V, 18 ottobre 018, n. 5958.

¹³⁷ Cass. civ. Sez. lavoro, Sent. 26 giugno 2009, n. 15073.

Ebbene, la pandemia rappresenta senz'altro uno di tali eventi imprevedibili e neppure evitabili, incidendo non solo sugli aspetti economici ma anche sulle tempistiche contrattuali.

In particolare, l'emergenza sanitaria rientra in una di quelle circostanze speciali che legittimano la sospensione dei lavori pubblici, rappresentando una ragione di necessità o di pubblico interesse, ex art. 107 del codice: gli appalti pubblici, così come altre attività, hanno infatti subito forti rallentamenti e sospensioni, proprio per rispettare le regole adottate da parte del Governo volte a limitare i contagi.

In ogni caso, ove così non fosse e laddove le misure di emergenza adottate dalla stazione appaltante dovessero influire sulla regolare esecuzione dei lavori, l'impresa, al fine di evitare l'addebito di eventuali penali per la maggiore durata dell'esecuzione dei lavori, può sollecitare l'adozione di un provvedimento di sospensione, anche parziale, da parte della stazione appaltante, ex art. 107 del Codice dei Contratti, per ragioni di necessità o di pubblico interesse".¹³⁸

L'ANCE (Associazione Nazionale Costruttori Edili), in considerazione dei nuovi provvedimenti normativi, ha ribadito che *"i cantieri sull'intero territorio nazionale potrebbero essere sospesi dalle stazioni appaltanti, ai sensi dell'art. 1, lettere n) e o) del DL n. 6 del 2020 o, comunque, ai sensi dei provvedimenti emergenziali adottati successivamente dal Governo."*

Ove, tuttavia, l'appaltatore non abbia visto disporre la sospensione dei lavori da parte della stazione appaltante, sarà stato tenuto a dar luogo ai lavori, con i conseguenti maggiori costi derivanti¹³⁹: in tale situazione l'impresa stessa dovrà aver cura di iscrivere tempestiva riserva.¹⁴⁰

6.3.2 Le riserve e l'aumento dei costi necessari alla prosecuzione dei lavori durante l'emergenza da Covid-19.

All'ipotesi sopra vista, in cui si può iscrivere riserva a seguito del mancato ordine di sospensione, si aggiungono una serie di ulteriori costi connessi all'emergenza sanitaria: mascherine, plexiglass, materiale disinfettante. Si tratta di costi per la sicurezza, aggiuntivi, tutti non prevedibili né immaginabili prima dell'avvio dei lavori, ed assolutamente indipendenti dalla diligenza dell'operatore.

Oneri di sicurezza, riguardo ai quali non è ammessa deroga, né un ribasso sotto i limiti necessari per assicurare la tutela dei lavoratori: il d.lgs. 81 del 2008 obbliga, infatti, l'appaltatore a garantire e mantenere, per l'intera durata dell'appalto e a prescindere dall'incidenza maggiore o minore sulla sicurezza di una specifica fase di lavorazione, ogni misura atta a garantire la tutela della sicurezza sul lavoro.

Ai sensi dell'art. 29 del citato decreto, l'operatore effettua una valutazione dei rischi sul luogo di lavoro, dovendo poi sollecitare la committenza a quantificare i nuovi costi e apposti sovrapprezzi. Con apposita istanza, dunque, chiede all'amministrazione una modifica del contratto.

A questo punto, la committenza accoglierà le rilevazioni effettuate dall'esecutore, procedendo poi alle modifiche contrattuali, lecite in quanto rientranti in una delle ipotesi contemplate dall'art. 106 del codice dei contratti pubblici, non alterando la natura generale del contratto, ed essendo determinate da circostanze impreviste e imprevedibili quali ad esempio la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari che impongano l'adozione di specifici strumenti di sicurezza.

Se la committenza dovesse, invece, rifiutare le modifiche richieste dall'appaltatore, rigettando l'istanza, si aprirebbe la strada per quest'ultimo di sottoscrivere il verbale di ripresa con riserva.¹⁴¹

¹³⁸ Terzo aggiornamento ANCE indicazioni operative per le imprese nell'edilizia del 10 marzo 2020.

¹³⁹ Costi di vario tipo, si pensi ai costi di guardiania o alle risorse e ai mezzi da impiegare.

¹⁴⁰ R. Berloco, *La sospensione dell'appalto pubblico per ragioni di necessità o pubblico interesse: e il Covid-19?* in Legal Team News, 12 marzo 2020.

¹⁴¹ R. Berloco, *Riserve per costi extra covid-19 nell'ambito dei lavori pubblici*, Grafill 2020, 102.

Si badi, in questo periodo, l'aumento dei costi necessari alla prosecuzione dei lavori non è stato solo dettato dagli strumenti o dalle accortezze di natura igienica imposte *ex lege*, bensì è stato la conseguenza di altri numerosi fattori.

Ci si è trovati, infatti, a seguito della pandemia, in un contesto socioeconomico del tutto mutato, nel quale potrebbero essere venute meno le condizioni poste a fondamento del sinallagma iniziale. Si pensi alla difficoltà nell'approvvigionamento delle materie prime, materiali, mezzi d'opera o comunque in generale all'aumento dei prezzi relativi ai materiali di costruzione e alle materie prime.

Anche le associazioni di categoria hanno segnalato un evidente rincaro dei costi rispetto al periodo *ante Covid 19*¹⁴²: secondo uno studio elaborato da Codacons, le materie prime stanno raggiungendo prezzi stellari, anno dopo anno.¹⁴³

I rialzi riguardano beni di consumo alimentare: per citarne alcuni Assopanificatori ha denunciato un aumento dei prezzi delle farine pari all'81% rispetto al 2020, il prezzo del caffè ha subito un rincaro del 59%, del 77% l'aumento del costo del mais.¹⁴⁴

Quanto sopra a sottolineare la situazione in cui sono venuti a trovarsi imprese parti di un contratto di appalto nel settore alimentare, come ad esempio imprese che erogano servizi di mensa nelle scuole, negli ospedali.

La crisi riguarda anche e soprattutto il prezzo dei carburanti: rispetto a inizio anno, a novembre 2021 la benzina costa il 25,8% in più, il gasolio il 27,7% in più.¹⁴⁵

Secondo le rilevazioni Codacons, rispetto allo stesso periodo del 2021, nel mese di marzo 2022 si registra un aumento del 39,4% nel prezzo della benzina mentre il gasolio costa addirittura il 50% in più.¹⁴⁶

Aumenti che, spiega il presidente Codacons Carlo Rienzi, come segnalato dal ministro Cingolani, non apparirebbero giustificati né dall'attuale quotazione del petrolio, né da riduzioni delle forniture sul territorio legate alla guerra in Ucraina.

Rispetto al 2020, nel 2021 si è constatata una variazione del 74% del prezzo del PVC, il costo del gas naturale è aumentato del 113,7%, quello dell'energia elettrica del 73,9%, il petrolio aumenta del 67,5%, l'acciaio tocca picchi del +130%¹⁴⁷ mentre il rincaro del rame si ferma al 38,6%.¹⁴⁸

Il rischio, allora, è quello di un blocco vero e proprio dei lavori pubblici. Per questo, si sono resi necessari strumenti di adeguamento del contenuto del contratto, delle sue condizioni non più sostenibili.¹⁴⁹

In questo delicato contesto ha agito urgentemente il legislatore, attraverso appositi interventi. La scelta è stata quella di introdurre meccanismi di compensazione, volti ad evitare che il peso del caro materiali ed energia, potesse ripercuotersi esclusivamente sugli operatori economici.

¹⁴² Tra gli altri, Paper di Confindustria del 2 luglio 2021, *Prezzi delle materie prime e pandemia da COVID-19. Alcune considerazioni sulla gestione dei contratti*.

¹⁴³ *Materie prime alle stelle, si teme per l'escalation dei prezzi*, Codacons 10 novembre 2021.

¹⁴⁴ *La crisi delle materie prime: cause ed effetti. Ecco quanto sono aumentati i prezzi*, Codacons 5 novembre 2021.

¹⁴⁵ *Crisi dell'energia e delle materie prime, uno studio ipotizza gli impatti sulle spese di Natale*, Codacons 28 ottobre 2021.

¹⁴⁶ *Benzina, Codacons: taglio accise 25 cent insoddisfacente, consumatori delusi*, consultabile tramite sito web istituzionale Codacons, 19 marzo 2022.

<https://codacons.it/benzina-codacons-taglio-accise-25-cent-insoddisfacente-consumatori-delusi/>

¹⁴⁷ *Acciaio su del 130% in 12 mesi: cantieri messi a rischio dalla fiammata dei prezzi in edilizia*, NT+ Enti locali ed Edilizia, il Sole24ore, 22 marzo 2021 di Edoardo Bianchi.

¹⁴⁸ Fonte: elaborazione Ance su dati Meps, Prometeia e Siteb.

¹⁴⁹ Sui possibili scenari, si veda R. Berloco, *Aumento costi materiali da costruzione. Il ritorno auspicato della revisione dei prezzi*. Punto al diritto, consultabile <https://www.youtube.com/watch?v=vg9-gq-Y6rw>, 3 giugno 2021.

L'adeguamento del sinallagma, così, può essere oggi direttamente richiesto dall'operatore con istanza di compensazione, anziché con il meccanismo delle riserve sopra visto.

Il procedimento di presentazione dell'istanza di compensazione è stato disciplinato, per la prima volta¹⁵⁰, nel "decreto sostegni bis", d.l. 73 del 2021, ripreso nel decreto MIMS 11 novembre 2021 e precisate le modalità nella circolare del 25 novembre 2021.

Sin dalla rubrica dell'art. 1-*septies*, si comprende la funzione del d.l.: "*Disposizioni urgenti in materia di revisione dei prezzi dei materiali nei contratti pubblici*".

Una novella legislativa introdotta in via emergenziale per fronteggiare gli aumenti eccezionali di alcuni materiali da costruzione, contenente previsioni derogatorie rispetto alle disposizioni di cui all'art. 106 comma 1 lett. a) del codice, concernenti le modifiche contrattuali.

Nello specifico, la norma fa riferimento alle variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8% dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021¹⁵¹. La determinazione della compensazione ha tenuto conto della quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori dal 1 gennaio 2021 fino al 30 giugno 2021, eccedenti il 10% se riferite a più anni.

Il termine, a pena di decadenza, per avanzare l'istanza è stato fissato in 15 giorni dalla data di pubblicazione in G.U. del decreto MIMS n.279 del 2021: per le variazioni in aumento si richiedeva all'appaltatore di presentare istanza all'amministrazione, per quelle in diminuzione, la procedura veniva avviata d'ufficio dalla stazione appaltante entro 15 giorni dalla già menzionata data.

Le compensazioni in aumento sono state corrisposte dalle amministrazioni nel limite del 50% delle risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico. Si badi, ove tali somme non fossero state sufficienti, come plausibile, il comma 7 dell'articolo posto sotto esame disponeva lo stanziamento di un ammontare pari a 100 milioni di euro per la copertura di ulteriori oneri. Tale somma costituisce il limite massimo di spesa.

Il decreto del Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, atteso inizialmente entro il 31 ottobre 2021, approvato in data 11 novembre e pubblicato il 23, ha disposto la procedura di compensazione da seguire, distinguendo all'interno di due allegati.¹⁵²

L'operatività del meccanismo in questione è stata poi estesa "plasticamente"¹⁵³ dall'art. 1, comma 398, della legge di bilancio per il 2022, anche alle variazioni rilevate durante il secondo semestre del 2021. Da ultimo,

¹⁵⁰ Come si vedrà, infatti, i successivi interventi non fanno che riprendere quanto già previsto nel decreto sostegni bis.

¹⁵¹ *Compensazione prezzi: in Gazzetta Ufficiale il secondo decreto del MIMS*, su rivista tecnica online, www.lavoripubblici.it

¹⁵² Allegato n. 1: riporta i prezzi medi, per l'anno 2020, relativi ai materiali da costruzione più significativi e le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8%, dei prezzi dei materiali da costruzione più significativi, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021, rispetto ai prezzi medi rilevati con riferimento all'anno 2020.

Allegato n. 2: riporta i prezzi medi dei materiali da costruzione più significativi per ciascuno degli anni 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, nonché le relative variazioni percentuali verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021.

¹⁵³ Infatti, l'art. 1 comma 398 L.30 dicembre 2021, n.234, si limita ad sostituire i termini previsti nel precedente d.l. 73 del 2020: "*All'articolo 1-*septies* del decreto-legge 25 maggio 2021, n.73, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2021, n.106, sono apportate le seguenti modificazioni:*

a) *al comma 1, le parole: « di alcuni materiali da costruzione verificatisi nel primo semestre dell'anno 2021 » sono sostituite dalle seguenti: « di alcuni materiali da costruzione verificatisi nell'anno 2021 » e le parole: « entro il 31 ottobre 2021, con proprio decreto, le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi nel primo semestre dell'anno 2021 » sono sostituite dalle seguenti: « entro il 31 ottobre 2021 e il 31 marzo 2022, con proprio decreto, le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento, verificatesi rispettivamente nel primo e nel secondo semestre dell'anno 2021 »;*

la stessa procedura di compensazione è stata pedissequamente¹⁵⁴ ripresa dall'art. 25 del decreto-legge 1 marzo 2022, n.17, per gli aumenti eccezionali dei costi di materiali di costruzione, registrati nel corso del primo semestre 2022.¹⁵⁵ Quindi, sino al 30 giugno 2022.

Unica rilevante novità sta nel fatto che, accogliendo le istanze da tempo prospettate da alcune associazioni datoriali, il legislatore ha deciso di affidare le rilevazioni degli scostamenti dei prezzi dei materiali riguardanti i lavori all'Istat. Le rilevazioni sono, poi, comunque pubblicate dal MIMS con decreto, per consentire agli operatori di proporre istanza di compensazione, a pena di decadenza, a decorrere dalla data di pubblicazione.

Inoltre, con d.m. del 5 aprile 2022 è stata aggiornata, relativamente al secondo semestre 2021, la disciplina contenuta nel decreto ministeriale MIMS del 20 settembre 2021. Si prevede la diminuzione, da 60 a 45 giorni¹⁵⁶, del termine entro il quale le stazioni appaltanti possono presentare domande di accesso alle risorse di detto Fondo, nonché l'istituzione di una piattaforma dedicata da utilizzare obbligatoriamente per la presentazione delle domande da parte delle stazioni appaltanti.

Come si diceva, nella stessa direzione, hanno operato ed operano molteplici interventi normativi d'urgenza.

Già l'art. 7 comma 1 del decreto 76 del 2020 aveva disposto, per i contratti sopra soglia, la costituzione di un Fondo per la prosecuzione delle opere pubbliche, al fine di garantirne la regolare e tempestiva realizzazione.

In particolare, la norma interveniva per fronteggiare i maggiori fabbisogni finanziari dovuti a sopravvenute esigenze motivate nel rispetto della normativa vigente, attraverso un apposito Fondo nello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

Le somme del Fondo ammontavano a 30 milioni per l'anno 2020, mentre per gli anni successivi si richiede l'iscrizione sul Fondo, di un importo corrispondente al 5% delle maggiori risorse stanziare nella prima annualità del bilancio, nel limite massimo di 100 milioni di euro.

b) al comma 3, le parole: «30 giugno» sono sostituite dalle seguenti: «31 dicembre»;

c) al comma 4, primo periodo, le parole: «del decreto di cui al comma 1» sono sostituite dalle seguenti: «dei decreti di cui al comma 1».”

¹⁵⁴ L'art. 25 del d.l. n. 17 del 2022 richiama lo stesso meccanismo di compensazione previsto dal d.l. n. 73 del 2021, per fronteggiare gli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione.

Nello specifico, è richiesto che il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili proceda alla determinazione, con proprio decreto e sulla base delle elaborazioni effettuate dall'Istat, delle variazioni percentuali dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, in aumento o in diminuzione, superiori all'8 per cento verificatesi nel primo semestre del 2022.

Le compensazioni possono essere riconosciute al netto di quando già liquidato e vengono determinate applicando alle quantità dei singoli materiali impiegati nelle lavorazioni eseguite e contabilizzate dal direttore dei lavori, ovvero annotate sotto la sua responsabilità nel libretto delle misure, dal 1 gennaio 2022 fino al 30 giugno 2022.

Anche l'iter procedurale è il medesimo: è richiesto che l'operatore presenti istanza, a pena di decadenza, entro 15 giorni dall'entrata pubblicazione del decreto ministeriale menzionato. A fronte della richiesta, ciascuna stazione appaltante provvede alle compensazioni nei limiti del 50% delle risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico, oppure anche attraverso le somme derivanti dai ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione, nonché attraverso le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante.

Nel caso di insufficienza delle somme, alla copertura degli oneri di provvedere, fino alla concorrenza dell'importo di 150 milioni di euro, che costituisce limite massimo di spesa.

¹⁵⁵ Queste previsioni normative sono accompagnate da apposite linee guida e decreti ministeriali che specificano la procedura da seguire per la presentazione dell'istanza. Anche se, a ben vedere, molto spesso risulta poco incisivo l'intento chiarificatore. Basti pensare alla circolare MIMS del 6 aprile 2022 che, se pur avente per oggetto “*chiarimenti interpretativi sull'articolo 1-septies del d.l. 25 maggio 2021 n.73*”, poco aggiunge a quanto già noto, limitandosi a mere indicazioni formali, ad esempio raccomanda le stazioni appaltanti di effettuare i pagamenti *il più tempestivamente possibile*, o ricorda il funzionamento inerente al meccanismo di compensazione dei prezzi.

¹⁵⁶ Decorrenti dalla pubblicazione del decreto ministeriale di rilevazione della variazione dei prezzi.

Ancora, il legislatore, con d.l. 27 gennaio 2022 n. 4, cd. decreto ristori *ter*, convertito con legge 28 marzo 2022 n.25, ha previsto ulteriori misure di compensazione a sostegno delle imprese e degli operatori economici, al fine di incentivare investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle richieste economiche negative a seguito delle misure di contenimento dell'emergenza sanitaria.

L'art. 29, comma 1 lett. b) del d.l., infatti, costruisce un meccanismo di compensazione qualora si registrino delle variazioni di prezzo dei singoli materiali di costruzione, in aumento o in diminuzione, superiori al 5% rispetto al prezzo, rilevato nell'anno di presentazione dell'offerta.

Si badi, le compensazioni previste dal d.l. n.4 del 2022 non possono comunque essere superiore all'80% dell'eccedenza, ed operano esclusivamente in relazione ai contratti di lavori i cui bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, comunque fino al 31 dicembre 2023, indipendentemente dal relativo importo.

Per ottenere il riconoscimento dei costi extra, il comma quarto dell'art. 29 specifica che l'appaltatore è tenuto a presentare al committente, a pena di decadenza, l'istanza di compensazione entro 60 giorni dalla data di pubblicazione dei decreti MIMS con la determinazione delle variazioni subite dai prezzi dei materiali, allegando adeguata motivazione comprovante gli aumenti, *“ivi compresa la dichiarazione di fornitori o subcontraenti o con altri idonei mezzi di prova relativi alle variazioni, per i materiali da costruzione, del prezzo elementare dei materiali da costruzione pagato dall'esecutore, rispetto a quello documentato dallo stesso con riferimento al momento dell'offerta”*.

Recentemente, il d.l. n. 21 del 21 marzo 2022, cd. “taglia prezzi”, è nuovamente intervenuto sul caro materiali, con il dichiarato scopo di *contrastare gli effetti economici e umanitari della crisi ucraina*.

Nello specifico, le misure sono volte a mitigare gli effetti economici derivanti dagli aumenti eccezionali dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, nonché dei carburanti e dei prodotti energetici. Per questa ragione, l'art. 23¹⁵⁷ del decreto conferisce al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili la facoltà di riconoscere un'anticipazione pari al 50% dell'importo richiesto, a favore dei soggetti che abbiano avanzato istanza di compensazione nei termini sopra detti, ai sensi del d.l. 25 maggio 2021 n.73, convertito dalla legge 23 luglio 2021 n.106.

Quanto detto, però, nel limite complessivo del 50% delle risorse del medesimo fondo e nelle more dello svolgimento dell'attività istruttoria relativa alle istanze di compensazione presentate.

Lo scopo, come appare evidente, è di rilasciare immediata liquidità alle imprese.

Il fondo previsto dal d.l. 76 del 2020 viene inoltre incrementato di 200 milioni di euro per l'anno 2022, interamente destinati alle compensazioni di cui all'art. 29, comma 1, lett. b) del decreto-legge 27 gennaio 2022, n.4.

Mentre, la dotazione del fondo di cui all'art. 1-*septies*, d.l. 73 del 2021, è incrementata di 120 milioni per l'anno 2022.

¹⁵⁷ La norma, pur riferendosi al meccanismo di compensazione, viene rubricata come “revisione dei prezzi”. Si badi, è bene sottolineare che i due istituti non sono affatto equivalenti: la compensazione ha natura eccezionale, è una misura prevista *ex lege ad hoc*, mentre il meccanismo di revisione dei prezzi trova la propria regolamentazione del codice dei contratti pubblici. Molto criticabile, dunque, l'errata scelta terminologia del legislatore. Sul punto cfr. Rosamaria Berloco, *Caro materiali. Anticipazione per la compensazione prezzi straordinaria: nuove norme, stesse incertezze*, Legal Team news, 22 marzo 2022.

A fronte dell'analisi fornita, come giustamente ha sottolineato la dottrina, appare evidente la frammentarietà degli interventi e, inoltre, la scarsa attenzione del legislatore verso i contratti di forniture e servizi, per i quali rimane scoperto il caso dei contratti in corso.¹⁵⁸

A ciò si aggiunga l'evidente limitatezza del fondo rispetto al numero reale di imprese che ad oggi potrebbero effettivamente accedervi.¹⁵⁹ Per questo motivo, è bene ricordarlo, in relazione alle opere finanziate in tutto o in parte dalle regioni, alcune di esse hanno istituito fondi regionali per la compensazione, autonomi rispetto al meccanismo statale.

A fronte della capienza limitata dei fondi, come suggerisce la dottrina, l'operatore potrebbe (e dovrebbe) comunque iscrivere riserve negli atti contabili, al fine di cristallizzare la pretesa nei confronti della stazione appaltante, da poter far valere ove altri meccanismi non dovessero rivelarsi sufficienti o comunque efficaci.¹⁶⁰

6.3.3 Le conseguenze del rigetto dell'istanza di compensazione.

Come si diceva, con la circolare pubblicata sul sito del MIMS, e attraverso gli specifici interventi normativi, sono state fornite indicazioni circa le modalità operative da seguire per la presentazione delle istanze di compensazione.¹⁶¹

Tuttavia, la stazione appaltante potrebbe rigettare l'istanza¹⁶² dell'appaltatore ed esercitare il recesso unilaterale *ex art.* 109 del codice.¹⁶³ La norma riconosce, infatti, la possibilità di recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite.¹⁶⁴ Le ragioni che possono condurre al recesso possono essere tra le più varie, fatti sopravvenuti, ma anche diverse valutazioni di situazioni e condizioni inizialmente considerate come favorevoli dall'amministrazione.^{165 166}

È comunque necessario un preavviso nei confronti dell'appaltatore non inferiore a venti giorni, decorsi i quali la stazione appaltante prende in consegna i lavori. L'appaltatore, a sua volta, dovrà rimuovere i materiali non accettati inizialmente dal direttore dei lavori e mettere a disposizione della committenza i magazzini e i cantieri.

Potrebbe anche verificarsi che l'amministrazione anziché recedere dal contratto, decida di non accogliere l'istanza imponendo la ripresa dei lavori. In questo caso l'appaltatore ben potrebbe iscrivere riserva e

¹⁵⁸ P. Piselli e S. De Marinis, *Cinque interventi in 6 mesi: il complicato (e incompleto) puzzle normativo contro il caro-materiali*, NT+ Enti Locali & Edilizia, ilSole24Ore, Appalti, 25 marzo 2022.

¹⁵⁹ *Caro materiali e appalti pubblici, le novità normative* a cura di R. Berloco, P. Falcicchio, aprile 2022, www.legal-team.it.

¹⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁶¹ Per un fac-simile di istanza,

https://www.confindustriamacerata.it/images/corona/Fac-simile_Istanza_caro_materiali_Cancrini_and_Partners.docx.

¹⁶² Si è ritenuto in questa sede, in quanto estremamente rilevanti da un punto di vista pratico, di analizzare tutte le ulteriori prospettive che potrebbero presentarsi. L'amministrazione potrebbe eventualmente rigettare l'istanza per diverse ragioni: un'istanza generica, indeterminata e priva degli elementi essenziali oppure tardiva, in quanto presentata dopo l'8 dicembre 2021, potrebbe non essere accolta.

¹⁶³ Una disciplina ricostruita su quella civilistica *ex art.* 1671 c.c. secondo cui "*Il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno*". È, dunque, necessario un bilanciamento tra l'interesse della stazione appaltante al recesso e l'interesse dell'appaltatore ad ottenere un ristoro.

¹⁶⁴ Sul punto si veda P. La Pesa, *il recesso*, in *Contratti pubblici*, a cura di M. Corradino, D. Galli, D. Gentile, M.C. Lenoci, C. Malinconico, ed. Wolters Kluwer, Milanofiori Assago 2017.

¹⁶⁵ I. Coppola, *Recesso e risoluzione nel contratto pubblico di appalto*, in "*Cammino diritto*", 2017.

¹⁶⁶ Sull'inopportunità sopravvenuta, Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2016 n.1174.

continuare i lavori, oppure interrompere l'esecuzione, dando luogo, in quest'ultimo caso, alla risoluzione del contratto per inadempimento dell'appaltatore ex art. 108 del codice.

Con la risoluzione l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento delle prestazioni relative ai lavori, servizi o forniture regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

Si badi, una terza ipotesi non sarebbe da escludere.

Si potrebbe anche immaginare che sia l'appaltatore a richiedere la risoluzione del contratto ex art. 1467 c.c. per eccessiva onerosità sopravvenuta: in presenza di evidenti maggiori costi da sostenere ed eccessivamente onerosi, come possono essere quelli derivanti dall'emergenza sanitaria presa in esame, l'appaltatore potrebbe decidere di sciogliersi dal vincolo contrattuale, con le conseguenze di cui all'art. 1458 c.c.¹⁶⁷ L'appaltatore, quindi, potrebbe ritenere insufficienti gli strumenti predisposti a sua tutela: tanto il meccanismo di compensazione quanto le riserve.

Obblighi di natura economica non prevedibili al momento della stipula del contratto, in quanto tali eccedenti la normale *alea* assunta dalle parti: lo squilibrio è conseguenza di un evento imprevedibile e straordinario.¹⁶⁸

Come riconosce il Tribunale di Firenze, sez. II, con sentenza del 10 dicembre 2021 n. 2471, *“certamente l'epidemia di Covid 19 è stata un evento straordinario ed allo stesso tempo imprevedibile. Si è trattato di evento del tutto imprevisto in sé e straordinario per le conseguenze che ha prodotto a livello mondiale”*.

Le conseguenze prodotte sono state di indiscusso impatto negativo dal punto di vista economico, soprattutto per il settore turistico preso in esame dai giudici fiorentini. Nello specifico, *“la situazione sopravvenuta ha quindi alterato in modo imprevedibile e rilevante, oltre la normale alea contrattuale, il rapporto economico tra le rispettive prestazioni come concordato tra le parti, rendendo la misura del canone eccessiva avuto riguardo alla redditività economica dell'esercizio commerciale.”*

Logica conseguenza dell'eccezionalità della situazione venutasi a creare, è la rinegoziazione delle clausole contrattuali. In mancanza di ciò non si può che accogliere la richiesta di risoluzione.

Particolare e meritevole di menzione in questa sede, l'ord. del 27 agosto 2020, con cui il Tribunale di Roma, sez. VI pur confermando quanto sopra detto, facendo ricorso al principio di buona fede, ha sottolineato l'importanza di riconoscere la facoltà dell'impresa di ottenere una rinegoziazione del contratto, piuttosto che ricorrere in prima istanza e direttamente ad un'azione di risoluzione dello stesso. Difatti, la risoluzione non sarebbe pienamente soddisfattiva dei suoi interessi.

In questo caso, con riferimento all'emergenza sanitaria oggetto della presente analisi, *“la crisi economica dipesa dalla pandemia Covid e la chiusura forzata delle attività commerciali (...) devono qualificarsi quale sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale. (...) Ciò posto, si ritiene che pur in mancanza di clausole di rinegoziazione, i contratti a lungo termine, in applicazione dell'antico brocardo “rebus sic stantibus”, debbano continuare ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatti le condizioni ed i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio. Al contrario, qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.)”*

¹⁶⁷ Effetto retroattivo tra le parti, salvo i contratti ad esecuzione continuata e periodica. Salvi, invece, i diritti acquistati dai terzi.

¹⁶⁸ R. Berloco, op. ult. cit.; M.C. Mesiano Studio legale Carlone Cecchinelli Di Gregorio *news*, consultabile presso <https://studiolegaleccdg.it/coronavirus-leccessiva-onerosita-sopravvenuta-della-prestazione/>

Tuttavia, come sopra anticipato, “*deve ritenersi che lo strumento della risoluzione giudiziale del contratto "squilibrato" volta alla cancellazione del contratto, nella misura in cui quest'ultimo non contenga alcuna clausola di rinegoziazione derogatrice della disciplina legale, soprattutto per i contratti commerciali a lungo termine, possa in alcuni casi non essere opportuna e non rispondente all'interesse della stessa parte che, subendo l'aggravamento della propria posizione contrattuale, è legittimata solo a chiedere la risoluzione del contratto "squilibrato" e non anche la sua conservazione con equa rettifica delle condizioni contrattuali "squilibrate".*”

6.3.4 Mancata iscrizione delle riserve e finalità delle stesse.

La funzione delle riserve è quella di avvisare l'ente delle nuove richieste, maggiori rispetto a quelle fondate sul contratto, e consentire le necessarie verifiche.¹⁶⁹

Si tratta di domande contestative, in quanto si oppongono alla contabilizzazione operata dall'amministrazione¹⁷⁰: *l'onere della riserva assolve alla funzione di consentire la tempestiva e costante evidenza di tutti i fattori che siano oggetto di contrastanti valutazioni tra le parti e, perciò, suscettibili di aggravare il compenso complessivo, ivi comprese le pretese di natura risarcitoria.*¹⁷¹

A conferma, la giurisprudenza ricostruisce la funzione delle riserve nel “*consentire all'amministrazione committente da un lato la verifica dei fatti suscettibili di produrre un incremento delle spese previste con una immediatezza che ne rende più sicuro e meno dispendioso l'accertamento, e, dall'altro, di assicurare la continua evidenza delle spese dell'opera, in relazione alla corretta utilizzazione ed eventuale integrazione dei mezzi finanziari all'uopo predisposti, nonché di mettere l'amministrazione in grado di adottare tempestivamente altre possibili determinazioni, in armonia con il bilancio pubblico, fino ad esercitare la potestà di risoluzione unilaterale del contratto cosicché per l'appaltatore, l'iscrizione della riserva costituisce un onere da assolvere al fine di non incorrere nella decadenza per la proposizione delle proprie domande; e, tuttavia, l'assolvimento di tale onere non esclude il necessario rispetto della regola posta dall'art. 2697 c.c., per la quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento*”.¹⁷²

A questo punto, occorre guardare alle ipotesi in cui l'appaltatore non ottemperi il proprio onere in materia di iscrizione delle riserve, analizzandone le conseguenze.

In tal caso, le risultanze che emergono dall'atto contabile si ritengono accettate anche da parte dell'appaltatore che decade dal diritto di sollevare nuove pretese in sede amministrativa o in sede contenziosa: diventa definitiva la contabilizzazione effettuata.

Si badi, la mancata iscrizione di riserve non opera in danno della stazione appaltante, la quale può sempre modificare le contabilizzazioni, anche in sede di approvazione del collaudo. L'amministrazione, dunque, potrebbe comunque apportare rettifiche che riconoscano a favore dell'appaltatore un maggior compenso, nonostante la sua inerzia.¹⁷³

¹⁶⁹ Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2018, n. 30102.

¹⁷⁰ *L'esecuzione*, in Cianflone Antonio, Giorgio Giovannini, e Vincenzo Lopilato. *L'appalto di opere pubbliche*, Quattordicesima edizione. Milano: Giuffrè, 2018.

¹⁷¹ Cass., 7 luglio 2011, n. 15013.

¹⁷² Cass. Civ. sez. I, 13 novembre 2018, n. 29197.

¹⁷³ Approfondito in E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano 1960.

CAPITOLO III

I RIMEDI ALTERNATIVI AL CONTENZIOSO

1. Impatto del contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici.

Le caratteristiche peculiari del contratto di appalto hanno indotto il legislatore a prevedere specifiche regole in relazione al contenzioso. Una regolamentazione volta ad alleggerire il rito ed eventualmente evitarne il ricorso.

Il contratto di appalto, infatti, è per sua natura suscettibile di produrre contenzioso: si tratta di un contratto che subisce il trascorrere di un lungo periodo di tempo per la realizzazione di opere complesse che, in quanto tali, sono sottoposte a molteplici modifiche in corso d'esecuzione.¹⁷⁴

La disciplina processuale presenta numerose deroghe rispetto a quella prevista per il rito ordinario. Si tratta di deroghe giustificate dalla necessità di assicurare ancor più certezza nei rapporti giuridici e maggiore celerità del processo.

Quanto sopra a tutela del rilievo economico dei contratti di appalto e degli interessi pubblici ad essi sottesi.

L'instaurazione di un giudizio potrebbe incidere notevolmente sull'andamento dei lavori e sul rispetto del contratto, determinando un rallentamento nella realizzazione di importanti opere.

Oltre alle speciali disposizioni in materia processuale, grande rilevanza strategica rivestono gli strumenti alternativi al contenzioso ai quali gli operatori hanno facoltà di ricorrere.

Rimedi alternativi a quelli giurisdizionali con funzione deflattiva del contenzioso, introdotti in chiave efficientistica e volti al superamento dei costi e dei tempi della giustizia.

Misure, secondo un'analisi economica del diritto, funzionali ad incrementare il numero di soggetti partecipanti alle gare.

I rimedi alternativi al contenzioso, infatti, costituiscono condizioni di favore per gli operatori economici che essendo imprenditori ed operando secondo logiche di mercato, pongono particolare attenzione agli ostacoli in corso d'opera. Nello specifico, un eccessivo contenzioso potrebbe comportare dispendio di risorse, tempi e mezzi oltre che l'impossibilità di rinvenire nuove opportunità di lavoro rimanendo, l'operatore, vincolato all'originario rapporto negoziale.

La generale tendenza ad evitare il contenzioso e l'impatto delle riforme sulla disciplina processuale, si possono evidenziare attraverso un'analisi statistica.

Dal più recente studio elaborato dal Consiglio di Stato in collaborazione con l'ANAC,¹⁷⁵ si registra un calo del tasso di contenzioso negli anni: nel 2015 sono state impugnate il 2,6% delle gare bandite rispetto all'1,5% del 2018.

Rispetto al 2017, nel 2018 sono state emesse molte più ordinanze dai giudici: ben 4.622, di cui solo il 16% ad effetto sospensivo. Un calo del 10% rispetto all'anno precedente, dove la percentuale saliva al 26%.

Il dato è, in media, in netta discesa rispetto al biennio 2015/2016, anni in cui le sospensive hanno costituito circa il 30% delle ordinanze emesse.

¹⁷⁴ In questi termini M. Padovan, *In merito al collegio consultivo tecnico, alcuni spunti comparatistici*, in Riv. trim. app. 2017 n.6.

¹⁷⁵ Consiglio di Stato e ANAC, Ufficio Studi, Massimario e Formazione. *Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia appalti, biennio 2015-2016, biennio 2017-2018*. Consultabile presso il sito web del Consiglio di Stato.

Sono dati che riflettono ormai un impatto del contenzioso amministrativo sui contratti di appalto, decisamente affievolito.

La durata media dei ricorsi sta calando notevolmente, tanto da incidere anche sul tasso di smaltimento dei processi. Il tasso di smaltimento in media è stato del 132% nel 2019, con un numero di processi pendenti pari a 173.997 rispetto ai 191.409 del 2018, 210.425 del 2017 e 238.729 del 2016.¹⁷⁶

Da questo studio si possono cogliere due aspetti: il contenzioso amministrativo in materia di appalti pubblici non è afflittivo come si potrebbe pensare, né particolarmente frequente.

Tuttavia, questi due aspetti derivano da riforme di sistema operate nella disciplina, non tanto dal ricorso ai rimedi alternativi al contenzioso che, come vedremo, attengono alla fase esecutiva del contratto ed afferiscono, dunque, a controversie rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario.

E allora, se questi sono i dati relativi alla giustizia amministrativa, più critici quelli relativi al processo civile. Dati emblematici, visto che le controversie insorte in fase d'esecuzione vengono discusse secondo rito civile, davanti al giudice ordinario.

I tempi della giustizia sono notevolmente più ampi: secondo le stime relative all'anno 2018, ma pubblicate nel 2020, *dalla European Commission for the Efficiency of Justice* del Consiglio d'Europa, la durata media di una causa civile in Italia è pari a sette anni e tre mesi nei suoi tre gradi di giudizio, ossia 2.655 giorni. Una situazione molto diversa rispetto a quanto accade nel resto d'Europa: quattro anni e tre mesi in Grecia, tre anni e quattro mesi in Francia e Spagna, un anno e mezzo in Romania, un anno in Svezia, appena nove mesi e mezzo in Portogallo.¹⁷⁷

Sempre secondo questa indagine, il primo grado di giudizio avrebbe una durata media di circa un anno e mezzo: 527 giorni.¹⁷⁸

Dalla Direzione generale di statistica e analisi organizzativa del Ministero della Giustizia sono stati diffusi interessanti dati circa il recentissimo passato. In particolare, la durata dei processi civili è stata di 658 giorni davanti alla Corte d'appello, 353 davanti al Tribunale ordinario, 362 davanti al Giudice di Pace, 610 davanti al Tribunale per i minorenni durante il 2020/2021.¹⁷⁹

Ad accrescere e contribuire a questa criticità è il numero dei procedimenti civili pendenti.

Ebbene, secondo i dati forniti dal Ministero della Giustizia, nel primo semestre del 2021 risultavano pendenti, complessivamente, circa 3,3 milioni di procedimenti civili.¹⁸⁰

Si badi, un dato molto preoccupante, ma in evidente discesa rispetto agli anni precedenti: a partire dal 2011, anno in cui si è raggiunto il picco dei 5,4 milioni di procedimenti pendenti, si registra una forte diminuzione.

La variazione rispetto all'anno precedente è sempre rassicurante, confermando una tendenza sicuramente positiva: rispetto al 2020, nel primo semestre del 2021 il numero di procedimenti pendenti è calato del 4,6%.

¹⁷⁶ *La durata dei ricorsi amministrativi in Italia*, di Fabio Angei e Federica Paudice, 11 luglio 2020 Osservatorio sui conti pubblici italiani.

¹⁷⁷ NT+, Il Sole24Ore, *I tempi della giustizia civile in Italia*, di Gabriele Chiarini, 7 gennaio 2021.

¹⁷⁸ Dato, questo, falsato dal censimento anche di cause eccezionalmente brevi: processi cautelari dichiarati inammissibili, ad esempio.

¹⁷⁹ Numeri in netto calo rispetto all'anno 2019/2020. Studio riportato su Sole24Ore, 22 gennaio 2022.

¹⁸⁰ Ministero della Giustizia, *Monitoraggio della giustizia civile anni 2003-2021*, consultabile presso il sito web istituzionale:

https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_14_1.page?contentId=SST1287132&previousPage=mg_2_9_13

Stando agli ultimissimi dati forniti dal Ministero della Giustizia, nel 2021 il numero di procedimenti civili iscritti è cresciuto dell'8,7 % rispetto al 2020, senza, tuttavia, raggiungere i numeri relativi al periodo *ante* emergenza sanitaria: rispetto al 2019, infatti, si registra un calo del 14,4% di procedimenti iscritti.¹⁸¹

L'aumento registrato nell'ultimo anno ha riguardato tutte le tipologie di ufficio giudiziario: una crescita dei procedimenti pari al 13,2 % in Corte d'appello, 8,1% in Tribunale, 9,4% davanti al Giudice di pace, 14,4% davanti al Tribunale per i minorenni. Sola controtendenza in Cassazione, ove si registra un calo del 3,1%.

Nell'esigenza di perseguire l'alleggerimento dei tempi della giustizia civile, il legislatore è più volte intervenuto attraverso riforme più o meno compiute.

Con riguardo alla materia oggetto del presente studio, ossia alle controversie insorte nella fase esecutiva di un contratto di appalto, occorre guardare ai rimedi specifici che l'ordinamento offre, quali deflattivi al contenzioso: il parere di precontenzioso, l'accordo bonario, l'arbitrato, il collegio consultivo tecnico, la transazione.¹⁸²

Stando alla relazione annuale ANAC 2020, presentata alla Camera dei deputati il 18 giugno 2021 dal Presidente Busia, si può constatare un evidente calo del contenzioso e un parallelo aumento del precontenzioso.

Nel 2020 sono pervenute ben 504 istanze all'ANAC volte ad ottenere un parere di precontenzioso, con un tasso di adeguamento alle pronunce di precontenzioso pari circa al 70%.

Inoltre, secondo uno studio condotto tra i professionisti del settore, sempre più imprese preferiscono gli arbitrati ai tribunali. 8 legali di impresa su 10, infatti, fanno ricorso all'arbitrato inserendo una specifica clausola nei relativi contratti, considerando l'arbitrato uno strumento vantaggioso sia per la maggiore rapidità del procedimento rispetto ai tempi della giustizia ordinaria, ma anche per la possibilità di scegliere gli arbitri, per la confidenzialità e la tutela della *privacy*.¹⁸³

Si tratta di un'indagine condotta dalla Camera Arbitrale di Milano tra 130 *General e Legal Counsel* di imprese italiane con oltre 250 dipendenti, un fatturato annuo superiore a 50 milioni di euro e un bilancio annuo superiore a 43 milioni di euro.

L'arbitrato è un procedimento che mantiene un suo appeal nella clientela corporate interessata ad accorciare i tempi della giustizia e ad affidarsi ad esperti della materia, dato l'alto livello di specializzazione delle disposizioni dei contratti che danno causa ad arbitrati, soprattutto in materia di energia, assicurazione, appalti, dice Riccardo Troiano partner e head del complex litigation & dispute resolution group di Orrick Italy.

Con riguardo alla materia del contendere, primeggiano per peso percentuale l'ambito societario (48%), il settore appalti (9%) e quello dell'affitto, vendita e cessione del ramo d'azienda (7,5%).

Purtroppo, il ricorso ai lodi in materia appalti è sceso vertiginosamente negli anni: a fine giugno del 2001, a meno di un mese dalla sua costituzione, la Camera Arbitrale istituita presso l'AVLP aveva già esaminato ben 152 casi, con una stima che si sarebbe aggirata in futuro su 20 casi al mese. Stime che non sono state confermate dalla realtà.

¹⁸¹ Ministero della Giustizia, *Relazione annuale amministrazione della giustizia nell'anno 2021*, consultabile tramite sito web istituzionale.

https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/anno_giudiziario2022_relazione_amministrazione2021.pdf.

¹⁸² Osservatorio CPI, *Come ridurre i tempi della giustizia civile*, Una proposta di Mario Barbuto, Carlo Cottarelli, Alessandro De Nicola e Leonardo D'Urso, 5 giugno 2020, consultabile su sito web istituzionale: <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-come-ridurre-i-tempi-della-giustizia-civile>

¹⁸³ *Arbitrati, sempre più imprese li preferiscono ai tribunali*, di Federico Unnia su ItaliaOggi, 15 febbraio 2021

Nel 2010 il numero di lodi amministrati era di 55, il numero di domande di arbitrati amministrati era di 24. Nel 2020, invece, si sono registrate 9 domande di arbitrati amministrati e 14 lodi amministrati.¹⁸⁴

Si tratta, dunque, di dati che rappresentano una situazione ancora di incertezza in cui è costretto l'arbitrato per il contenzioso dei contratti pubblici.

Come evidenziato dalla relazione annuale elaborata dall'ANAC nel 2020, la situazione è frutto di un insieme di fattori di criticità che si annidano in ogni momento dell'azione contrattuale pubblica, a partire dalla fase di programmazione e della progettazione delle prestazioni che saranno assunte a oggetti contrattuali spesso caratterizzate da carenze e conseguenti maggiori costi per varianti, e a seguire nelle procedure di aggiudicazione dei contratti, nella redazione delle clausole contrattuali, nella gestione dell'esecuzione del regolamento contrattuale anche con ricorrenza di un anomalo andamento delle prestazioni in esso previste.

Non solo. Si sottolinea, infatti, che nel 2020 sei procedimenti risultavano in quiescenza presso la Camera arbitrale, per motivi diversi tra loro. Questo a conferma della presenza di criticità anche durante la fase di arbitrato stessa, inducendo la Camera a ragionare sugli effetti negativi circa la ragionevole durata del procedimento.

A tal proposito, la media è stata di poco inferiore a 421 giorni per i 9 arbitrati condotti secondo il rito amministrato, 517 giorni per gli arbitrati condotti secondo il rito libero.

Numeri non troppo distanti da quelli sopra evidenziati relativi alla giustizia civile in primo grado.

L'ANAC, in definitiva, sottolinea la necessità di continuare nell'impegno volto alla creazione di condizioni per il mutamento dell'opinione pubblica riguardo la sostenibilità dell'arbitrato anche nella materia dei contratti pubblici, soprattutto in un periodo in cui la "volatilità" del clima economico risulta aver favorito un più frequente impiego dell'arbitrato commerciale.

In questa direzione si sono inserite le recenti riforme normative, quali la preclusione a procedure arbitrali diverse da quelle amministrative, disposta dal d.lgs. 50 del 2016, oppure il riconoscimento alla Camera arbitrale del potere di designare oltre il presidente, l'intero collegio. Quest'ultima innovazione opera proprio nell'ottica di favorire il ristabilirsi di un clima di fiducia nei confronti dell'arbitrato.

In questo quadro si inserisce l'istituto del collegio consultivo tecnico, al centro di numerosissimi interventi normativi.

2. Accordo bonario.

Il codice dei contratti pubblici dedica ai rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale un autonomo capo, all'interno del titolo I, Parte VI, relativo al contenzioso.

Il capo II si apre con l'istituto dell'accordo bonario, disciplinato agli artt. 205 e 206. Quest'ultimo semplicemente amplia l'ambito di applicazione dell'art. 205 anche ai contratti di servizi e di fornitura di beni di natura continuativa o periodica.

L'accordo bonario costituisce un metodo di risoluzione delle controversie che insorgono in fase di esecuzione del contratto di appalto, alternativo al rimedio giurisdizionale, con finalità deflattiva del contenzioso. Per questa sua natura, insieme all'arbitrato e al parere di precontenzioso, è assimilabile agli strumenti di ADR.

Le *Alternative Dispute Resolutions*, infatti, quali strumenti affermatasi a partire dagli anni '70 nel Nord America e poi diffusi in tutta Europa, hanno quale obiettivo individuare una valida alternativa al sistema

¹⁸⁴ *L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale*, ANAC relazione annuale 2020.

giudiziario, rispondendo ai problemi derivanti dai costi della giustizia, dalla durata dei processi, dalla rigidità del sistema.¹⁸⁵

L'istituto fu introdotto dalla legge 2 giugno 1995, n.216, che inserì l'art. 31-*bis* all'interno della legge Merloni.

Lo scopo perseguito dal legislatore si rinviene nella necessità di evitare che, a fronte di maggiori pretese creditorie dell'appaltatore, possa insorgere una controversia tra le parti.

L'appaltatore, come è noto, qualora ritenga doveroso un adeguamento delle condizioni economiche a fronte dei maggiori costi sostenuti, può formulare delle riserve in corso d'opera.

Laddove le riserve superino un determinato ammontare previsto dalla legge, il direttore dei lavori dovrà avviare il procedimento di composizione bonaria delle domande oggetto di riserva ritualmente iscritta.

Il procedimento, dunque, è volto ad evitare che la formulazione di riserve possa dar luogo a divergenze e controversie tra le parti, attraverso la formulazione di un accordo strumentale alla definizione del rapporto contrattuale.

La stazione appaltante, infatti, potrebbe non accogliere le riserve dell'appaltatore, il quale avrebbe, di conseguenza, la facoltà di ottenere il riconoscimento dei propri diritti in giudizio.

Per evitare il ricorso al giudice, allora, il legislatore ha pensato di costruire uno strumento conciliativo tra la stazione appaltante e l'esecutore, capace di evitare il contenzioso.

Quanto detto dimostra l'utilità dell'accordo bonario tanto per l'amministrazione, che controlla gli ulteriori costi derivanti dall'iscrizione di riserve dell'appaltatore, quanto per l'operatore, che ha diritto ad ottenere una risposta da parte della stazione appaltante, in assenza della quale potrà adire il giudice.^{186 187}

Si badi, in quest'ultima ipotesi, tuttavia, il sindacato del giudice amministrativo si ferma all'accertamento dell'illegittimità del diniego di provvedere. Non è maggioritaria, infatti, la tesi secondo cui l'appaltatore può direttamente adire l'Autorità giudiziaria ottenendo un giudizio sul merito.¹⁸⁸

La *ratio* dell'accordo bonario, come conferma Cancrini, è di definire il più rapidamente possibile la questione relativa alle riserve, possibilmente senza un contenzioso.¹⁸⁹ In passato, infatti, le riserve dell'appaltatore venivano discusse a collaudo effettuato a distanza di anni dalle sollecitazioni dell'appaltatore. Ciò determinava, molto spesso, l'intervento di sentenze che stravolgevano il quadro economico di un appalto a notevole distanza temporale dal momento della firma.

Il legislatore avanza una soluzione alternativa: quando le riserve sono state quantificate e la riserva supera uno specifico ammontare, è bene che tali riserve vengano esaminate e risolte il più rapidamente possibile, per

¹⁸⁵ T. Galletto, *La mediazione civile nello spazio giudiziario europeo e in Italia*, Editore Aracne, Roma 2014, 4.

¹⁸⁶ Sul tema, R. De Nictolis, R. Garofoli, N. Lipari, "Commento all'art. 31 bis", in F. Caringella (a cura di), *La nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 1998; R. Garofoli, G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2007; M.G. Amorizzo, "L'accordo bonario", in AA.VV., *La tutela in materia di appalti pubblici*, Napoli, 2007.

¹⁸⁷ T.A.R. Catania, Sezione I, 17 aprile 2003, n. 661, secondo il quale: « la norma riconosce l'obbligo dell'Ente appaltante di avviare, istruire e concludere il procedimento amministrativo di componimento delle riserve iscritte dall'impresa appaltatrice nel registro di contabilità entro i termini indicati, decorrenti dalla formulazione dell'ultima riserva; il silenzio tenuto da un soggetto di cui all'articolo 2, comma 2, Legge 11 febbraio 1994, n. 109, è, pertanto, illegittimo e può essere impugnato con il rito speciale previsto dall'art. 2 legge 21 luglio 2000, n. 205».

¹⁸⁸ De Lise, "Commento all'art. 31-bis", in L. Giampaolino, M.A. Sandulli, G. Stancanelli, *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni ter*, Milano, 1999; P. Carbone, "Brevi considerazioni sull'accordo bonario per la definizione delle controversie nell'esecuzione di opere pubbliche", in Riv. Trim. Appalti, 2000.

¹⁸⁹ A. Cancrini, *La fase di esecuzione dell'appalto, Le riserve e il contenzioso*, Approfondimento pubblicato tramite canale Youtube, Cancrini & Partners.

evitare uno procedimento giudiziario che potrebbe compromettere il risultato complessivo dell'attività e un conseguente esborso dell'amministrazione non più disponibile.¹⁹⁰

L'obiettivo è di avviare un dialogo tra il direttore dei lavori, il RUP e l'appaltatore, in corso d'opera, per evitare che le riserve degenerino in un contenzioso costoso e faticoso.¹⁹¹

È il RUP ad avviare il procedimento, attivando l'accordo bonario una volta iscritte le riserve e prima dell'approvazione del certificato di collaudo o della verifica di conformità ovvero del certificato di regolare esecuzione.

Il RUP valuta l'ammissibilità delle riserve, la loro non manifesta infondatezza, tenendo conto della relazione riservata trasmessa dal direttore dei lavori. Entro i 15 giorni successivi alla ricezione della relazione, il RUP può chiedere alla Camera arbitrale l'indicazione di una lista di cinque esperti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto.

Una volta inviata la lista, il responsabile, d'intesa con l'appaltatore che ha presentato le riserve, può esso stesso presentare la proposta o individuare l'esperto incaricato di avanzare la proposta. Ove le parti non riescano a raggiungere un accordo circa la scelta dell'esperto, questi è nominato entro 15 giorni dalla Camera arbitrale che ne fissa anche il compenso.

In passato, il previgente codice prevedeva che per gli appalti e concessioni di importo pari o superiore a 10 milioni di euro, ed in ogni caso per le riserve a seguito di certificato di collaudo o di regolare esecuzione, la costituzione di una commissione composta da un numero di tre esperti.

Per ragioni di contenimento delle spese, nell'attuale codice non è più rinvenibile alcun fattore di collegialità: si passa da tre ad un solo esperto.

Sarà poi l'esperto a formulare la proposta entro 90 giorni dalla sua nomina,¹⁹² sulla base di un'adeguata e completa istruttoria, acquisendo dati, effettuando audizioni e raccogliendo informazioni a riguardo, in contraddittorio con le parti del contratto.

Da ultimo, la proposta è trasmessa alla stazione appaltante, nella persona del dirigente competente e all'operatore che ha iscritto riserve, affinché ne possano valutare la convenienza.

In caso di esito positivo, entro 45 giorni dalla ricezione della proposta, l'accordo è concluso: viene sottoscritto un verbale dalle parti, dando luogo ad una transazione.

In caso contrario, ovvero in caso di rifiuto della proposta, inutile decorso dei termini, possono essere aditi arbitri o il giudice ordinario. Si badi, in quest'ultimo caso l'impresa potrà agire in giudizio entro i successivi 60 giorni, a pena di decadenza.¹⁹³

¹⁹⁰ Quando l'opera è conclusa, i pagamenti effettuati, e interviene una sentenza che condanna l'amministrazione, questa deve ricercare altre risorse, non avendone più la disponibilità.

¹⁹¹ A. Cancrini, approfondimento da ultimo citato.

¹⁹² Ove il RUP non richieda la nomina dell'esperto, la proposta è formulata entro 90 giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori concernente l'iscrizione di riserve.

¹⁹³ Con sent. n. 94 del 4 maggio 2017 la Corte Costituzionale ha elaborato importanti principi in relazione al termine decadenziale di cui all'art. 30 comma 3 c.p.a., adattabili anche all'art. 205 del Codice dei contratti pubblici. Nel dettaglio la Corte ha ritenuto lecita la scelta del legislatore di fissare dei termini a pena di decadenza, in quanto *gode di ampia discrezionalità in tema di disciplina degli istituti processuali (...) anche con specifico riferimento alla scelta di un termine decadenziale o prescrizione a seconda delle peculiari esigenze del procedimento*. Ancora, l'indicazione di un termine decadenziale è il risultato di un *"bilanciamento che risponde anche all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficienza dell'azione amministrativa"*.

Il procedimento sopra visto, si applica a tutte le riserve che conducono ad una variazione dell'importo del contratto tra il 5 e il 15%: non ogni pretesa creditoria è tale da legittimare l'attivazione dell'accordo bonario.

Non risulta particolarmente chiara la *ratio* che ha indotto il legislatore a prevedere un limite massimo pari al 15% del contratto, oltre il quale non è possibile ricorrere all'istituto.

Questo, soprattutto perché il secondo comma dell'art. 205 riconosce la facoltà di avviare un nuovo procedimento, in relazione a riserve ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate che rientrano nuovamente nel range sopra detto, ed entro il massimo complessivo del 15 % dell'importo del contratto.¹⁹⁴

Tutto sta nel comprendere cosa debba intendersi per *massimo complessivo* del 15%.

Secondo una prima lettura, si potrebbe ritenere che il massimo complessivo del 15% indicato al comma secondo, faccia riferimento al limite del nuovo procedimento: in questo caso, però, la formulazione legislativa non farebbe che ripetere quanto già detto nel primo comma dell'art. 205, ove si indica il *range* entro il quale le riserve devono collocarsi.

Questo primo orientamento, tuttavia, porta a concludere per una forte criticità: si potrebbe presentare un nuovo procedimento, in relazione alle riserve non esaminate, sostanzialmente aggirando in limite del 15% di cui al comma primo.¹⁹⁵ Insomma, attenendo tale massimo complessivo al singolo procedimento, la reiterazione sarebbe sempre possibile tutte le volte in cui le soglie si collochino tra il 5 e il 15% dell'importo contrattuale.¹⁹⁶

Una seconda interpretazione, da preferire, suggerisce una lettura più conforme alle intenzioni del legislatore: si dovrebbe ritenere che il termine *massimo complessivo* si riferisca al limite "massimo", ossia computato nel quadro delle riserve già trattate.¹⁹⁷

Così, non si aggirerebbe il *range* indicato, significando il 15% un tetto invalicabile, indipendentemente dalle riserve non esaminate, né sopravvenute, ma unitariamente analizzate.

Ulteriore limite è indicato al secondo comma, infatti non possono costituire oggetto di riserva gli aspetti progettuali che sono stati già oggetto di verifica *ex art. 26*.

Ora, il d.l. n. 32 del 2019 ha previsto un regime transitorio¹⁹⁸ in base al quale possono essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali riguardo ai quali si è effettuata una verifica preventiva dell'interesse archeologico *ex art. 25* del codice.

In relazione a queste riserve, dunque, si ammette la possibilità di ricorrere all'accordo bonario.

È importante soffermarsi su questo intervento legislativo, visto che parte della dottrina ha sostenuto esservi stato un errore di formulazione del legislatore, il quale in realtà con il d.l. del 2019 intenderebbe estendere la proponibilità delle riserve rispetto a quegli aspetti oggetto di verifica preventiva *ex art. 26* del codice. Così facendo, la novella opererebbe una sostanziale deroga rispetto a quanto previsto all'art. 205, secondo comma.

¹⁹⁴ B Lubrano, *L'accordo bonario*, in *Rimedi giudiziali e stragiudiziali nel contenzioso nei contratti pubblici*, Roma, 2012. L'autore come la ragione che si cela dietro la formulazione della norma, deriva dalle denunce sollevate da parte dell'AVCP riguardo l'uso distorto dell'accordo bonario, cui si faceva ricorso per pervenire in tempi brevi al riconoscimento di determinate pretese economiche e per correggere offerte economiche non pienamente ponderate in sede di gara o semplicemente per recuperare ribassi offerti per aggiudicarsi la gara.

¹⁹⁵ Sul punto Botto, A., and Simone Castrovinci Zenna. *Diritto e regolazione dei contratti pubblici* Torino, G. Giappichelli, 2020, 391 ss.

¹⁹⁶ M. Corradino, in M. Corradino, D. Galli, D. Gentile, M.C. Lenoci e C. Malinconico, *I Contratti pubblici*, Milano Ipsoa, 2017.

¹⁹⁷ In questo senso G. Veltri *Accordo bonario*, in Sandulli, Maria Alessandra., e Rosanna De Nictolis. *Trattato sui contratti pubblici*. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 439 ss.

¹⁹⁸ fino al 31 dicembre 2020, poi 31 dicembre 2021 per effetto del d.l. 183 del 2021, nuovamente esteso fino al 30 giugno 2023 ai sensi del d.l. 77 del 2021.

Non si ritiene, tuttavia, condivisibile questa tesi. Ai sensi dell'art. 12 comma 1 delle Preleggi non si può attribuire un altro significato rispetto a quello che emerge dalla connessione delle parole e dall'intenzione del legislatore.

Quest'ultima appare chiara in base alle parole che il legislatore ha utilizzato: da una interpretazione letterale, non può che desumersi il chiaro riferimento alla verifica preventiva di cui all'art. 25 e non all'art. 26. Inoltre, se effettivamente avesse voluto, il legislatore avrebbe potuto rimediare a questo errore in uno dei numerosi interventi successivi che si sono susseguiti. Ciò non è, però, mai successo: il legislatore ha ripetutamente riproposto la disposizione, confermando, dunque, la sua volontà.¹⁹⁹

Come analizzato, dunque, l'accordo bonario è funzionale ad evitare che l'iscrizione di riserve possa condurre all'insorgere di controversie durante la fase esecutiva. È, inoltre, costruito in maniera tale che non ne derivi un uso distorto dell'istituto, ostacolando un ricorso all'accordo bonario per qualsiasi tipologia di riserva.

Secondo la dottrina maggioritaria, l'accordo validatamente raggiunto ha natura transattiva. Ha, dunque, il carattere ed il contenuto di un'obbligazione contrattuale.²⁰⁰ Conforme alla definizione di ADR, in quanto *ratio dell'istituto(...)* è quella di *comporre celermente il contenzioso già consolidato, onde evitare il protrarsi delle situazioni che hanno determinato le pretese dell'appaltatore*.^{201 202}

Quanto detto è confermato dal comma sesto dell'art. 205, il quale come sopra detto richiede la forma scritta del verbale, senza necessità di redigere un apposito nuovo atto al fine di rispettare quanto prescritto dall'art. 208 sulla transazione.²⁰³

3. Transazione: un rimedio ormai residuale.

La transazione è un istituto di natura tradizionalmente civilistica, volto alla risoluzione delle controversie relative a diritti soggettivi ed insorte in corso d'esecuzione del contratto.

Nel previgente codice del 2006 la transazione aveva carattere generale, ciò comportando una sua applicazione indiscriminata e non soggetta a particolari limiti.

In passato, dunque, vi era stato largo utilizzo di tale strumento negoziale, il cui incentivo derivava direttamente dalla relazione illustrativa al primo codice, nella quale si evidenziava il suo carattere agile, alternativo e facoltativo.

La forte diffusione dell'istituto fece immediatamente sorgere dubbi circa la sua conformità all'ordinamento: era, infatti, condivisa in dottrina l'opinione secondo cui l'alto ricorso all'istituto in esame fosse funzionale a coprire situazioni di illiceità.²⁰⁴

Tale diffidenza nasceva dal fatto che la transazione non presenta le garanzie procedurali tipicamente previste per l'accordo bonario. Sul punto, si è espressa in accordo anche l'ANAC che, con delibera n. 771 del 13 luglio 2016, ha avuto modo di sottolineare come la transazione *ex art. 239* del vecchio codice non era conforme ai principi di trasparenza, efficienza, efficacia, e congruità anche economica, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa.

Una prima delimitazione dell'ambito di applicazione della transazione è intervenuta con l'entrata in vigore del d.lgs. 50 del 2016. Rileva in particolare la lett. aaa) dell'art. 1 comma 1 del d.lgs. citato, che fissa un importante

¹⁹⁹ *Le Riserve nel Codice dei Contratti Pubblici alla luce del D. Lgs. n. 32/2019, Lo strano caso dell'art. 1 comma 10* in riv. giur. Filodiritto.it, a cura di A. Lamanna e M. Bozza, 15 giugno 2021.

²⁰⁰ M. De Paolis, *Le controversie sui contratti pubblici*, CEDAM maggio 2010.

²⁰¹ Delibera ANAC 14 giugno 2017 n. 643.

²⁰² In termini, C. Lamberti, *L'accordo bonario nel Codice degli appalti*, in *Urb. e appalti*, 2008, 4, 417.

²⁰³ G. Veltri, *op. ult. cit.*, 453.

²⁰⁴ Botto, A., and Simone Castrovinci Zenna. *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*. Torino: G. Giappichelli, 2020, 396.

principio: “*la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto...*”.

Come sottolineato dal Consiglio di Stato con parere n.855 del 1 aprile 2016, infatti, l’art. 208 appena introdotto confermava il suo *carattere di generalità per le controversie relative ai diritti soggettivi, al di fuori, però, dei casi definibili con accordo bonario ed attraverso il Collegio consultivo tecnico.*

Dunque, un’applicazione che si arrestava alla previa esperibilità del procedimento di accordo bonario e del Collegio consultivo tecnico.

Con il d.lgs. 19 aprile del 2017 si è, poi, ulteriormente ridotto il campo di applicazione della norma, consentendo il ricorso alla transazione solo ove non fosse possibile neppure definire la controversia deferendola ad arbitri. Si è aggiunto, dunque, ai rimedi alternativi all’azione giurisdizionale, o stativi la proposizione di una transazione, anche l’arbitrato.

Nel Codice civile, invece, la transazione è descritta all’art. 1965 come un contratto attraverso il quale le parti facendosi reciproche concessioni pongono fine ad una lite già insorta o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Nessuna condizione è, dunque, imposta da parte del legislatore, concedendo all’istituto una portata generale e una libera accessibilità.

3.1 Tipi di transazione e procedimento.

Si distinguono tradizionalmente due diversi tipi di transazione: la transazione conservativa o semplice e la transazione novativa.

La prima categoria concerne un accordo che opera unicamente su un piano quantitativo. La transazione continuativa, infatti, si limita a modificare il precedente rapporto tramite reciproche concessioni, senza crearne uno nuovo o estinguerlo.²⁰⁵

Le modifiche del rapporto possono anche riguardare una bilaterale e congrua riduzione delle opposte pretese in modo da realizzare un regolamento di interessi sulla base di un *quid medium* tra le prospettazioni iniziali.²⁰⁶

La transazione novativa, invece, è un istituto di difficile interpretazione e foriera di numerosi dubbi.

Difatti si tratta di una transazione mediante la quale le parti operano modifiche sostanziali al rapporto iniziale, venendosi a configurare un vero e proprio nuovo sinallagma.

La figura giuridica in esame risulta caratterizzata da una specifica finalità, quella appunto novativa che la rende ancor più incisiva rispetto alla transazione conservativa: *la lite sarà chiusa con maggiore definitività e forza in quanto viene azzerata la situazione preesistente tra le parti e sostituita ex novo.*²⁰⁷

Differentemente dalla transazione conservativa, infatti, in questo caso non può neppure parlarsi di semplici reciproche concessioni, in quanto viene totalmente ridefinito il contenuto del contratto, estinguendo il pregresso rapporto.

²⁰⁵ T. Galletto, *La transazione: complessità dell’istituto ed attualità della funzione*, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., n. 4/2013, 21; Morese, *Transazione novativa e transazione conservativa: caratteri distintivi*, in *Vita not.*, 2006, p. 1311 ss.

²⁰⁶ In questi termini, A. Tessera, *I contratti per la risoluzione delle controversie*, Giappichelli editore, Torino 2019, 80.

²⁰⁷ In questi termini, approfondisce la tematica G. Pongelli, *La transazione novativa*, CEDAM, maggio 2020, 6.

C'è chi ritiene che la transazione sia sempre e comunque novativa²⁰⁸ anche quando la modifica riguardi semplici e lievi alterazioni del rapporto negoziale, secondo altri, invece, la transazione novativa è solamente una mera eccezione²⁰⁹ oppure non è neppure ipotizzabile²¹⁰, in quanto si ritiene non modificabile *in toto* un contratto tramite transazione ed in quanto incompatibile con la funzione della transazione, quale mera modalità di ricomposizione della lite.

L'oscurità del tema non trova soluzione nel dettato normativo, il quale non vi pone alcuna attenzione a riguardo: il solo art. 1965 del Codice civile fa riferimento alla novazione, stabilendo che ove il rapporto preesistente venga estinto per novazione, la risoluzione della transazione per inadempimento non potrà essere richiesta, salvo il caso in cui tale diritto alla risoluzione sia espressamente riconosciuto nel nuovo rapporto.

C'è, tuttavia, da chiedersi se la transazione novativa sia perfettamente sovrapponibile alla novazione. Sul punto, giustamente, la dottrina non ritiene di dare risposta affermativa.²¹¹

Nessuna delucidazione perviene da esperienze giuridiche vicine, non essendo la transazione novativa disciplinata né nell'ordinamento tedesco, né in quello francese.²¹²

Per questa ragione, ancora oggi, la transazione novativa anche del diritto civile, viene considerata «*materia subtilis atque difficilis; tema classico eppure, ancora oggi, assai frequentato dalla dottrina a causa dei gravi e numerosi problemi che si annidano fra le maglie (invero non sempre ben tessute) della sua disciplina e sui quali si attende ancora di fare piena luce*».²¹³

Inoltre, nella materia della contrattualistica pubblica, la prospettiva di una transazione novativa non può essere guardata allo stesso modo con cui la si analizza nel contesto civilistico, visti i numerosi principi sui quali questa si erge.

Notevoli sono le criticità sollevate dal mondo giuridico a riguardo: secondo l'AVLP, «*mentre deve ritenersi praticabile in ambito pubblicistico una transazione cd. semplice, ossia semplicemente modificativa della situazione giuridica dedotta in lite, deve escludersi invece l'ammissibilità di una transazione "novativa"*,

²⁰⁸ D'onofrio, *Della transazione*, in Comm. c. c. a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, art. 1960-1991, Bologna-Roma, 1974, sub art. 1976, 282 ss. Secondo G. Pongelli, in realtà, la tesi dell'autore è frutto di un errore logico, in quanto si intende la transazione semplice come novativa.

²⁰⁹ G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 109. L'autore parla di transazione eccezionalmente novativa quando le parti intendono estinguere il rapporto preesistente.

²¹⁰ P. Perlingieri, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, in Comm. c. c. a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, *Delle obbligazioni*, art.1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 100 ss. (v. ora riproduzione anastatica del volume, con introduzione di V. Rizzo, Napoli, 2019).

²¹¹ Sul tema, molto approfondita la discussione condotta in G. Pongelli, *La transazione novativa*, CEDAM, maggio 2020, 18 ss. L'autore conduce un'attenta analisi circa la possibilità di applicare le disposizioni sulla novazione alla transazione novativa. In caso di risposta affermativa all'interrogativo posto, *si dovrebbe giungere alla conclusione che la transazione sarebbe "senza effetto se non esisteva obbligazione originaria" (art. 1234, comma 1 c.c.)*. Tuttavia, come bene conclude l'autore, questa lettura appare forzata: la transazione interviene per risolvere una lite insorta, questa è la sua funzione, null'altro può aggiungersi. La transazione novativa interviene a prescindere dall'accertamento circa la natura del precedente rapporto esistente tra le parti: *"l'inesistenza o l'invalidità del rapporto preesistente non determinano l'inefficacia della transazione novativa."* Rimane, dunque, oscura una corretta interpretazione condivisa della norma, visto che il legislatore richiama l'applicazione di un istituto, quale la novazione, che però non risulta conforme alla natura della transazione, in quanto quest'ultima prescinde dall'esistenza di un'obbligazione pregressa. Si dovrebbe, quindi, distinguere secondo Pongelli, tra novazione oggettiva ossia estinzione del singolo rapporto obbligatorio, e transazione novativa: *vera e propria sostituzione dell'intera situazione giuridica preesistente*. Anzi, più che di transazione novativa, dovrebbe parlarsi di transazione *innovativa*; cfr. F. Santoro Passarelli, *La transazione*, Jovene 1986, 83.

²¹² Nel BGB non si rinviene neppure la disciplina sulla transazione. Nel *Code Napoléon* la transazione viene definita come il contratto mediante il quale le parti terminano una lite già insorta, o prevengono una lite che può sorgere (art. 2044, al. 1), non menzionando affatto le reciproche concessioni.

²¹³ G. Gennari, *La risoluzione della transazione novativa*, Giuffrè, Milano, 2005, 1.

intesa come accordo mediante il quale instaura con l'appaltatore un nuovo e diverso rapporto contrattuale per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto".²¹⁴

Le ragioni di tale diffidenza per la transazione novativa sono facilmente rinvenibili nella natura pubblicistica del contratto di appalto, concluso a seguito di un procedimento ad evidenza pubblica. Una modifica sostanziale del contratto andrebbe a ledere in maniera evidente il principio di *par condicio* tra gli operatori economici, che vedrebbero alterata la leale concorrenza.

In effetti, una transazione novativa potrebbe artificiosamente eludere la disciplina normativa dettata in materia di varianti e modifiche contrattuali che, come sopra visto, presenta uno scrupoloso livello di dettaglio. Non solo, la transazione novativa darebbe luogo ad un nuovo rapporto senza una procedura concorsuale, eludendo anche i più importanti obblighi di matrice comunitaria in materia.²¹⁵ Per questi motivi, la dottrina è ormai concorde nell'escludere tale fattispecie in relazione alla contrattualistica pubblica.

Secondo la dottrina la differenza tra le due fattispecie sopra viste, si rinviene nell'*animus novandi* e nella volontà di porre in essere *aliquis novi*, cioè nella volontà di redigere un nuovo rapporto negoziale.²¹⁶ Questa tesi trova conferma anche in giurisprudenza: secondo la Corte di Cassazione "*per determinare il carattere novativo o conservativo della transazione, occorre accertare se le parti, nel comporre l'originario rapporto litigioso, abbiano inteso o meno addivenire alla conclusione di un nuovo rapporto, diretto a costituire, in sostituzione di quello precedente, nuove autonome situazioni; il relativo apprezzamento è riservato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione logica, coerente e completa*".²¹⁷

Si tratta di una ricostruzione disattesa da chi ritiene che debba guardarsi al contenuto oggettivo dell'accordo, più che all'aspetto soggettivo dello stesso, dando rilevanza all'effettiva sostituzione del rapporto originario.²¹⁸

Sicuramente le differenze attengono alle conseguenze dell'inadempimento dell'accordo conciliativo: un mancato rispetto della transazione conservativa comporta la reviviscenza del rapporto originario, preclusa, invece, in caso di inosservanza della transazione novativa che, in quanto tale, è estintiva del pregresso rapporto.²¹⁹

Da ultimo, occorre sottolineare anche l'esistenza di una terza tipologia: la transazione mista.

Questo termine è stato coniato da F. Santoro Passarelli²²⁰, sulla base del comma secondo dell'art. 1965 c.c., poi ripreso in maniera stabile nel tempo dalla dottrina.

Si tratta di una transazione che differentemente rispetto alla novativa, non estingue necessariamente il rapporto pregresso, tuttavia, interviene su profili ulteriori rispetto a quelli riguardanti la lite. Il comma secondo dell'art. 1965 c.c. infatti riconosce la possibilità di creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti.

Ebbene, quanto sopra detto è facilmente condivisibile in una dimensione civilistica, non nella materia della contrattualistica pubblica, che risente della natura pubblicistica inerente a una delle parti del contratto.

²¹⁴ Deliberazione del 5 dicembre 2012, n.103.

²¹⁵ Botto, A., and Simone Castrovinci Zenna. Diritto e regolazione dei contratti pubblici. Torino: G. Giappichelli, 2020, 397, si ricordi, infatti che l'art. 1965 comma 2 riconosce espressamente la facoltà di *creare, estinguere, modificare anche rapporti diversi da quello oggetto della pretesa e della contestazione*.

²¹⁶ *Contratti collegati ed arbitrato: principio di ambulatorietà della clausola compromissoria anche "a ritroso" se il secondo contratto è integrativo di quello originario* in A. Briguglio, G De Nova, A. Giardina, *Rivista dell'arbitrato*, anno XXVI, n. 2/2016, 331.

²¹⁷ Cass. civ., II, 19 maggio 2003, n. 7830.

²¹⁸ L. V. Moscarini, e N. Corbo, voce *Transazione* (Diritto civile), in Enc. Giur. Treccani, XXXI, Roma, 1994, p. 9.

²¹⁹ G. Gennari, op. ult. cit., 308 ss.

²²⁰ F. Santoro Passarelli, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in riv trim. dir. proc. civ., 1956, 16 ss.

Difatti, come sopra visto in relazione alla transazione novativa, si può con sicurezza affermare che addivenire ad una transazione che modifichi sostanzialmente l'oggetto del rapporto iniziale, oppure utilizzare una transazione per aggiudicare un nuovo appalto rispetto a quello iniziale, è pratica elusiva della disciplina prevista dal codice dei contratti pubblici. Una disciplina particolarmente puntuale rispetto alle ipotesi di varianti e nuova aggiudicazione del contratto.²²¹

Parte della dottrina, rispetto alla liceità della transazione mista, distingue due diverse situazioni²²². In accordo con questa lettura, non si potrebbe ricorrere alla transazione mista laddove le parti intendano solamente modificare o creare un rapporto diverso rispetto a quello cui le contestazioni si riferiscono

Mentre, qualora le parti intendano estinguere un rapporto diverso da quello in contestazione, allora sarebbe necessario a sua volta distinguere ulteriormente due approcci: uno più rigorista e uno meno letterale.

Attraverso il primo approccio, sarebbe logico ritenere la transazione mista inconciliabile con le regole pubblicistiche, in quanto verrebbe meno la natura stessa della transazione, quale rimedio alternativo alla risoluzione delle controversie, non riferendosi, appunto, al rapporto oggetto di contestazione.

Un approccio meno rigorista, invece, suggerisce l'ammissibilità di questa forma di transazione mista, a patto, però, che il rapporto diverso sia in qualche modo connesso ai diritti soggettivi controversi derivanti dall'esecuzione del medesimo contratto.

A questo punto dell'analisi emerge con chiarezza l'angusto ambito di praticabilità della transazione nel contratto di appalto pubblico: è necessario che la transazione non comporti una violazione dei principi posti a tutela della materia, anche e soprattutto di matrice comunitaria. Si richiede, dunque, che non vada a modificare radicalmente il contenuto del sinallagma, altrimenti comportando una lesione della leale procedura concorrenziale.

Rispetto al procedimento, l'art. 208 si limita a disporre che a presentare una proposta possa essere o il soggetto aggiudicatario o il dirigente competente, sempre sentito il RUP.

I funzionari che operano in relazione ad una transazione rispondono del loro operato, essendo sottoponibili al giudizio di responsabilità erariale, sia che approvino l'accordo sia che lo rigettino.²²³ Infatti, anche la conclusione di una transazione potrebbe risultare conveniente per l'amministrazione, *“la quale, tra l'altro, può in tal modo evitare un aggravio di costi per spese legali, consulenze tecniche ed oneri accessori”*.²²⁴

La norma riprende, inoltre, il disposto dell'art. 1966 c.c. comma 1, statuendo come solo le persone che possono disporre dei diritti possono transigere. In caso contrario, la transazione è nulla, così come dispone il successivo comma secondo.²²⁵

²²¹ M. Del Signore, *La transazione e l'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture*, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Saia, II, Padova, CEDAM, 2014, 2055.

²²² Il tema è bene affrontato in *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo codice appalti*, D. Giannini, B. Civilla, Giuffrè Officina del Diritto, 2017, 40.

²²³ M. De Paolis, *Responsabilità per transazione nelle attività della PA in Azienda Italia*, 2015, 427.

²²⁴ Deliberazione Corte dei conti Emilia-Romagna, 30 gennaio 2018, n.27.

²²⁵ Il primo comma dell'art. 1966 dispone espressamente *“Per transigere le parti devono avere la capacità di disporre dei diritti che formano oggetto della lite”*; mentre il secondo reca *“La transazione è nulla se tali diritti, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti”*. Ebbene, secondo parte della dottrina, il primo comma fa riferimento alla capacità di agire, mentre il secondo riguarda la legittimazione ad agire. Secondo altri, tra i quali Carresi, invece, per capacità si deve intendere la legittimazione a transigere. Questa argomentazione è trattata in A. Tessera, *I contratti per la risoluzione delle controversie*, Giappichelli editore, Torino 2019.

Si badi, sono diritti disponibili quelli afferenti alla fase di esecuzione del contratto, rimanendo esclusi gli interessi legittimi e i diritti che riguardano fasi diverse da quella esecutiva.²²⁶

Quando l'importo oggetto di concessione o di rinuncia sia superiore a 100.000 euro ovvero 200.000 euro, in caso di lavori pubblici, sarà necessario acquisire il parere in via legale dell'Avvocatura di Stato, sempre che si tratti di amministrazioni centrali. Mentre, in presenza di amministrazioni sub centrali, il parere potrà essere richiesto semplicemente ad un legale interno alla struttura, oppure al funzionario di più elevato grado competente per il contenzioso.

Il parere è sottratto all'accesso, visto l'art. 53 comma 5 lett. b) del codice dei contratti pubblici, ed ha carattere obbligatorio, ma non vincolante, essendo la scelta di transigere rimessa all'Autorità competente, preordinata alla tutela dell'interesse pubblico.²²⁷

3.2 Elementi essenziali della transazione.

La transazione deve contenere alcuni elementi essenziali, tipici del negozio: una *res litigiosa*, ossia una lite tra le parti;²²⁸ la comune volontà delle parti di comporre una controversia in atto o prevista; una *res dubbia*, ossia un elemento di incertezza che caratterizzi il rapporto giuridico e che renda dubbio l'esito della controversia; il nuovo regolamento di interessi sostitutivo dell'originario accordo.²²⁹

Si dubita, in giurisprudenza, della *res dubbia* quale elemento imprescindibile per la transazione in quanto *“quando vi è una lite, non rileva che ad essa si accompagni o non l'incertezza nei soggetti litiganti; la lite, per sé, non presuppone necessariamente questa incertezza, e, se anche sussiste, essa non ha rilievo autonomo, ma resta assorbita nella lite”*.²³⁰

Non è, inoltre, neppure necessario che la lite sia insorta, potendo essa assumere anche il carattere della mera eventualità.

La dimensione pubblicistica del contratto di appalto richiede una specifica motivazione a monte della transazione, che giustifichi la convenienza dell'atto e la sua corrispondenza all'interesse collettivo. È principio costituzionale, d'altronde, che l'azione amministrativa sia preordinata al raggiungimento di un pubblico interesse superiore.

In questo si colloca la differenza rispetto alla transazione civilistica che invece esula da tale obbligo.²³¹

²²⁶ Sandulli, Maria Alessandra., and Rosanna. De Nictolis. *Trattato sui contratti pubblici* vol. IV, Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, 461; cfr. P. Carbone, *Riserve, transazione e accordo bonario negli appalti di lavori, servizi e forniture*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli 2015, 271.

²²⁷ M. Corradino, S. Sticchi Damiani et al. *I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 e successive modifiche*, Giuffrè 2021, 1098, in cui si riprende la deliberazione della Corte dei Conti, Lombardia, 14 aprile 2018 n. 108, secondo cui *“La scelta se proseguire un giudizio o addivenire ad una transazione e la concreta delimitazione dell'oggetto della stessa spetta all'Amministrazione nell'ambito dello svolgimento della ordinaria attività amministrativa e come tutte le scelte discrezionali non è soggetta a sindacato giurisdizionale, se non nei limiti della rispondenza delle stesse a criteri di razionalità, congruità e prudente apprezzamento, ai quali deve ispirarsi l'azione amministrativa. Uno degli elementi che l'ente deve considerare è sicuramente la convenienza economica della transazione in relazione all'incertezza del giudizio, intesa quest'ultima in senso relativo, da valutarsi in relazione alla natura delle pretese, alla chiarezza della situazione normativa e ad eventuali orientamenti giurisprudenziali”*.

²²⁸ Secondo S. Cimini, in *Commento all'art. 239, in commentario al codice dei contratti pubblici*, diretto da G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Milano, Egea, 2013. questa è vero è proprio presupposto della transazione.

²²⁹ Cass. civ., sez. II, 4 maggio 2015, n.8917.

²³⁰ In questi termini F. Santoro Passarelli, *La transazione*, cit., 8. E cfr. Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2013, 24169.

²³¹ Sul punto, cfr. M. Delfino, *La risoluzione delle controversie nei contratti pubblici*, in *L'appalto pubblico e privato*, a cura di V. Di Gregorio, Torino, Utet, 2013, 583.

La giurisprudenza, tanto amministrativa quanto contabile, sottolinea l'importanza della motivazione, ribadendo la possibilità di una responsabilità contabile in sua assenza.²³²

Il comma quarto dell'art. 208 annovera tra gli elementi essenziali a pena di nullità, la forma scritta dell'atto, accogliendo, così, le osservazioni mosse dal Consiglio di Stato nel parere espresso in relazione al codice del 2016.

I giudici di Palazzo Spada, infatti, evidenziavano in quella sede, come non fosse prevista la forma scritta a pena di nullità nell'art. 239 comma 4 del vecchio codice, pur essendo tale previsione necessario mantenerla, in quanto rispettosa "*dei principi generali di diritto amministrativo sulla forma dei contratti della pubblica amministrazione.*"

Sul punto vale la pena, ancora una volta, ricordare che la transazione civilistica richiede la forma scritta, soltanto *ad probationem* ex art. 1967 c.c. Tuttavia, la norma rinvia all'art. 1350 c.c. n. 12 che stabilisce la redazione della transazione sotto forma di atto pubblico a pena di nullità, ove questa abbia ad oggetto controversie relative ai rapporti giuridici specificamente indicati.²³³

3.3 Nullità, annullabilità e risoluzione del contratto di transazione.

Occorre, a questo punto della trattazione, presentare le ipotesi di nullità e annullabilità della transazione, al fine di comprenderne l'operatività.

Come sopra visto, la transazione è nulla ove abbia per oggetto dei diritti indisponibili e qualora non venga redatta per iscritto ex art. 208 del codice dei contratti pubblici.

Tuttavia, non presentando la norma un elevato livello di dettaglio, si rende necessario rinviare al Codice civile per una migliore disamina della disciplina.

È, senza dubbio, annullabile la transazione laddove il consenso di una delle parti sia stato viziato per violenza o con dolo.²³⁴ Più complessa, invece, l'estensione della disciplina circa l'errore.

In generale l'art. 1428 c.c. dispone che l'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente. La peculiarità della transazione, però, giustifica alcune deroghe rispetto a questa regola generale.

Ai sensi dell'art. 1969 c.c., con carattere di specialità, si esclude l'annullabilità di una transazione per errore di diritto relativo a questioni che sono state oggetto di controversia tra le parti. La norma, in questo caso, risponde ad una delle funzioni dell'istituto: evitare che si giunga ad una controversia oppure risolvere una controversia già insorta a causa di una dubbia o erronea interpretazione della legge. Quindi, qualora vi fosse

²³² Bene sul punto C. Conti, sez. giur. Abruzzo, 2 marzo 2015, n. 28, secondo cui "*la discrezionalità, anche nell'ambito di una fattispecie transattiva, non può essere confusa con il mero arbitrio e che, in quest'ottica, la elaborazione di una idonea motivazione (con oggettiva estrinsecazione dell'iter logico-giuridico, cioè del criterio, sottostante la scelta discrezionale esercitata) costituisce requisito indefettibile di legittimità dell'esercizio stesso del potere discrezionale.*"

²³³ Nel dettaglio, le controversie devono riguardare i contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili, contratti che costituiscono, modificano o trasferiscono il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, il diritto del concedente e dell'enfiteuta; contratti che costituiscono la comunione di diritti indicati dai numeri precedenti; i contratti che costituiscono o modificano le servitù prediali, il diritto di uso su beni immobili e il diritto di abitazione; gli atti di rinuncia ai diritti indicati dai numeri precedenti; i contratti di affrancazione del fondo enfiteutico; i contratti di anticresi; i contratti di locazione di beni immobili per una durata superiore a nove anni; i contratti di società o di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari per un tempo eccedente i nove anni o per un tempo indeterminato; gli atti che costituiscono rendite perpetue o vitalizie, salve le disposizioni relative alle rendite dello Stato; gli atti di divisione di beni immobili e di altri diritti reali immobiliari.

²³⁴ L'art. 1427 c.c. infatti, stabilisce come "*il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti*".

un errore circa l'esatta interpretazione della legge, che avrebbe potuto o ha fatto nascere una controversia, rimane valida quella transazione che in relazione a tale controversia viene stipulata.

La giurisprudenza è granitica sul punto: *è rilevante il solo errore di diritto sulla situazione costituente presupposto della "res controversa" (e, quindi, antecedente logico della transazione) e non quello che cade su una questione che sia stata oggetto di controversia (o che avrebbe potuto formare oggetto di controversia).*²³⁵

Quindi, la transazione potrebbe essere impugnata, laddove l'errore di diritto riguardi il "*cd. captum non controversum*", ossia una questione estranea all'oggetto della lite transatta.

L'errore sulle persone o sulle cose oggetto della controversia non è causa di annullamento della transazione, salvo ovviamente quanto previsto dagli artt. 1971 e 1975 c.c.

Infatti, è impugnabile la transazione qualora una delle parti non abbia avuto adeguata conoscenza di documenti che le erano ignoti al momento dell'accordo perché occultati dall'altra parte. Così come rimane impugnabile la transazione per lite temeraria, cioè la transazione conclusa quando una delle parti è consapevole della infondatezza della sua pretesa, che determina l'esito eventuale della controversia.

La transazione relativa a un contratto illecito è nulla ai sensi dell'art. 1972 c.c.

Non è nulla, ma annullabile, la transazione relativa a un titolo nullo, su richiesta della parte che ignorava la causa di nullità del titolo. Secondo quanto previsto dall'art. 1973 c.c. si può richiedere l'annullamento della transazione fatta in tutto o in parte su documenti che in seguito si sono riconosciuti falsi.²³⁶ Caso ben diverso dalla transazione sui documenti falsi, di cui all'art. 1968 c.c.

È annullabile la transazione fatta su una lite rispetto alla quale è già intervenuta una sentenza passata in giudicato, della quale le parti o una di esse non ne avevano notizia.

Sempre in virtù del richiamo alla disciplina civilistica, è possibile la risoluzione del contratto di transazione per mutuo consenso, per impossibilità sopravvenuta di cui agli artt. 1463 ss. c.c., e per inadempimento ai sensi dell'art. 1976 c.c, il quale esclude la sua operatività in relazione alle ipotesi di transazioni novative, come visto, non ammissibili nella contrattualistica pubblica.

In caso di inadempimento, diverse sono le prospettive ipotizzabili. Risoluzione, ma anche diffida di adempimento o risarcimento del danno *ex art.* 1453 c.c.

Si badi, qualora l'inadempimento dipenda da causa non imputabile al debitore, la prestazione diventerebbe impossibile, esonerando la parte che avrebbe dovuto darvi luogo. In questo caso, trova applicazione l'art. 1463 c.c., secondo il quale, *"la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito"*.

Tale condizione di impossibilità, potrebbe anche rinvenirsi negli ostacoli conseguenti all'emergenza sanitaria da COVID 19²³⁷. Nello specifico, proprio l'art. 91 del decreto legge n.18 del 2020 ha introdotto, all'art. 3 del decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6, convertito nella Legge 5 marzo 2020, n. 13, il comma 6-bis, secondo cui:

²³⁵ In questi termini Cass. civ. sez. II 3 gennaio 2011, n.72; cfr. Cass. civ. lav. 2 agosto 2007, n. 17015.

²³⁶ Secondo P. Carbone, in *Riserve, transazione, accordo bonario negli appalti di lavori, servizi e forniture*, op. cit., si rinviene un problema di coordinamento dell'art. 1973 rispetto agli artt. 1971, 1972 e 1975 c.c.: *"la transazione che le parti hanno conclusa generalmente sopra tutti gli affari che potessero esservi tra loro non può impegnarsi per il fatto che posteriormente una di esse venga conoscenza di documenti che le erano ignoti al tempo della transazione, salvo che questi siano stati occultati dall'altra parte. la transazione è annullabile, quando non riguarda che un affare determinato e con documenti posteriormente scoperti si prova che una delle parti non aveva alcun diritto.*

²³⁷ A. Gargiulo, *Transazione e inadempimento in tempo di Covid* in *JurisNews.it*, 6 maggio 2020.

“Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell’esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all’applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti”.

Non è soggetta ad impugnazione quella transazione che si presenti iniqua, in quanto non è scopo dell’istituto ricercare l’equivalenza tra le opposte prestazioni, bensì raggiungere la composizione di una lite già insorta o prossima. Quanto detto, nel limite della ragionevolezza e dell’equità.²³⁸

Comprendere la differenza tra le ipotesi di annullamento e quelle di nullità risulta di grande importanza al fine di evidenziare le conseguenze circa il rapporto giuridico tra le parti del contratto iniziale.

Nello specifico, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse o può essere rilevata dal giudice. L’azione di nullità, inoltre, ai sensi dell’art. 1422 c.c. è imprescrittibile salvi gli effetti dell’usucapione e delle azioni di ripetizione.

Una volta dichiarata la nullità dal giudice, gli effetti dell’accordo sono caducati *ab origine*, come se lo stesso non fosse mai venuto ad esistenza.

Quindi, nel caso di specie, la transazione viene dichiarata nulla e la controversia permane oppure insorge, ove non ancora nata. Si badi, ove già effettuate delle reciproche prestazioni, queste dovranno essere ripetute, in virtù dell’effetto retroattivo della nullità.

Differentemente, l’azione di annullabilità può essere fatta valere solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge, entro 5 anni dal fatto che vi dà origine.

La transazione annullabile continua a produrre effetti, fino a quando non intervenga la pronuncia del giudice.

In questo caso, dal momento della pronuncia la transazione non produrrà effetti, rimanendo, dunque, salve le prestazioni e le concessioni tra le parti.

Tuttavia, il giudice può anche rimuovere retroattivamente gli effetti già prodotti con sentenza costitutiva.

Tanto nelle ipotesi di annullamento, quanto in quelle di nullità, logica conseguenza sarà, allora, adire l’Autorità giudiziaria, unico rimedio rimasto vista la residualità dell’accordo transattivo, esperibile ove nessuno degli altri strumenti alternativi al contenzioso sia conseguibile oppure abbia portato gli effetti sperati.

3.4 I limiti della rinegoziazione.

Cercando allora da ultimo di concettualizzare l’istituto della transazione, non ci si può esimere dal sottolineare ancora una volta i limiti entro cui può modificarsi il rapporto giuridico iniziale.

Un ulteriore approfondimento in materia si ritiene più che doveroso, viste le criticità che l’accordo transattivo solleva su un piano operativo.

Difatti, come sopra visto, è opinione condivisa dal mondo giuridico l’impossibilità di ricorrere ad una transazione novativa in relazione ad un contratto di appalto pubblico, in virtù dei principi concorrenziali ispiratori della materia. Una transazione novativa comporta l’estinzione del rapporto giuridico originario e la creazione di un nuovo sinallagma, così violando il procedimento ad evidenza pubblica di selezione del contraente.

Ebbene, queste osservazioni suggeriscono importanti considerazioni da svolgere rispetto ai limiti entro i quali si può rinegoziare il contratto d’appalto, senza che ciò comporti la violazione dei principi sopra detti e delle disposizioni di legge in materia.²³⁹

²³⁸ In giurisprudenza, Cass. civ., sez. II 17 agosto 1990 n. 8330., in dottrina, M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Trattato sui contratti pubblici, op. cit., 464.

²³⁹ A riguardo, A. Giannelli *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012.

Nello specifico, dottrina e giurisprudenza negano la modificabilità del contratto di appalto, salvo eccezionali deroghe normativamente previste, sia prima che dopo la procedura di affidamento.²⁴⁰

Secondo la migliore dottrina, nell'approccio comunitario, si potrebbero distinguere due diversi orientamenti a riguardo²⁴¹.

Una prima scuola di pensiero ritiene possibile ricorrere alla modifica del contratto ove non si tratti di modifica essenziale, ossia ove non vada ad incidere sull'equilibrio economico del contratto: analisi perseguibile attraverso lo "*scope of the contract test*."²⁴²

Secondo una diversa lettura, invece, si dovrebbe guardare all'impatto che la modifica produce sui termini del contratto: attraverso il cd. "*scope of the competition test*" occorrerebbe indagare, con un'analisi postuma, la compatibilità della modifica con la procedura stessa di aggiudicazione del contratto.²⁴³

Interpretazione, quest'ultima, sicuramente più estensiva.

Ebbene, negli ultimi anni la giurisprudenza comunitaria si sta assestando nel riconoscere sempre più importanza al leale dialogo concorrenziale tra gli operatori economici, escludendo con ancor maggior rigore il ricorso alle modifiche contrattuali nelle procedure di selezione del contraente.

Questo orientamento è stato poi accolto, come visto nella parte dedicata allo *jus variandi*, da parte del legislatore comunitario che ha recepito gli approdi della Corte di Lussemburgo all'interno degli artt. 43 Dir. 2014/23/UE in tema di concessioni, 72 Dir. 2014/24/UE per i settori ordinari e 89 Dir. 2014/25/UE per i settori speciali.

Anche il nostro ordinamento, al momento del recepimento delle direttive, è intervenuto attraverso l'introduzione nel codice dei contratti pubblici, degli artt. 106 per i settori ordinari e 175 per le concessioni.

Le norme sopra dette riferiscono una puntuale regolamentazione in materia di modifiche dei contratti di appalto durante la loro vigenza, cercando, in maniera quanto più dettagliata, di delimitarne il ricorso a ipotesi specifiche e circoscritte. Non solo, si restringono le maglie entro cui ammettere le modifiche così da non ledere il principio chiave della materia: la tutela della *par condicio* tra gli operatori concorrenti e della situazione di leale concorrenza.

Una troppo ampia facoltà di modificare il contratto, dopo la stipula, e, conseguentemente, un contenuto eccessivamente ampio dell'accordo di transazione, può significare uno strumento di elusione del complesso procedimento di selezione del contraente, preordinato a individuare la migliore controparte per la realizzazione dell'opera.

Insomma, ammettere una facoltà troppo estesa per le parti del contratto di variare le condizioni del rapporto giuridico in corso d'opera, potrebbe dar luogo ad un'elusione dei vincoli previsti in sede di gara. Un operatore, inizialmente individuato, potrebbe beneficiare di nuove condizioni che, ove fossero state previste sin dall'inizio, avrebbero anche potuto condurre ad un esito diverso della procedura di selezione.

Per le ragioni sopra viste, si suggerisce un ricorso limitato all'istituto della transazione, o comunque un suo utilizzo razionale, viste soprattutto le eventuali conseguenze nelle quali potrebbero incorrere le parti.

Bene potrebbero, infatti, i concorrenti esclusi, impugnare l'accordo transattivo che, ove eccessivamente incisivo, si tradurrebbe in una vera e propria nuova fonte di obbligazioni. Si tradurrebbe, sostanzialmente, in un nuovo contratto di appalto, aggiudicato senza procedura di gara.

²⁴⁰ Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002 n.6281.

²⁴¹ In questi termini conduce la trattazione M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 469 ss.

²⁴² *Ex multis*, C. Giust. CE 5 ottobre 2000 in C-337/984, *Commissione c. Francia*.

²⁴³ *Ex multis*, C. Giust. CE, 29 aprile 2004 in C-469/99, *Commissione c. CAS Succhi di frutta Spa*.

4. L'arbitrato: la complessa e contraddittoria evoluzione normativa dell'istituto

L'arbitrato è un rimedio alternativo al contenzioso che consente di definire una controversia deferendola ad un *giudice privato*, in sostituzione dei giudici dello Stato.²⁴⁴

Si tratta di un istituto che trova il suo fondamento nell'autonomia delle parti. Imparziale e rapido, in quanto le parti di un rapporto giuridico possono rimettere la definizione della questione ad un organo terzo, individuato di comune accordo, evitando i tempi della giustizia.

La sua natura è stata a lungo oggetto di interessante dibattito per via della "*doppia anima*"²⁴⁵ che lo caratterizza, essendo, l'arbitrato, equiparabile tanto ad un accordo *inter partes*, quanto ad una sentenza visti gli effetti che esso produce.

La giurisprudenza civile, mutando il proprio iniziale orientamento, è ormai concorde nell'equiparare il lodo arbitrale alla sentenza²⁴⁶, allineandosi alla nuova formulazione dell'art. 824-bis c.p.c., così costruito dopo la riforma del 2006: *il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria*.

Il nostro ordinamento conosce diversi tipi di arbitrato. Affianco alla tradizionale disciplina contenuta nel Codice di procedura civile al titolo ottavo, sono presenti una serie di leggi speciali che intervengono sull'istituto, volte a dettare regole specifiche in relazione a controversie che insorgono in determinati ambiti del diritto. Tra queste fattispecie, si inserisce l'arbitrato in materia di contratti pubblici, di cui agli artt. 209 e 210 del codice dei contratti pubblici, riguardo al quale si concentrerà la seguente trattazione.

Al pari della transazione sarà, quindi, necessario un costante rinvio alla normativa civilistica, per completare o avere maggiormente chiara la operatività dello strumento giuridico, avendo riguardo alle deroghe che si rendono necessarie data la specialità della materia.

Nel panorama nella contrattualistica pubblica, l'istituto in questione compare nel 1865, con la legge 20 marzo n. 2248. A partire da questo momento si susseguiranno una serie di interventi normativi, tutti con l'obiettivo di razionalizzare l'arbitrato rendendolo quanto più conforme a diritto.

Nello specifico, l'azione riformatrice del legislatore si è costantemente interrogata circa la facoltatività dell'istituto.²⁴⁷

Con la prima legge del 1865, l'inserimento della clausola compromissoria era una mera possibilità, ma con i successivi Capitolati generali del 1889 e 1895, si passa all'obbligatorietà. Il capitolato generale del 1962 fa un passo indietro, "*accordando alla parte attrice la possibilità di adire direttamente il giudice ordinario, oppure consentendo alla parte convenuta di escludere la competenza arbitrale.*"

²⁴⁴ Così, *Arbitrato*, aa. vv., IPSOA marzo 2020, 2. Sull'arbitrato rituale e irrituale, *ex multis*, I. Biamonti, *Arbitrato (diritto processuale civile)*, in Enc. dir., II, Milano, 1958, 940; G. Verde, *Diritto dell'arbitrato rituale*, II, Torino, 2000; sull'arbitrato amministrato E. Berinini *L'arbitrato amministrato*, in C. Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 2005, 381 ss.

²⁴⁵ *Arbitrato*, aa. vv., IPSOA marzo 2020, 2.

²⁴⁶ Cass. ord. 25/10/2013, n. 24153, in Foro it., 2013, I, 3407 secondo cui, "*come regola, la funzione giurisdizionale sui diritti si esercita davanti ai giudici ordinari, essendo tuttavia consentito alle parti, nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, di derogare a tale regola agendo 'a tutela dei propri diritti' davanti a giudici privati, riconosciuti tali dalla legge, in presenza di determinate garanzie. L'autonomia delle parti si manifesta qui, non già (come è ovviamente possibile, e come avviene nell'arbitrato 'contrattuale') come atto di disposizione del diritto, ma come atto incidente sull'esercizio del potere di azione che a quel diritto è connesso*".

²⁴⁷ Sull'evoluzione normativa, dettagliatamente M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, cit, 479; B. Civilla e D. Giannini, *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo codice appalti*, Giuffrè editore- Officina del Diritto, 2017, 45 ss.

L'art. 16 della legge n.741 del 1981, sostituendo l'art. 47 del capitolato del '62, introdusse un approccio intermedio in materia. Si sarebbe potuto escludere il ricorso all'arbitrato con clausola espressa, contenuta nel bando o nell'invito di gara, oppure nel contratto in caso di trattativa privata. In assenza di una tale espressa esclusione, sussisteva la obbligatorietà di ricorrere all'istituto.

Ebbene, anche la legge Merloni, nelle sue diverse versioni, intervenne nuovamente sull'istituto. Alla terza versione del 1998, si ritorna alla natura volontaria dell'arbitrato, in forma, però, obbligatoriamente "amministrata", escludendo la possibilità di ricorrere all'arbitrato libero: le parti, qualora avessero voluto ricorrere all'istituto, avrebbero dovuto attribuire alla Camera arbitrale per i lavori pubblici la scelta del terzo soggetto che, insieme ai due individuati dalle parti, avrebbe dovuto ricoprire il ruolo di arbitro. Questi, soggetto a specifiche regole di procedura di cui al d.m. n.398 del 2000.

Forti le critiche sollevate dalla dottrina, che denunciò la perdita del tipico carattere di discrezionalità che connaturava l'istituto: l'obbligo di ricorrere ad uno specifico procedimento dettato dalla legge, il penetrante controllo della Camera arbitrale erano aspetti che toccavano, inevitabilmente, il fondamento stesso dell'istituto, l'autonomia privata.²⁴⁸

Critiche accolte in giurisprudenza, vista la pronuncia del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003. I giudici, furono chiamati a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art.32 della legge n.109/1994, nonché delle norme regolamentari che riservavano alla Camera arbitrale la nomina del presidente del collegio, la determinazione dei compensi dovuti agli arbitri, la tenuta di un albo, l'iscrizione al quale condiziona lo svolgimento delle funzioni arbitrali e determina situazioni di incompatibilità e che ponevano una disciplina procedurale divergente rispetto ai principi del codice di procedura civile, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 25, 41, 76 e 77 Cost.

Il Consiglio di Stato, sottolineò come *"la nomina degli arbitri, compreso il presidente del collegio, non può che essere attribuita alle parti, alla stregua del principio fondante, contenuto nel codice di procedura civile (art. 810), secondo il quale la nomina è compiuta dal presidente del tribunale soltanto nei casi in cui una parte abbia omesso di nominare il proprio arbitro ovvero le parti non abbiano trovato l'accordo entro una dato termine ovvero abbiano demandato ad un terzo che non vi abbia provveduto o al presidente stesso la nomina di uno o più arbitri."*

Fu, allora, disposto l'annullamento dell'art. 150 comma 3, nella parte in cui sottraeva alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzione di presidente, attribuendola alla Camera arbitrale. La caducazione di tale previsione comportò il venir meno anche di quelle relative alla formazione dell'albo degli arbitri della Camera arbitrale, nonché alla durata dell'iscrizione ed alle incompatibilità conseguenti all'iscrizione stessa, sempre limitatamente agli arbitri.

Il legislatore si uniformò a queste indicazioni giurisprudenziali offerte dal Consiglio di Stato, individuando due diversi modelli di arbitrato: il primo, in cui la scelta del terzo arbitro avveniva dalle parti a cui si applicavano le disposizioni del Codice di procedura civile, salvo poi depositare il lodo presso la Camera arbitrale; un secondo, in cui la nomina del terzo arbitro, in caso di mancato accordo tra le parti, avveniva da parte della Camera arbitrale e si sarebbe dovuto seguire il procedimento dettato dal regolamento di attuazione.

Questo modello dualista trovò poi conferma nel codice 2006, salvo poi subire una nuova modifica nel 2007: a seguito dei costi eccessivi legati al procedimento e della frequente soccombenza delle pubbliche amministrazioni, venne introdotto con la legge finanziaria per il 2008, il divieto di inserire clausole compromissorie di arbitrato.

²⁴⁸ Cfr. C. Campegiani e C. Papi, *L'arbitrato amministrato in materia di lavori pubblici, Gli effetti della sentenza del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003*, in Giust. Civ., 2004, II, 345 ss.

Il grottesco ripercorrersi di scelte legislative, tra loro contrastanti o ripetitive, portò, a seguito delle direttive del 2007 alla reintroduzione dell'istituto, attraverso il d.lgs. 20 marzo 2010 n.53.

Nel dettaglio, l'art. 44 comma 1 della legge comunitaria delegava il Governo a adottare *“uno o più decreti legislativi volti a recepire la direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici”*.

Seguì poi la legge anticorruzione del 2012 ad offrire un'importante indicazione: la necessaria previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione, circa l'inserimento della clausola compromissoria.

La legge delega del 2016, secondo quanto previsto dall'art. 1 comma 1 lett. aaa), pose come obiettivo la *“razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto”*, tentando di garantire *“la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari» sia «l'efficacia e la speditezza delle procedure di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti relativi ad appalti di lavori, previsione nel rispetto della pienezza della tutela giurisdizionale”*.

Con il codice del 2016, si amplia l'ambito operativo dell'istituto; viene abbandonato il sistema dualista, sopra visto; si prevede un nuovo meccanismo di nomina del collegio arbitrale; vengono introdotti differenti requisiti per la nomina degli arbitri; vengono introdotte specifiche modalità informatiche e telematiche per il deposito del lodo; vengono potenziate le funzioni della Camera arbitrale, oltre che rimosse le procedure relative alla determinazione del compenso degli arbitri.²⁴⁹

Dunque, l'unico modello di arbitrato ammissibile è amministrato, ossia quello costruito secondo le regole di rito previste dal codice e davanti alla Camera arbitrale presso l'ANAC: *l'arbitrato è dunque facoltativo nell'an ma obbligatorio nel quomodo, in quanto i meccanismi di estrinsecazione devono seguire binari ben predefiniti dagli artt. 209 e 210, d.lgs. n. 50/2016.*²⁵⁰

L'arbitrato è esperibile in relazione alle controversie circa i diritti soggettivi afferenti alla fase esecutiva del contratto di appalto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario.²⁵¹

Inoltre, rispetto al codice del 2006, è stato ampliato l'ambito di applicazione dell'istituto, essendo esperibile anche in relazione a controversie in cui una parte sia una società a partecipazione pubblica, ovvero una società controllata o collegata ad una società a partecipazione pubblica o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.

L'arbitrato nel settore degli appalti pubblici coesiste con l'arbitrato nel processo amministrativo, di cui all'art. 12 c.p.a.²⁵², posizionandosi rispetto ad esso in un rapporto di specialità. Si applica, inoltre, la disciplina prevista dal Codice di procedura civile, con le deroghe del codice dei contratti pubblici, distinguibili in tre categorie: regole sul procedimento; sull'impugnazione del lodo e infine spese di arbitrato.²⁵³

²⁴⁹ *Arbitrato e contratti pubblici* di C.I. Buonocore, in D. Garofalo, *Appalti e lavoro, v.1 Disciplina pubblicistica*, Giappichelli Editore, 2017, 812.

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ È esclusa la deferibilità di controversie che riguardino interessi legittimi, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2luglio 2018, n.4005.

²⁵² Secondo l'art. 12 c.p.a., *“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”*.

²⁵³ Giannini, *La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo codice appalti*, cit., 72.

Si ritiene, inoltre, debbano escludersi tanto l'arbitrato rituale, quanto quello di equità, in quanto l'art. 6 della L.205/2000 e l'art. 209 del codice dei contratti pubblici contemplano esclusivamente l'arbitrato rituale di diritto.²⁵⁴

4.1 Il procedimento e la pronuncia.

Per poter ricorrere all'arbitrato, è necessario che tale facoltà sia prevista in una specifica clausola del contratto. È il bando, o l'invito, per le procedure senza bando, a indicare se il contratto conterrà o meno tale clausola.

Come sopra analizzato, a seguito della legge 190 del 2012, il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, è subordinato alla previa autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice.

Si tratta di una scelta discrezionale, operata dal legislatore, ritenuta conforme ai principi costituzionali.

Difatti, con sentenza 9 giugno 2015, n.108, la Corte Costituzionale ha evidenziato come *“la scelta discrezionale del legislatore di subordinare a una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, non è manifestamente irragionevole, configurandosi come un mero limite all'autonomia contrattuale, la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la prefissione di limiti a tutela di interessi generali”*.

Nel dettaglio, la norma persegue un importante scopo: affidare all'organo amministrativo collocato a livello apicale, non solo apprezzamenti di tipo tecnico, bensì anche *“valutazioni di carattere politico-amministrativo sulla natura e sul diverso rilievo degli interessi caso per caso potenzialmente coinvolti nelle controversie derivanti dall'esecuzione di tali contratti”*. Giudizi, dunque, *“delicati, in quanto connessi all'esigenza perseguita dalla disposizione censurata di prevenire e reprimere corruzione e illegalità nella pubblica amministrazione, e dunque non inopportunamente affidati all'organo di governo.”*

Ci si chiede, però, se l'autorizzazione possa intervenire anche in un momento successivo al bando o all'invito. Ebbene, la dottrina ritiene che, in questo caso, si debba procedere a rinegoziazione, subordinando l'inserimento della clausola al consenso dell'appaltatore.²⁵⁵

Nonostante la letteratura giuridica non sia totalmente concorde a riguardo, c'è chi ritiene che si possa sempre ricorrere all'arbitrato, in quanto l'art. 209 vieta il solo compromesso, ossia il ricorso all'arbitrato una volta insorta la controversia, ma non ripropone il previgente inciso *“il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione”*.²⁵⁶

L'aggiudicatario, tuttavia, può recusare la clausola compromissoria che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. La conseguenza, in questo caso, sarà l'esclusione della clausola dal contratto.

Ove d'accordo, le parti rimettono, quindi, la questione ad un apposito collegio arbitrale, la cui composizione e natura sarà meglio approfondita nel prossimo paragrafo.

²⁵⁴ Così, G. Leone, *Elementi di diritto processuale amministrativo*, Cedam, gennaio 2021, 499 ss.

²⁵⁵ In M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 485; R. Dipace, *L'arbitrato (artt. 241-243, d.lgs. 163 del 2006) in Codice deli appalti pubblici*, a cura di A. Cancrini, C. Franchini e S. Vinti, Torino, Utet, 2014, 1433.

²⁵⁶ La *ratio* sarebbe di valorizzare l'istituto dell'arbitrato quale metodo ordinario di risoluzione delle controversie, sul punto E. Odorisio, *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed., III, Padova, Cedam 2012, 178 ss.; l'inciso *“il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione”* stava a significare che una clausola inserita successivamente, senza previa autorizzazione ne preventiva espressa previsione nel bando, sarebbe risultata nulla.

Ai sensi del comma ottavo dell'art. 209 del codice dei contratti pubblici, il procedimento ha avvio con la trasmissione alla Camera della domanda di arbitrato, dell'atto di resistenza, delle eventuali controdeduzioni e delle designazioni di parte.

La disciplina inerente al meccanismo e ai termini entro i quali far pervenire tali atti era inizialmente contenuta nell'art. 2 d.m. n. 398 del 2000, non più espressamente richiamato.

La norma prevedeva la notifica della domanda di arbitrato, secondo le forme degli atti processuali civili ed inoltre, indicava il contenuto della domanda stessa. La domanda doveva indicare, a pena di nullità rilevabile d'ufficio, la determinazione del suo oggetto, la specificazione delle somme eventualmente richieste e l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda. L'atto di resistenza, invece, serviva alla parte nei cui confronti era stata proposta la domanda, per poter resistere.

Con l'atto di resistenza, era richiesta la nomina del proprio arbitro entro sessanta giorni dalla notifica della domanda di arbitrato, si riconosceva la possibilità di proporre domande riconvenzionali, alle quali l'istante avrebbe potuto controdedurre proponendo a sua volta domande a titolo riconvenzionale entro trenta giorni dalla ricezione dell'atto di resistenza.

Si richiedeva, da ultimo, che questi atti venissero trasmessi alla Camera arbitrale, così da delimitare l'oggetto del giudizio.

Ebbene, nonostante questo meccanismo non sia espressamente e letteralmente ripreso dal legislatore all'interno del codice dei contratti pubblici, si ritiene debba essere applicato, in virtù della disciplina prevista dal Codice di procedura civile, nei confronti del quale l'art. 209 dispone il rinvio esterno.²⁵⁷ Nello specifico, l'art. 810 c.p.c. prevede un procedimento identico, salvo lievi modifiche, individuando un atto introduttivo che ricopre la stessa funzione della domanda di arbitrato.

Infatti, la norma dispone che, una volta siglata la convenzione di arbitrato, gli arbitri devono essere nominati dalle parti, con atto notificato per iscritto. È il cd. atto introduttivo.

La domanda di arbitrato deve contenere, però, oltre la nomina degli arbitri, anche l'indicazione del *petitum*, della *causa petendi* e l'oggetto della materia del contendere.²⁵⁸ Si tratta di elementi importanti, in quanto funzionali alla Camera arbitrale per dare concreto avvio al procedimento di arbitrato. Sul punto, la Corte di Cassazione, con sent. 31 gennaio 2007 n. 2201 ha riconosciuto che "*l'art. 810 c.p.c., che disciplina la nomina degli arbitri, non prevede che l'atto con il quale una parte rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri, contenga anche la precisa formulazione dei quesiti. Pertanto, qualora il c.d. atto di accesso contenga soltanto una sommaria, ma inequivoca indicazione di quale sia la materia del contendere, ben può il collegio arbitrale fissare un termine per la precisazione dei quesiti.*"

Ciascuna parte rende poi noto all'altra l'arbitro o gli arbitri nominati, con l'invito ad effettuare la propria designazione. La parte alla quale è rivolto l'invito dovrà poi, nei successivi venti giorni (non trenta come nel d.m. del 2000) notificare a sua volta le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati.

Non compare, differentemente rispetto alla previsione del 2000, un termine entro il quale proporre la domanda.

Sul punto, la dottrina ritiene che il termine debba coincidere con quello della prescrizione del diritto fatto valere, salva la possibilità per le parti di stabilire convenzionalmente appositi termini di prescrizione o di decadenza.²⁵⁹

²⁵⁷ Così, M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 495.

²⁵⁸ *Ibidem*; cfr. D. Garofalo, *Appalti e lavoro: v.1, Disciplina pubblicistica*, op. cit., 833.

²⁵⁹ *Ibidem*.

Così come neppure vengono menzionate dal Codice di procedura civile le controdeduzioni, limitandosi l'atto di resistenza a richiedere la sola nomina dell'arbitro. Tuttavia, sul punto, occorre ricordare che lo stesso comma ottavo dell'art. 209 codice dei contratti pubblici vi fa espressa menzione.²⁶⁰

Individuato il collegio arbitrale e la sua sede²⁶¹, questo è libero di analizzare compiutamente la questione, anzitutto acquisendo informazioni a riguardo.

Si passa, infatti, alla fase dell'istruzione probatoria, in relazione alla quale il comma decimo dell'art. 209 rinvia completamente al Codice di procedura civile, limitandosi ad ammettere tutti i mezzi di prova previsti dal codice, con la sola esclusione del giuramento in tutte le sue forme. Quindi, secondo la dottrina, rimarrebbe escluso il giuramento suppletorio o decisorio, ma anche il giuramento reso dai testi e dal consulente tecnico d'ufficio.²⁶² È molto discussa la ragione di questa esclusione: c'è chi ritiene che discenda dalla distinzione tra giurisdizione ordinaria e arbitrato²⁶³; chi ne sostiene l'illegittimità o l'inutilità²⁶⁴; chi la riconduce alla *diffidenza del legislatore nei confronti dei poteri dispositivi delle parti*.²⁶⁵

L'art. 816-ter c.p.c. riconosce agli arbitri la facoltà di assumere direttamente presso di sé la testimonianza, oppure presso l'abitazione o la casa del testimone, ove questi vi acconsenta.

Il collegio arbitrale può anche deliberare di assumere la deposizione per iscritto da parte del testimone, sulla base di quesiti preventivamente posti. In caso di rifiuto di comparire del testimone, il presidente del tribunale della sede dell'arbitrato, su istanza degli arbitri, può ordinargli di comparire. In questo caso, il termine per la pronuncia del lodo è sospeso dalla data dell'ordinanza alla data dell'udienza fissata per l'assunzione della testimonianza.

Gli arbitri possono anche farsi assistere da uno o più consulenti tecnici, possono chiedere alla pubblica amministrazione informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa di cui risulti necessaria l'acquisizione.

Durante il procedimento, salvo quanto previsto dal codice dei contratti pubblici, gli arbitri potranno regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno, sussistendo il principio di libertà di cui all'art. 816-bis c.p.c. Quanto detto, nel rispetto del principio del contraddittorio: gli arbitri devono, in ogni caso, concedere alle parti *ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa*.

L'inosservanza del contraddittorio legittima l'impugnazione del lodo per nullità ex art. 829 comma 1 n. 9 c.p.c.

Nel corso dell'arbitrato, le parti possono farsi assistere da difensori. In questo caso, salva espressa previsione contraria, la loro procura si estende a qualsiasi atto processuale, ivi compresa la rinuncia agli atti e la determinazione o proroga del termine per la pronuncia del lodo.

Ai sensi dell'art. 817 c.p.c., qualora sorga questione circa il contenuto, l'ampiezza, la validità della clausola o circa la regolare nomina degli arbitri, questi decidono sulla propria competenza. Si badi, si tratta di una previsione particolarmente delicata, in quanto la parte che non abbia eccepito tali vizi nella prima difesa successiva l'accettazione degli arbitri, non potrà per questo motivo impugnare il lodo.

²⁶⁰ Il coordinamento tra queste due norme può risolversi nell'ammettere le controdeduzioni, anche in un atto diverso da quello di resistenza. Soluzione, tuttavia, non avallata in maniera concorde dalla giurisprudenza, o dalla dottrina.

²⁶¹ La sede viene individuata in accordo tra le parti, anche tra i luoghi i cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio dei lavori pubblici., ai sensi dell'art. 209, comma nono.

²⁶² D. Borghesi, *Il regolamento di procedura della Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in Corr. Giur., 2001, n.7, 950.

²⁶³ G. Buongiorno, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, n.4, 757.

²⁶⁴ I. Lombardini, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, Milano, Giuffrè 2007, 254.

²⁶⁵ E. Odorisio, *L'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed. III, Padova, Cedam, 2012, 231.

Gli arbitri adottano ordinanze revocabili non soggette a deposito, laddove non ritengano di provvedere con lodo non definitivo.

Le parti possono allegare mezzi di prova entro termini fissati dagli arbitri, oltre i quali ogni allegazione o istanza è dichiarata decaduta ove si tratti di termini considerati perentori in base alla convenzione di arbitrato o ad altro atto scritto separato.

Ai sensi dell'art. 819-*bis* c.p.c., il procedimento può essere sospeso con ordinanza motivata emessa dal collegio arbitrale nei seguenti casi:

- a) quando il processo civile dovrebbe essere sospeso *ex art. 75* comma terzo c.p.p., ossia a causa della costituzione di parte civile nel processo penale o dopo la sentenza penale di primo grado, fino alla pronuncia della sentenza penale non più soggetta a impugnazione;
- b) se sorge una questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato;
- c) quando viene rimessa alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale.

Disposta la sospensione, il procedimento si estingue se nessuna parte deposita presso gli arbitri istanza di prosecuzione entro il termine fissato dagli arbitri stessi o, in difetto, entro un anno dalla cessazione della causa di sospensione. Se la sospensione è causata dall'ipotesi b), il procedimento si estingue anche laddove entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione nessuna parte deposita presso gli arbitri copia autentica dell'atto con il quale la controversia sulla questione pregiudiziale è proposta davanti all'Autorità giudiziaria.

Gli arbitri possono anche subordinare la prosecuzione del procedimento al versamento anticipato delle spese prevedibili. Ai sensi dell'art. 816-*septies* c.p.c., infatti, il legislatore riconosce al collegio la facoltà di determinare la misura dell'anticipazione a carico di ciascuna parte. Se una delle parti non dovesse provvedere all'anticipazione, l'altra potrebbe corrispondere il totale. Ove, invece, entrambe le parti non provvedano, non saranno più vincolate alla convenzione di arbitrato.

Vista la loro funzione di dirimente, gli arbitri risolvono anche tutte le altre questioni che risultino pregiudiziali alla decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di arbitrato. È l'art. 819 c.p.c. a disporlo, ribadendo, tuttavia, che la risoluzione di tali questioni pregiudiziali, non riveste autorità di giudicato, infatti la norma non opera in relazione a quelle questioni che devono essere necessariamente decise con efficacia di giudicato, secondo quanto previsto *ex lege*.

Alla fase istruttoria, segue l'ultima fase: la pronuncia del lodo.

Le parti possono fissare un termine entro il quale pronunciare il lodo arbitrale *ex art. 820* c.p.c. ed in ogni caso tale termine può essere prorogato. Viene automaticamente prorogato, salvo diversa previsione, se debbono essere assunti mezzi di prova; se è disposta consulenza tecnica d'ufficio; se è pronunciato un lodo non definito o un lodo parziale; se è modificata la composizione del collegio arbitrale o è sostituito l'arbitro unico.

Ai sensi dell'art 823 c.p.c. il lodo viene deliberato a maggioranza di voti con la partecipazione di tutti gli arbitri ed è quindi redatto per iscritto. La norma definisce anche i requisiti formali del lodo, richiedendo che il suo contenuto indichi: il nome degli arbitri, l'indicazione della sede dell'arbitrato, delle parti, della convenzione di arbitrato, l'esposizione sommaria dei motivi, il dispositivo, la sottoscrizione degli arbitri, la data delle sottoscrizioni.

L'art. 209 codice contratti pubblici, al comma 12, dispone che il lodo si ha per pronunciato con la sua ultima sottoscrizione e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici.

Questa previsione opera in deroga a quanto previsto dall'art. 824-*bis* c.p.c., che subordina l'efficacia alla sola sottoscrizione del lodo.

Nel codice di rito, infatti, il deposito assume rilevanza in relazione all'esecuzione del lodo: l'art. 825 c.p.c. infatti, predispone uno specifico procedimento di deposito affinché la parte che ne abbia interesse, ottenga l'esecuzione del lodo.²⁶⁶ Mentre, ai fini dell'efficacia, come detto, basta, diversamente da quanto previsto dal codice dei contratti pubblici, la mera sottoscrizione.

Quanto detto rileva, ovviamente, ai fini dell'impugnazione del lodo stesso.

Una volta avvenuto il deposito presso la Camera arbitrale, il comma 13 dell'art. 209 codice dei contratti pubblici richiede che venga effettuato il deposito presso la cancelleria del tribunale. Il deposito presso il tribunale produce gli effetti di cui all'art. 825 c.p.c., sopra visti, ai fini dell'esecuzione.

Il deposito presso la Camera arbitrale dal collegio arbitrale *in tanti originali quante sono le parti, oltre a uno per il fascicolo d'ufficio ovvero con modalità informatiche e telematiche determinate dall'ANAC.*

La norma non indica alcun termine entro il quale depositare il lodo arbitrale. Ciò ha condotto a non poche critiche sollevate dalla dottrina a riguardo. Nel dettaglio, secondo alcuni autori si dovrebbe guardare ai principi dettati dal codice civile all'art. 1183²⁶⁷; secondo un'altra lettura il termine dovrebbe essere quello dei quindici giorni entro il quale deve essere effettuato il pagamento dell'un per mille del valore contrattuale, a cura degli arbitri e a carico delle parti, a favore della Camera arbitrale, ai sensi dell'art. 209 comma 12 codice contratti pubblici²⁶⁸; altri ancora, in maniera condivisibile, suggeriscono ancora una volta il rinvio al codice di procedura civile, il quale all'art. 824 dispone che gli arbitri diano comunicazione del lodo mediante consegna di un originale, o di una copia attestata conforme dagli stessi arbitri, entro dieci giorni dalla sottoscrizione del lodo.²⁶⁹

Il lodo arbitrale così avrà gli stessi effetti della sentenza passata in giudicato.

4.2 Il Collegio arbitrale e la Camera arbitrale dei contratti pubblici.

Una volta analizzato il procedimento per addivenire ad un lodo arbitrale, occorre ora soffermarsi sul collegio arbitrale e sulla Camera arbitrale. Si tratta, infatti, di due organi di assoluto rilievo nel giudizio, rispetto ai quali si porrà attenzione circa la loro funzione, natura e composizione.

Come sopra visto, il collegio arbitrale viene nominato, all'inizio del procedimento stesso, attraverso la domanda di arbitrato e l'atto di resistenza, atti nei quali ciascuna parte effettua le proprie designazioni.

La scelta degli arbitri rappresenta uno dei profili di novità rispetto al passato.

Nell'attuale codice, infatti, ai sensi del comma quarto, art. 209 codice dei contratti pubblici, gli arbitri vengono designati dalle parti, ma nominati dalla Camera arbitrale che sceglie e nomina anche il Presidente del collegio arbitrale.²⁷⁰

²⁶⁶ Art. 825 c.p.c.: *“La parte che intende fare eseguire il lodo nel territorio della Repubblica ne propone istanza depositando il lodo in originale, o in copia conforme, insieme con l'atto contenente la convenzione di arbitrato, in originale o in copia conforme, nella cancelleria del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Il tribunale, accertata la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto. Il lodo reso esecutivo e' soggetto a trascrizione o annotazione, in tutti i casi nei quali sarebbe soggetta a trascrizione o annotazione la sentenza avente il medesimo contenuto.*

Del deposito e del provvedimento del tribunale è data notizia dalla cancelleria alle parti nei modi stabiliti dell'articolo 133, secondo comma.

Contro il decreto che nega o concede l'esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso alla corte d'appello, entro trenta giorni dalla comunicazione; la corte, sentite le parti, provvede in camera di consiglio con ordinanza.”

²⁶⁷ E. Odorisio, *L'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, op. cit., 241 ss.

²⁶⁸ *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L. Prefetti, op. cit.; 2427 ss.

²⁶⁹ M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit., 499.

²⁷⁰ Sulla differenza tra designazione e nomina, D. Garofalo, *Appalti e lavoro*, op. cit., 822. In particolare, *la designazione è una pro-posta, «una manifestazione del fenomeno – largamente conosciuto nel nostro ordinamento – della*

Questo, differentemente rispetto a quanto accadeva in passato, visto che l'art. 241 comma quarto del d.lgs. 163 del 2006 riconosceva alle parti la facoltà di nominare direttamente i propri arbitri. La nuova previsione normativa conferisce alla Camera arbitrale un penetrante controllo sul possesso dei requisiti in capo ai soggetti designati dalle parti, tanto da poter ricusare la nomina di un arbitro che non abbia i requisiti di legge.²⁷¹

Gli arbitri vengono scelti in base a provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce.

Qualora una delle parti sia una pubblica amministrazione, la nomina degli arbitri avviene nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione.

La *ratio* di questa previsione si rinviene nella necessità di assicurare l'indipendenza e l'imparzialità dell'arbitro quali requisiti fondamentali che deve possedere chi giudica una controversia fra terzi.²⁷²

Un arbitro in assenza dello *status* di indipendenza e imparzialità può essere ricusato ex art. 815 c.p.c. La norma evidenzia alcuni casi in cui si presume che l'arbitro possa avere interesse nella decisione della questione.

In particolare, l'arbitro può essere ricusato:

- *se egli stesso, o un ente, associazione o società di cui sia amministratore, ha interesse nella causa;*
- *se egli stesso o il coniuge è parente fino al quarto grado o è convivente o commensale abituale di una delle parti, di un rappresentante legale di una delle parti, o di alcuno dei difensori;*
- *se egli stesso o il coniuge ha causa pendente o grave inimicizia con una delle parti, con un suo rappresentante legale, o con alcuno dei suoi difensori;*
- *se è legato ad una delle parti, a una società da questa controllata, al soggetto che la controlla, o a società sottoposta a comune controllo, da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale o associativa che ne compromettono l'indipendenza; inoltre, se è tutore o curatore di una delle parti;*
- *se ha prestato consulenza, assistenza o difesa ad una delle parti in una precedente fase della vicenda o vi ha deposto come testimone.*

Oltre a questi casi, l'art. 815 c.p.c. ammette la ricusazione anche laddove l'arbitro non sia in possesso delle qualifiche espressamente convenute.

Il subprocedimento di ricusazione ha avvio con ricorso proposto al presidente del tribunale nel cui circondario si trova la sede dell'arbitrato, entro dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione. La ricusazione non sospende l'arbitrato.

dissociazione tra la competenza di nomina e quella di scelta del soggetto da preporre all'ufficio», è l'atto con il quale un organo pubblico o un soggetto privato «concorre alla scelta di un soggetto», «un atto di carattere strumentale, privo di autonomia funzionale, e perciò interno al procedimento amministrativo, destinato a concludersi con l'atto finale di nomina»; la quale è «un atto finale del procedimento amministrativo», per cui «l'indicazione del soggetto da proporre all'ufficio non è destinata ad essere seguita da ulteriori provvedimenti amministrativi» 39. Designazione e nomina configurano dunque due momenti distinti manifestati da due soggetti diversi (parte e camera arbitrale), ma che non pongono la parte nella posizione di "subire" una scelta giacché la stessa camera arbitrale individua l'arbitro pur sempre tenendo conto della volontà manifestata dalla parte.

²⁷¹ G.M. Esposito e aa.vv., *Codice dei contratti pubblici*, vol. II, UTET Giuridica, 2017, in commento all'art. 210, 2422.

²⁷² F. Carpi, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in Riv. arb., 2018, p. 187 ss. ove si distinguono i mezzi per attestare l'imparzialità degli arbitri in preventivi e successivi: è strumento preventivo la dichiarazione resa dall'arbitro sui rapporti che possano far sospettare della sua autonomia di giudizio; sono mezzi successivi, invece, la ricusazione, la rinuncia dell'arbitro all'incarico, l'impugnazione del lodo. ; cfr. sull'imparzialità dell'arbitro E. Fazzalari, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in Riv. arb., 1998, p.1-6; F. Auletta, *Arbitri e responsabilità civile*, in Riv. arb., 2005, p. 745-772.

Il presidente del tribunale, a questo punto, si pronuncerà con ordinanza non impugnabile, sentito l'arbitro ricusato e le parti, assumendo, ove necessarie, sommarie informazioni. Nel caso invece in cui l'istanza mossa sia inammissibile o manifestamente infondata, la parte che l'ha proposta sarà condannata al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro.

In caso di accoglimento del ricorso, l'attività compiuta dall'arbitro, individualmente o con il suo concorso, è inefficace.

In aggiunta alle ipotesi previste dall'art. 815 c.p.c. che legittimano la ricusazione, il codice dei contratti pubblici indica una serie di ulteriori regole circa la scelta degli arbitri. Nello specifico, ai sensi dell'art. 209 comma 6 del codice contratti pubblici, non possono essere nominati tali:

a) i magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari in servizio o a riposo nonché gli avvocati e procuratori dello Stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie;

b) coloro che nell'ultimo triennio hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico;

c) coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato;

d) coloro che hanno espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato;

e) coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere su esso;

f) coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie;

g) coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato.

Non solo. Quando alla controversia prende parte un soggetto pubblico, una pubblica amministrazione, sono previste regole ancor più stringenti.

Infatti, se la questione è sorta tra due pubbliche amministrazioni, gli arbitri saranno individuati tra i dirigenti pubblici. Se solo una delle parti è un soggetto pubblico, allora l'arbitro individuato dalla pubblica amministrazione è scelto, *preferibilmente*, tra i dirigenti pubblici.²⁷³

In entrambe le situazioni sopra descritte, se l'amministrazione ritiene non procedere alla designazione dell'arbitro tra i dirigenti pubblici, renderà nota tale scelta con atto motivato, dovendo poi procedere alla designazione dell'arbitro nell'ambito degli iscritti all'albo presso la Camera arbitrale.

Si badi, il rispetto dei requisiti richiesti per la designazione e la nomina degli arbitri sono indicati a pena di nullità del lodo.

All'albo deve essere necessariamente iscritto il Presidente del collegio. Ai sensi dell'art. 210, l'albo è tenuto presso la Camera arbitrale, per ottenere l'iscrizione è necessario presentare apposita domanda corredata da *curriculum* e da adeguata documentazione che attesti il possesso dei requisiti richiesti.

Infatti, secondo quanto disposto dal comma settimo, possono essere iscritti all'albo degli arbitri solamente:

²⁷³ La scelta terminologica operata dal legislatore sottolinea la facoltatività dell'azione. Infatti, bene si collega con il dettato successivo, a mente del quale la pubblica amministrazione può nominare un soggetto diverso rispetto ad un dirigente pubblico. Secondo la dottrina, il favor per i dirigenti pubblici, si rinviene nella necessità di responsabilizzare i soggetti incaricati, ridurre i costi del giudizio arbitrale attraverso la limitazione del ricorso a soggetti esterni. In questi termini, M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 502; cfr. *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione* a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, Giappichelli, 2013, 146.

- avvocati iscritti in albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione;
- tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni e iscritti ai relativi albi;
- professori universitari di ruolo in materie giuridiche e tecniche, oltre che dirigenti della pubblica amministrazione, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Viene fatta salva l'applicazione dell'art. 1 comma 18 della legge 6 novembre 2012, n.90 secondo cui ai *magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie è vietata, pena la decadenza dagli incarichi e la nullità degli atti compiuti, la partecipazione a collegi arbitrali o l'assunzione di incarico di arbitro unico.*

L'iscrizione in tale albo ha validità triennale e può essere nuovamente conseguita decorsi due anni dalla scadenza.

Inoltre, al fine di tutelare il sistema da fenomeni corruttivi ed assicurare l'imparzialità di giudizio, l'art. 210 comma 10 vieta, durante il periodo di appartenenza e nei successivi tre anni, che i soggetti iscritti all'albo possano espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi.²⁷⁴

Come sopra anticipato, grande importanza ricopre anche la Camera arbitrale, soprattutto a seguito della centralità che ha acquisito l'arbitrato amministrato.

La Camera fu istituita dall'art. 32 della legge Merloni, con l'intento di assicurare l'imparzialità e il corretto svolgimento dell'arbitrato in materia di appalti pubblici.

Si tratta di un organo ausiliario dell'ANAC, con propria autonomia e indipendenza, il cui funzionamento ed organizzazione vengono disciplinati dall'art. 210 del codice dei contratti pubblici e dal Regolamento sulla organizzazione e sul funzionamento della Camera Arbitrale del 14 gennaio 2015, pubblicato nella G.U. 24 gennaio 2015, n. 19.²⁷⁵

La Camera è composta da un Presidente e da un consiglio arbitrale.²⁷⁶ Quest'ultimo è costituito da cinque membri, scelti dall'ANAC tra soggetti dotati di competenza nella materia dei contratti pubblici, oltre che dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla stessa Autorità.

L'ANAC sceglie anche il presidente, il cui incarico è quinquennale. Tanto i membri del consiglio, quanto il presidente della Camera arbitrale, soggiacciono agli stessi requisiti, divieti ed incompatibilità stabilite per i soggetti iscritti nell'albo degli arbitri.

Diverse sono le funzioni della Camera. L'organo svolge rilevazioni dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici, cura la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, redige il codice deontologico degli arbitri camerali e provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale.

La Camera tiene l'elenco dei periti, dei consulenti tecnici nei giudizi arbitrali e dei segretari dei collegi arbitrali. Tutta la documentazione inerente ai giudizi di arbitrato è sempre disponibile e viene resa pubblica mediante sito *web* istituzionale dell'ANAC.

La Camera arbitrale riveste anche un particolare ruolo nell'accordo bonario. Infatti, l'art. 205 comma 5 prevede che possa essere interpellata dal RUP, affinché gli fornisca una lista di cinque esperti aventi

²⁷⁴ Salvo quanto previsto dall'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, come modificato dall'articolo 1, comma 42, lettera l, della legge 6 novembre 2012, n. 190.

²⁷⁵ M. Corradino e aa.vv., *I nuovi appalti pubblici*, op.cit., 1112 ss.

²⁷⁶ L'attuale presidente, in carica dall'11 febbraio 2020, è Ferruccio Auletta, il consiglio è composto da Filippo Romeo, Ugo Draetta, Fabio Licata, Alberto Massera.

competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, tra i quali si procederà ad individuare il professionista incaricato di formulare la proposta di accordo.

Interessante il rapporto che lega la Camera e le parti dell'arbitrato. In particolare, la dottrina ha ritenuto si debba parlare di una relazione *sui generis*, avente natura contrattuale, dando luogo ad un contratto di prestazione d'opera intellettuale che si affianca al contratto di arbitrato fra parti ed arbitri.²⁷⁷

Anche la natura del regolamento di arbitrato è stata oggetto di attenta disamina. Si è ritenuto doversi distinguere tra differenti possibili qualificazioni: invito ad offrire, promessa al pubblico ed offerta al pubblico.

Se si protende per la tesi secondo cui la Camera arbitrale presenta offerte al pubblico *ex art.* 1336 c.c. o promesse al pubblico *ex art.* 1989 c.c., il contratto con l'organo si concluderà al momento della conoscenza dell'accordo tra parti ed arbitri, ossia sin dal momento della ricezione della domanda di arbitrato.²⁷⁸

Nel caso in cui si ritenga necessaria, ai fini del perfezionamento del contratto con la Camera, la manifestazione di volontà e l'accettazione da parte del suddetto ente, si sarà in presenza di un invito ad offrire

Gli arbitri, invece, non sono legati attraverso alcun vincolo giuridico alla Camera arbitrale²⁷⁹, sicché un eventuale azione nei confronti dell'organo, potrà essere esclusivamente fatta valere a titolo extracontrattuale.²⁸⁰

Da ultimo, vista la specialità rispetto al codice di rito, occorre guardare alla disciplina concernente i compensi degli arbitri.

Mentre per l'arbitrato ordinario il compenso è fissato direttamente dagli arbitri, con possibilità per le parti di accettare o meno; nel codice dei contratti pubblici si rinviene una specifica regolamentazione a riguardo, volta a ridurre i costi derivanti da una procedura di arbitrato.

In particolare, ai sensi dell'art. 209 comma 16 del codice dei contratti pubblici, è la Camera arbitrale a determinare con delibera il compenso degli arbitri, su istanza degli stessi e nei limiti di quanto fissato in decreto MIMS. In ogni caso il compenso complessivo del collegio, comprensivo dei compensi a favore dei segretari, non può essere superiore a 100.000 euro.

Si badi, ove si tratti di dirigenti pubblici, rimane ferma l'applicazione dei limiti di cui all'art. 23-ter del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, nonché all'articolo 1, comma 24 della legge 6 novembre 2012, n. 190²⁸¹. Sussiste, dunque, un limite ancor più stringente per i dirigenti, dovendo, questi, rispettare gli ulteriori limiti massimi contributivi previsti dalle norme richiamate.

²⁷⁷ In questi termini, M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit., 491 ss., che parla di "contratto di amministrazione di arbitrato", distinto dal contratto di arbitrato che regola il rapporto tra parti e arbitri.

²⁷⁸ Propende per questa tesi E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in Riv. trim. dir. Proc. civ., 2008, n.3, 999 ss. sul punto interessante notare che lo stesso art. 1336 c.c. impone che l'offerta contenga già tutti gli elementi sufficienti per la formazione del consenso, cosa che in effetti accade con la domanda di arbitrato che, come sopra visto, indica gli elementi generali della questione; cfr. A.M. Bernini, *L'arbitrato amministrato: il modello della Camera di commercio internazionale*, Padova, 1996, 28 ss.

²⁷⁹ Sono infatti scelti dalle parti con un controllo della Camera arbitrale limitato al solo rispetto della legge, ossia alla verifica del possesso dei requisiti in capo ai soggetti designati.

²⁸⁰ cfr. A. Berlinguer, *L'arbitrato amministrato*, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, opera diretta da M. Rubino, Sammartano, Bologna, Zanichelli, 2009, 409 ss.

²⁸¹ L'art. 23-ter rimette a decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri la definizione del trattamento economico annuo di chiunque riceva a carico delle finanze pubbliche emolumenti o retribuzioni nell'ambito di rapporti di lavoro dipendente o autonomo con pubbliche amministrazioni statali. Ai fini della sua applicazione, inoltre, prende in considerazione in modo cumulativo le somme comunque erogate all'interessato a carico del medesimo o di più organismi, anche nel caso di pluralità di incarichi conferiti da uno stesso organismo nel corso dell'anno.

Il saldo del corrispettivo deve essere pagato, nella misura determinata dalla Camera arbitrale, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo.

Le parti sono tenute solidalmente al pagamento del compenso degli arbitri, oltre al pagamento delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale in generale, salva comunque possibilità di rivalsa. Nello specifico, in relazione alle spese di giudizio, queste vengono ripartite secondo i criteri di cui all'art. 92 comma secondo c.p.c., ossia se vi è soccombenza reciproca o concorrono altre gravi eccezionali ragioni la compensazione sarà parziale o per intero.

Tuttavia, qualora il collegio arbitrale accolga parzialmente la domanda, le spese saranno compensate in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento.²⁸²

4.3 L'impugnazione e la correzione del lodo arbitrale.

Come sopra anticipato, il lodo diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici e produce gli effetti della sentenza pronunciata dall'Autorità giudiziaria.

Ai sensi dell'art. 209 comma 14 del codice dei contratti pubblici, il lodo può essere impugnato per motivi di nullità e per violazioni delle regole di diritto relative al merito della controversia.²⁸³

L'art. 829 c.p.c. ammette l'impugnazione del lodo per ipotesi di nullità:

- se la convenzione d'arbitrato è invalida;
- se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi previsti dal codice, purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale;
- se il lodo è stato pronunciato da chi non poteva essere nominato arbitro a norma dell'articolo 812;
- se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso;
- se il lodo non contiene l'indicazione della convenzione di arbitrato e delle conclusioni delle parti, l'esposizione sommaria dei motivi, il dispositivo;
- se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito;
- se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata;
- se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti perché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento;
- se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio;
- se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri;
- se il lodo contiene disposizioni contraddittorie;
- se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato.

²⁸² Sul punto si è sottolineato che il legislatore ha perso un'occasione *per raccordare il criterio di ripartizione delle spese legali con quello di ripartizione delle spese arbitrali: non è infrequente leggere Lodi recanti decisioni che distribuiscono in maniera diversa fra le parti il carico delle spese arbitrali e legali anche nel caso in cui non vi sia soccombenza reciproca, prevedendo, per esempio, dopo la condanna della parte soccombente al pagamento delle spese e competenze legali, la compensazione integrale delle spese di arbitrato: in queste ipotesi è inevitabile che la parte vittoriosa, gravata di costi arbitrali che ritiene non dovuti, sia propensa a impugnare il lodo per far rivedere il criterio di ripartizione dei costi arbitrali, con grave danno per le opere pubbliche che sovente rimangono sospese in attesa di una decisione irrevocabile*, così A. Buonfrate, *L'arbitrato del codice dei contratti pubblici*, in Rubino Sammartano, *Il diritto degli arbitrati, disciplina comune e regimi speciali* (cura di), Padova, 2010, II, 1427.

²⁸³ Si tratta di una di quelle ipotesi espressamente previste dalla legge, in presenza delle quali l'art. 829 c.p.c. ammette l'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia.

L'impugnazione si propone davanti alla Corte d'appello nel cui distretto si trova la sede dell'arbitrato²⁸⁴, nel termine di 90 giorni dalla notificazione del lodo e non oltre 180 giorni dalla data di deposito del lodo presso la Camera arbitrale.²⁸⁵

Presentata l'istanza, la Corte d'appello può sospendere con ordinanza l'efficacia del lodo, se ricorrono gravi e fondati motivi.

L'art. 209 richiama l'applicazione dell'art. 351 c.p.c., a mente del quale la parte stessa può chiedere che il giudice si pronunci sulla sospensione alla prima udienza di comparizione. Il ricorso, attraverso il quale la parte avanza tali pretese, si presenta al Presidente del collegio. Questi, a sua volta, con decreto ordinerà la comparizione davanti a sé delle parti in camera di consiglio.

Qualora dovessero ricorrere *giusti motivi di urgenza*, il presidente, mediante lo stesso decreto attraverso il quale ordina la comparizione, dispone l'immediata sospensione che sarà poi confermata o revocata all'udienza in camera di consiglio ove il collegio o il tribunale revoca, modifica o conferma il decreto del presidente con ordinanza non impugnabile.

Giunti all'udienza e sospesa l'efficacia del lodo o confermata la sospensione disposta dal Presidente, qualora il collegio giudicante ritenga possibile procedere alla decisione della controversia, la causa viene discussa nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in un'udienza da tenersi non oltre 90 giorni dall'ordinanza che dispone la sospensione.

Se sono necessari *incombenti istruttori*, si provvederà con la stessa ordinanza che dispone la sospensione. Il collegio in tal caso ordinerà nuovamente l'assunzione degli elementi istruttori in un'udienza successiva, non oltre novanta giorni.

All'udienza il giudice pronuncerà sentenza dandone lettura del dispositivo e della concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione, ai sensi dell'art. 281-*sexies* c.p.c. cui l'art. 209 codice dei contratti pubblici fa rinvio in relazione al solo procedimento di pronuncia della decisione ivi descritto.

Se viene accolta l'impugnazione, la Corte d'appello dichiara, con sentenza, la nullità del lodo, parziale ove incida solo su una parte del lodo, scindibile.

In alcuni casi espressamente previsti²⁸⁶, il giudice si pronuncia anche sul merito, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o in un accordo successivo. Negli altri casi, alla

²⁸⁴ Cass., 12 giugno 1999, n. 5814, in Giust. civ. Mass., 1999, 1350, ha affermato che il principio secondo il quale la *tempestiva proposizione del gravame ad un giudice incompetente impedisce la decadenza della impugnazione, determinando la cd. traslatio iudicii, non trova applicazione in caso di incompetenza per grado, e, di conseguenza, non opera nella ipotesi di proposizione al tribunale, anziché alla corte d'appello, della impugnazione per nullità del lodo arbitrale, con la conseguenza che, in tale ipotesi, l'impugnazione è inammissibile, e non può essere riassunta davanti al giudice competente.*

²⁸⁵ In deroga rispetto all'art. 828 c.p.c. che prevede termini diversi: 90 giorni dalla notificazione del lodo e termine lungo di un anno dalla data dell'ultima sottoscrizione.

²⁸⁶ I casi sono i seguenti:

Art. 829, 1 n. 5,6,7,8,9,11 e 12, ossia:

“5. se il lodo non ha i requisiti indicati nei numeri 5, 6, 7 dell'articolo 823;

6. se il lodo è stato pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito, salvo il disposto dell'articolo 821;

7. se nel procedimento non sono state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e la nullità non è stata sanata;

8. se il lodo è contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento;

9. se non è stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio;

10. se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri;

11. se il lodo contiene disposizioni contraddittorie;

controversia si applicherà la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità del lodo dipenda dalla sua inefficacia o invalidità.

Ebbene, contro la sentenza pronunciata dalla Corte d'appello è ammesso il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360 c.p.c.,²⁸⁷ pur essendo il controllo della Corte di Cassazione limitato alla sola verifica della motivazione e della corrispondenza al diritto delle decisioni adottate dal giudice dell'impugnazione in relazione ai motivi di impugnazione del lodo.

Visto il generale rinvio al codice di rito, deve comunque ammettersi l'impugnazione del lodo per motivi di ordine pubblico *ex art. 829 c.p.c.*, per revocazione e per opposizione di terzo ai sensi dell'art. 827 c.p.c.

Il lodo può essere impugnato per revocazione:

- se è l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra;
- se si è stato pronunciato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza;
- se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre per causa di forza maggiore o per fatto dell'avversario;
- se il lodo è effetto del dolo del collegio arbitrale, accertato con sentenza passata in giudicato.²⁸⁸

Qualora le circostanze sopra viste si verificano durante il corso del processo di impugnazione per cause di nullità, il termine per la proposizione della domanda di revocazione è sospeso fino alla comunicazione della sentenza che abbia pronunciato sulla nullità.

L'opposizione di terzo, invece, riguarda il caso in cui un soggetto terzo proponga impugnazione contro il lodo quando pregiudica i suoi diritti, così come previsto dall'art. 404 c.p.c.

Davanti a queste diverse ipotesi di impugnazione è riconosciuta la possibilità di procedere alla riunione delle impugnazioni se lo stato della causa preventivamente proposta consente l'esauriente trattazione e decisione delle altre cause.

Va da ultimo ricordato che, ai sensi dell'art. 826 c.p.c., in caso di carenze o errori meramente formali, si può richiedere la correzione del lodo.

Nello specifico, entro un anno dalla comunicazione del lodo, si può avanzare istanza di correzione del lodo per: correggere nel testo dell'atto, omissioni o errori materiali o di calcolo; integrare il contenuto del lodo, carente di uno degli elementi richiesti *ex lege*.

Presentata l'istanza, gli arbitri, dopo aver sentito le parti, provvedono entro il termine di sessanta giorni con le modalità ritenute necessarie. Al termine, della correzione è data comunicazione alle parti, entro dieci giorni dalla sottoscrizione del provvedimento, così come previsto dall'art. 824 c.p.c., cui la norma fa richiamo.

12. se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato."

Art. 829 c.p.c. comma 3: "*L'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge. È ammessa in ogni caso l'impugnazione delle decisioni per contrarietà all'ordine pubblico.*"

Art. 829 c.p.c. comma 5: "*Nelle controversie previste dall'articolo 409, il lodo è soggetto ad impugnazione anche per violazione dei contratti e accordi collettivi.*"

²⁸⁷ A. Cianflone, G. Giovannini, *L'appalto di opere pubbliche*, op. cit., 2822, secondo cui *la sentenza che abbia dichiarato la nullità del lodo per incompetenza degli arbitri o che abbia respinto il relativo mezzo di gravame va impugnata con regolamento di competenza e non con ricorso per cassazione. (ex multis si rimanda alla sent. ex multis Cass. 16 dicembre 1992, n.13263).*

²⁸⁸ Si tratta dei casi di cui all'art. 395 comma 1, n.1,2,3 e 6 ai quali fa rinvio l'art. 831 c.p.c.

In caso di inerzia degli arbitri, la richiesta di correzione è avanzata al tribunale nel cui circondario ha sede l'arbitrato. Mentre, qualora il lodo sia stato già depositato, la correzione sarà richiesta al tribunale del luogo in cui è stato effettuato il deposito.

Ove sia stata già proposta impugnazione, la correzione può direttamente essere richiesta al giudice dell'impugnazione.

5. Parere di precontenzioso dell'ANAC: natura e ambito di applicazione dell'istituto.

A partire dalla sua istituzione, nel 1994, l'Autorità preposta alla vigilanza sul mercato dei contratti pubblici, ha assunto con il tempo sempre maggiori competenze e funzioni.

Nel 2006, il legislatore delegato, in attuazione dei principi posti dalla legge n.11/2006²⁸⁹, ha riconosciuto un importante ruolo all'Autorità anche nella risoluzione delle controversie. L'art. 6 comma 7, lett. n) del previgente codice, infatti, stabiliva che l'ANAC, *“su iniziativa delle stazioni appaltanti e di una o più delle altre parti, esprime parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione”*.

Un parere, quindi, non vincolante ma che permetteva alle parti di comprendere la probabile evoluzione della controversia e decidere, conseguentemente, se proporre o meno un'azione giudiziaria.

Una riforma, dunque, che anticipava il percorso normativo *in fieri*, visto che con il codice del 2016 si è confermata questa scelta normativa, potenziando lo strumento del parere di precontenzioso.

Con il d.lgs. 50 del 2016, infatti viene confermata la possibilità di ricorrere al parere di precontenzioso, questa volta gratuitamente e anche senza il consenso dell'altra parte, oltre ad ammettere una sua vincolatività su accordo delle parti.

La disciplina che regola l'istituto è oggi completata dal regolamento ANAC n.22 approvato il 9 gennaio 2019 e pubblicato in G.U. il 26 gennaio 2019, in sostituzione del precedente regolamento n.245 del 2016.

La funzione del parere, quale deflattiva del contenzioso, lo avvicina agli strumenti di ADR già previsti nel codice²⁹⁰, potendo evitare l'insorgere di una controversia.

Tuttavia, differentemente dall'accordo bonario, dalla transazione e dall'arbitrato, il parere può essere richiesto in relazione alle controversie insorte *durante lo svolgimento delle procedure di gara*, afferenti tanto a un contratto di appalto quanto un contratto di concessione, ai sensi dell'art. 7 comma 1, lett. a) e art. 3 comma 1 del regolamento.²⁹¹

²⁸⁹ Ai sensi dell'art. 1 comma 1 lett. aaa), l'obiettivo era di *“razionalizzare i metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale anche in materia di esecuzione del contratto”*, e, secondo l'art. 1, lett.t) attribuire all'ANAC *“più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa”*.

²⁹⁰ Negli istituti dell'accordo bonario e dell'arbitrato.

²⁹¹ Si badi, la terminologia utilizzata dal legislatore indica soltanto il momento al quale si riferiscono le controversie, non fissa un termine entro il quale poter richiedere il parere. Ciò significa che il parere potrà essere anche richiesto durante la fase esecutiva, dopo la stipula del contratto, pur, però, riguardando una questione inerente alla procedura di gara. In questo senso Consiglio di Stato, sez. affari normativi, comm. spec., n.2781 del 2018, secondo cui *“la norma primaria non fissa la stipulazione contrattuale come limite, essendo ben possibile che la questione si ponga dopo tale momento, pur riguardando la fase di gara”*.

Rimangono escluse, dunque, dall'ambito di applicazione del parere di precontenzioso le controversie insorte in fase di esecuzione del contratto di appalto.

Alle ipotesi sopra viste, il regolamento riconosce quali inammissibili, ai sensi dell'art. 7 le istanze:

- *non presentate dai soggetti indicati all'art. 3 del presente Regolamento;*
- *dirette a far valere l'illegittimità di un atto della procedura di gara autonomamente impugnabile, rispetto al quale siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale;*
- *in caso di esistenza di un ricorso giurisdizionale avente medesimo contenuto, che le parti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità;*
- *di contenuto generico o contenenti un mero rinvio ad allegata documentazione e/o corrispondenza intercorsa tra le parti;*
- *volte ad un controllo generalizzato dei procedimenti di gara delle amministrazioni aggiudicatrici;*
- *manifestamente mancanti dell'interesse concreto al conseguimento del parere.*

Possono, inoltre, proporre istanza, a pena di inammissibilità, esclusivamente o una delle parti o la stazione appaltante e sempre che sussista un interesse concreto ad attivare il procedimento in questione.²⁹²

Sul tema, rinviando alle delucidazioni offerte direttamente dall'ANAC, si devono intendere legittimati "l'organo di vertice della Stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore"; mentre con riferimento ai soggetti privati "è legittimato a presentare istanza di parere di precontenzioso il soggetto dotato di legale rappresentanza (il presidente e l'amministratore delegato)".²⁹³

L'Autorità, inoltre, è intervenuta di recente per risolvere un dilemma circa la proponibilità dell'istanza da parte delle associazioni di categoria, rispondendo positivamente, affermando l'ammissibilità dell'istanza "nei limiti della legittimazione delle associazioni medesime a impugnare atti concernenti i singoli associati, ovvero solo ove gli stessi concretizzino anche una lesione dell'interesse collettivo tutelato da tali associazioni."²⁹⁴

Sono circostanze di improcedibilità, invece:

- la mancata comunicazione dell'istanza, da parte dell'istante a tutti gli altri soggetti interessati;
- la sopravvenienza di un ricorso giurisdizionale avente medesimo contenuto, che deve essere comunicato all'Autorità;
- la sopravvenuta carenza di interesse delle parti;
- la rinuncia al parere.

Come si comprende, tanto la sopravvenienza quanto la preesistenza di un giudizio concernente la controversia oggetto del parere, comportando l'improcedibilità e l'inammissibilità dell'istanza, devono essere comunicati all'Autorità. La mancata comunicazione comporta l'irrogazione di sanzione amministrativa pecuniaria da parte dell'Autorità, ai sensi dell'art. 213 comma 13 del codice dei contratti pubblici. La norma, infatti, sanziona la mancata o non veritiera documentazione fornita dagli operatori economici.

Le istanze inammissibili ed improcedibili vengono indicate in apposito elenco, inviato mensilmente al Consiglio dell'ANAC, da parte dell'ufficio competente in materia di precontenzioso.

5.1 Procedimento.

Il primo passo per ottenere un parere da parte dell'ANAC è la presentazione dell'istanza.

²⁹² M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, op.cit., in termini di interesse concreto.

²⁹³ In questi termini l'ANAC in risposta alle FAQ 1 e 2, disponibili sul sito web istituzionale.

²⁹⁴ Delibera ANAC n. 195 del 13 marzo 2019.

Ai sensi dell'art. 4 comma 4, l'istanza contiene una sintetica indicazione degli elementi di fatto e di diritto rilevanti ai fini del parere, individua i vizi dell'atto contestato, illustra i quesiti di diritto per i quali è richiesto il parere. Inoltre, le parti specificano nell'istanza se, in sede di pubblicazione del parere, devono o meno essere esclusi i dati sensibili espressamente segnalati.

Per questi suoi aspetti, l'istanza si avvicina molto all'atto introduttivo del giudizio, così come alla domanda di arbitrato sopra analizzata, contenendo la *causa petendi* ed il *petitum*.

Viene inviata tramite posta elettronica certificata, insieme ad ogni eventuale memoria e documentazione che si ritenga utile, all'indirizzo *protocollo@pec.anticorruzione.it*.

Il modulo viene presentato con modalità informatica allegando *file* in forma digitale e deve essere sottoscritto con firma digitale.

Possono, a questo punto, distinguersi due diverse ipotesi: la prima, in cui a presentare l'istanza è solo una parte; la seconda, in cui entrambe le parti presentano l'istanza, congiuntamente.

In entrambi i casi, della presentazione è data comunicazione a tutti i soggetti interessati alla soluzione della controversia e viene fornita all'ANAC la relativa prova a riguardo.

In caso di carenza di contenuto della comunicazione, l'Autorità trasmette all'istante o alle parti istanti, un invito a completare la comunicazione nel termine perentorio di 5 giorni, scaduto il quale l'istanza diventa improcedibile.

Nel caso in cui il parere sia reso a fronte di un'istanza singola, questo non diviene vincolante.

Tuttavia, laddove l'istante dichiari la propria intenzione di attenersi al contenuto del parere, le altre parti possono aderirvi entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione di avvenuta presentazione dell'istanza, conferendo, così, efficacia vincolante al parere per coloro che vi aderiscono.

Qualora l'istanza venga presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una o più delle parti interessate, il parere è vincolante per le parti che esprimano la volontà di attenersi al suo contenuto. Ebbene, in quest'ultimo caso, il parere diventa vincolante anche per i soggetti cui è pervenuta la comunicazione di presentazione dell'istanza, qualora essi manifestino volontà di aderirvi entro 10 giorni dalla ricezione della comunicazione.

Ai fini meramente organizzativi e procedurali, il regolamento prevede uno specifico ordine di trattazione, dando priorità, ai sensi dell'art. 6:

- a) alle istanze con manifestazione di volontà di due o più parti di attenersi a quanto stabilito nel parere;
- b) alle istanze presentate dalla Stazione appaltante;
- c) alle istanze che sottopongono questioni originali o di particolare impatto per il settore dei contratti pubblici;
- d) alle istanze concernenti appalti di importo superiore alla soglia comunitaria;
- e) alle istanze concernenti appalti di importo superiore a 40.000 euro.

In base a quanto previsto dall'art. 8 del regolamento, presentata l'istanza, il procedimento di vigilanza in materia dei contratti di lavori, servizi e forniture non può essere avviato qualora abbia il medesimo oggetto dell'istanza e, ove già iniziato, può essere sospeso in caso di sopravvenuta richiesta di parere di precontenzioso concernente la medesima questione.

Si badi, in presenza di un procedimento finalizzato all'emissione di un parere vincolante di precontenzioso, l'ANAC non è legittimata ad agire in giudizio ai sensi dell'art. 211 codice dei contratti pubblici.

A questo punto, l'analisi della disciplina impone una distinzione tra procedura ordinaria e procedura semplificata.

Nella procedura ordinaria l'ufficio competente presso l'ANAC valuta l'ammissibilità e la procedibilità dell'istanza.

In caso di valutazione positiva, il presidente dell'Autorità assegna le istanze ai singoli consiglieri, affinché le analizzino. Ha inizio la fase istruttoria, il cui avvio viene reso noto alle parti dall'ufficio competente.

L'ufficio assegna poi un termine non superiore a cinque giorni, entro il quale le parti procedono alla presentazione di memorie e documenti che saranno dettagliatamente valutate.

Laddove si ritenga necessario acquisire ulteriori informazioni, può essere disposta dallo stesso ufficio, l'audizione delle parti interessate.

A conclusione dell'istruttoria viene trasmesso al Consiglio, previo parere del Consigliere relatore, la bozza di parere per il definitivo esame e per l'approvazione. Il Consiglio, previa approvazione del relatore, si pronuncia sul parere con eventuali modifiche, entro trenta giorni dalla ricezione dell'istanza. Termine sospeso, solo laddove si ritiene di dover procedere ad acquisire un supplemento di istruttoria, per il tempo necessario ad acquisire la documentazione mancante e comunque non oltre dieci giorni dalla richiesta.

La procedura semplificata è prevista dall'art. 11 del regolamento. Il carattere semplificato della procedura si rinviene nel procedimento attraverso il quale viene pronunciato il parere e nella sua forma.

Il procedimento si caratterizza per una maggiore rapidità e per differenti competenze, visto che già il dirigente dell'ufficio competente presso l'ANAC può adottare il parere, previo contraddittorio.

La forma del parere è anch'essa semplificata, potendo l'atto contenere una mera motivazione semplificata ed il richiamo a precedenti pareri dell'Autorità.

La natura evidentemente acceleratoria e la struttura flessibile dell'atto rendono la procedura semplificata esperibile solo in relazione a specifiche e determinate ipotesi.

Vi si può ricorrere, infatti, soltanto in relazione ad istanze che abbiano per oggetto controversie di valore inferiore alla soglia comunitaria per servizi e forniture, inferiore a 1.000.000 di euro per i lavori. Controversie, inoltre, la cui risoluzione appaia pacifica, tenuto conto del quadro normativo e giurisprudenziale.

Possono costituire oggetto di procedimento semplificato anche quelle istanze che abbiano per oggetto valutazioni della stazione appaltante, svolte nell'esercizio della propria discrezionalità, che presentino profili di manifesta illogicità, irragionevolezza, arbitrarietà, irrazionalità ovvero di palese e manifesto travisamento dei fatti.

Il dirigente che pronuncia il parere informa mensilmente il Consiglio dell'Autorità circa i procedimenti semplificati conclusi e trasmette i relativi pareri.

Laddove il procedimento semplificato abbia per oggetto pareri non vincolanti in appalti sopra soglia e in caso di pareri vincolanti (ove gli stessi siano di pacifica risoluzione), in deroga a quanto previsto dall'art. 9 del regolamento, l'ufficio predispone direttamente una bozza di parere con motivazione in forma semplificata che, previa valutazione del presidente, viene sottoposto all'approvazione del Consiglio.

La particolarità sta nel fatto che, pur avendo la controversia per oggetto un appalto il cui valore sia superiore alle soglie entro le quali poter avviare il procedimento, comunque il legislatore ha voluto ammettere una semplificazione della normale procedura ordinaria in casi nei quali la risoluzione appaia pacifica.

In questo caso, quindi, diversamente da quanto accade nella procedura ordinaria, il parere è rimesso all'approvazione del Consiglio, senza che l'istanza venga affidata ad un consigliere relatore, essendo sufficiente anche la diretta predisposizione di una bozza da parte dell'ufficio.

A questo punto, adottato il parere, l'art. 13 del regolamento definisce una particolare normativa circa gli effetti dello stesso.

In particolare, laddove vincolante, le parti devono dare comunicazione all'Autorità, entro 35 giorni dalla ricezione del parere, delle determinazioni adottate al fine di adeguarsi al parere.

Qualora il parere adottato non sia vincolante, le parti sono comunque tenute a comunicare le proprie determinazioni, entro un termine più lungo: 60 giorni.

Rimane comunque difficile comprendere cosa debba esattamente intendersi per "determinazioni" delle parti. A detta dello scrivente, pare ragionevole ritenere debba semplicemente trattarsi di comunicazioni con le quali le parti confermano la propria volontà di dar seguito o meno a quanto indicato nel parere, confermando così la natura vincolante o meno del parere.

Il parere reso, sia attraverso una procedura ordinaria che semplificata, viene poi comunicato alle parti interessate e successivamente trasmesso all'ufficio competente per una sua pubblicazione nel sito internet dell'Autorità.

5.2 L'impugnazione del parere.

Il parere, se vincolante, può essere impugnato davanti al giudice amministrativo ai sensi dell'art. 211 del codice dei contratti pubblici.

Il processo avviato davanti al giudice amministrativo segue le regole previste per il rito appalti *ex art. 120 c.p.a.*

A fronte delle regole sopra viste e del procedimento descritto, non appare particolarmente chiaro il coordinamento tra l'azione in giudizio e il parere di precontenzioso.

Nello specifico, la presentazione dell'istanza non impedisce il decorso dei termini per la proposizione del ricorso *ex art. 120 c.p.a.* Tenuto conto che il termine di 30 giorni per la proposizione del ricorso, previsto a pena di decadenza, corrisponde al termine entro il quale l'Autorità è chiamata a rendere il parere, la parte istante seppur ottenuto il parere decadrà dalla possibilità di presentare ricorso avanti al giudice amministrativo per la contestazione di quanto già costituisce oggetto di istanza.

Ove si trattasse di una scelta consapevole del legislatore, vi sarebbe da rinvenire la volontà di perseguire l'effetto deflattivo del contenzioso, prospettandosi il parere quale vero e proprio rimedio sostitutivo del giudizio.²⁹⁵

Tuttavia, ciò non sembra a detta di chi scrive, in quanto per tutelare la propria posizione, comunque l'operatore opererà per la proposizione di un ricorso giurisdizionale *ex art. 120 c.p.a.*, per evitare di rimanere con il solo rimedio del ricorso avverso il parere dall'istante stesso richiesto.²⁹⁶

Si ritiene, inoltre, non sufficiente la sola impugnazione del parere. Nello specifico, il parere viene reso in relazione a determinati provvedimenti contestati.

²⁹⁵ In questi termini A. Botto e S. Castrovinci, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, op. cit., 405, secondo cui "l'istanza proprio per sottolinearne il carattere alternativo in funzione giustiziale non può essere proposta dopo la scadenza del termine di impugnazione in sede giurisdizionale, né a maggior ragione può essere proposta se è stato proposto ricorso giurisdizionale (anche dalle parti)."

²⁹⁶ Cfr. M.A. Sandulli e R. De Nictolis, *Trattato sui contratti pubblici*, op. cit., 519 ove si specifica che le parti per non perdere il termine di impugnazione, saranno comunque costrette a fare ricorso giurisdizionale, sobbarcandosi i relativi costi di contributo unificato. L'autrice suggerisce due soluzioni: Che l'ANAC con proprio regolamento disciplini il precontenzioso abbreviando significativamente tale termine, oppure, in alternativa, bisognerebbe riportare il termine del ricorso giurisdizionale da 30 a 60 giorni e, se del caso, trasformare la fase davanti all'ANAC in una condizione di procedibilità del ricorso giurisdizionale (legata a termini brevissimi per non ritardare la definizione della lite).

Per questo motivo, la dottrina sostiene convintamente la necessità di procedere ad un'impugnazione congiunta del parere e dei provvedimenti della stazione che costituiscono oggetto del parere, almeno per l'operatore economico.²⁹⁷

Secondo giurisprudenza e dottrina, il parere non vincolante non è chiaramente vincolante, in quanto non è immediatamente lesivo.

Sul punto, infatti, il Consiglio di Stato ha sottolineato che il parere non vincolante, *avendo carattere di manifestazione di giudizio, non presenta aspetti di autonoma lesività e non è, dunque, autonomamente impugnabile.*²⁹⁸

Tuttavia, la stessa giurisprudenza non esclude in assoluto la lesività autonoma del parere. Infatti, tale connotazione, sarebbe rinvenibile *tutte le volte in cui, il parere, riferendosi ad una fattispecie concreta, sia fatto proprio dalla stazione appaltante, la quale, sulla base di esso, abbia assunto la relativa determinazione provvedimento.*

In questi casi, colui che assuma essere stato lesa dal provvedimento della stazione appaltante può impugnarlo unitamente al parere, ove la stazione appaltante ne richiami il contenuto o il ragionamento seguito, *potendo la sua incidenza sulla fattispecie essere valutata solo in relazione alla capacità di integrare la motivazione del provvedimento adottato dalla Stazione appaltante.*

Differentemente rispetto a quanto previsto dal previgente codice, non viene riproposta la facoltà di chiedere il riesame del parere. Di conseguenza, saranno sicuramente applicabili i principi e le regole generalmente previste dal codice per l'esercizio del potere di autotutela.²⁹⁹

Rispetto alla legittimazione ad impugnare, sono sicuramente legittimate le parti che aderiscono al parere, conferendogli natura vincolate. Discorso a parte per i soggetti terzi sui quali incida il parere.

Costoro potranno sicuramente impugnare il provvedimento che, adeguandosi al contenuto del parere reso, sia lesivo della loro situazione giuridica.

Ciò comporta che i termini per l'impugnazione inizieranno a decorrere dal verificarsi del fatto lesivo e non semplicemente dal parere che, in quanto non vincolante nei loro confronti, non produce effetti direttamente.

6. Collegio consultivo tecnico: l'evoluzione normativa di un istituto in continuo divenire.

Il collegio consultivo tecnico è uno degli istituti più interessanti e, potenzialmente, utili nell'ambito dei rimedi alternativi al contenzioso relativo alla materia della contrattualistica pubblica.

Si tratta di uno strumento oggetto di numerosi interventi da parte del legislatore che ne ha più volte modificato l'operabilità e la natura, ponendolo al centro del dibattito giuridico. Inizialmente previsto come misura di natura emergenziale, con valenza transitoria, è stato poi oggetto di numerosi chiarimenti.

Di grande importanza, dunque, l'analisi della sua evoluzione normativa, fortemente accentuata nell'ultimo periodo a seguito dell'emergenza sanitaria.³⁰⁰

Il CCT fu introdotto per la prima volta con il codice del 2016 che lo inseriva tra gli strumenti precontenziosi in fase di esecuzione del contratto, anch'esso in virtù dell'obiettivo perseguito dalla legge delega 11 del 2016:

²⁹⁷ *Ibidem*, 520.

²⁹⁸ Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2019, n. 1622; cfr. TAR Lazio sent. 3 novembre 2006, n.1087 secondo la quale *l'atto non provvedimento adottato dall'ANAC pur non essendo idoneo ex se ad arrecare un vulnus diretto ed immediato nella sfera del destinatario, lo diviene se e nella misura in cui integri la motivazione del provvedimento finale*; Cfr. M. Corradino e altri, *I nuovi appalti pubblici*, op.cit., 1119.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Sul tema, molto approfonditamente R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria*, Zanichelli editore, 2020, 150 ss.

la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto.

La formulazione originaria dell'art. 207 del codice dei contratti pubblici prevedeva che si potesse ricorrere facoltativamente al collegio consultivo tecnico, preventivamente costituito e composto da tre membri scelti dalle parti.³⁰¹

La *ratio* a fondamento della scelta legislativa si rinveniva nella volontà di costituire un organo in grado di formulare delle soluzioni transattive a dispute insorte in fase d'esecuzione.

L'istituto dunque trovava applicazione esclusivamente in relazione a controversie già insorte o che sarebbero potute insorgere in fase esecutiva.

La proposta transattiva presentata dal CCT, in forma scritta e con sintetica motivazione, era poi sottoposta all'approvazione delle parti, libere di aderirvi o di rigettarla: la comune scelta dei componenti del collegio, non significava automatica adesione alla proposta dallo stesso formulata.

Una volta costituito il collegio, venivano trasmessi ai suoi membri tutti i documenti inerenti al contratto, per rendere loro la questione maggiormente chiara. A tal fine, era inoltre consentito per il CCT assumere informazioni in modo informale attraverso l'audizione delle parti, ovvero previa convocazione e in contraddittorio.

In caso di accettazione, le parti procedevano alla sottoscrizione della soluzione proposta, in presenza di almeno due membri del collegio. La sottoscrizione fungeva da prova dell'accordo raggiunto, avente, *ex lege*, natura transattiva.

In caso di rigetto della proposta, i membri del collegio non potevano essere chiamati a testimoniare nel giudizio civile avente per oggetto la medesima questione in relazione alla quale era stato chiamato a pronunciarsi il CCT.

Con il termine dell'esecuzione, o su accordo delle parti, il collegio cessava automaticamente.

Dopo essere stato inizialmente abrogato dal correttivo del 2017, il CCT fu nuovamente reintrodotta dall'art. 1 comma 11-14 d.l. 32 del 2019, convertito con l. 55 del 2019, modificandone parzialmente l'originaria disciplina.

Rispetto al codice del 2016 si possono sottolineare poche differenze: il decreto del 2019 non riprendeva i limiti previsti in relazione al compenso del terzo membro del collegio; non venivano neppure richiamati i requisiti di natura sostanziale e formale precedentemente puntualmente indicati; da ultimo, e più importante, l'accordo eventualmente raggiunto sulla base della proposta elaborata dal collegio non aveva natura transattiva, ove non espressamente specificato in senso contrario.

Per questo suo ultimo elemento peculiare, ci si è fortemente interrogati circa la concreta funzione del collegio consultivo tecnico, non potendo, quest'ultimo, fornire una soluzione effettiva alla controversia.³⁰²

Si richiedeva, infatti, l'espressa indicazione delle parti circa la volontà di attribuire la natura di transazione all'accordo raggiunto.

Il d.l. "semplificazione" del 16 luglio 2020, n.76, convertito in legge 11 settembre 2020 n.120 è nuovamente intervenuto sull'istituto, abrogando proprio l'art. 1 del d.l. 32 del 2019, nei suoi commi dall'11 al 14, fornendo una disciplina "innovativa".³⁰³

³⁰¹ In caso di mancato accordo tra le parti circa i tre membri, ognuna avrebbe scelto un componente del collegio, rimettendo la scelta del terzo ai due membri di parte.

³⁰² R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria*, op. cit., 154.

³⁰³ Così Corradino, *I nuovi appalti pubblici*, op. cit., 1088.

Con il d.l. “semplificazione” il CCT, per i soli lavori sopra soglia e fino al 31 dicembre 2021, diventa obbligatorio.

L’art. 6 del decreto, inoltre, non si limita a modificare marginalmente la disciplina, riscrivendo *ex novo* la regolamentazione a riguardo.

L’attuale disciplina sul CCT, rispetto alla quale ci si soffermerà nel prossimo paragrafo, è stata arricchita dal recente d.l. 77 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n.108 e dalle linee guida del Consiglio superiore dei lavori pubblici, approvate dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili.

6.1 L’attuale disciplina: la costituzione e i compiti del CCT.

L’art. 6 della legge 120 del 2020, così come recentemente modificato, reca la vigente disciplina sul collegio consultivo tecnico, presentando profili di grande novità rispetto al passato.

Nello specifico, per i lavori diretti alla realizzazione di opere pubbliche sopra soglia e fino al 30 giugno 2023³⁰⁴, diventa obbligatoria presso ogni stazione appaltante la costituzione di un collegio consultivo tecnico prima dell’avvio dell’esecuzione, o comunque non oltre dieci giorni da tale data.

Ai sensi del comma 4, art 6 cit., rimane invece facoltativa la costituzione del CCT per gli appalti di lavori sottosoglia e laddove venga costituito in relazione alla fase anteriore all’esecuzione del contratto.

Inoltre, ai sensi dell’art. 13-*bis* della legge 28 marzo 2022 n.25, pubblicata il 30 marzo in Gazzetta ufficiale, di conversione del cd d.l. sostegni *ter*, viene sancito che, nelle ipotesi in cui ne sia obbligatoria la costituzione, il collegio consultivo tecnico previsto dall’art. 6 del decreto semplificazioni n. 76 del 2020, non possa essere sciolto prima del 30 giugno 2023.³⁰⁵

Dubbi circa l’obbligatorietà del collegio sono stati sollevati dall’ANAC con documento del 4 agosto 2020, nel quale si sottolinea come tale sua natura contrasta con i due elementi essenziali dei rimedi alternativi al contenzioso: la volontarietà per entrambe le parti e la consensualità, che certamente *non possono essere accantonati per ragioni di temporaneità della previsione de qua e dell’eccezionalità del contesto emergenziale*.³⁰⁶

Anche la dottrina ha ritenuto che il deferimento ad arbitri di cause inerenti diritti soggettivi della Pubblica amministrazione deve essere *l’espressione di una libera e comune libertà delle parti, non un’imposizione di legge*.³⁰⁷

La stessa Corte Costituzionale si è più volte pronunciata in questo senso, chiarendo, con riferimento all’arbitrato, come *“poiché la Costituzione garantisce ad ogni soggetto il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all’art. 24, comma primo, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell’art.*

³⁰⁴ Il termine inizialmente previsto era fissato al 31 dicembre 2021, poi spostato al 30 giugno 2023 dal d.l. 77 del 2021.

³⁰⁵ Si tratterebbe, secondo la dottrina, di un intervento volto a prorogare l’applicazione di un istituto già esistente. Sul punto si veda A. Bonanni e G. Matteucci, *Caro materiali: dalla conversione del decreto sostegni-ter importanti novità sul fronte degli accordi quadro e del collegio consultivo tecnico*, Piselli & Partners, 30 marzo 2022.

³⁰⁶ ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, 4 agosto 2020.

³⁰⁷ In questi termini, C. Costanzi, *Dal dispute Board al Collegio consultivo tecnico. Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione all’italiana*, in Riv. giur. AmbienteDiritto.it Anno XXI Fascicolo 2/2021, p. 15; Cfr.F. Campione, *Il c.d. decreto semplificazioni e la figura del Collegio Consultivo Tecnico: fugaci spunti critici*, in *Judicium*, 2020, 4 s.

102, comma primo, Cost. [...], sicché la "fonte" dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa».³⁰⁸

Tali pronunce della Corte di legittimità, tuttavia, hanno riguardato gli arbitrati rituali e non quelli irrituali, nei quali dovrebbe rientrare la determinazione del collegio consultivo tecnico. Inoltre, a ciò si aggiunga che il nostro ordinamento conosce già delle forme di precontenzioso obbligatorio, quali la mediazione obbligatoria.

Nonostante tali osservazioni, la dottrina giustamente osserva che nel caso del CCT, differentemente dalla mediazione obbligatoria e dall'arbitrato irrituale, come si vedrà, *si ha un modello ibrido di lodo contrattuale che non riposa sulla volontà delle parti, senza, soprattutto, la possibilità di una impugnazione piena dello stesso.*³⁰⁹

Per le ragioni sopra esposte, dunque, si confermano le criticità circa l'obbligatorietà dell'istituto. Si sarebbero, suggerisce la dottrina pocanzi menzionata, potute presentare delle prospettive alternative, quali un CCT obbligatorio, ma le cui determinazioni fossero giustiziabili.³¹⁰

Per i contratti la cui esecuzione sia già iniziata al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina, il collegio è nominato entro il termine di 30 giorni decorrenti dalla vigenza del decreto.

Il CCT, oltre a favorire la rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto, ha diversi compiti.

L'organo, infatti, fornisce un parere alle stazioni appaltanti in merito alla sospensione disposta ai sensi dell'art. 5 comma 1 lett. b) e d) della legge n.120³¹¹; nel caso in cui la sospensione venga disposta per gravi ragioni di ordine tecnico, accerta l'esistenza di una causa tecnica di legittima sospensione, indicando le modalità con cui proseguire i lavori e le eventuali modifiche necessarie da apportare per la realizzazione dell'opera a regola d'arte; fornisce un parere alla stazione appaltante nelle ipotesi in cui la prosecuzione dei lavori non possa procedere con il soggetto inizialmente designato o, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designata.

La costituzione del CCT varia in base alla sua natura. Sarà utile, perciò, distinguere tra le ipotesi di collegio consultivo tecnico obbligatorio e facoltativo.

Nel primo caso, è composto da tre membri, cinque in caso di motivata complessità dell'opera e di eterogeneità delle professionalità richieste.

I soggetti vengono individuati tra persone dotate di esperienza e qualificazione professionale adeguata alla tipologia dell'opera da realizzare, quindi ingegneri, architetti, giuristi ed economisti con comprovata esperienza nel settore degli appalti, delle concessioni e degli investimenti pubblici.

Il comma 8 vieta che un componente del collegio possa ricoprire più di cinque incarichi contemporaneamente e comunque dieci incarichi ogni due anni. Computo da eseguirsi in relazione a qualsiasi contratto di appalto.

³⁰⁸ E ancora, "Tale principio è stato costantemente ribadito da questa Corte con le sentenze n. 325 del 1998, n. 381 del 1997, n. 54 del 1996, numeri 232, 206 e 49 del 1994, n. 488 del 1991, e precisato nel senso che, anche qualora sia richiesto «l'accordo delle parti per derogare alla competenza arbitrale, si rimette pur sempre alla volontà della sola parte che non voglia tale accordo derogatorio, l'effetto di rendere l'arbitrato concretamente obbligatorio per l'altro soggetto che non l'aveva voluto», essendo «sufficiente la mancata intesa sulla deroga della competenza arbitrale per vanificare l'apparente facoltatività bilaterale dell'opzione» (sentenza n. 152 del 1996)."

³⁰⁹ In questi termini, R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, op. cit., 162.

³¹⁰ *Ibidem.*

³¹¹ Si tratta di casi in cui la sospensione venga disposta per:

"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;

d) gravi ragioni di pubblico interesse."

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 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 tutto e, in tal caso, la stazione appaltante potrà assumere le determinazioni di propria competenza prescindendo dal parere del collegio.

La scelta del collegio può avvenire di comune accordo tra le parti, oppure le parti stesse possono concordare che ciascuna nomini uno o due componenti, individuati anche tra il proprio personale dipendente ovvero tra persone ad esse legate da rapporti di lavoro autonomo o di collaborazione anche continuativa, purché in possesso dei requisiti sopra visti.

Tra i soggetti individuati, viene scelto un presidente da parte dei membri designati dalle parti.

Decorsi i termini entro i quali il collegio deve essere costituito, in caso di mancato accordo circa la figura del presidente, nei 5 giorni successivi questo sarà designato dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale, mentre per le opere di interesse regionale o locale dalle competenti regioni, città metropolitane o dalle province autonome di Trento e Bolzano.

Il collegio, a questo punto, si intende costituito, ai sensi del comma secondo dell'art 6 l. 120, dal momento della designazione del terzo o del quinto componente. Alla sua costituzione, viene fornita al CCT copia dell'intera documentazione inerente al contratto.

Nel caso di collegio consultivo tecnico facoltativo occorre a sua volta distinguere tra: CCT facoltativo per la fase di esecuzione del contratto, ossia relativo alle opere sottosoglia e CCT facoltativo per la fase anteriore l'esecuzione del contratto.

Nel primo caso le parti potranno rinviare in tutto o in parte alla disciplina prevista dalla legge in relazione al collegio obbligatorio.

Laddove invece il ricorso al CCT avvenga per la risoluzione di problematiche tecniche o giuridiche di ogni natura, suscettibili, però, di insorgere nella fase antecedente alla esecuzione del contratto³¹², la sua costituzione sarà rimessa al RUP e non alle parti.

La stazione appaltante nomina due membri, mentre il terzo componente viene 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.

È interessante comprendere che valore abbiano le determinazioni del collegio consultivo tecnico facoltativo in questa seconda situazione descritta, essendo l'organo integralmente nominato dalla stazione appaltante.

La dottrina sostiene, in modo condivisibile, che il parere reso dal CCT non è vincolante; dunque, non potrà essere neppure impugnato autonomamente, salvo il caso in cui il suo contenuto venga integralmente trasposto nei provvedimenti della stazione appaltante.³¹³

Questo CCT facoltativo può essere trasformato nel CCT per la fase di esecuzione del contratto, obbligatorio, essendo però necessaria la sostituzione di uno dei componenti designati dalla stazione appaltante con uno di nomina privata.

³¹² Sono incluse le controversie circa *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*

³¹³ R. De Nictolis, *Gli appalti pubblici dell'emergenza sanitaria*, op.cit., 178.

Il CCT obbligatorio è sciolto al termine dell'esecuzione del contratto, oppure in qualsiasi momento, su accordo tra le parti.³¹⁴

Il CCT facoltativo, invece, può essere sciolto anche prima del termine dell'esecuzione, sempre su accordo tra le parti.

L'ANAC ha sottolineato alcune criticità circa le regole sulla composizione del CCT, in particolare evidenziando come l'*iter* previsto non sia in grado di assicurare *un clima di collaborazione e fiducia e di appropriata comunicazione tra le parti contrattuali*.³¹⁵

Elementi che invece dovrebbero essere presenti per valorizzare un organo tecnico volto a prestare il fianco delle parti stesse fin dall'avvio dell'esecuzione del contratto, in conformità alle caratteristiche proprie del modello del *Dispute Board*.

Sul punto occorre osservare, per mezzo ancora delle puntualizzazioni offerte dall'Autorità, che la norma non contiene alcuna specifica circa le situazioni di incompatibilità o di conflitto di interessi nelle quali possano venirsi a trovare i componenti del collegio.

A tal proposito, si è suggerito di rafforzare la vigilanza sul *rispetto delle norme sul conflitto di interessi in generale e del conflitto di cui all'art. 42 d.lgs. 50/2016, anche alla luce della interpretazione estensiva della norma, fornita dall'Autorità nelle Linee Guida n. 15, par. 3, nonché delle norme sulle incompatibilità di cui all'art. 209, comma 6, del Codice, per quanto applicabili*.³¹⁶

I componenti del collegio hanno diritto ad un compenso a carico delle parti e proporzionato al valore dell'opera, al numero, alla qualità e alla tempestività delle determinazioni assunte. È prevista una decurtazione del compenso in caso di ritardo nell'assunzione delle determinazioni, da un decimo a un terzo per ogni ritardo.

Il compenso viene liquidato dal collegio consultivo tecnico stesso, unitamente all'atto concernente le determinazioni, salva la possibilità di mettere parcelle in acconto, in applicazione delle tariffe richiamate dall'art. 9 del d.l. 24 gennaio 2012, n.1 convertito, con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n.27, aumentate fino ad un quarto e di quanto previsto dalle linee guida.³¹⁷

³¹⁴ Previsione valida a decorrere dal 31 dicembre 2021.

³¹⁵ ANAC, *Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione*, pg. 22.

³¹⁶ *Ibidem*; art. 42 d.lgs 50 del 2016:

“Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.

Le disposizioni dei commi da 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici.

La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati.”

³¹⁷ Critica la formulazione della norma, che rinvia espressamente alle *“linee guida di cui al comma 8.ter”*, pur non esistendo un comma 8-ter nell'art. 6 della legge. Si tratta di un errore, abbastanza evidente, in quanto il riferimento avrebbe dovuto essere al comma 8-bis.

Ai sensi del comma 7-bis, introdotto dall'art. 6-*quater* della legge n.233 del 2021, i compensi dei componenti del collegio consultivo tecnico non possono superare

a) in caso di collegio consultivo tecnico composto da tre componenti, l'importo corrispondente allo 0,5 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro; tale percentuale è ridotta allo 0,25 per cento per la parte eccedente i 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro e allo 0,15 per cento per la parte eccedente i 100 milioni di euro;

b) in caso di collegio consultivo tecnico composto da cinque componenti, l'importo corrispondente allo 0,8 per cento del valore dell'appalto, per gli appalti di valore non superiore a 50 milioni di euro; tale percentuale è ridotta allo 0,4 per cento per la parte eccedente i 50 milioni di euro e fino a 100 milioni di euro e allo 0,25 per cento per la parte eccedente i 100 milioni di euro.

Una disciplina compiuta rappresenta una novità rispetto al passato. Infatti, precedentemente, l'assenza di una regolamentazione in materia di compensi del collegio era classificabile tra le principali cause di inefficienza dell'istituto.³¹⁸

6.2 Il procedimento di risoluzione delle controversie.

Sul piano operativo il CCT si presenta come uno strumento più rapido rispetto agli ordinari strumenti che costituiscono *alternative più strutturate, ma più lente*.³¹⁹

Il collegio cerca la migliore e celere risoluzione delle controversie. Può ascoltare le parti attraverso audizioni informali oppure convocandole per consentire loro l'esposizione in contraddittorio delle rispettive ragioni.

Inoltre, al fine di garantire l'operatività anche durante il periodo di emergenza sanitaria, il legislatore ha riconosciuto al collegio la facoltà di operare anche in videoconferenza o con qualsiasi altro collegamento da remoto.

Il collegio assume le sue determinazioni con atto sottoscritto dalla maggioranza dei componenti, entro il termine di 15 giorni decorrenti dalla data della comunicazione dei quesiti posti. L'atto contiene una succinta motivazione che può essere integrata nei successivi 15 giorni.

Nel caso in cui sussistano particolari esigenze istruttorie, le determinazioni possono essere adottate entro venti giorni dalla comunicazione dei quesiti. Come sopra visto, in caso di ritardo ingiustificato, di anche solo una determinazione, il collegio decade e la stazione appaltante può assumere le determinazioni di propria competenza, prescindendo dal parere.

Assunte le proprie determinazioni, l'inosservanza delle stesse può essere valutata ai fini della responsabilità del soggetto agente per danno erariale e costituisce, salvo prova contraria, grave inadempimento degli obblighi contrattuali.³²⁰

Si tratta di una presunzione *ex lege*, in base alla quale è automaticamente gravemente responsabile la parte che non si conformi alla determinazione collegiale che legittima la risoluzione contrattuale *ex art. 1456 c.c.*

L'atto reso dal CCT assume natura di lodo contrattuale *ex art. 808-ter c.p.c.*, salva diversa e motivata volontà espressamente manifestata in forma scritta dalle stesse parti. Può assumere, dunque, come sopra visto la forma dell'arbitrato irrituale.

³¹⁸ Sul punto P. Carbone, *L'inopinata "resurrezione" del collegio consultivo tecnico*, in Riv. Trim. degli appalti, 4/2019, 1160.

³¹⁹ Così M. Corradino, *I nuovi appalti pubblici*, op. cit., 1091.

³²⁰ La corretta osservanza delle determinazioni esclude la responsabilità del soggetto agente per danno erariale, salvo il dolo.

Il comma terzo, nella sua ultima parte, fornisce un'interessante indicazione. Si puntualizza, infatti, che laddove il provvedimento di definizione del il giudizio corrisponda interamente al contenuto della determinazione del collegio consultivo, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che non abbia osservato la determinazione, spese relative al periodo successivo alla formulazione della determinazione, ma la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento al bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato unico.

6.3 Le linee guida MIMS sul Collegio consultivo tecnico: alcune novità.

Il collegio consultivo tecnico, come sopra detto, è un istituto sul quale si è costantemente intervenuti, con l'obiettivo di promuoverne il ricorso, agevolarne l'operatività e colmarne i vuoti normativi.

L'attività chiarificatrice è stata svolta da diversi organi di settore, attraverso degli atti dotati di diversa natura.

Nello specifico, il Consiglio superiore dei lavori pubblici ha prodotto le *“linee guida per l'omogenea applicazione da parte delle stazioni appaltanti delle funzioni del collegio consultivo tecnico di cui agli art. 5 e 6 del d.l. 16 luglio 2020 n. 76, convertito in legge 11 settembre 2020, n.120.”*

Sull'istituto è poi intervenuto ITACA, ossia L'istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale che, con un documento recentemente predisposto ed approvato dalla Conferenza delle Regioni ha fornito le *“Prime indicazioni per la nomina dei componenti e del Presidente, ex art. 6 legge 120 del 2020”*.

In entrambi i casi, però, non si può parlare di fonti normative, né vincolanti.

Il legislatore, allora, vista la complessità della materia, attraverso il comma 8-bis³²¹ dell'art. 6 fin qui analizzato³²², ha rimesso al Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili il compito di adottare, entro 60 giorni dall'entrata in vigore della presente disposizione e previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, linee guida volte a definire i *requisiti professionali e i casi di incompatibilità dei membri e del Presidente del collegio consultivo tecnico, i criteri preferenziali per la loro scelta, i parametri per la determinazione dei compensi rapportati al valore e alla complessità dell'opera, nonché all'entità e alla durata dell'impegno richiesto ed al numero e alla qualità delle determinazioni assunte, le modalità di costituzione e funzionamento del collegio e il coordinamento con gli altri istituti consultivi, deflativi e contenziosi esistenti.*

Si tratta, dunque, di un rinvio molto importante, con il quale viene attribuito al Ministero un ruolo decisivo nella definizione di dettaglio della disciplina circa molti aspetti inerenti al CCT.

Differentemente dalle linee guida CSLP e ITACA, ovviamente le linee guida del MIMS hanno natura vincolante.

Il Ministero in data 7 marzo ha pubblicato le nuove linee guida con decreto n. 12 del 17 gennaio 2022. Per completezza e ordine di analisi, si guarderanno le diverse tematiche toccate dalle linee guida, con lo stesso ordine seguito dal legislatore.³²³

³²¹ Il comma 8-bis inoltre introduce anche, *“un Osservatorio permanente per assicurare il monitoraggio dell'attività dei collegi consultivi tecnici. La norma inoltre specifica che “a tale fine, i Presidenti dei collegi consultivi provvedono a trasmettere all'Osservatorio gli atti di costituzione del collegio e le determinazioni assunte dal collegio, entro cinque giorni dalla loro adozione. Ai componenti dell'osservatorio non spettano indennità, gettoni di presenza, rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati. Al funzionamento dell'Osservatorio si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie del Consiglio superiore dei lavori pubblici disponibili a legislazione vigente”*.

³²² Comma introdotto dall'art. 51 comma 1 lett. e) n. 5 della recente legge n.108 del 2021.

³²³ Per una prima analisi, R. Berloco, *Collegio consultivo tecnico: pubblicate le Linee guida del MIMS*, 26 gennaio 2022, su *Legal Team news*, consultabile presso <https://legal-team.it/collegio-consultivo-tecnico-linee-guida-mims/>; ancora R. Berloco, *webinar 28 gennaio 2022, Linee Guida MIMS Collegio consultivo tecnico: commento in attesa di*

6.3.1 Ambito di applicazione e facoltatività del CCT.

Le linee guida del MIMS intervengono anzitutto sull'ambito di applicazione, delimitando puntualmente la sua operatività.

Prima del decreto del 17 gennaio 2022, le linee guida ITACA e CSLP erano in contrasto nel definire l'ambito oggettivo di applicazione del CCT.

Nello specifico, con riferimento ai lavori di manutenzione, le linee guida ITACA escludevano l'obbligatorietà del collegio consultivo tecnico, in quanto tali prestazioni non si riteneva rientrassero nella categoria di opere pubbliche.

Di segno contrario le linee guida del CSLP.

Le recenti linee guida MIMS, invece, ammettono la possibilità di ricorrere al collegio consultivo tecnico anche in relazione ai lavori di manutenzione straordinaria non ordinaria, oltre che per gli affidamenti di lavori diretti alla realizzazione di opere pubbliche, rimanendo esclusi gli affidamenti relativi a forniture e servizi. Si ricordi, infatti, che l'art. 6 comma 1 legge 120 cit., si riferisce alla sola realizzazione delle "opere pubbliche" e di opere di cui alle lett. nn) e pp) comma 1 dell'art. 3 del codice.³²⁴

In caso di contratti misti, la costituzione del CCT è obbligatoria ogni qual volta il valore del contratto superi la soglia comunitaria. Il collegio, tuttavia, potrà comunque conoscere delle questioni riguardanti l'intero contratto.

Allo stesso modo, se un'opera viene aggiudicata per lotti distinti, la costituzione del collegio diventa obbligatoria esclusivamente in relazione ai lotti sopra soglia.

Il punto 1.2.5 delle linee guida, inoltre, si riferisce ai lavori già in corso d'esecuzione, chiarendo che in relazione ad essi le parti sono tenute a stipulare un apposito atto aggiuntivo nel quale procedono all'individuazione della tipologia di questioni deducibili al CCT, anche già pendenti alla data di entrata in vigore del decreto 76 del 2020, ma non già definite.

Nel caso in cui, invece, per effetto di varianti il contratto di appalto raggiunga solamente in un secondo momento le soglie comunitarie, si raccomanda la sottoscrizione tra le parti di apposito accordo, con il quale assumono l'impegno di costituire il CCT.

Insomma, il legislatore non impone ma raccomanda la costituzione dell'organo. Prospettiva interessante quanto discutibile, visto che allo stato dei fatti si potrebbe avere una differenza di trattamento tra contratti sopra soglia basata sul momento a partire dal quale il contratto supera la soglia comunitaria.

A parere di chi scrive, non si ritiene sufficiente ad escludere le criticità sottolineate ed evitare elusioni della normativa in materia, la rigida disciplina prevista riguardo i limiti entro cui aumentare il valore del contratto.

La costituzione di un CCT rimane obbligatoria in relazione ai lavori di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e rispetto ai contratti in corso d'esecuzione.

pubblicazione, Punto al diritto, consultabile presso <https://www.youtube.com/watch?v=sacA03v9mkw&t=460s>; R. Berloco, *Collegio Consultivo Tecnico: in Gazzetta le linee guida MIMS*, LavoriPubblici.it, 14 marzo 2022.

in ordine, le linee guida sono così strutturate: 1. *Ambito di applicazione*, 2. *Costituzione*, 3. *Insiediamento, funzione e competenze*; 4. *Conduzione delle attività*; 5. *determinazioni*; 6. *rapporti tra CCT e altri rimedi per la risoluzione delle controversie*; 7. *Oneri di funzionamento del CCT*; 8. *Osservatorio*.

³²⁴ Per lavori la lett. nn) si riferisce ai lavori di cui all'All. I al codice e alle attività di *costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere*; mentre è un'«opera», ai sensi della lett. pp) *il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle difesa e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistica e di ingegneria naturalistica.*

Interessante notare, invece, che il CCT facoltativo può essere costituito, oltre che per i casi precedentemente descritti, richiamati dalle linee guida, anche in relazione a quelle opere finanziate con le risorse del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e del Piano Nazionale Complementare (PNC).

Reiterato, quindi, l'utilizzo della "raccomandazione" legislativa, il cui valore, si sottolinea, appare di discutibile utilità.

6.3.2 Rapporti tra CCT *ante operam* e CCT in fase di esecuzione.

Il legislatore è intervenuto su alcune lacune che caratterizzavano la normativa previgente, disciplinando il rapporto tra CCT nominato *ante operam* e CCT in fase esecutiva.

Nello specifico, l'art. 6 della legge n.120 del 2020, al comma quinto, dispone che la stazione appaltante può costituire un collegio consultivo tecnico formato da tre membri per risolvere problematiche suscettibili di insorgere anche nella fase antecedente all'esecuzione del contratto, ammettendo, in tal caso, la possibilità che tale CCT così costituito possa permanere nella fase esecutiva.

In quest'ultimo caso la norma si limita a ricordare la necessità che uno dei componenti designati dalla stazione appaltante venga sostituito con uno di nomina privata.

Con le linee guida approvate dal Ministero, si interviene sul punto, dettando regole più specifiche circa il meccanismo con cui si opera la trasformazione del CCT *ante operam* in CCT in fase esecutiva.

Al punto 1.4.1 si richiede un accordo tra la stazione appaltante e l'operatore aggiudicatario che dovrà comunicare se intende sostituire o confermare, in tutto o in parte, i nominativi dei componenti prescelti dalla stazione appaltante nella fase antecedente all'esecuzione delle opere entro il termine di 10 giorni dall'avvio dell'esecuzione.

Questa scelta, come sottolinea la dottrina, è di non poco conto in quanto *gli operatori dovranno porvi attenzione per far sì che il CCT sia costituito con il componente di elezione dell'operatore.*³²⁵

6.3.3 Costituzione, durata e requisiti.

In aggiunta a quanto previsto dall'art. 6 cit., le linee guida forniscono ulteriori indicazioni rispetto alla costituzione del CCT, la sua composizione, la qualifica dei suoi membri. Per il resto viene confermato l'assetto previgente, al quale si rinvia.

Ferme restando le regole previste dalla legge in ordine al procedimento di selezione dei membri, si fornisce per la prima volta un chiarimento circa la nomina del presidente del collegio.

Questo viene nominato di comune accordo tra i componenti già presenti. In caso di mancato accordo, la designazione viene effettuata dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili 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 novità risiede nella necessaria previa formalizzazione dell'apposito verbale di mancato accordo.

Si richiede, inoltre, che siano "preferibilmente" indicati, in ordine di preferenza, anche più nominativi al fine di assicurare la tempestiva disponibilità di un presidente nei casi di incompatibilità.

Questa designazione avverrà entro 5 giorni dalla richiesta avanzata dalla parte maggiormente diligente.

Qualora la scelta ricada su soggetti esterni alla stazione appaltante, non è richiesto lo svolgimento di un procedimento ad evidenza pubblica, potendo la stazione limitarsi a costituire elenchi di soggetti in possesso dei requisiti necessari. Elenchi obbligatoriamente aperti a nuove iscrizioni.

³²⁵ R. Berloco, *Collegio consultivo tecnico: le Linee guida del MIMS in attesa della pubblicazione in gazzetta*, cit.

Ulteriori novità riguardano le conseguenze dell'inottemperanza e dell'inosservanza dei termini di costituzione. Tali mancanze, secondo il punto 2.3.1 delle linee guida, implicano la violazione dell'obbligo di cui all'art. 6 comma 1 del d.l. n.76 del 2020 e sono valutabili sia ai fini della responsabilità dirigenziale ed erariale, sia, nei rapporti tra la stazione appaltante e l'operatore economico, sotto il profilo della c.d. buona fede contrattuale.

Si ricordi, per completezza, che l'art. 6 comma 3, per la parte che qui interessa, reca espressamente: *“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.”*

Ebbene, le linee guida recepiscono quanto era già emerso nel dibattito giuridico tra gli operatori di settore: la mancata o ritardata costituzione del CCT non è un fatto riguardante la sola stazione appaltante ma è una situazione riconducibile anche alla condotta dell'operatore economico, il quale rimanendo inerte non risponde al principio di buona fede contrattuale che permea il rapporto con la stazione appaltante.

Nel caso in cui la costituzione del CCT non è intervenuta nei termini di legge³²⁶ o comunque non oltre 10 giorni da tale momento, il responsabile dell'unità organizzativa, individuato come sostituto *ex art. 2 comma 9-bis* della legge 241 del 1990, esercita il suo potere sostitutivo nei termini di cui all'art. 2 comma *9-ter* della legge 241 del 1990 ossia entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto.

Altra ipotesi in cui può essere esercitato il potere sostituto è quella in cui la documentazione inerente al contratto, incluse le eventuali modifiche e varianti intervenute durante il periodo di efficacia dello stesso, non sia stata messa a disposizione del CCT.³²⁷

Vengono specificate le qualifiche richieste per i componenti del CCT, disponendo che possono esser nominati tali ingegneri, giuristi, economisti e architetti che:

- hanno ricoperto per almeno 10 anni il ruolo di funzionario³²⁸ di livello apicale delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 o delle stazioni appaltanti con personalità giuridica di diritto privato soggette all'applicazione del Codice dei Contratti Pubblici;
- siano iscritti al relativo albo professionale³²⁹ da almeno dieci anni con significativa esperienza documentabile;
- hanno svolto il ruolo di collaudatore tecnico amministrativo, di componente di commissione per l'accordo bonario, di commissario di gara nella quale la selezione delle offerte ammesse secondo il criterio con l'offerta economicamente più vantaggiosa, supporto al responsabile del procedimento o progettista nell'ambito di affidamenti di contratti di lavori pubblici di importo superiore alle soglie europee;
- hanno conseguito un dottorato di ricerca in materie attinenti all'edilizia, alle infrastrutture e agli impianti;

Inoltre, possono far parte del collegio anche i giuristi che abbiano svolto il ruolo di difensore di parte pubblica o privata in giudizi di contenziosi di tipo amministrativo o civile nel settore dei lavori pubblici; gli ingegneri e gli architetti, che in quanto tecnici, abbiano ricoperto l'incarico di ausiliario del magistrato o consulente tecnico di parte in contenziosi nel settore dei lavori pubblici.

Secondo quanto previsto dal punto 2.4.2, possono ricoprire la qualifica di Presidente del collegio:

³²⁶ Si ricordi, il termine previsto corrisponde all'avvio dell'esecuzione.

³²⁷ Punto 3.3.5 delle linee guida.

³²⁸ Funzionario tecnico, qualora di tratti di ingegneri e architetti, funzionario di livello apicale nel campo giuridico, in caso di giuristi, funzionario contabile di livello apicale, in caso di economisti.

³²⁹ L'albo professionale è chiaramente, l'albo professionale degli avvocati, in relazione ai giuristi; l'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili ovvero il registro dei revisori legali in relazione agli economisti.

- ingegneri, architetti, giuristi ed economisti: con comprovata esperienza ultradecennale documentabile attraverso l'avvenuta assunzione di significativi incarichi di responsabile unico del procedimento, di direttore dei lavori, di presidente di commissione di collaudo tecnico-amministrativo e di presidente di commissione per l'accordo bonario nell'ambito di appalti sopra soglia europea e proporzionati all'incarico da assumere; che abbiano fatto parte del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici; che svolgano il ruolo di professori nelle materie attinenti alla realizzazione di opere pubbliche; che svolgano o abbiano già svolto l'incarico dirigenziale in una delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001 ovvero dirigenti di stazioni appaltanti con personalità giuridica di diritto privato
- giuristi, che ricoprono o hanno ricoperto la qualifica di: magistrato ordinario, amministrativo o contabile, avvocato dello Stato³³⁰, Prefetto e dirigente della carriera prefettizia, non in sede da almeno due anni.

Non può essere nominato componente o presidente del CCT il dipendente pubblico che:

a) non acquisisce, ove richiesta, l'autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza che è tenuta al tempestivo rilascio;

b) ricada in uno dei casi di incompatibilità previsti dall'art. 53 d.lgs. 165 del 2001;

c) abbia svolto o svolga l'incarico di consulente tecnico d'ufficio in giudizi relativi alla esecuzione dei lavori oggetto della procedura nell'ambito della quale si proceda alla costituzione del CCT.

L'indicazione *sub c)* riprende un tema che era stato già sollevato dall'ANAC nel marzo 2021.

³³⁰ Il punto 2.4.2, dunque, esclude gli avvocati del libero Foro dalla nomina a Presidente del collegio consultivo tecnico, riservandovi tale facoltà ai soli avvocati di Stato. Ebbene, tale ingiustificata esclusione è stata impugnata innanzi al TAR Lazio dall'Ordine degli avvocati di Roma, in quanto ritenuta manifestamente discriminatoria. Il TAR, con ordinanza n. 2585 del 19 aprile 2022, accogliendo la domanda cautelare ha annullato il punto 2.4.2 lett. c) del decreto MIMS n.12 del 17 gennaio 2022. È evidente che gli avvocati del libero Foro, spiegano i giudici, non possono ricoprire, secondo le linee guida, la qualifica di Presidente. Ciò, in quanto non sarebbero neppure annoverabili tra i "giuristi" di cui al punto 2.4.2 lett. a), in quanto *tale disposizione – dovendo escludersi l'avvenuta assunzione di significativi incarichi di responsabile unico del procedimento, di direttore dei lavori, di presidente di commissione di collaudo tecnico-amministrativo, connotata da contenuti prettamente tecnico – ingegneristici, individua, tra i requisiti che devono essere posseduti per la nomina a Presidente, lo svolgimento di incarichi che risultano incompatibili con l'esercizio dell'attività forense ovvero, con riferimento alle funzioni di "presidente di commissione per l'accordo bonario nell'ambito di appalti sopra soglia europea e proporzionati all'incarico da assumere", un incarico che, alla luce della disciplina vigente, non può più essere assunto in quanto la commissione per l'accordo bonario, disciplinata dall'abrogato art. 240 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è stata sostituita dalla figura dell'esperto incaricato della formulazione della proposta motivata di accordo bonario per i lavori ai sensi dell'art. 205 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.*

Questa esclusione non è evidentemente giustificata da alcuna logica, in quanto le qualifiche professionali richieste per ricoprire il ruolo di Presidente del CCT non sono tra loro assimilabili, né equipollenti.

La scelta di escludere gli avvocati del libero Foro, conclude l'ordinanza, non risulta, dunque, *espressione di un corretto e ragionevole esercizio della discrezionalità riconosciuta al Ministero resistente dall'art. 6, comma 8-bis, del d.l. n. 76/2020 in relazione all'individuazione dei requisiti professionali del presidente dell'anzidetto Collegio, presentando, per converso, aspetti di discriminatorietà e illogicità.* Anzi, addirittura, si tratta di una scelta contraddittoria e poco funzionale allo scopo che si vuole perseguire: *il fatto che la categoria degli avvocati del libero Foro sia stata del tutto pretermessa dalla possibilità di accedere a tale incarico, non appare logicamente coerente con il dato che tra i compiti demandati ex lege a tale organo sia espressamente menzionato quello della "rapida risoluzione delle controversie o delle dispute tecniche di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso"(...) l'esclusione degli avvocati del libero Foro dalla possibilità di ricoprire l'incarico di Presidente dell'organo tecnico in questione, per come è stata effettuata dall'impugnato decreto ministeriale, appare altresì contraddittoria rispetto ad analoghe scelte relative ad altri istituti di carattere consultivo, deflativo e contenzioso – quale, ad esempio, la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture istituita presso l'Autorità nazionale anticorruzione ("ANAC") ai sensi dell'art. 210 del d.lgs. n. 50/2016 – rispetto ai quali in relazione ai quali non è in nuce preclusa la possibilità che gli avvocati del libero foro svolgano l'incarico di Presidente.*

L'Autorità aveva fornito una prima interpretazione, in risposta ai quesiti posti dall'Ordine degli ingegneri di Bologna in merito alla incompatibilità del soggetto che sia stato nominato consulente tecnico d'ufficio con il ruolo di componente o presidente del collegio.

L'ANAC, infatti, pronunciandosi sul tema, aveva chiarito come il *soggetto che, avendo ricoperto l'incarico di componente o presidente del Collegio consultivo tecnico, sia nominato Consulente tecnico d'ufficio in un giudizio avente ad oggetto il medesimo affidamento, è tenuto a rifiutare l'incarico oppure ad astenersi ai sensi dell'articolo 192 c.p.c., ricorrendo l'ipotesi di cui all'articolo 51, comma 1, del medesimo codice.*³³¹

Il legislatore ha deciso, quindi, di prendere una posizione più chiara ponendo il divieto di ricoprire il ruolo di componente del collegio per colui che abbia svolto l'incarico di consulente tecnico d'ufficio nei giudizi che abbiano ad oggetto questioni in relazione alle quali viene costituito il CCT.

Inoltre, ribadendo il divieto posto al comma 7 dell'art. 6 cit. riguardo l'impossibilità di disporre CTU, le linee guida, al punto 2.6.2 specificano che almeno uno dei membri nominati da ciascuna parte deve essere un ingegnere o un architetto, competente nella materia specifica oggetto del contratto di appalto.

Qualora nessuna delle parti abbia nominato come membro un giurista, il presidente del collegio deve essere necessariamente scelto tra i giuristi.

Molto interessante un altro aspetto circa il numero di membri del collegio.

Si richiede, infatti, che, affinché le decisioni del collegio assumano natura di lodo arbitrale *ex art. 808-ter c.p.c.*, il collegio sia composto da 5 membri, salvo che le parti ritengano non ricorrano i presupposti della complessità dell'opera e della eterogeneità delle competenze richiesti dal comma 2 dell'art. 6 cit.

Altro aspetto suscettibile di analisi concerne l'insediamento dell'organo appena costituito.

È previsto che il CCT si intende istituito al momento dell'accettazione dell'incarico da parte del presidente e, entro i 15 giorni successivi alla accettazione, i componenti sottoscrivono un verbale attestante l'avvenuta costituzione del collegio alla presenza del responsabile del procedimento e del rappresentante dell'operatore economico affidatario.

Ai sensi del punto 4.2.5, il direttore dei lavori riporta sul giornale dei lavori i dati relativi alla costituzione del CCT nonché in forma succinta l'estratto dei pareri e delle determinazioni di volta in volta adottati dallo stesso.

Insomma, questo momento della procedura risulta attorniato da specifiche formalità, soprattutto avendo riguardo alla scarsa disciplina offerta dalla legge n. 120 del 2020.

Nel verbale sopra detto,

- il presidente e i componenti del CCT dichiarano di non ricadere in nessuna delle cause di incompatibilità sopra dette;
- le parti, qualora non lo abbiano ancora fatto, dichiarano di avvalersi delle facoltà di escludere che le decisioni del CCT abbiano natura di lodo contrattuale;
- vengono determinati gli oneri di funzionamento del CCT, nonché stabiliti i tempi e le modalità con cui sarà liquidata la parte fissa a favore del collegio.

Non vengono previste particolari specifiche ulteriori rispetto alla documentazione da fornire al Collegio.

6.3.4 Lo svolgimento della procedura: l'importanza del cronoprogramma nel PNRR.

Le linee guida definiscono regole molto interessanti circa la conduzione delle attività del collegio consultivo tecnico riguardo le quali, quindi, pare opportuno soffermarsi.

³³¹ Delibera ANAC n. 206 del 9 marzo 2021.

Anzitutto, in un'ottica evidentemente acceleratoria e strategica, per le opere comprese o finanziate in tutto o in parte nell'ambito del PNRR e del PNC viene richiesta la fissazione di riunioni periodiche per consentire al CCT di rimanere costantemente aggiornato sull'andamento dei lavori e di formulare osservazioni.

La *ratio* a fondamento di tale indicazione risiede nella volontà del legislatore di prevedere un attento e scrupoloso controllo circa il regolare andamento dei lavori nelle opere di grande importanza collettiva, finanziate grazie alle ingenti somme messe a disposizione dai piani economico finanziari approvati.

Le osservazioni del CCT vengono poi trasmesse dalla stazione appaltante o dal Commissario, al Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, al fine di consentire un monitoraggio complessivo sul cronoprogramma del PNRR.

Le riunioni del collegio si svolgono secondo modalità e periodicità definite dall'organo stesso, tenuto conto dell'oggetto e della complessità dell'appalto.

Per ogni riunione chiaramente viene redatto verbale da inoltrare alle parti a cura del presidente. In alternativa, è la segreteria, ove costituita, a trasmettere il verbale.

La segreteria è un organo aggiuntivo ed eventuale, costituito laddove la particolare complessità dei lavori imponga la presenza di un organo tecnico-amministrativo deputato al supporto organizzativo e alle attività istruttorie. Gli oneri della segreteria sono a carico del CCT. È riconosciuto un compenso fino ad un massimo del 20% dei compensi fissi e variabili di ciascun componente del CCT.

Al presidente spetta un compenso maggiorato del 10% rispetto a quello degli altri componenti.

Il compenso di ognuno dei componenti del CCT grava nella metà su ciascuna parte, salvo nei casi in cui la sua costituzione sia facoltativa, ipotesi nella quale la stazione appaltante prende incarico tutte le spese.

Il compenso viene corrisposto ai componenti del CCT entro novanta giorni dall'emissione della determinazione o del parere, ovvero, per la parte fissa, alla quarta riunione.

È inoltre riconosciuto un acconto a favore dei componenti, pari al 20% calcolato sull'importo della parte fissa, la cui liquidazione è vincolata alla presentazione da parte di ciascun componente di una polizza fideiussoria bancaria o assicurativa pari all'importo della stessa anticipazione.

Si badi, le linee guida offrono un'interessante indicazione nei confronti della quale gli operatori economici sono tenuti a prestare la dovuta attenzione. Infatti, qualora l'operatore paghi in ritardo o non effettui il versamento del contributo di propria spettanza, vi provvederà direttamente la stazione appaltante.

Ma, in tal caso, la stazione appaltante tratterà, dal compenso dovuto all'operatore in relazione alla sua prestazione, quanto versato in luogo dell'operatore.

Da ultimo occorre ricordare che, in relazione ai compensi, si osservano le limitazioni indicate dalla recente legge n.233 del 2021, sopra viste.

6.3.5 Le determinazioni del CCT e la loro impugnazione.

A questo punto della trattazione pare opportuno porre particolare attenzione rispetto al valore delle determinazioni del Collegio.

Il punto 3.2.2 afferma che, ferma l'obbligatorietà della costituzione del CCT a fini consultivi, questo può operare come collegio arbitrale ai sensi e per gli effetti dell'art. 808-ter c.p.c., solamente se viene espresso il consenso dalle parti.

Questa previsione sembra in contrasto rispetto a quanto previsto dall'art. 6 comma 3 del decreto Semplificazioni, in base al quale la natura di lodo contrattuale delle determinazioni del CCT opera automaticamente salvo le parti manifestino motivato dissenso per iscritto.^{332 333}

Non solo. Sembra porsi in contrasto anche rispetto a quanto dettato successivamente dalle linee guida al punto 5.

Nel dettaglio, al punto 5.1.2 viene disposto che ove le parti non abbiano escluso l'attribuzione del valore di lodo arbitrale alle decisioni del CCT, queste avranno natura di *“determinazioni” a carattere dispositivo, direttamente attributive di diritti o costitutive di obblighi in capo alle parti, attesa l'efficacia tipica del lodo contrattuale irrituale.*

Qualora invece il Collegio sia chiamato a rendere pareri ai sensi dell'art. 5 d.l. cit., la natura delle sue determinazioni varierà in base alla questione.

In particolare, laddove si pronunci ex art. 5 comma 1 lett. a), b) e d), i pareri resi, pur obbligatori, non acquistano carattere vincolante.

Nelle ipotesi, invece, di sospensione tecnica ex art. 5 comma 1 lett. c), le decisioni prese assumono natura di determinazione se le parti hanno escluso l'attribuzione del valore di lodo arbitrale alle decisioni del CCT.

Dunque, anche in questo caso, se le parti non hanno escluso l'attribuzione del valore di lodo arbitrale espressamente, i pareri resi in relazione a sospensioni disposte per cause di ordine tecnico (lett. c) acquistano natura di lodo arbitrale.

In caso di esclusione della natura di lodo contrattuale sussistono comunque, specifica il legislatore, gli effetti delle decisioni del CCT relativi alle conseguenze dell'inosservanza delle determinazioni del CCT: responsabilità per danno erariale da un lato, grave inadempimento contrattuale per quello che attiene all'operatore economico.

Il punto 5.1.4 precisa che la volontà manifestata anche da una sola delle parti è sufficiente ad escludere la natura di lodo contrattuale delle determinazioni del CCT e va indicata al più tardi nel verbale di insediamento.

Le determinazioni del Collegio, produttive di effetti del lodo contrattuale, sono impugnabili per le ragioni elencate all'art. 808-ter, secondo comma c.p.c., così come adattate alla disciplina oggetto di analisi. Dunque:

- 1) se l'atto con il quale si costituisce il collegio è invalido, o il collegio ha pronunciato su conclusioni che esorbitano dai suoi limiti e la relativa eccezione è stata sollevata nel procedimento arbitrale;
- 2) se i componenti del CCT non sono stati nominati con le forme e nei modi stabiliti;
- 3) se la determinazione è stata pronunciata da chi non poteva essere nominato membro del collegio;
- 4) se i componenti del CCT non si sono attenuti alle regole imposte dalle parti come condizione di validità del lodo;
- 5) se non è stato osservato nel procedimento il principio del contraddittorio.

La determinazione dovrà essere trattata come vero e proprio lodo contrattuale: sarà impugnabile innanzi al giudice civile e si seguiranno le regole previste per il rito ordinario.

6.3.6 Rapporto tra CCT e gli altri rimedi per la risoluzione delle controversie.

³³² Il comma 3 al secondo periodo reca espressamente: *“Le determinazioni del collegio consultivo tecnico 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.”*

³³³ In questo senso, R. Berloco, *webinar cit.*

Le linee guida MIMS curano anche un altro aspetto molto importante quale il rapporto tra il CCT e gli altri rimedi per la risoluzione delle controversie. Tema, solamente accennato dalla normativa previgente.

Al punto 6, dopo aver sottolineato la funzione generale svolta dal CCT quale di supporto e assistenza alle parti nel corso dell'esecuzione del contratto, viene indicata la relazione che intercorre tra i diversi strumenti deflattivi previsti dall'ordinamento.

Nello specifico, in caso di attribuzione della natura di lodo contrattuale, la decisione del CCT è da ritenersi alternativa all'accordo bonario.

Laddove i lavori siano già in corso d'esecuzione alla data di entrata in vigore del d.l. 76 del 2020, il CCT potrà operare esclusivamente in relazione a questioni che non siano state già devolute all'autorità giudiziaria o per le quali non siano in corso delle procedure di accordo bonario.

Si conclude, dunque, per l'alternatività tra questi rimedi.

Tuttavia, con riferimento al parere di precontenzioso dell'ANAC, invece, il legislatore prevede che l'acquisizione di un parere del CCT, costituito facoltativamente *ante operam*, non pregiudica il ricorso della stazione appaltante o delle altre parti al parere di precontenzioso dell'Autorità.

7. Profili comparatistici: gli strumenti deflattivi del contenzioso nella contrattualistica internazionale.

Vista l'importanza strategica che riveste il contratto di appalto, si vuole adesso illustrare brevemente l'approccio seguito nella materia dei rimedi alternativi al contenzioso in altre esperienze giuridiche differenti da quella italiana, offrendo degli spunti comparatistici.³³⁴ Quanto detto, al fine di trasmettere dichiaratamente la necessità di rafforzare tali strumenti, incrementandone il ricorso, come più volte sollecitato dall'ANAC.

Ebbene, dalla seconda metà degli anni '70 in poi, come sopra si è brevemente accennato, in tutti gli Stati Uniti e successivamente in Europa sono stati introdotti nuovi strumenti finalizzati a dirimere le controversie tra le parti nel corso della realizzazione dell'opera. Si prendeva atto della natura del contratto di appalto, quale suscettibile di dar luogo ad un elevato tasso di contenzioso.

Strumenti, quindi, alternativi alla tutela giurisdizionale, per evitare i tempi che la giustizia richiede oltre che il "*dissanguamento finanziario dell'operatore*".³³⁵

Nel contesto normativo anglosassone si diffusero rapidamente contratti *standard*, la cui funzione risiedeva nel predefinire l'allocatione del rischio, standardizzando il costo assicurativo.

Il fenomeno della standardizzazione dei contratti assunse, poi, connotati internazionali, dando luogo ad organi strategici quali: JCT³³⁶, NEC³³⁷, AIA³³⁸, FIDIC³³⁹, ICC.³⁴⁰

Organi appositamente incaricati di elaborare clausole o modelli *standard* di contratti, cui connettere il ricorso a rimedi alternativi al contenzioso.

³³⁴ Sul tema, si veda M. Padovan, *In merito al collegio consultivo tecnico, alcuni spunti comparatistici*, cit.

³³⁵ *Ibidem*, 7.

³³⁶ *Joint Contracts Tribunal*, istituito per la prima volta nel 1930 dal Royal Institute of British Architects. Contratto utilizzato al fine di produrre moduli standard per il settore delle costruzioni.

³³⁷ *New Engineering and Construction Contract*, utilizzabile in una grande varietà di situazioni commerciali.

³³⁸ *American Institute of Architects*. Si trattava di un Istituto vero e proprio, che nel tempo ha dato la luce a numerosi modelli di contratto per progetti di diversa natura.

³³⁹ *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils*, anch'essa una federazione di ingegneri che ha assunto grande importanza nel tempo, visto l'incarico ricoperto nel campo degli appalti internazionali: elaborazione di modelli contrattuali per la realizzazione di grandi progetti. Fondata nel 1913, raccoglie le associazioni di categoria con l'obiettivo di curare gli interessi degli associati, promuovendo la formazione e la diffusione della conoscenza.

³⁴⁰ *International Chamber of Commerce*.

La standardizzazione ha prodotto, con il tempo, una costante armonizzazione delle condizioni contrattuali nel settore delle costruzioni, innalzando, così, il livello redazionale della contrattualistica nell'ambito degli appalti internazionali.³⁴¹

Con particolare riguardo ai contratti FIDIC, ciascuno consta di condizioni generali del contratto e condizioni particolari, eventualmente in deroga alle generali.

Il primo modello contrattuale FIDIC, risalente al 1957 è rappresentato dalle *Conditions of Contract (International) for Works of Civil Engineering Construction*, note come “Red Book”, per via del colore rosso sulla copertina ed ispirate al modello di contratto predisposto dall'*Institution of Civil Engineers*.³⁴²

A questa prima fattispecie ne seguirono altre, la cui struttura variava in base all'oggetto del contratto di appalto.

Furono pubblicate nel 1987 le *Condition of Contract for Electrical and Mechanical Work*, cd. *Yellow Book*, in relazione alla fornitura di impianti e macchinari realizzati dall'appaltatore e destinati al committente.

Nel 1995 seguirono le *Conditions of Contract for Design-Build and Turnkey*, cd. *Orange Book*, riguardanti opere con uno scopo produttivo realizzate dall'appaltatore da consegnarsi “chiavi in mano”, ossia pronte per l'attività.

I modelli contrattuali attualmente vigenti, sempre in relazione al colore delle copertine dei relativi volumi, in quanto variegati, rientrano nella serie dei cd. *Rainbow Suite*³⁴³. I principali sono cinque e si distinguono in:

- *Conditions of Contract for Construction for Building and Engineering Works designed by the Employer – The Construction Contract: Red Book*. Si basa sul modello tradizionale di appalto in cui l'appaltatore provvede all'esecuzione sulla base di un progetto predisposto dal committente;
- *Conditions of Contract for Plant and Design Build for Electromechanical and Mechanical Plant and for Building and Engineering Works Designed by the Contractor – The Plant and Design-Build Contract: Yellow Book*, in cui l'appaltatore realizza l'opera cercando di rispondere alle esigenze manifestate dal committente, tuttavia seguendo un proprio Progetto.
- *Conditions of Contract for EPC/Turnkey Projects – The EPC/Turnkey Contract: Silver Book*. Pubblicato in sostituzione del precedente *Orange Book*, ne riprende la disciplina con alcune modifiche. Infatti, in questo modello l'appaltatore assume su di sé la responsabilità sia della progettazione che della realizzazione dell'opera che sarà consegnata “chiavi in mano” al committente, pronta per l'utilizzo.
- *Short Form of Contract – The Short Form: Green Book*. Modello utilizzato esclusivamente o in relazione ad opere di valore contenuto³⁴⁴, oppure per contratti che abbiano ad oggetto lavori con durata inferiore a sei mesi o ripetitivi.
- *Conditions of Contract for Design, Build and operate Projects*, cd. *DBO Contract: Golden Book*. Modello relativamente recente, pubblicato nel 2008, in relazione a quei contratti che presentino la struttura tipica del *project finance*: predisposizione del progetto, realizzazione dell'opera e gestione della stessa in capo all'appaltatore.

Parallelamente al diffondersi di questi schemi contrattuali, dunque, anche la prassi operativa è divenuta sempre più condivisa nell'industria delle costruzioni internazionali.

³⁴¹ *Contrattualistica FIDIC e sistemi di Civil law*, informazione Pavia & Ansaldo, consultabile presso <https://www.pavia-ansaldo.it/contrattualistica-fidic-e-sistemi-di-civil-law/>

³⁴²In questi termini, R. Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)*, in *DeS*, 3, 2019, Editoriale Scientifica srl., 535 ss, scritto destinato agli Atti del II Forum Internazionale del Gran Sasso (Teramo, 20-22 giugno 2019) “*La prevenzione, via per un nuovo sviluppo*”.

³⁴³ *Ibidem*, 535.

³⁴⁴ Al di sotto di 500.000 dollari.

In base alle condizioni generali dei modelli appena visti, è prevista la presenza di un *Engineer*, con un compito molto chiaro: la prevenzione e risoluzione delle controversie, ove già insorte.

Ebbene, si è molto dubitato dell'imparzialità di tale figura, essendo direttamente collegata al soggetto committente. Per tale ragione, sempre le condizioni generali, prevedono che ove *l'Engineer* non riesca a conciliare le parti o queste non accolgano le sue conclusioni, si possa sottoporre la questione relativa al contratto al *Dispute Adjudication Board*, in virtù della clausola generale di *dispute avoidance*.

A questo punto, vista la loro funzione e la loro elevata diffusione, occorre soffermarsi proprio sui *Dispute Boards*. Organi giuridici rispetto al quale si ritiene doveroso un adeguato approfondimento.

Si tratta di collegi molto simili al Collegio consultivo tecnico, costituiti da esperti, istituiti in relazione ad opere di significativa importanza al fine di assistere le parti fornendo pareri circa le questioni emerse nell'attuazione del rapporto giuridico.³⁴⁵

La *ratio* dalla quale nasce l'istituto risiede nella volontà di attribuire a terzi soggetti esperti, indipendenti³⁴⁶ e di buona reputazione internazionale, l'incarico di mediare tra le opposte posizioni delle parti e di offrire loro una valida soluzione alle potenziali controversie.

Le *Dispute Board Rules*, in vigore dal 1 ottobre 2015 e predisposte dall'ICC, hanno previsto tre modelli di ADR.³⁴⁷

Il *Dispute Review Board*, disciplinato all'art. 4³⁴⁸ delle *ICC Dispute Board Rules*, che assiste le parti, tentando di evitare l'insorgere di controversie, essendo chiamato ad esprimersi attraverso pareri e raccomandazioni, vincolanti solo in assenza di contestazioni delle parti nel termine di 30 giorni dalla notifica del parere stesso.

Il *Dispute Adjudication Board*, disciplinato all'art. 5³⁴⁹ delle *ICC Dispute Board Rules*, svolge, invece funzioni di assistenza formale prendendo *decisions* immediatamente vincolanti per le parti. Queste, in caso di dissenso, possono manifestarlo per iscritto entro il termine di 30 giorni dal momento in cui ricevono la decisione.

³⁴⁵ M. Padovan, *In merito al collegio consultivo tecnico, alcuni spunti comparatistici*, cit, 9.

³⁴⁶ Secondo M. Padovan, l'elemento che manca nel CCT, rispetto alle *Dispute Boards* è proprio quello concernente l'indipendenza dei membri.

³⁴⁷ In C. Costanzi, *Dal dispute Board al Collegio consultivo tecnico. Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione all'italiana*, in Riv. giur. AmbienteDiritto.it Anno XXI Fascicolo 2/2021, p. 9 ss.

³⁴⁸ «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».

³⁴⁹ «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

Decorso il termine di 30 giorni per le contestazioni, le decisioni diventano definitive e vincolanti. In caso di mancato accordo, la questione sarà rimessa all'arbitrato, ove così previsto, oppure al competente organo giurisdizionale.

Il *Combined Dispute Board*, previsto unicamente dall'art. 6³⁵⁰ ICC, incaricato di emanare *recommendations*, che diventano vincolanti solo in caso di inutile decorso del termine per le contestazioni, come nel caso del *dispute adjudication Board*; ovvero solamente in caso di richiesta di una delle parti e in assenza di contrarietà manifestata dall'altra.

Qualunque sia il modello di *Dispute Board* a cui si ricorra, l'art. 1 delle norme ICC esclude che le conclusioni dei collegi possano avere natura di lodi arbitrali. Le parti, infatti, accettano di vincolarsi contrattualmente alle conclusioni del *Board*, secondo le condizioni preventivamente specificate.

Il Board è generalmente composto da tre membri, due dei quali nominati dalle parti. Ai sensi dell'art. 8 delle *Dispute Board rules* ICC, ogni membro deve rimanere imparziale e indipendente rispetto alle parti.

Tutto il procedimento davanti al *Board* è disciplinato dalle *rules* e, in caso di vuoto, dalle regole che le parti o lo stesso *Board* definisce. In particolare, l'art. 15 delle *Dispute Board rules*, riconosce al collegio il potere di:

- determinare la lingua del procedimento, avuto riguardo di diverse circostanze, quali la lingua del contratto;
- chiedere alle parti di produrre i documenti dei quali si necessita per esercitare le proprie funzioni;
- fissare delle riunioni, organizzare sopralluoghi e audizioni;
- nominare uno o più esperti su accordo delle parti;
- prendere qualsiasi misura necessaria all'esercizio delle proprie funzioni.

Chiaramente, il *Board* adotta anche tutte le misure volte ad assicurare la confidenzialità delle informazioni e la protezione dei dati.

In generale, le regole ICC sintetizzano i compiti del Dispute Board in tre diversi servizi: *Avoidance of disagreements*³⁵¹, *Informal assistance with disagreements*³⁵², *formal referral for a conclusion*³⁵³.

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».

³⁵⁰ Il primo comma dell'art. 6 reca: «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».

³⁵¹ Art. 16 *Dispute Board rules*, ICC.

³⁵² Art. 17 *Dispute Board rules*, ICC.

³⁵³ Art. 18 *Dispute Board rules*, ICC.

Interessante a tal proposito, la chiara e netta distinzione tra le diverse funzioni che il *Board* può ricoprire, lasciando, però, il collegio piuttosto libero nel proprio operato e nell'attuazione dei propri compiti.

La prima, consiste nel prevenire disaccordi anche solo potenziali tra le parti³⁵⁴: in presenza di questioni anche solo potenzialmente idonee a sfociare in una controversia, il *Board* propone una risoluzione al contrasto tra le parti.

Nello specifico, individua il processo che le parti potrebbero seguire per evitare l'inasprirsi del disaccordo venutosi a creare.

L'assistenza informale consiste nella facoltà del collegio di coadiuvare le parti nella risoluzione di controversie già insorte nel corso del rapporto giuridico, attraverso dei sopralluoghi o delle riunioni.

Ebbene, la parte che richiede l'*informal assistance* deve rendere edotto il *Board* e le altre parti della situazione, prima del sopralluogo o della riunione eventualmente fissata.

Diverse sono le forme attraverso le quali questo tipo di assistenza può aver luogo: una singola audizione delle parti; diversi e separati incontri tra il *Board* e le parti; riunioni informali fissate dal *Board* e comunicate alle parti; atti scritti consegnati dal *Board* o qualsiasi altra forma di assistenza che possa aiutare le parti a risolvere la controversia. Si sottolinea, allora, la particolare ampiezza di questo strumento, teso ad operare con un fine chiaro, ossia la risoluzione delle controversie senza adire gli organi giurisdizionali.

Per questo, si evidenzia la forte fiducia del panorama contrattuale internazionale nei confronti del *dispute Board* e il grande incentivo alla libera attività negoziale degli operatori internazionali. Aspetti che si riflettono nella volontà di far prevalere l'oggetto del sinallagma, evitando che questo possa interrompersi per via di un contenzioso.

Quanto detto trova allora conferma negli ampi poteri di cui gode il *Board*, libero di agire al fine di risolvere le questioni insorte, o solamente potenziali.

Profilo, purtroppo, assente in Italia.

Si può poi, da ultimo, adire formalmente il *Board*, richiedendo che fornisca una "*conclusion*". In questo caso il procedimento assume un carattere formale in quanto la controversia è già insorta e diventa una vera e propria diatriba.

Non ci saranno conversazioni informali, né incontri separati tra una sola delle parti e il collegio.

La procedura viene dettagliatamente descritta agli articoli 19 ss delle *Dispute Board rules ICC*.

La richiesta delle parti deve contenere uno "*statement of the case*" nel quale sono indicati: una chiara e concisa descrizione delle ragioni e delle circostanze inerenti alla disputa; i problemi sottoposti all'analisi del *Board*; tutto quanto necessario al *Board* per prendere una decisione; l'ammontare economico della disputa ed ogni altra richiesta circa l'adozione di misure transitorie.

Entro 30 giorni dalla ricezione dello *statement*, la parte diversa rispetto a quella che ha avviato il procedimento, deve fornire un atto di risposta con il quale prende posizione su quanto costituisce oggetto di analisi del *Board*, fornisce documenti a sostegno della propria posizione; avanza eventualmente la richiesta circa l'adozione di misure provvisorie.

Entro 15 giorni dall'atto di risposta, si terranno le audizioni delle parti che si presentano personalmente, oppure tramite rappresentanti autorizzati, ed eventualmente coadiuvate da consulenti. Le Audizioni hanno luogo in presenza di tutti i membri del *Board*, salvo che lo stesso decida, in certe condizioni e su accordo delle parti, di

³⁵⁴ c.d. "*Informal assistance with disagreement*", su cui v. C. Vaccà, *L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali*, Giuffrè collana Isdaci- strumenti per le imprese, 2007, 236 ss.

svolgere le audizioni in assenza di un membro del *Board*. Così come, allo stesso tempo, in caso di sostituzione di uno dei membri, le parti possono concordare che l'audizione avvenga in sua assenza.

La speditezza del procedimento la si comprende dal fatto che, qualora una delle parti rifiuti di prendervi parte oppure rifiuti anche solo uno dei suoi passaggi, il *Board* proseguirà nonostante tale rifiuto.

Quanto detto a conferma dell'importanza di questo strumento, attorniato da una serie di condizioni che permettano al *Board* di elaborare una soluzione rapidamente.

Attraverso le audizioni, viene presentato il caso al collegio, il quale individua le questioni che meritano un chiarimento. Rispetto a tali questioni, le parti vengono invitate ad offrire delucidazioni, anche in risposta alle posizioni opposte.

Il collegio, inoltre, potrebbe eventualmente richiedere alle parti che sintetizzino le proprie posizioni.

A questo punto, non oltre 90 giorni³⁵⁵ dall'inizio dell'istruttoria, il *Board* si pronuncia, previa consultazione delle parti.

Le determinazioni del *Board* devono indicare una sintesi della disputa, con le posizioni delle parti; una sintesi dei passaggi fondamentali del contratto; una sequenza cronologica degli eventi; la lista dei documenti e delle osservazioni sollevate nel corso della procedura; un breve *excursus* del procedimento.

Il *Board* indica, inoltre, la data in cui giunge alle proprie conclusioni, con annesse le ragioni che vi hanno dato origine.

Successivamente, entro 30 giorni dalla data della pronuncia, il collegio potrà, anche *ex officio*, correggere errori meramente formali, quali errori di scrittura o di calcolo, contenuti all'interno delle determinazioni.

Le parti possono chiaramente chiedere la correzione, oppure l'interpretazione da attribuire alle conclusioni alle quali il *Board* è giunto. Anche in questo caso, il termine entro il quale può essere avanzata la richiesta di parte è, in entrambe le ipotesi, di 30 giorni dalla ricezione della pronuncia.

Contro le conclusioni del *Board* è possibile avanzare contestazioni davanti all'*International Centre for the ADR*. Quest'ultimo è un organo amministrativo separato rispetto all'ICC, che si occupa di diversi aspetti: nomina formalmente i membri del *Board*, determina i corrispettivi dei membri del *Board*, decide sulla rimozione di uno dei componenti ed infine si pronuncia sulle contestazioni e sulle impugnazioni delle determinazioni del collegio.³⁵⁶

Si può richiedere la sostituzione di uno dei componenti del collegio, per assenza di imparzialità, indipendenza entro 15 giorni da quando si apprende il verificarsi del fatto che ne dà origine.

Il primo progetto nel quale vi fu il ricorso al *Dispute Board*, fu quello relativo alla costruzione della diga soprannominata "*Boundary Dam*", a Washington negli anni '60. In quel caso, al *Joint Consulting Board* fu richiesto di pronunciarsi sulle controversie che eventualmente fossero insorte.

Da lì, un continuo incremento dei ricorsi all'istituto.

Non stupisce che gli Stati Uniti siano stati e sono la patria dei rimedi alternativi al contenzioso, visto lo spirito liberale che caratterizza il contesto socioeconomico. Basti pensare ai numerosi interventi normativi in questo senso: l'*Interstate Commerce Act* del 1887, il *Federal Arbitration Act* del 1925 e soprattutto, nel 1998, si

³⁵⁵ Il termine può essere ulteriormente prolungato su accordo delle parti, tenendo conto della complessità e della natura della controversia.

³⁵⁶ Art. 1.2 *Dispute Board Rules*, ICC.

assiste alla modifica del titolo 28 della Carta dei diritti, stabilendo che gli strumenti di *ADR* hanno la prevalenza su qualsiasi procedura contenziosa.³⁵⁷

La capacità di questi strumenti di ridurre il contenzioso è evidente: la *Dispute Resolution board Foundation* stima una riduzione che si aggira tra il 72% e l'86%³⁵⁸.

Come, giustamente sottolineato dalla dottrina, il successo del *Dispute Board*, lo si deve all'approccio fortemente *business e project oriented* dei suoi membri in quanto *imparziali ed interessati unicamente ed esclusivamente*, come sopra visto, *alla realizzazione ottimale dell'opera e alla prosecuzione dei lavori*.³⁵⁹

Per queste ragioni, i membri del *Dispute Board* ben conoscono quali sono le criticità connesse alle controversie in corso d'esecuzione dell'opera e, conseguentemente, cercano di porvi rimedio attraverso la riservatezza e la rapidità delle decisioni. A ciò si aggiunga l'evidente flessibilità del procedimento, i poteri particolarmente ampi di cui gode il *Board* e, non da ultimo, l'approccio dinamico degli operatori economici internazionali.

Non stupisce, insomma, che nella tradizione di *common law* l'impiego del *Dispute Board* sia particolarmente diffuso ed esteso a tutte le commesse pubbliche, oltre che private.

In virtù di questa tendenza virtuosa, si sono sviluppate diverse altre forme di rimedi alternativi al contenzioso in territorio statunitense, frutto anche della fantasia e della duttilità del legislatore americano.

In particolare, ha visto la luce la figura della *Mediation*, ossia della conciliazione costruita come una procedura informale, nella quale un terzo viene indicato quale deputato ad elaborare una soluzione della controversia.

Mediation, nella quale è possibile distinguere la *facilitive mediation*, dove il terzo non si esprime ma conduce la mediazione; *evaluative mediation* in cui il soggetto terzo fornisce un proprio parere circa l'esito di una eventuale controversia.³⁶⁰

A fronte della disciplina fin qui analizzata, appare evidente la difficoltà che l'ordinamento italiano incontra nel conformarsi all'approccio seguito nel contesto internazionale.

L'assetto normativo nazionale, infatti, pare rimanere troppo ancorato al diritto civile e ai rimedi che questo offre. Si tratta di un atteggiamento che ostacola culturalmente il ricorso agli strumenti di *ADR* che, come visto, dimostrano evidente efficacia deflattiva.³⁶¹

I tentativi susseguiti nel tempo sono stati adeguatamente trattati all'inizio di questo capitolo, nel quale, tuttavia, si è anche avuto modo di evidenziare la scarsa capacità del legislatore di confezionare strumenti affidabili, strumenti ai quali gli operatori possano ricorrere con costanza e favore.

³⁵⁷ *Ibidem*; cfr. A. Bruni, *La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno*, *Mediares. Semestrale sulla Mediazione*, n. 5/2005, p. 163-187.

³⁵⁸ Cfr. M. Nunziata, *Il dispute board nei contratti di appalto internazionali*, Giappichelli Torino, febbraio 2021, 48.

³⁵⁹ C. Costanzi, *Dal dispute Board al Collegio consultivo tecnico. Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione all'italiana*, cit., 10.

³⁶⁰ M. Padovan, nel suo studio sopra citato, ricorda le diverse ed ulteriori numerose forme di mediazione elaborate negli Stati Uniti, che qui si riportano: *Arbitration (arbitrato) o anche la Quick arbitration (arbitrato rapido) che è la forma più conosciuta di processo gestito da giudici privati scelti dalle parti, forme ibride o miste di conciliazione e arbitrato sono: Med-Arb (conciliazione-arbitrato), Medthen-Arb (conciliazione-poi-arbitrato). Ancora si ricorda la High-Low Arbitration (arbitrato condizionato), La Baseball Last-Offer-Arbitration (arbitrato per offerta finale), il Rent-a-Judge (noleggio di un giudice), il Private Judging (giudizio privato), le Small Claims Resolution (risoluzione di piccole rivendicazioni), le Early Neutral Evaluation (valutazione preliminare), il Partnering Dialogue (incontro di partenariato), il Summary Jury Trial (giudizio consultivo) ed infine il Mini-trial (miniprocesso). Le Leading Institutions nel settore degli appalti sono l'American Arbitration Association (AAA), JAMS e l'International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR).*

³⁶¹ Cfr. C. Costanzi, *Dal dispute Board al Collegio consultivo tecnico. Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione all'italiana*, cit., 11.

Insomma, tentativi, il più delle volte, con risultati insoddisfacenti. Soprattutto se paragonati a quelli conseguiti in altre esperienze giuridiche.

Per fare un esempio, senza dubbio lodevole l'impegno con cui si è cercato di introdurre uno strumento vicino al *Dispute Board*, quale il collegio consultivo tecnico. Tuttavia, non ci si può esimere dal sottolineare le criticità connesse all'istituto, non possedendo, quest'ultimo, gli stessi poteri che normalmente vengono attribuiti al *Dispute Board* nella contrattualistica internazionale.

Ancora, le pronunce del CCT non sono idonee ad acquisire autorità di cosa giudicata, diversamente da quanto accade in altri *framework* normativi.

Mancano, altresì, i tipici elementi di indipendenza, di autorevolezza che contraddistinguono il *board* internazionale.

Per concludere, tutte queste piccole imperfezioni dell'istituto ne impediscono un suo effettivo successo nel nostro ordinamento. Si tratta però di ostacoli difficilmente superabili nel breve periodo, in quanto derivanti da un sostrato culturale sul quale occorrerebbe incidere, con una scelta netta ed orientata. Senza "mezze" riforme.

8. Prospettive di modifica dell'ordinamento nazionale: verso la conformità agli *standard* internazionali.

Nella volontà, più volte espressa, di perseguire un'analisi innovativa, dinamica e critica della disciplina oggetto di studio, si tenterà, adesso, di presentare i possibili correttivi all'ordinamento nazionale.

Quali, insomma, le migliorie apportabili alla normativa vigente al fine di esaltare le potenzialità dei *dispute boards*, in armonia con quanto appena sopra visto nella comparazione con altre esperienze giuridiche.

Gli spunti di riflessione non mancano.

Anzitutto, come sopra si accennava, visto l'efficiente funzionamento del *Dispute Board* all'estero, si potrebbe pensare di avvicinare il CCT al *Board*, attribuendogli anzitutto poteri più ampi.

Infatti, le *Dispute Board rules*, una volta definite con chiarezza le funzioni attribuite all'organo, lasciano poi uno spazio particolarmente ampio nella scelta circa le modalità attraverso le quali procedere.

L'ICC rimette ai membri del collegio la scelta di numerosi aspetti procedurali e prevede l'accordo tra le parti, solamente laddove espressamente richiesto.

L'estensione dei poteri potrebbe poi coincidere, conseguentemente, con un ruolo più incisivo dello stesso collegio, il quale coordinerebbe l'intera fase esecutiva, assistendo continuamente le parti nelle proprie decisioni, così da evitare *a priori* l'insorgere di controversie.

In sostanza, il *Board* assumerebbe un importante ruolo ausiliario, capace di incidere sulla volontà delle parti intervenendo non solo nella risoluzione delle controversie, quanto soprattutto nella prevenzione. Così facendo, il risultato conseguibile sarebbe una riduzione dei blocchi nei cantieri, rimettendo il compito di definire le modalità circa la prosecuzione dei lavori al *Board*.

D'altronde, occorre ricordare che la maggior parte del contenzioso nella contrattualistica pubblica deriva proprio dalla mancanza di adeguate conoscenze tecniche da parte delle amministrazioni incaricate. Offrire, allora, un ausilio concreto nella gestione del contratto rappresenterebbe un rimedio a questa situazione.

In questo senso è stata condotta un'interessante attività di ricerca che ha visto coinvolti autorevoli esponenti del mondo giuridico ed economico.³⁶²

³⁶²Convegno del 5 maggio 2018 presso l'Università LUISS Guido Carli di Roma, presieduto e introdotto dal Pres. Pasquale de Lise (Presidente emerito del Consiglio di Stato), con Relazioni dei Professori Roberto Carleo (Introduzione al progetto DAiC), Giorgio Meo (Analisi dei meccanismi contrattuali di prevenzione delle controversie e dei relativi costi e benefici), Riccardo Tiscini (Clausole di prevenzione delle controversie: finanza e "bancabilità" dell'appalto),

Il progetto ha assunto il nome di DAiC, ossia *Dispute Avoidance in Construction* e si è focalizzato esattamente sul sistema dei rimedi contrattuali di prevenzione delle liti negli appalti, attraverso la predisposizione di apposite clausole di *dispute avoidance* e la costituzione di un *dispute board* di esperti, che gestisca il rapporto contrattuale in tutta la sua complessità. Un *Dispute Board* “multidisciplinare”, insomma, capace di intervenire su questioni di natura legale, economica e tecnico-ingegneristica.³⁶³

È ben vero, tuttavia, che questo assetto potrebbe sollevare delle criticità, secondo alcuni irrisolvibili.

In effetti, aumentare i poteri del collegio e garantire maggior solidità alle sue decisioni, potrebbe comportare che l'amministrazione si trovi “vincolata al rispetto di una decisione definitiva sulla base di criteri che non necessariamente sono stati predefiniti, 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.”³⁶⁴

A conferma di questa tesi, la giurisprudenza ha chiarito che nonostante la P.A., nel suo operare “negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati [...], ciò 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”.³⁶⁵

Per questa ragione, probabilmente, dei poteri così incisivi il CCT non li avrà mai.

Basti ricordare che nel panorama internazionale, le sue determinazioni possono assumere natura di *res iudicata*. Tuttavia, non si può escludere che una più ampia discrezionalità dei membri del *Board* possa essere conforme alla maggiore funzionalità dell'organo stesso.

Giovanni Iudica, Emanuele Lucchini Guastalla e Roberto Panetta (L'esperienza europea), Bruno Tassone (L'esperienza nordamericana), Bruno Capponi (Clausole di prevenzione delle liti: compatibilità con l'ordinamento italiano), Mario Nuzzo (*Dispute avoidance* e collegamento tra contratti nelle operazioni complesse: il possibile ruolo di un codice di autoregolazione), del Dott. Raffaele Tuccillo, magistrato del TAR Lazio (Clausole di prevenzione delle liti: compatibilità con la disciplina pubblicistica degli appalti), Nicola Pisani (Clausole di prevenzione delle liti, provvedimenti dell'autorità amministrativa e del giudice penale), Andrea Mora (Clausole di prevenzione delle liti nella crisi d'impresa) e dell'Ing. Marcello Viglino di Salini-Impregilo (Un'esperienza concreta: benefici e costi del *Dispute Board*).

³⁶³ R. Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)*, in *DeS*, 3, 2019, Editoriale Scientifica srl., pp. 527-544, scritto destinato agli Atti del II Forum Internazionale del Gran Sasso (Teramo, 20-22 giugno 2019) “*La prevenzione, via per un nuovo sviluppo*”.

³⁶⁴ M. Lipari, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019; cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 659: «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».

³⁶⁵ 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»

Questo tema si connette strettamente con un altro aspetto: la competenza e l'autorevolezza dei tecnici facenti parte il collegio.

Ebbene, uno dei motivi che ha senza dubbio contribuito al successo dell'istituto nella prassi internazionale è stato il prestigio e la professionalità dei membri del *Dispute Board*. Come sopra si è visto, anche la normativa nazionale è piuttosto rigida nel definire *standard* elevati dei profili riguardanti i membri del CCT; eppure, in taluni casi si dà più rilievo alle conoscenze teoriche che all'approccio pratico. Questo atteggiamento ha quale conseguenza un sentimento di sfiducia degli operatori che potrebbero ritenere le loro preoccupazioni e le loro esigenze, non comprese da chi opera in ambiti ben distinti.

Ad esempio, grande importanza nella selezione dei membri del collegio rivestono magistrati, prefetti, dirigenti P.A., soggetti di altissimo profilo ma che, in relazione alla materia oggetto di analisi, potrebbero risultare troppo lontani dalle esigenze pratiche percepite dalle parti.

Per questa ragione, potrebbe risultare utile un incremento del ricorso alla scelta di soggetti che siano a conoscenza delle problematiche pratiche connesse alla realizzazione di una grande opera quale può essere quella oggetto di un contratto di appalto.

Nello specifico, in questi termini, la ricerca alla quale si faceva prima richiamo sottolinea un'interessante opportunità: introdurre, esclusivamente in relazione alla realizzazione di grandi opere, specifiche figure tecniche assimilabili al *project manager*. Figure, tipiche di altri ordinamenti, con grande esperienza e preparazione tecnica circa l'assistenza alle parti durante l'esecuzione del contratto e circa la risoluzione delle controversie. Nuove professionalità, dunque, con appositi albi.

Così definito il collegio, le sue pronunce non avrebbero natura né arbitrale né transattiva, potendo ridurre le controversie, prevenendone l'insorgere, senza tuttavia escludere conseguentemente la possibilità di utilizzare i rimedi giurisdizionali esistenti, solamente rinviati.³⁶⁶

Si tratterebbe, sostanzialmente, di un rimedio contrattuale rimesso all'autonomia privata, il cui fondamento giuridico sarebbe rinvenibile nel principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 Cost.

Altro tema sul quale è doveroso soffermarsi adeguatamente concerne la possibilità per le parti di escludere il ricorso al contenzioso, anche solo temporaneamente, così da conferire maggiore stabilità al parere reso dal CCT.

L'interrogativo, in questa sede, investe la possibilità di escludere la tutela giurisdizionale su espressa clausola contrattuale di *dispute avoidance*.

La legittimità della rinuncia alla tutela giurisdizionale, se pur consensualmente convenuta, appare discutibile, visto l'insopprimibile diritto di agire in giudizio *ex art. 24 e 101 Cost.*

Infatti, secondo la Corte costituzionale, il diritto alla tutela giurisdizionale è annoverabile «*fra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2*» (*sent. n.98 del 1965*), e che non esita ad ascrivere tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia un giudice e un giudizio"». ³⁶⁷

Tuttavia, seppure riconosciuta la natura infrangibile del diritto di azione, quale diritto connaturato all'assetto democratico, la stessa Corte di legittimità ha a più riprese ribadito l'importanza di un costante bilanciamento tra i diritti fondamentali dell'ordinamento affinché nessun diritto sia "tiranno" rispetto agli altri.³⁶⁸

³⁶⁶ R. Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)*, cit.

³⁶⁷ C. Costituzionale, *sent. 18 del 1982*.

³⁶⁸ *Ex multis*, Corte Costituzionale, *sent. n. 85 del 2013*, in cui si legge "Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile, pertanto, individuare uno di essi che

Ebbene, secondo la dottrina, la scelta di escludere il ricorso al contenzioso si potrebbe fondare su un altro principio attualissimo e di rilevanza assoluta nell'ambito della contrattualistica pubblica, quale l'efficienza del contratto.³⁶⁹

Ed in effetti, l'efficienza del contratto potrebbe validamente considerarsi quale valore intrinsecamente connesso alla celere e compiuta realizzazione delle opere di interesse collettivo.

Oggetto di un contratto di appalto, ed in generale di un contratto pubblico, non può che essere un progetto di impatto sociale, il cui interesse ad una efficiente realizzazione investe la collettività tutta e corrisponde, dunque, ad esigenze sociali.

Per questa ragione, questo valore, meritevole di dovuta attenzione, vista la sua importanza strategica e la sua attualità, dovrebbe essere, secondo la tesi esposta, bilanciato con tutti gli altri principi e valori di rango costituzionale.

Quanto detto troverebbe conferma, d'altronde, nel contesto socioeconomico successivo all'emergenza sanitaria da Covid-19.

Un contesto nel quale il legislatore ha dichiaratamente posto maggiore attenzione nei confronti di nuovi valori e principi, oppure ne ha rafforzato il tenore, in considerazione della necessità di innescare il procedimento di ripartenza del Paese.

In questo senso, basti pensare alle numerosissime riforme approvate, alcune delle quali sono state analizzate nel presente studio. Riforme orientate verso una maggiore crescita economica e produttiva, una transizione *green* del circuito economico, uno sviluppo sostenibile.

Ad ulteriore conferma della caratura del principio di efficienza del contratto, occorre ricordare che lo spessore, il tenore di taluni valori attinenti alla collettività corre parallelo ai tempi e ai contesti sociali.

Di tal ché, ciò che in un determinato momento storico appare di poco conto, in un successivo contesto socioeconomico potrebbe rivestire una rilevanza indiscussa e primaria. In tal senso, basti pensare alla lotta condotta contro la corruzione: in virtù del principio di legalità, il legislatore ha compulsivamente apportato una serie di correttivi che hanno bloccato l'ordinamento, caratterizzato da un costante alone di sospetto nei confronti di qualsivoglia iniziativa privata a contatto con la pubblica amministrazione.

Il blocco provocato dall'ipertrofia legislativa ha portato, poi, in epoca moderna, a riconsiderare la lotta alla corruzione, quale aspetto fondamentale del nostro ordinamento ma, si badi, non esclusivo. Sicché pur nella convinzione di reprimere i fenomeni corruttivi, si è preso atto della necessità di contemperare tali iniziative

*abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona. (...) . La Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. (...) . Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale.”; in dottrina cfr. P. Ferrua in *La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea*, *Questione Giustizia* n.1/2017, che con riferimento ai principi di giusto processo, dei quali il diritto di azione fa parte, esclude che essi possano essere considerati come superiori ed indiscutibili in termini assoluti: “Ma guai se, ignorando questa esigenza, si pensasse di attuarli unilateralmente, nella prospettiva di un'illimitata espansione dell'uno o dell'altro valore. L'esito sarebbe disastroso”.*

³⁶⁹ R. Carleo, *La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction)*, cit., 530. L'autore presenta un'argomentazione molto interessante, superando l'obiezione secondo cui il diritto di azione sarebbe insopprimibile, attraverso due prospettive: postulare una riforma costituzionale, *giustificata dalla superiore e generale esigenza sociale di impedire le inefficienze ed i blocchi dei contratti di appalto*, oppure, più semplicemente, ammettendo una rinuncia alla tutela giurisdizionale quantomeno temporanea, parametrata alla durata dell'appalto.

con una maggiore funzionalità del sistema, soprattutto nell'ambito della contrattualistica pubblica. Ne è stato un esempio l'apertura ai procedimenti negoziati di selezione.

Non solo.

Un altro importante esempio può essere fornito in relazione alla materia ambientale. Con il passare del tempo il diritto ad un ambiente salubre, tra gli altri, ha assunto una rilevanza sempre più decisiva, tale da ritagliarsi una posizione prima inimmaginabile, ponendosi sullo stesso piano dei diritti fondamentali ed inviolabili della persona umana.³⁷⁰

Questo, in virtù del mutato contesto socioeconomico e politico nel quale ci si è trovati.

In considerazione delle nuove necessità alle quali il legislatore ed i giudici, non solo nazionali, hanno dovuto porre attenzione, in quanto maggiormente avvertiti dalla comunità.

Storica la pronuncia con la quale la Corte di Cassazione, per la prima volta e sulla base dei principi sottolineati dalla precedente giurisprudenza anche di legittimità, puntualizza che *“il rango costituzionale del diritto alla salute fa sì che esso debba essere tutelato e interpretato il più ampiamente possibile. Pertanto, in un giudizio di bilanciamento di interessi, il diritto a un ambiente salubre e quindi in definitiva il diritto alla salute dovrà sempre prevalere sui contrastanti interessi industriali”*.³⁷¹

È una pronuncia interessante anche perché il suo contenuto ha subito poi una ulteriore rivisitazione con la sent. 85 del 2013 della Corte costituzionale³⁷², con la quale si è sottolineata l'esigenza di far prevalere l'interesse occupazionale, rispetto a quello ambientale.

Ciò a conferma della mutevolezza dei principi e dei valori, diversamente avvertiti a seconda dei tempi e delle circostanze nelle quali vengono valutati.

Quanto sopra detto, a conferma che ogni diritto, ogni principio e valore costituzionale può, a determinate condizioni e in base a mutevoli considerazioni della collettività, essere diversamente valutato, assumere diverse connotazioni.

Per questa ragione non si può escludere che il diritto ad una celere esecuzione dei lavori, ad una rapida realizzazione di opere pubbliche possa prevalere sul diritto ad agire in giudizio, soprattutto ove pattiziamente convenuto.

Ciò in quanto, come detto, la realizzazione di opere finanziate dal pubblico e rispondenti ad esigenze sociali, costituisce un valore di assoluta importanza, soprattutto in un contesto come quello attuale, caratterizzato dalla dichiarata volontà del legislatore di incrementare la produttività del Paese, aumentare l'occupazione, costruire nuove infrastrutture e procedere con importanti investimenti.

³⁷⁰ A livello giurisprudenziale, per la prima volta le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con sentenza del 6 ottobre 1979, n. 5172, hanno chiarito che *“l'art. 32 Cost., oltre che ascrivere alla collettività generale la tutela promozionale della salute dell'uomo, configura il relativo diritto come diritto fondamentale dell'individuo e lo protegge in via primaria, incondizionata e assoluta come modo d'essere della persona umana. Il collegamento dell'art. 32 Cost. con l'art. 2 Cost. attribuisce al diritto alla salute un contenuto di socialità e di sicurezza, tale che esso si presenta non solo come mero diritto alla vita e all'incolumità fisica, ma come vero e proprio diritto all'ambiente salubre che neppure la pubblica amministrazione può sacrificare o comprimere, anche se agisca a tutela specifica della salute pubblica; e che inteso in questo suo duplice aspetto è tutelabile giurisdizionalmente davanti al giudice ordinario anche contro la pubblica amministrazione le cui attività lesive devono considerarsi poste in essere in difetto di poteri”*; le sentt. 210 del 1987 e 641 del 1987 della Corte costituzionale hanno poi ripreso il tema, consacrando il diritto all'ambiente nel novero dei diritti soggettivi.

³⁷¹ Cass. pen., sez. III, 14 aprile 1999.

³⁷² Corte costituzionale, Sent. 9 maggio 2013, n. 85, riguardo il famoso impianto ILVA.

Nella necessità di impiegare razionalmente ed in maniera vincente, le somme del PNRR. Occasione storica ed irrinunciabile.

L'argomentazione appena fornita pare convincente su un piano sostanziale, ma non su quello formale.

In effetti, il dettato costituzionale stesso pare ricomprendere all'interno dell'art. 2 il diritto di difesa, di tal che sembra difficile che una mera interpretazione ermeneutica sia sufficiente a subordinare il diritto di difesa ad un valore quale l'efficienza del contratto, se pur connesso ad esigenze sociali, concepito secondo una ricostruzione interpretativa.

In conclusione, si può sottolineare che laddove le parti scelgano di ricorrere al *Dispute Board*, ciò produrrebbe notevoli benefici e vantaggi tanto dal punto di vista economico, quanto tecnico.

In questi termini, giustamente, si indirizza anche l'attività di ricerca alla quale si è fatto più volte cenno.

Secondo un approccio pragmatico, infatti, un contratto di appalto in relazione al quale si opta per la costituzione di un *board*, sicuramente è sinonimo di maggiore certezza dei rapporti giuridici, incrementando la fiducia nei confronti del progetto e, di conseguenza, i finanziamenti e gli investimenti nella realizzazione dell'opera.

A tali vantaggi economici, si aggiungerebbero quelli derivanti dal risparmio nei costi di giustizia.³⁷³

La realizzazione dell'opera sarebbe costantemente oggetto di adeguato controllo tecnico da parte di professionisti nella materia.

³⁷³ R. Carleo, *op. cit.*, 542, sottolinea come il costo di un *board* si aggira mediamente intorno allo 0,5/0,7% dell'opera e nel circa 87% in cui viene costituito non si ricorre all'autorità giudiziaria.

CAPITOLO IV

PROSPETTIVE DI MODIFICA DELLA DISCIPLINA

1. La riforma del codice dei contratti pubblici: un'occasione per ripartire.

Per fronteggiare la forte crisi che ha colpito gli Stati membri, nell'epoca dell'emergenza sanitaria, l'Unione Europea ha stanziato un ingente fondo per la ripresa: il cd. *Recovery Fund*.

Il *Recovery Fund*, o *Next Generation EU*, come definito dalla Commissione Europea, si sostanzia di ben 750 miliardi di euro, di cui 390 a fondo perduto e 360 in prestito.³⁷⁴

Ebbene, la scelta compiuta in sede comunitaria è stata quella di costituire uno strumento forte, efficace ed incisivo tale da poter rispondere alle evidenti difficoltà economiche ed occupazionali emerse quali conseguenze della pandemia.

Un investimento sul futuro dell'Europa e degli Stati membri, costruito in maniera tale da cogliere l'opportunità che si presenta: stimolare una ripresa sostenibile, uniforme, inclusiva ed equa. Da qui il nome "*next generation EU*", ossia uno strumento pensato per le prossime generazioni.³⁷⁵

A questo punto, per accedere alle risorse del fondo, ogni Stato viene chiamato a preparare un apposito piano, dal quale emerga la progettualità degli investimenti che si vogliono conseguire e i risultati che si vogliono raggiungere.

L'approvazione del Piano diventa determinante ai fini dell'erogazione delle somme assegnate per ciascun Paese. Per questo motivo, grande importanza riveste la direzione che ciascuno Stato decide di seguire nel proprio piano e i meccanismi attraverso i quali procedere.

Le sei missioni contenute all'interno del PNRR Italiano sono:

1. Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura e turismo;
2. Rivoluzione verde e transizione ecologica;
3. Infrastrutture per una mobilità sostenibile;
4. Istruzione e Ricerca;
5. Inclusione e Coesione;
6. Salute.

In questo quadro assume un ruolo strategico il contratto di appalto. Gli appalti, come si è visto nella prima parte del presente studio, costituiscono una grossa fetta del PIL europeo, assumendo una posizione di assoluto rilievo nel mercato, orientando il comportamento degli operatori.

Infatti, coloro che agiscono sul mercato, al fine di risultare aggiudicatari del contratto e beneficiare del relativo corrispettivo, sono indotti a conformarsi alle condizioni richieste all'interno del bando di gara o dell'avviso.

Per questa ragione, il contratto di appalto diviene strumento per mezzo del quale perseguire politiche di diversa natura: ad esempio, politiche di tipo ambientale, incentivando il ricorso da parte delle imprese ad energie pulite e rinnovabili; politiche di stampo sociale, attraverso la promozione della parità di trattamento tra uomo e donna nell'organigramma aziendale; politiche di natura innovativa, incrementando l'utilizzo di tecnologie nuove e la digitalizzazione dei meccanismi produttivi.

³⁷⁴ *Recovery Fund, tutto quello che c'è da sapere in 10 domande e risposte* di Andrea Carli, *IlSole24Ore*, 17 settembre 2020.

³⁷⁵ *Next Generation EU e il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, presso il sito istituzionale dell'agenzia per la coesione territoriale, consultabile tramite link: https://www.agenziacoesione.gov.it/dossier_tematici/nextgenerationeu-e-pnrr/.

È il cd. uso strategico degli appalti pubblici che si sostanzia nella necessità di costruire una normativa sulla contrattualistica pubblica, tale da condurre le imprese a tenere una condotta conforme agli obiettivi che si vogliono raggiungere e, soprattutto, tale da creare le condizioni affinché ciò avvenga.

A questa prospettiva di modifica normativa se ne aggiunge un'altra, di grande attualità: l'esigenza di semplificare i diversi procedimenti, soprattutto nell'ambito della contrattualistica pubblica. Dalla selezione del contraente, fino all'esecuzione del contratto.

Rendere più celere la realizzazione di opere pubbliche, nel rispetto delle missioni che si vogliono conseguire.

Accelerare la concretizzazione degli investimenti fatti, razionalizzare le scelte operative, così da osservare il cronoprogramma che l'Unione Europea richiede in relazione ai progetti finanziati dal *Recovery Fund*.

Quanto detto, conduce alla centralità che riveste oggi la legge delega in discussione in Parlamento e, soprattutto, le fonti normative che ne daranno attuazione. Questo, in virtù della sfida storica che si accinge ad affrontare il nostro sistema Paese tutto e i diversi Stati membri: l'efficiente e lungimirante pianificazione ed attuazione delle strategie finanziate dal *Recovery Fund*.

La delicatezza del tema impone uno studio circa il contenuto delle norme e le modalità attraverso le quali procedere, partendo dalla lettura del DDL sotto esame in Parlamento, concernente la modifica del codice dei contratti pubblici.

2. DDL: gli obiettivi del legislatore.

Il Disegno di legge n. S. 2330 del 2021³⁷⁶ recante la delega al Governo in materia di contratti pubblici, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili è, al momento in cui si scrive, in corso di seconda discussione presso il Senato.

Esaminato presso l'ottava commissione permanente del Senato³⁷⁷ e approvato³⁷⁸, in data 9 marzo 2022, il testo, quindi, è stato modificato dalla Camera dei Deputati il 24 maggio. È, quindi, oggi alla seconda lettura in Senato, suscettibile di modifiche.

Dal momento in cui entrerà in vigore la legge delega, vi saranno poi 6 mesi entro i quali, su proposta del Presidente del Consiglio dei ministri e del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, previa acquisizione dei pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari competenti per materia, saranno adottati i decreti legislativi attuativi della delega.³⁷⁹

Dalla relazione al DDL, si coglie il contesto nel quale si inserisce la riforma.

Si sottolineano, infatti, le diverse istanze alle quali il legislatore ritiene imprescindibile offrire una risposta celere ed efficace.

³⁷⁶ Atto Camera dei deputati n. C 3514.

³⁷⁷ Nello specifico, il 2 marzo 2022, il DDL ha superato il vaglio dell'ottava Commissione permanente del Senato (Lavori pubblici, comunicazioni), presieduta dall'On. Coltorti Mauro. Il 9 marzo il DDL è stato approvato dal Senato e, in data 14 marzo, la lettura parlamentare è passata alla Camera dei deputati. Alla Camera, Relatore in Commissione On. Braga Chiara.

Pareri delle commissioni 1^a (Aff. costituzionali), 2^a (Giustizia), 5^a (Bilancio), 6^a (Finanze), 7^a (Pubbl. istruzione), 10^a (Industria), 11^a (Lavoro), 13^a (Ambiente), 14^a (Unione europea), Questioni regionali

³⁷⁸ Approvazione con larga maggioranza: Presenti 224, 197 favorevoli, 24 contrari, 2 astenuti.

³⁷⁹ I pareri devono essere resi entro il termine di 30 giorni dalla richiesta, altrimenti si potrà procedere in loro assenza.

Anzitutto urge, ormai da tempo a dire la verità, adeguare la normativa interna al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali.

Questa necessità, infatti, si è più volte sottolineata nel presente studio. Per tale ragione, si è cercato di indirizzare le scelte legislative attraverso una comparazione tra il nostro ordinamento e gli ordinamenti stranieri, alla ricerca delle soluzioni più vincenti ed efficaci individuate in altre esperienze giuridiche.

Non solo. La novella legislativa risponde alla necessità di razionalizzare, riordinare e semplificare la disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. Una disciplina, purtroppo, caratterizzata da un quadro giuridico poco chiaro e organico, in continuo divenire, in quanto destinatario di eccessivi correttivi di dettaglio e purtroppo spesso insoddisfacenti.

Quanto detto, nella finalità di restituire alle disposizioni codicistiche *semplicità e chiarezza di linguaggio, nonché ragionevoli proporzioni dimensionali, limitando il più possibile nel testo i rinvii alla normazione secondaria*.

Principi ed obiettivi che, seppur negli anni più volte ribaditi, non sono mai stati effettivamente conseguiti vista la poca capacità politica del legislatore di compiere scelte in modo chiaro e puntuale.

Troppo spesso il legislatore ha pensato di raggiungere risultati di diversa natura, non comprendendo, però, la necessità di effettuare un concreto bilanciamento tra le diverse esigenze.³⁸⁰

La legge delega mira, quindi, alla conformità del nostro quadro regolatorio in materia di lavori pubblici rispetto alla disciplina euro unitaria, nell'osservanza dei livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie e al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza ed il confronto competitivo.

Mira poi alla semplificazione, ad alleggerire gli oneri procedurali nella materia della contrattualistica pubblica, anche mediante l'incentivazione dell'utilizzo delle procedure flessibili, quali il dialogo competitivo, il partenariato per l'innovazione e le procedure competitive con negoziazione.

Semplificazione, strumento per mezzo del quale conseguire la razionalizzazione delle procedure e la concretizzazione degli investimenti, soprattutto nell'ambito delle nuove tecnologie verdi e digitali, nonché in innovazione e ricerca.³⁸¹

La legge delega, però, prende atto anche degli strumenti virtuosi presenti già nel nostro ordinamento, quali la finanza di progetto e il partenariato pubblico privato, con l'intento di incrementarne il ricorso ed estenderne l'ambito di applicazione.

Allo stesso tempo, ben sottolineata la grande utilità dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali, in maniera lodevole il legislatore delegante invita ad una promozione del loro utilizzo *anche* in fase d'esecuzione. Quindi, in tutte le fasi, ma soprattutto nella fase anteriore all'esecuzione, visto la terminologia utilizzata.

3. Il contenuto del DDL.

³⁸⁰ È quanto successo, ad esempio, con la lotta alla corruzione. Il legislatore ha pensato di raggiungere l'efficienza del *public procurement*, combattendo allo stesso tempo la corruzione attraverso un irrigidimento del sistema tutto. Un sistema immobile crea chiaramente meno corruzione, ma senz'altro si rivela inefficiente e poco attraente per gli operatori.

³⁸¹ Nella dichiarata volontà di conseguire gli obiettivi di sviluppo sostenibile, adottati dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015.

Il disegno di legge in esame si struttura, al momento, in due articoli. Il primo, composto da cinque commi. Il secondo, unico comma, invita le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano a adeguare la propria legislazione ai principi espressi dalla legge delega, una volta approvata.

Il testo presentato dal Governo è stato modificato in alcune sue parti a seguito della discussione parlamentare.

Anzitutto, il disegno di legge riconosce al Governo il potere di emanare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici.

L'espletamento di tale potere, però, è vincolato al rispetto di alcuni principi e criteri direttivi fondamentali indicati all'interno del secondo comma, brevemente introdotti nel precedente paragrafo ma che, per completezza, saranno qui ripresi.

Essi sono:

a) Perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, mantenendo, come sopra si diceva, i livelli minimi richiesti dalle direttive stesse, le misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza; e tutelando il confronto competitivo, oltre che il dialogo concorrenziale;

b) Ridefinizione della disciplina in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, con lo scopo di conseguire una loro diminuzione, nonché un loro accorpamento e una conseguente riorganizzazione;

c) Tutela delle piccole e microimprese, attraverso la divisione degli appalti in lotti e il divieto di accorpamento artificioso dei lotti;

d) Semplificazione della disciplina applicabile ai contratti di appalto sottosoglia, nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, non discriminazione, proporzionalità, economicità, efficacia e imparzialità dei procedimenti;

e) Semplificazione soprattutto delle procedure di realizzazione degli investimenti nel campo delle tecnologie digitali e verdi, in innovazione e ricerca;

f) Previsione dell'obbligo, per le stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni, oggettive e non prevedibili al momento dell'offerta;

g) Previsione dell'obbligo, ovvero della facoltà, per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi ed inviti, specifiche clausole sociali che inducano a promuovere la stabilità occupazionale del personale, garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, promuovere le pari opportunità di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità attraverso meccanismi e strumenti di premialità;

h) Promozione del ricorso a forniture in cui la parte di prodotti originari di Paesi terzi che compongono l'offerta non sia maggioritaria rispetto al valore totale dei prodotti;

i) Riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, anche attraverso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico;

l) Razionalizzazione e semplificazione delle cause di esclusione; al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe;

- m) Revisione e semplificazione della normativa in materia di programmazione, localizzazione delle opere pubbliche e dibattito pubblico, al fine di rendere le relative scelte maggiormente rispondenti ai fabbisogni della comunità, più celeri e meno conflittuali le procedure;
- n) Previsione, in caso di affidamento degli incarichi di progettazione a personale interno alle amministrazioni aggiudicatrici, della sottoscrizione di apposite polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale, con oneri a carico delle medesime amministrazioni;
- o) Semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti, anche attraverso la ridefinizione ed eventuale riduzione dei livelli di progettazione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti;
- p) Definizione, vista la loro specificità, della disciplina applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture nell'ambito dei servizi di ricerca e sviluppo da parte degli organismi di ricerca e delle istituzioni dell'alta formazione artistica, musicale e coreutica, nonché della disciplina applicabile alle ipotesi di collaborazione tra organismi di ricerca;
- q) Maggiore funzionalità del sistema di qualificazione degli operatori, attraverso l'utilizzo di banche dati condivise a livello nazionale che riducano le incertezze e valorizzino le competenze tecniche e professionali;
- r) Individuazione delle ipotesi in cui è possibile ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e tipizzazione dei casi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, ai fini dell'aggiudicazione, al solo criterio del prezzo o del costo, tenendo conto, comunque, della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali e prevedendo che i costi della manodopera e della sicurezza non siano soggetti a ribasso;
- s) Ridefinizione della disciplina delle varianti in corso d'opera, nei limiti previsti dall'ordinamento europeo, in relazione alla possibilità di modifica dei contratti durante la fase dell'esecuzione;
- t) Revisione della disciplina relativa ai servizi sociali e della ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, prevedendo come criterio utilizzabile ai fini dell'aggiudicazione esclusivamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- u) Promozione del ricorso alle procedure per l'affidamento di accordi quadro, oltre che alle procedure flessibili, quali il dialogo competitivo;
- v) Razionalizzazione, semplificazione anche mediante la previsione di contratti tipo, ed estensione delle forme di partenariato pubblico-privato, con particolare riferimento alle concessioni di servizi, alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità;
- z) Precisazione delle cause che giustificano la stipulazione di contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza e specificazione delle relative modalità attuative;
- aa) Revisione del sistema delle garanzie fideiussorie per la partecipazione e l'esecuzione dei contratti pubblici;
- bb) individuazione dei contratti pubblici esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva delle direttive europee e semplificazione della disciplina giuridica ad essi applicabile;
- cc) Individuazione delle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono ricorrere all'appalto integrato;
- dd) Divieto di proroga dei contratti di concessione;
- ee) Razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, razionalizzazione della disciplina delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore dei

decreti attuativi della delega e non affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica nel rispetto del diritto dell'Unione europea;

ff) Razionalizzazione della disciplina concernente i meccanismi sanzionatori e premiali finalizzati a incentivare la tempestiva esecuzione dei contratti pubblici da parte dell'aggiudicatario, anche al fine di estenderne l'ambito di applicazione;

gg) Semplificazione delle procedure di pagamento da parte delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale, anche riducendo gli oneri amministrativi a carico delle imprese;

hh) Estensione e rafforzamento dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto;

Si tratta, dunque, di prospettive molto chiare ed ambiziose alle quali urge una risposta concreta e compiuta.

Obiettivi che il legislatore aveva già cercato di conseguire, purtroppo con risultati insoddisfacenti.³⁸²

Infatti, nel dibattito politico e giuridico, si suggerisce ormai da molto tempo la necessità di maggiore conformità del nostro ordinamento rispetto alle direttive europee circa le procedure di affidamento di pubblici lavori. Tuttavia, visto il contesto sociale nel quale il legislatore nazionale si trova ad operare, non si è mai definitivamente raggiunta tale conformità. Basti pensare al clima di diffidenza che da sempre caratterizza il dialogo tra il pubblico potere e gli operatori economici.

Clima acuito soprattutto durante il dilagare del fenomeno noto come "Tangentopoli", nei primi anni '90. Periodo durante il quale la politica e la struttura amministrativa tutta, si erano macchiate di scandali e corruzione, per via del sistema viziato venutosi a creare, fatto di tangenti e appalti pilotati.

Una situazione che aveva condotto il legislatore dell'epoca ad irrigidire il sistema, provocando una forte distonia rispetto all'orientamento comunitario in materia. Un approccio di chiusura, del quale purtroppo si risente ancora oggi attraverso la lettura del codice vigente.

Il quadro culturale dell'epoca aveva portato, ad esempio, alla costituzione di un'autorità che, seppur nata nell'intenzione di promuovere e favorire il *public procurement*, era dotata di pochissimi poteri: l'Autorità di Vigilanza sui Lavori pubblici. Ad oggi, nonostante le numerose riforme intervenute e nonostante i numerosi poteri e le funzioni che essa ricopre, è ancora evidente la diversa direzione che il legislatore sembra perseguire rispetto agli Stati membri.

In Italia, infatti, l'Autorità preposta al settore dei contratti pubblici prende il nome di ANAC, Autorità nazionale anticorruzione. Un'Autorità il cui scopo era sin dall'inizio quello di fronteggiare i fenomeni criminosi all'interno del *public procurement*.

Altro esempio, dal quale emerge la diversità nell'approccio seguito a livello nazionale rispetto a quello comunitario, riguarda la disciplina inerente alla procedura di affidamento.

³⁸² Già la legge delega 18 aprile 2005 n. 62, era rubricata come contenente "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee" e, al suo art. 2 comma 1 lett.h) sottolineava la necessità che i decreti legislativi attuativi, garantissero "*effettiva parità di trattamento dei cittadini italiani rispetto a quelli degli altri Stati membri dell'Unione europea, facendo in modo di assicurare il massimo livello di armonizzazione possibile tra le legislazioni interne dei vari Stati membri ed evitando l'insorgere di situazioni discriminatorie a danno dei cittadini italiani nel momento in cui gli stessi sono tenuti a rispettare, con particolare riferimento ai requisiti richiesti per l'esercizio di attività commerciali e professionali, una disciplina più restrittiva di quella applicata ai cittadini degli altri Stati membri.*" Ciò a conferma del fatto che l'ispirazione, da tempo deriva dalle istanze di matrice comunitaria.

Nel nostro ordinamento la disciplina sul subappalto è stata a lungo caratterizzata da rigidi ostacoli e formalità, volte ad impedire che il subappalto si trasformasse in una mera modalità attraverso la quale eludere la procedura ad evidenza pubblica di selezione del contraente.

Ebbene, basti pensare ai tre principali limiti: l'indicazione della terna dei subappaltatori già nell'offerta, la quota subappaltabile e il divieto di partecipare alla gara per il subappaltatore. Tre condizioni molto rigide che impedivano anzitutto la libertà di impresa degli operatori economici e, non da ultimo, l'apertura del mercato ad imprese che magari non avrebbero potuto aggiudicarsi la gara.

Limiti, come visto nella parte del presente studio che vi è dedicata, giustamente caduti a seguito dell'approvazione della legge europea, ma rispetto ai quali non vi è ancora assoluta chiarezza.

Quanto sopra, solo a dimostrazione che la necessità di una maggiore conformità rispetto agli *standard* europei è tematica delicata e particolarmente avvertita nel dibattito giuridico.

Una tematica che non emerge oggi, né sarà, presumibilmente, risolta con l'attuazione della legge delega. Visto, infatti, l'evidente sostrato culturale sul quale è necessario intervenire, la struttura amministrativa riguardo alla quale è necessario operare una sostanziale riforma.

Tuttavia, sottolineata la centralità dell'argomento, urge intervenire in maniera quanto più coerente e completa possibile. Affinché si possa, magari, evitare di riparlare ancora una volta in futuro di poca conformità agli *standard* europei.

D'altronde il Paese, soprattutto in questo momento storico, richiede un aumento degli investimenti ed una maggiore flessibilità nelle modalità attraverso le quali procedere alla realizzazione dei progetti. Un approccio più dinamico, più efficiente.

Una visione, insomma, che rispecchi l'approccio euro unitario da sempre orientato verso la più ampia apertura del mercato, la tutela della concorrenza e l'efficientamento produttivo.

Sulla base di quanto sin qui visto, il contenuto del DDL, almeno in questa sua prima versione, si descrive in tre parole, tre strade che il legislatore vuole percorrere: semplificazione, innovazione, occupazione.

3.1 Semplificazione.

Anzitutto, come è evidente, la parola chiave diventa "semplificazione". Semplificazione di molteplici aspetti inerenti al contratto di appalto: dalla fase di selezione, fino alla sua esecuzione. Semplificazione come sinonimo di razionalizzazione dei meccanismi e celerità delle procedure.

Nell'ottica di una complessiva semplificazione, si mira ad estendere il campo di applicazione delle forme di partenariato pubblico privato, della locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, della finanza di progetto, della concessione di servizi, così da rendere ancora più appetibile il territorio nazionale per gli investimenti e le iniziative progettuali di sempre più imprese.

Basti a tal proposito ricordare che la finanza di progetto è un istituto eccezionale nel panorama europeo. La sua funzionalità è indiscussa ed è motivo che induce investitori, anche stranieri, a proporre interessanti progetti nel nostro Paese.

L'importanza di questi strumenti è sottolineata dall'elevato tasso di investimenti esteri in Italia, Paese nel quale, nonostante l'emergenza sanitaria, nel 2020 gli investimenti esteri sono cresciuti del 5%, con un totale di 113 nuovi progetti finanziati.³⁸³

Si tratta, però, di uno strumento sul quale, al pari di altri importanti strumenti che vedono la cooperazione tra investitori privati e soggetti pubblici, occorre lavorare al fine di creare ancora migliori condizioni.

Infatti, complessivamente, la quota di investimenti diretti esteri, cd. IDE, rimane contenuta se confrontata con quella di altri Paesi: il 2% del totale in Italia, contro il 18% della Francia, il 17% della Germania e del Regno Unito.

Verso questa direzione si inserisce anche la volontà di incrementare il ricorso alle procedure flessibili tra stazioni appaltanti ed operatori economici, nell'intento di ricercare congiuntamente, sulla base di un confronto costruttivo e non unilaterale, il progetto da realizzare.

Semplificare significa anche ridurre il numero di stazioni appaltanti.

Si contano, infatti, più di 38mila stazioni appaltanti³⁸⁴, ognuna con dei propri interessi e delle proprie finalità. Ognuna dotata della capacità di indire una gara, dando avvio al complesso meccanismo di selezione, di esecuzione e gestione delle opere.

Ciò crea una situazione di confusione e rallentamento per diverse ragioni. Anzitutto, visto l'elevato numero, è difficile pensare che le stazioni appaltanti di ridotta dimensione contengano all'interno del loro organico personale specializzato per ciascuna gara.

Talvolta, infatti, si potrebbe procedere alla realizzazione di importanti impianti, quali impianti di produzione energetica, in relazione ai quali è fondamentale una dettagliata conoscenza del progetto. Appare assai improbabile che un piccolo Comune sia dotato delle professionalità tecniche normalmente necessarie per poter selezionare l'offerta migliore e poter vigilare sulla corretta esecuzione del contratto.

È, allora, necessario procedere verso la riduzione delle stazioni appaltanti e, conseguentemente, verso una loro qualificazione, una loro riorganizzazione ottenendo, dunque, maggiore professionalità. È un passaggio decisivo della riforma, volto a garantire che le amministrazioni agiscano alla pari degli operatori economici, così da ridurre l'asimmetria informativa e rafforzare il paritario dialogo contrattuale.

Un obiettivo, a ben vedere, già inserito all'interno dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici rimasto, purtroppo, inattuato.

La norma, infatti, sin dalla sua formulazione originaria, richiede la formazione di un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate, rimettendo ad un decreto del presidente del Consiglio dei ministri la definizione dei requisiti tecnico organizzativi necessari per la relativa iscrizione all'elenco. Un decreto, mai adottato.

Tale mancanza, più politica che giuridica, è stata sopperita dall'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, gestita dall'Autorità nazionale anticorruzione. Un'alternativa, purtroppo, insoddisfacente.

Si tratta di un'anagrafe la cui iscrizione non è subordinata al soddisfacimento di particolari requisiti, con l'ovvia conseguenza di una pressoché generale inclusione di tutte le amministrazioni.

³⁸³ Ricerca sviluppata da EY Italy, *La rinnovata forza attrattiva del sistema Italia*, di Marco Daviddi, 22 giugno 2021.

³⁸⁴ Circa 38.900 stazioni appaltanti, stando ai dati forniti dal sito web istituzionale della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici.

Il DDL promuove la previsione di specifici percorsi di formazione, con particolare riferimento alle stazioni uniche appaltanti e alle centrali di committenza che operano a servizio degli enti locali, e dettagliate modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti.

In questa direzione si inseriscono le linee guida approvate dall'ANAC per la qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, in data 30 marzo 2022, con il dichiarato intento di migliorare la spesa pubblica.

Gli obiettivi, dice il Presidente Busia, sono la riduzione delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle più piccole aggregando il più possibile gli acquisti per spuntare prezzi migliori; e il rafforzamento e qualificazione delle stesse, arginando deficit organizzativi e di professionalità dovuti all'eccessiva frammentazione.³⁸⁵ I vantaggi, d'altronde, sono indiscussi conclude Busia: vantaggi sia per le stazioni appaltanti che vedrebbero ridurre il numero di procedure da avviare, che per gli operatori economici che potrebbero partecipare ad un numero ridotto di procedure, eventualmente con più lotti, così riducendo i costi amministrativi delle gare. Inoltre, come l'ammontare degli appalti del Pnrr ci evidenzia, è indispensabile la formazione di specializzazioni

Il meccanismo di monitoraggio, invece, può funzionare solo se si risolve a monte la scarsa disponibilità dei dati inerenti alle pubbliche amministrazioni. Per questo, è essenziale garantire una completa interoperabilità delle banche dati.

Un primo meccanismo di monitoraggio si rinviene nel protocollo d'intesa tra ANAC e Presidenza del Consiglio dei ministri.

Il protocollo, siglato il 17 dicembre 2021, incarica l'Autorità di raccogliere informazioni delle stazioni appaltanti, così da verificare il possesso dei requisiti richiesti.

Ancora, per assicurare il monitoraggio sull'attuazione del Piano, il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha sviluppato il sistema informativo REGIS che integra in un'unica piattaforma i diversi strumenti utilizzati dalle Pubbliche Amministrazioni per il monitoraggio dei programmi di investimenti pubblici finanziati con fondi nazionali ed europei.³⁸⁶

REGIS, mira ad essere, come si legge da un'audizione del Ministro dell'Economia, il sistema unico centralizzato dove sono registrati tutti i dati di programmazione e attuazione non solo del PNRR ma anche degli altri interventi co-finanziati da fondi europei e nazionali.

Da ultimo, non ci si può certo esimere dal sottolineare un evidente contrasto tra due tendenze.

Se da una parte, come giustamente si è detto, l'esigenza è di semplificare la normativa, dall'altra, procedere verso la qualificazione richiede tempo e procedure complesse.³⁸⁷

La professionalizzazione delle stazioni appaltanti è un percorso difficile e impegnativo, che potrebbe compromettere una maggiore celerità delle procedure.

³⁸⁵ *Approvate le Linee Guida per la riqualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza*, sito web istituzionale ANAC, 1 aprile 2022.

³⁸⁶ *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Audizione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Daniele Franco*, 22 febbraio 2022, p. 33.

³⁸⁷ Così giustamente sottolineato dalla Prof.ssa D'alterio, Professore ordinario di diritto amministrativo presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Catania. Intervento in occasione del seminario *PNRR, semplificazione e appalti*, nell'ambito dei Master di II livello in Parlamento e Politiche pubbliche, Management delle Pubbliche amministrazioni e Amministrazione e Governo del territorio, presso l'Università LUISS Guido Carli, 14 marzo 2022.

Un punto, quindi, rispetto al quale è richiesta una posizione chiara del legislatore, che troppo spesso vuole perseguire diversi obiettivi, potenzialmente contrastanti.

3.2 Occupazione.

Investire per ripartire significa anche prestare maggiore attenzione ai lavoratori, alle persone che contribuiscono alla realizzazione dell'opera, attraverso uno sviluppo che sia coscienzioso e consapevole delle esigenze sociali.

Per questo motivo, il legislatore sottolinea la crucialità che assumono le clausole sociali con le quali si possono indicare alcuni requisiti premiali all'offerta.

Tra questi, appunto, compaiono: la garanzia della stabilità occupazionale, la garanzia dell'applicazione dei CCN di lavoro e la promozione delle pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate. Tutti elementi che, se adeguatamente considerati all'interno della propria offerta, possono comportare una preferenza rispetto ad altri operatori.

L'idea di fondo, chiaramente, si rinviene nella necessità di intervenire anche sul contesto occupazionale dell'organigramma aziendale, attraverso la promozione delle parità di trattamento tra i lavoratori.

L'obiettivo, inoltre, è di agevolare l'inserimento delle nuove generazioni nel mondo lavorativo, attraverso clausole che contemplino tale ricambio.

Tutto quanto detto, non venendo mai meno, però, la tutela del rapporto lavorativo offerta dai contratti collettivi nazionali e locali, oltre che la stabilità dello stesso.

A conferma, il legislatore, nel definire il perseguimento di obiettivi strettamente aderenti alle direttive europee, ribadisce l'inderogabilità dei livelli minimi di regolazione richiesti dalle direttive e, soprattutto, delle misure a tutela del lavoro, della sicurezza, del contrasto al lavoro irregolare, della legalità e della trasparenza.

3.3 Innovazione.

Come prima si diceva, l'opportunità che si presenta è storica. Le misure che il legislatore si appresta a adottare, in attuazione del PNRR, sono l'occasione per indirizzare la ripartenza del Paese verso determinati e chiari orizzonti.

Insomma, sfruttare la situazione di difficoltà nella quale si trova il Paese, per poter ricostruire in maniera lungimirante e consapevole, per poter veicolare gli investimenti in chiave sostenibile.

In quest'ottica si inserisce la volontà di procedere verso la digitalizzazione e l'informatizzazione delle procedure, anche nel settore della contrattualistica pubblica. Transizione che opera tanto sul lato dell'offerta, richiedendo la presentazione della documentazione in formato digitale, quanto sul lato della domanda, portando le stazioni appaltanti a dotarsi di specifiche professionalità capaci di operare facendo uso di nuove tecnologie, ormai fondamentali.

L'innovazione, ovviamente, contribuisce anche alla semplificazione e all'efficientamento dei meccanismi di progettazione, di selezione del contraente e di esecuzione del contratto.

Sul punto il presidente dell'ANAC, Giuseppe Busia, evidenzia come la digitalizzazione comporta anche maggiore trasparenza delle procedure, maggiore confrontabilità delle offerte e controllo diffuso da parte di tutti i cittadini. L'esigenza, ribadisce Busia, è che tutto l'*iter* che porta all'acquisto si svolga con modalità

digitali in quanto, secondo i dati elaborati dalla Commissione Europea, la digitalizzazione delle gare, da sola, riduce del 10% i tempi della procedura.³⁸⁸

In questo senso, suggerisce un rafforzamento della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, piattaforma attraverso la quale i RUP caricano i dati inerenti ad una determinata gara, così da renderli facilmente consultabili e reperibili dai soggetti interessati.

Il legislatore, consapevole della rilevanza del processo di informatizzazione, ha già avviato il rafforzamento della Banca Dati, attraverso la modifica dell'art. 81 del codice dei contratti pubblici, per opera dell'art. 53 comma 5 lett. d) della Legge 108 del 2021.

A seguito della novella legislativa, oggi la Banca Dati, oltre a fornire importanti indicazioni circa lo stato del *public procurement* in Italia, svolge un'essenziale attività di verifica tanto in fase di selezione del contraente, quanto in fase esecutiva del contratto.³⁸⁹

Tutta la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico-finanziario, per la partecipazione alle procedure disciplinate dal codice e per il controllo in fase di esecuzione del contratto della permanenza dei suddetti requisiti, è acquisita esclusivamente attraverso la BDNCP.

Si è, inoltre, ammessa l'interoperabilità di tale strumento con altre banche dati esistenti, al fine di attuare il cd. *principio dell'unico invio*³⁹⁰, attraverso una sostanziale riduzione degli adempimenti richiesti in relazione a ciascuna gara, degli errori e delle omissioni che talvolta comportano l'esclusione, degli oneri di comunicazione.

La volontà di puntare sulla Banca dati nazionale è rimarcata anche all'interno dell'attuale testo di DDL, così come modificato.

È uno strumento che si auspica venga presentato anche a livello europeo, così da comprendere, soprattutto in questo delicato periodo storico, come i fondi affidati a ciascuno dei Paesi membri verranno spesi e secondo quale prospettiva si opererà.

Sempre in questa direzione, si inserisce il fascicolo virtuale dell'operatore, cd. FVOE. Un fascicolo, in formato elettronico, che nasce con l'intenzione di sostituire i "faldoni" contenenti i dati relativi a ciascun partecipante alla gara.

Anche qui, la digitalizzazione persegue un chiaro obiettivo: semplificare.

Alleggerire, infatti, gli oneri documentali degli operatori economici, attraverso un fascicolo elettronico aggiornabile di volta in volta e consultabile dalle stazioni appaltanti interessate alla selezione del contraente. Ma anche ridurre i tempi delle procedure, dovendo, le stazioni appaltanti, limitarsi a caricare il *file* digitale dell'operatore.

Il FVOE contiene, quindi, tutti i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca Dati. L'accesso al fascicolo è consentito, infatti, ai sensi dell'art.

³⁸⁸ Intervento del Presidente Busia, presso l'Università LUISS "Guido Carli", Roma, 26 novembre 2021.

³⁸⁹ ANAC ha reso disponibile, a partire dal 1 marzo 2022, il Portale dei dati aperti, un data base di libero accesso per consultare i dati in materia di contratti pubblici, anticorruzione e trasparenza presenti nelle banche dati gestite dall'Autorità nell'ambito delle proprie attività istituzionali.

³⁹⁰ *Indicazioni in ordine all'avvio del fascicolo virtuale dell'operatore economico*, Comunicato del Presidente del 29 novembre 2021.

81 comma 4-*bis* del codice dei contratti pubblici, agli Organismi di attestazione, per le verifiche di competenza, e agli stessi operatori economici, per i dati di loro pertinenza.

Gli operatori economici utilizzano il Fascicolo per la partecipazione alle singole gare e vi indicano, puntualmente, i dati e i documenti relativi ai requisiti generali e speciali di cui agli articoli 80 e 83 del codice dei contratti pubblici, al fine di consentire una valutazione degli stessi da parte delle stazioni appaltanti.

A tal proposito, l'ANAC riferisce che già a partire da marzo 2022, è operativa la prima versione del FVOE, che consentirà di svolgere una serie di attività:

- *verifica del mantenimento dei requisiti in fase di esecuzione su aggiudicatario e subappaltatori, come richiesto dal nuovo articolo 81, comma 1, del codice dei contratti pubblici;*

- *utilizzo del FVOE per tutte le procedure di affidamento;*

- *istituzione dell'Elenco degli operatori economici già verificati previsti dall'articolo 81, comma 4-bis, del codice dei contratti pubblici, al fine di anticipare il più possibile gli effetti positivi collegati alla possibilità di riuso della documentazione acquisita nel FVOE.*

Dunque, come sottolinea l'ANAC, tanto la Banca Dati quanto il Fascicolo sono strumenti che consentono di ridurre il rischio di errori, omissioni e false dichiarazioni involontarie, a beneficio del corretto e spedito svolgimento delle operazioni di gara e con effetto deflattivo del contenzioso.³⁹¹

Innovazione, però, significa anche evoluzione verso nuove tecnologie che siano più rispettose per l'ambiente e per il Pianeta.

Da qui, allora, un richiamo del DDL delega alla promozione di una transizione *green* che accresca l'utilizzo di energie rinnovabili, pulite e prediliga strumenti non inquinanti all'interno dei meccanismi produttivi.

Ritorna, allora, l'uso strategico degli appalti al quale si faceva riferimento precedentemente. Si mira ad una normativa che sia tale da orientare le condotte delle imprese verso pratiche virtuose e sostenibili.

Quanto detto, nel rispetto degli obiettivi fissati dall'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile adottata dalle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, cui lo stesso DDL rinvia.

4. Prime osservazioni sulla proposta di riforma.

Una volta analizzato il contenuto del DDL in questa sua prima formulazione, i suoi principali aspetti e gli obiettivi cui sembra mirare, occorre adesso presentare alcune osservazioni.

Opinioni che possano, in corso d'esame, suggerire una modifica del testo attualmente in discussione. Tenendo a mente, tuttavia, che in primo luogo la legge delega si trova ancora in uno stato embrionale essendo, dunque, ancora suscettibile di subire numerose modifiche e, in secondo luogo, che si tratta, appunto, di una legge delega il cui effettivo impatto sarà meglio analizzabile attraverso i testi legislativi che ne daranno attuazione.

Non si può che lodare l'intento del legislatore di perseguire la semplificazione della disciplina sulla contrattualistica pubblica, attraverso un riordino del quadro normativo di riferimento, purtroppo, eccessivamente complesso e disorganico. Auspicando, magari, ad un unico testo normativo che riprenda l'assetto del vigente codice, modificandone il contenuto.

³⁹¹ *Ibidem.*

Non mancano, tuttavia, alcune evidenti criticità.

4.1 Il problema delle deleghe tautologiche e generiche.

Anzitutto, come sollevato dal Presidente dell'ANAC durante la sua audizione in Commissione Lavori pubblici del Senato, il DDL in alcuni casi sembra proporre delle deleghe tautologiche, ripetitive oltre che scontate.

È il caso, ad esempio, della parte in cui si evidenzia la volontà di emanare dei testi legislativi che riportino la disciplina a una “stretta aderenza” alla normativa europea. Di certo, la necessità di rispettare quanto disposto dalle direttive non è né una facoltà né una condotta premiante, bensì un dovere al quale il nostro Paese ancora non è riuscito a dare risposta in maniera compiuta.

Sottolineare questo obiettivo non fa che enfatizzare tale mancanza, ma nulla aggiunge ad un obbligo già previsto dalla legge delega del 2016 alla quale non è stata data corretta attuazione. Basti ricordare in questo senso i numerosi procedimenti sanzionatori avviati dalla Commissione nei confronti dell'Italia.

Non costituisce una novità neppure il divieto di *gold plating*, ossia il divieto di introdurre livelli di regolazione più restrittivi rispetto a quelli richiesti dalle direttive europee, espressamente indicato alla lett. a) del comma 2, art. 1 del DDL.

Altro aspetto sul quale occorre soffermarsi è la marcata genericità caratterizzante l'attuale formulazione del testo. Aspetto che senz'altro suscita non poche perplessità circa la legittimità costituzionale del disegno di legge.

Nello specifico, compare quale criterio direttivo la necessità di una migliore e più specifica definizione dei casi in cui è possibile ricorrere all'appalto integrato, ossia all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione dei lavori.³⁹²

Nulla si dice, però, circa la direzione che si vuole seguire nella materia, ovvero non si chiarisce se si vogliono aumentare o diminuire i casi in cui sia ammissibile l'istituto.

Ancora, la lett. t) fissa quale obiettivo la specificazione delle condizioni in presenza delle quali ricorrere al solo criterio del prezzo più basso o del costo. Tuttavia, niente si aggiunge in merito all'approccio che si vuole adottare, ossia non è chiaro se si vogliono aumentare o diminuire le ipotesi in cui sia possibile far ricorso al criterio del prezzo più basso.

Il testo si limita a vietare che i costi della manodopera e della sicurezza possano essere soggetti a ribasso.

Generica, oltre che critica, la formulazione della lett. l) dell'attuale testo.

In particolare, si prevede il *divieto di prestazione gratuita delle attività professionali, salvo che in casi eccezionali e previa adeguata motivazione*. La criticità, come appare evidente, sta nel fatto che si rimette all'Esecutivo la possibilità di ammettere ipotesi di gratuità della prestazione oggetto del contratto pubblico.

Insomma, non sono chiare, anzi appaiono troppo generiche le situazioni *eccezionali* alle quali il DDL rinvia, così come poco si comprendono i meccanismi che possono consentire una prestazione gratuita, a partire dal contenuto di un' *adeguata motivazione*.

³⁹² “fermi restando il possesso della necessaria qualificazione per la redazione dei progetti nonché l'obbligo di indicare nei documenti di gara o negli inviti le modalità per la corresponsione diretta al progettista, da parte delle medesime stazioni appaltanti, della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione indicati espressamente in sede di offerta dall'operatore economico, al netto del ribasso d'asta” (così dopo la modifica apportata a seguito della lettura alla Camera dei Deputati il 24 maggio).

Estremamente generici gli inviti ad estendere l'ambito di applicazione delle procedure flessibili e a rafforzare la disciplina dei rimedi alternativi al contenzioso, al fine di incrementarne il ricorso. Infatti, sulla base delle criticità precedentemente viste, appare fortemente discutibile limitarsi ad indirizzare il Governo verso l'attuazione di misure volte ad una promozione dei rimedi deflattivi.

Sarebbe necessario che il Parlamento stesso riconoscesse all'Esecutivo la facoltà di attribuire maggior peso alla volontà delle parti nella definizione del rapporto giuridico. Ad esempio, sarebbe senz'altro utile in tal senso un'indicazione normativa circa la impugnabilità delle determinazioni rese dal CCT obbligatorio, tale da rendere l'istituto conforme all'arbitrato irrituale e alla mediazione obbligatoria.³⁹³ Indicazione, questa, che sarebbe necessario, a detta di chi scrive, venisse fornita dal Parlamento.

Altro aspetto è quello inerente alla lett. q) nella quale si rinviene la necessità di perseguire la *semplificazione delle procedure relative alla fase di approvazione dei progetti in materia di opere pubbliche, anche attraverso la ridefinizione dei livelli di progettazione ai fini di una loro riduzione, lo snellimento delle procedure di verifica e validazione dei progetti e la razionalizzazione della composizione e dell'attività del Consiglio superiore dei lavori pubblici*. Ebbene, anche qui è possibile cogliere la genericità della formulazione, visto che non si ritiene esaustivo né soddisfacente un mero richiamo alla semplificazione delle fasi anteriori a quella esecutiva.

Infatti, già l'attuale normativa prevede la possibilità di omettere uno o entrambi dei primi due livelli progettuali, tuttavia, purché il livello successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omissivo, salvaguardando, inoltre, la qualità della progettazione.

Il DDL, invece, non contiene alcuna tutela minima della fase di progettazione, pur rappresentando, quest'ultima, un momento centrale nella realizzazione di un progetto. Si dovrebbe, quindi, meglio puntualizzare la delega, così da definire più dettagliatamente i casi in cui sia ammissibile bandire la gara, anche prescindendo dalla redazione e approvazione del progetto esecutivo.

Si badi, non sono solo carenze contenutistiche, trattandosi di vuoti normativi che, ove non colmati, potrebbero giustificare un dubbio di legittimità del testo legislativo viziato da eccesso di delega e quindi potenzialmente in contrasto con l'art. 76 della Costituzione.

Da qui la necessità di intervenire sull'attuale testo, riempiendo di contenuti alcune lacune, allo scopo di rendere più strutturata e salda la delega di cui si sta discutendo.³⁹⁴

4.2 Il ruolo dell'ANAC nel DDL: le modifiche apportate dalla Camera dei deputati.

Secondo l'ANAC, occorre rafforzare i presidi di prevenzione del rischio di infiltrazioni criminose nella realizzazione delle opere pubbliche³⁹⁵ e *garantire maggiore autonomia e sicurezza ai pubblici funzionari e*

³⁹³ In questi termini, vedi CAP III, par. 6.1 del presente studio, p.96.

³⁹⁴ In questi termini, cfr. *Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia, VIII Commissione permanente Lavori pubblici, comunicazioni del Senato*, 21 ottobre 2021, pag. 2, consultabile presso il sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione VIII in relazione al DDL n.2330.

³⁹⁵ Nel rispetto degli impegni assunti a livello europeo e internazionale. Infatti, secondo il considerando 126 della direttiva 24/2014/UE, «*La tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali, nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi*». A livello internazionale, in base alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), adottata dall'Assemblea Generale a Merida il 31 ottobre 2003, l'ordinamento italiano ha individuato nell'ANAC l'istituzione nazionale preposta ad esercitare le funzioni di vigilanza e regolazione (come previste dalla legge Severino n.190/2012 e rafforzate dal decreto-legge n. 90/2014).

*alle imprese che operano nel settore, minimizzando le difficoltà operative che derivano dall'incerta applicazione della normativa.*³⁹⁶

Si tratta di obiettivi che possono essere perseguiti, entrambi, attraverso il sistema di informatizzazione e digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici, ossia attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, il cui potenziamento è richiesto direttamente dal DDL.

Rafforzare, dunque, un importante strumento quale la Banca Dati permetterebbe di conseguire tanto una maggiore vigilanza sui contratti siglati, quanto una migliore semplificazione degli oneri in capo alle stazioni appaltanti e agli operatori.

Tuttavia, inizialmente nel DDL mancava un richiamo forte al ruolo dell'ANAC nel percorso di semplificazione.

Il Presidente dell'ANAC, in audizione presso la commissione lavori pubblici del Senato, aveva ritenuto doveroso sottolineare la necessità di una più incisiva valorizzazione dell'Autorità già nella legge delega, attraverso il riconoscimento di importanti poteri nell'ambito del processo di semplificazione e razionalizzazione della disciplina.

Osservazioni rimaste inascoltate dal Senato, come si legge dalla prima formulazione del testo.

L'ANAC, in effetti, non compariva affatto nel DDL.

Ciò suscitava subito alcune perplessità, visto il ruolo strategico che potrebbe rivestire e le funzioni che, nell'ambito della digitalizzazione, le sono state già direttamente attribuite dalla legge n.108 del 2021, in relazione alla modifica dell'art. 81 del codice dei contratti pubblici.³⁹⁷

Ma non ci si deve fermare alla digitalizzazione, visto che l'Autorità riveste un ruolo strategico nel percorso di semplificazione, potendo anche vigilare sull'esecuzione dei contratti, adottare bandi-tipo e, soprattutto, collaborare con le pubbliche amministrazioni fornendo un ausilio concreto affinché possano orientarsi nel complesso quadro normativo ove sono chiamate ad operare.³⁹⁸

A ben vedere, tale ultimo aspetto è decisivo nel processo di qualificazione delle stazioni appaltanti, cui il DDL pone espressa attenzione.

³⁹⁶ Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia, VIII Commissione permanente Lavori pubblici, comunicazioni del Senato, 21 ottobre 2021, pag. 7, consultabile presso il sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione VIII in relazione al DDL n.2330.

³⁹⁷ Art. 81 codice dei contratti pubblici, commi 2 e 3: *“Per le finalità di cui al comma 1, l'ANAC individua, con proprio provvedimento, adottato d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e con l'AgID, i dati concernenti la partecipazione alle gare e il loro esito, in relazione ai quali è obbligatoria la verifica attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati, anche mediante la piattaforma di cui all'articolo 50-ter del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, nonché i criteri e le modalità relative all'accesso e al funzionamento della Banca dati. L'interoperabilità tra le diverse banche dati gestite dagli enti certificanti coinvolte nel procedimento, nonché tra queste e le banche dati gestite dall'ANAC, è assicurata secondo le modalità individuate dall'AgID con le Linee guida in materia.*

Costituisce oggetto di valutazione della performance il rifiuto, ovvero l'omessa effettuazione di quanto necessario a garantire l'interoperabilità delle banche dati, secondo le modalità individuate con il provvedimento di cui al comma 2, da parte del soggetto responsabile delle stesse all'interno dell'amministrazione o organismo pubblico coinvolti nel procedimento. A tal fine, l'ANAC effettua le dovute segnalazioni all'organo di vertice dell'amministrazione o organismo pubblico.”

³⁹⁸ Cfr., *Quindici proposte per la riforma degli appalti pubblici*, il Foglio, 22 Giugno 2020, A. Botto e G. Fidone.

Assistere le stazioni appaltanti è un passaggio cruciale per poter indirizzarle verso una migliore organizzazione e una più completa conoscenza della materia nella quale si muovono, contribuendo ad una loro migliore qualificazione.

Il tema della qualificazione delle stazioni appaltanti è un tema assai complesso e dibattuto, al quale si è cercato di porre rimedio sin dal 1997 con la creazione di Consip che ha svolto un ruolo fondamentale nell'aggregazione della domanda.

Sul punto, si elogia lo spirito del DDL, recante la *ridefinizione e il rafforzamento della disciplina di qualificazione delle stazioni appaltanti, al fine di conseguire una loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse, anche mediante l'introduzione di incentivi all'utilizzo delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti ausiliarie per l'espletamento di gare pubbliche; il potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale operante nelle stazioni appaltanti.*

Considerando che si tratta di un DDL di una legge delega, non si può pretendere una disciplina più puntuale, che invece ha l'onere di definire il legislatore delegato, come d'altronde è stato fatto con il d.lgs. 50 del 2016.

Ancora una volta l'ANAC aveva suggerito una modifica al testo del DDL, al fine di valorizzare la sua posizione, includendo all'interno della lett. b), la necessità di perseguire *“una centralizzazione delle stazioni appaltanti, nonché una ridefinizione e un rafforzamento della disciplina in materia di requisiti necessari all'iscrizione nell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate e delle centrali di committenza istituito presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione...”*.³⁹⁹

Richiesta, questa, inizialmente disattesa. Infatti, la lett. b) (oggi lett. c) così come modificata a seguito della discussione parlamentare, si limitava a richiedere *la definizione di modalità di monitoraggio dell'accorpamento e della riorganizzazione delle stazioni appaltanti*, senza che tali attività di controllo e verifica siano espressamente affidate all'ANAC.

La Camera dei deputati ha, invece, accolto le istanze presentate dall'Autorità, prevedendo alla lett. b) l'obiettivo di *revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione in materia di contratti pubblici, al fine di rafforzarne le funzioni di vigilanza sul settore e di supporto alle stazioni appaltanti.*

Si evince, dunque, la consapevolezza dell'importanza dell'ANAC nel processo di transizione *in fieri*, tale da enfatizzarne la posizione.

Si badi. Rimane ancora una certa perplessità circa la scelta operata, visto il breve e limitato riferimento contenuto del DDL. Non sembra, quindi, soddisfacente la formulazione del testo.

L'Autorità, infatti, non viene menzionata alla lett. aa), che invita alla predisposizione di bandi-tipo, nell'intento di razionalizzare le procedure di affidamento. Quanto detto, nonostante la stessa Autorità rivesta un grande ruolo nella materia.

A conferma della sua assoluta centralità, basti ricordare la partecipazione dell'ANAC al gruppo di lavoro presso la Ragioneria Generale dello Stato ai fini della predisposizione di un contratto-tipo denominato *“Guida alle Pubbliche Amministrazioni per la redazione di un contratto di concessione per la progettazione, costruzione e gestione di opere pubbliche in partenariato pubblico privato”* (su cui è stato anche acquisito parere del Consiglio di Stato, sez. I, n. 823/2020).⁴⁰⁰

³⁹⁹ Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia, VIII Commissione permanente Lavori pubblici, comunicazioni del Senato, 21 ottobre 2021, pag. 9, consultabile presso il sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione VIII in relazione al DDL n.2330.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pag. 23.

La dottrina suggerisce un ripensamento dell'ANAC, superando l'approccio diffidente che ha caratterizzato l'operato dell'Autorità e il suo ruolo di severo controllore sin qui svolto.

C'è chi ritiene, in maniera condivisibile, che l'Autorità dovrebbe assumere una funzione di cd. vigilanza collaborativa, supportando le amministrazioni nella costruzione dei contratti e degli affidamenti, nella scelta del miglior tipo di contratto.⁴⁰¹ Questo tipo di assistenza risulta determinante, in quanto qualificata ed esperta, così da ridurre l'asimmetria informativa che affligge il rapporto contrattuale tra le parti.

4.3 L'eccessiva mutevolezza e flessibilità della disciplina inerente ai contratti sottosoglia.

Proseguendo nella lettura del secondo comma, articolo unico del DDL, la prima parte della lett. e) invita alla *“semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea”*.

La materia alla quale si riferisce, concerne la disciplina dei contratti sottosoglia, più volte oggetto di intervento normativo. Da ultimo, il d.l. 77 del 2021 ha ulteriormente innalzato le soglie entro le quali sono consentiti gli affidamenti diretti, ampliando le possibilità di ricorrere alla procedura negoziata in luogo della procedura aperta.

Tali continui correttivi, però, ledono numerosi principi, quali: la certezza del diritto, la tutela della concorrenza, della pubblicità e dell'imparzialità.

Infatti, innalzare ripetutamente le soglie di rilevanza comunitaria consente di estendere il novero dei progetti esenti dall'applicazione delle direttive. Ampliando, dunque, i casi di affidamenti diretti e di procedure negoziate.

Ciò comporta un continuo divenire della normativa in materia, portando i soggetti chiamati all'applicazione del codice a patire la mutevolezza dell'ambito di applicazione della disciplina.

Correttamente, allora, il Senato prima e la Camera dopo, hanno deciso di apportare delle modifiche al testo, recependo le istanze sollevate dall'ANAC in proposito.⁴⁰²

Nello specifico, l'attuale testo del DDL, richiede che la modifica della disciplina inerente ai contratti sotto soglia, avvenga *“nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali nonché previsione del divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate”*

⁴⁰¹Prof. G. Fidone, intervento in occasione del seminario *PNRR, semplificazione e appalti*, nell'ambito dei Master di II livello in Parlamento e Politiche pubbliche, Management delle Pubbliche amministrazioni e Amministrazione e Governo del territorio, presso l'Università LUISS Guido Carli, 14 marzo 2022.

⁴⁰²Dalla memoria resa in audizione in Commissione, si proponeva la seguente riformulazione del testo: *“semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di trasparenza e di concorrenzialità, nonché di libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità, pubblicità, garantendo la qualità delle prestazioni e il rispetto anche dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, e della specificità dei contratti nel settore dei beni culturali, prevedendo che l'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'emanare le linee guida si attenga ai principi regolatori delle procedure di gara per i contratti di interesse transfrontaliero.”*

Ad ogni modo, si suggerisce, comunque, maggiore stabilità nelle scelte compiute dal legislatore, così da agevolare le stazioni appaltanti da un lato e gli operatori economici dall'altro, troppo spesso all'oscuro dei continui ed eccessivi interventi riformatori.

4.4 Investimenti pubblici in tecnologie digitali e verdi: il ruolo dei CAM.

La lettera f) delega il legislatore ad una *“semplificazione delle procedure finalizzate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali, nonché in innovazione e ricerca, nonché in innovazione sociale, anche al fine di conseguire gli obiettivi dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile, adottata dall’Assemblea generale delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, e di incrementare il grado di eco-sostenibilità degli investimenti pubblici e delle attività economiche secondo i criteri di cui al regolamento (UE) 2020/852 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2020; previsione di misure volte a garantire il rispetto dei criteri di responsabilità energetica e ambientale nell’affidamento degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, in particolare attraverso la definizione di criteri ambientali minimi (...)”*.

Tale criterio direttivo riveste un'importanza strategica indiscussa. A ben vedere, la locuzione non si riferisce alla sola materia della contrattualistica pubblica, bensì estende il suo raggio d'azione nei confronti di tutte le procedure preordinate alla realizzazione di investimenti in tecnologie verdi e digitali.

Per questa ragione, sarà compito del legislatore delegato costruire degli interventi mirati, così da accelerare nell'ambito della contrattualistica pubblica, e non solo, la realizzazione di progetti che abbiano ad oggetto nuove tecnologie. Quanto detto, nella volontà di perseguire lo sviluppo sostenibile del Paese e cogliere le opportunità che le somme del Recovery *Fund* offrono.

Per quanto specificamente attinente agli investimenti pubblici, la lett. f) richiede l'incremento del livello di eco sostenibilità. Sul punto, si possono offrire maggiori spunti di riflessione.

Possono, infatti, essere aggiunte all'interno dei diversi momenti delle procedure di appalto, considerazioni di natura ambientale che promuovano il ricorso a materiali e meccanismi produttivi rispettosi del pianeta.

Le considerazioni possono inserirsi tanto nella fase di selezione del contraente, così da preferire un operatore economico che offra soluzioni *green*, quanto durante l'esecuzione dell'opera, affinché le stazioni appaltanti forniscano specifiche indicazioni circa lo svolgimento dei lavori.

Nell'attuale contesto sociale e normativo nel quale il nostro Paese si trova, è ipotizzabile un rafforzamento della disciplina.

Oggi, ai sensi dell'art. 34 del codice dei contratti pubblici, i CAM vengono inseriti nella documentazione progettuale e di gara. Possono essere criteri premiali o vincolanti e vengono adottati con decreto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, in relazione a diverse categorie di appalto, purché si tratti comunque di contratti per l'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari.⁴⁰³

⁴⁰³ Oggi i decreti ministeriali che si occupano di CAM sono molteplici e variano in base all'oggetto del contratto. Essi sono:

Dm Ambiente 12 ottobre 2009; Dm Ambiente 22 febbraio 2011 (Criteri ambientali minimi per l'acquisto di prodotti tessili e di arredi) (sostituito dal Dm Ambiente 11 gennaio 2017); Dm Ambiente 25 luglio 2011 (Criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari) (sostituito dal Dm Ambiente 10 marzo 2020); Dm Ambiente 7 marzo 2012; Dm Ambiente 24 maggio 2012 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento del Servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene) (sostituito dal Dm Ambiente 29 gennaio 2021); Dm Ambiente 6 giugno 2012 (Guida per l'integrazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici); Dm Ambiente 4 aprile 2013; Dm Ambiente 13 dicembre 2013 (Criteri ambientali minimi per il servizio di gestione del verde pubblico) (sostituito dal Dm Ambiente 10 marzo 2020); Dm Ambiente 23 dicembre 2013 (Criteri ambientali minimi per l'acquisto

Laddove il criterio di selezione dell'offerta sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i criteri ambientali minimi possono contribuire alla valutazione delle diverse offerte. I CAM, come ricorda il comma terzo dell'art. 34, sono obbligatori per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di affidamenti oggetto di decreto del Ministero dell'ambiente.

Ebbene, si potrebbe suggerire, visto il valore assoluto e primario che la tutela dell'ambiente riveste nell'ordinamento vigente, di estendere l'ambito di applicazione dei CAM a qualsivoglia tipologia di affidamento, indipendentemente dall'oggetto del contratto.

Si badi, si tratterebbe di una scelta particolarmente invasiva nell'ambito del *public procurement* che, però, a detta dello scrivente, andrebbe solamente a rafforzare le politiche ambientali già in atto.

Infatti, l'art. 95 comma sesto, nell'elencare i criteri rientranti nelle valutazioni circa l'o.e.p.v., include anche le caratteristiche ambientali, il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto; *il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE); il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione.*

Si tratterebbe solamente di rafforzare le previsioni già esistenti, attraverso l'inclusione di criteri ambientali minimi generali, aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalle specifiche leggi di settore, quali, ad esempio, quelle relative alla corretta igiene sui luoghi di lavoro.

Anche l'ANAC sembra suggerire questa direzione, proponendo la modifica della lett. f) attraverso l'invito a definire dei criteri ambientali minimi quali requisiti di esecuzione del contratto, ovvero quali criteri premiali.⁴⁰⁴

4.5 Digitalizzazione e interoperabilità: strumento di semplificazione e vigilanza.

La lett. m) richiede una maggiore digitalizzazione e informatizzazione delle diverse procedure, dalla stipula del contratto alla sua esecuzione, così da conseguire la riduzione e la certezza dei tempi. Una strada percorribile

di lampade a scarica ad alta intensità e moduli led per illuminazione pubblica, per l'acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e per l'affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica) (sostituito dal Dm Ambiente 27 settembre 2017); Dm Ambiente 13 febbraio 2014 (Criteri ambientali minimi per «Affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani» e «Forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro e affidamento del servizio integrato di ritiro ... »); Dm Ambiente 5 febbraio 2015 (Criteri ambientali minimi per l'acquisto di articoli per l'arredo urbano); Dm Ambiente 24 dicembre 2015 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici ...) (sostituito dal Dm Ambiente 11 gennaio 2017); Dm Ambiente 11 gennaio 2017 (Adozione dei criteri ambientali minimi per gli arredi per interni, per l'edilizia (sostituito dal Dm Ambiente 11 ottobre 2017) e per i prodotti tessili); Dm Ambiente 27 settembre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'acquisizione di sorgenti luminose ..., l'acquisizione di apparecchi ..., l'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica); Dm Ambiente 11 ottobre 2017 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici); Dm Ambiente 28 marzo 2018 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di illuminazione pubblica); Dm Ambiente 10 marzo 2020 (Criteri ambientali minimi per il servizio di gestione del verde pubblico e la fornitura di prodotti per la cura del verde); Dm Ambiente 10 marzo 2020 (Criteri ambientali minimi per il servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari); Dm Ambiente 29 gennaio 2021 (Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti) (integrato dal Dm MiTE 24 settembre 2021).

⁴⁰⁴ Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia, VIII Commissione permanente Lavori pubblici, comunicazioni del Senato, 21 ottobre 2021, pag. 12, consultabile presso il sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione VIII in relazione al DDL n.2330.

attraverso la piena attuazione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici e del fascicolo virtuale dell'operatore economico.

Sul tema, si è già sottolineata l'importanza che riveste la Banca Dati, capace di digitalizzare l'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, assicurando un più penetrante e immediato controllo oltre che un complessivo alleggerimento degli oneri documentali in capo alle stazioni appaltanti e agli operatori economici.

Come precedentemente evidenziato, al fine di garantire maggiore incisività ed agevolare l'espletamento delle sue funzioni, si suggerisce al legislatore delegato di costruire dei meccanismi di interoperabilità tra la Banca Dati e tutte le amministrazioni competenti al rilascio di determinate certificazioni.⁴⁰⁵

Puntare sull'interoperabilità, infatti, permetterebbe alla Banca Dati di avere già a disposizione le informazioni di cui le stazioni appaltanti necessitano per le proprie valutazioni in fase di selezione.

Non solo. Agevolare uno scambio di dati costante, garantirebbe una maggiore riduzione dei tempi delle procedure, soprattutto se attuato a livello sovranazionale.

Nello specifico, si dovrebbe costruire un collegamento tra la banca dati nazionale e la banca dati gestita dall'Unione Europea TED.

TED, Tenders Electronic Daily, rappresenta un supplemento alla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dedicato agli appalti pubblici e riveste un'importanza fondamentale.

Pubblica, infatti, 676.000 avvisi di aggiudicazione all'anno, tra cui 258.000 bandi di gara per un valore di 670 miliardi di euro.⁴⁰⁶ Questa banca dati permette di consultare gratuitamente le opportunità offerte alle imprese nell'Unione Europea, nello Spazio economico europeo e altrove.

È possibile sfogliare, cercare e organizzare i bandi di gara per paese, regione, settore di attività e altri criteri. Inoltre, sono pubblicate le informazioni circa ogni documento di gara, nelle 24 lingue ufficiali dell'Unione.

Purtroppo, questo collegamento ancora non c'è, per diverse ragioni. Anzitutto, poiché queste due diverse banche dati sono alimentate da informazioni e dati provenienti dalle stesse pubbliche amministrazioni. Le pubbliche amministrazioni, a loro volta, potrebbero effettuare determinate comunicazioni alla banca dati TED, e non necessariamente alla banca dati nazionale gestita dall'ANAC, e viceversa.

Questo ha messo in luce, conclude Elisa D'Alterio, una discrasia tra le due diverse banche dati: un problema di non poco conto.⁴⁰⁷ Un tema rispetto al quale sarebbe opportuno offrire una soluzione concreta.

Il sistema REGIS⁴⁰⁸, sviluppato dal Ministero dell'Economia, finalizzato al monitoraggio dei programmi di investimenti pubblici finanziati con fondi nazionali ed europei, sembra andare in questa direzione.⁴⁰⁹

⁴⁰⁵ La Ragioneria Generale dello Stato, l'Agenzia delle Entrate, il CNEL, per fornire qualche esempio.

⁴⁰⁶ Fonte sito web istituzionale, TED: <https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do?lang=it>.

⁴⁰⁷ Intervento in occasione del seminario *PNRR, semplificazione e appalti*, nell'ambito dei Master di II livello in Parlamento e Politiche pubbliche, Management delle Pubbliche amministrazioni e Amministrazione e Governo del territorio, presso l'Università LUISS Guido Carli, 14 marzo 2022.

⁴⁰⁸ Meglio descritto a p. 132.

⁴⁰⁹ Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Audizione del Ministro dell'Economia e delle Finanze, Daniele Franco, 22 febbraio 2022, p.33.

Infatti, per assicurare una piena integrazione, REGIS sarà interoperabile con il sistema CUP⁴¹⁰, il sistema SIMOG⁴¹¹ di ANAC, il sistema della Fatturazione Elettronica⁴¹² e la banca dati delle pubbliche amministrazioni⁴¹³.

Chiaramente non basta, visto che le banche dati sono molteplici, però il percorso pare essere quello giusto.

L'interoperabilità è determinante anche durante la fase esecutiva del contratto, garantendo la possibilità di esercitare un controllo continuo sullo *status* del soggetto esecutore dei lavori.

Ad esempio, suggerisce l'ANAC, si potrebbe prevedere un intervento diretto a rendere interoperabili la Banca Dati e le informazioni detenute dall'Agenzia delle Entrate, così da ottenere anche le fatture emesse nel corso dell'esecuzione dei contratti.⁴¹⁴ L'Agenzia delle Entrate, infatti, è gestore del SdI, Sistema di Interscambio per la trasmissione elettronica delle fatture emesse nei rapporti con le amministrazioni dello Stato.

Di tal che, si garantirebbe un continuo flusso di dati così da consentire una complessiva vigilanza circa la corretta condotta dell'operatore oltre che la stabilità economico finanziaria della sua posizione in corso d'opera.

5. La posizione delle imprese rispetto al DDL.

Nel precedente paragrafo si sono visti i principali aspetti del DDL sui quali sarebbe opportuno che il legislatore intervenisse. Nella volontà di fornire una trattazione complessiva e completa, che tenesse conto anche del rilevante e prezioso parere dell'ANAC, si sono, inoltre, presentate le proposte e gli spunti che la stessa Autorità ha offerto.

Proseguendo nell'intento di fornire uno studio di sistema in grado di cogliere anche le esigenze degli operatori di settore, si ritiene utile presentare, adesso, alcune osservazioni mosse dai professionisti che operano nell'ambito della contrattualistica pubblica.

Per farlo, si guarderà ai contributi offerti da alcune associazioni di categoria e da alcune grandi imprese, in audizione davanti alla Commissione Lavori pubblici del Senato.

Anzitutto, si coglie immediatamente la forte sfiducia nei confronti di un quadro normativo troppo complesso e disorganico, quale quello vigente.

Una normativa poco chiara, farraginoso e, di conseguenza, disincentivante per gli investitori tanto nazionali quanto stranieri.

⁴¹⁰ Codice Unico di Progetto, gestito dalla Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per la Programmazione Economica (PdC-DIPE), che attribuisce i codici che identificano in maniera univoca i singoli progetti degli investimenti pubblici, facilitando l'individuazione di eventuali casistiche di doppio finanziamento

⁴¹¹ Dove vengono registrati in maniera univoca i codici di tutti i contratti pubblici delle amministrazioni, anche territoriali, garantendo il controllo sulle imprese che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica

⁴¹² Attraverso il sistema della Fatturazione Elettronica vengono emesse e registrate le fatture di tutte le imprese che erogano beni e servizi in favore della PA e che ricevono quindi pagamenti dalle amministrazioni pubbliche, anche territoriali.

⁴¹³ La banca dati delle pubbliche amministrazioni (BDAP) contiene i dati di bilancio della PA centrali e territoriali, nonché le loro spese di investimento.

⁴¹⁴ *Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia, VIII Commissione permanente Lavori pubblici, comunicazioni del Senato*, 21 ottobre 2021, pag. 12, consultabile presso il sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione VIII in relazione al DDL n.2330.

Si è, così, venuto a definire un quadro regolatorio assai lontano dal suo iniziale scopo: *il codice stesso, dall'essere il volano dell'economia del Paese, si è rivelato essere un groviglio di norme che imbriglia e rallenta la crescita e pertanto profondamente da riformare.*⁴¹⁵

Da qui, l'apprezzamento per l'intento del legislatore di procedere ad un riordino della disciplina, attraverso la via della semplificazione e della riduzione dei tempi procedurali. Snellendo, soprattutto, e riponendo maggiore attenzione verso la fase che precede la messa a gara dei lavori, dove si concentra il 70% dei ritardi.⁴¹⁶

Ciò, in quanto si ritiene doveroso intervenire immediatamente e correttamente nella materia della contrattualistica pubblica al fine di dare piena attuazione al PNRR.

5.1 La variazione dei costi di costruzione.

Una delle questioni maggiormente avvertite dalle imprese riguarda la necessità di porre rimedio all'evidente aumento dei prezzi dei materiali di costruzione e delle materie prime.

Un problema rispetto al quale si è già dettagliatamente discusso e che il legislatore ha cercato di risolvere attraverso specifici e mirati sostegni.

Secondo Confartigianato Imprese l'attuale emergenza dovuta al caro materiale è tale da alterare il rapporto contrattuale tra appaltatore e stazione appaltante. Urge, dunque, uno strumento capace riassetare l'equilibrio negoziale, attraverso una revisione e un aggiornamento sistematico dei prezzi.⁴¹⁷

Confindustria servizi HCFS⁴¹⁸ suggerisce l'inserimento di una specifica clausola che renda la revisione dei prezzi automatica e indipendente dalla volontà delle parti. Infatti, il vero problema, sostiene l'associazione, è che la revisione si presenta come uno strumento totalmente rimesso alla volontà delle stazioni appaltanti, mentre si dovrebbe optare per un meccanismo che permetta un *automatismo controllato sugli adeguamenti*.⁴¹⁹

In particolare, si richiede l'inserimento di una specifica lettera recante un'ulteriore direttiva al legislatore delegato: la *“previsione dell'obbligo di revisione periodica ed automatica dei prezzi per tutti i contratti ad esecuzione continuata o periodica relativi a servizi o forniture”*.

La revisione dei prezzi durante l'esecuzione, infatti, è, come sostiene l'Associazione Nazionale Costruttori Edili, uno strumento necessario per mantenere costante l'equilibrio sinallagmatico tra i contraenti, talché *non*

⁴¹⁵ In questi termini, si veda la memoria resa da AISCAT, l'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori, *Audizione AISCAT nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 2330, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, 19 ottobre 2021, pag. 4, consultabile tramite sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330:

https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54280_documenti.htm.

⁴¹⁶ ANCE, *DDL n. 2330/S Delega al Governo in materia di contratti pubblici AUDIZIONE COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI – SENATO*, 19 ottobre 2021, p. 7, consultabile tramite sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴¹⁷ *Audizione informale nell'ambito dell'esame dell'A.S. 2330 “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, 9 novembre 2021, p. 7, consultabile tramite sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴¹⁸ Federazione delle industrie dei servizi alle imprese, agli immobili e alle collettività, aderente a Confindustria, costituita da 5 associazioni: ANIP, Assosistema, ANID, ANIR ed UNIFerr). Rappresenta nel sistema Confederale il mondo dei servizi, con particolare riferimento ai servizi e beni per la ristorazione collettiva, l'igiene, la salute, la sicurezza, la manutenzione di immobili ed impianti, la salubrità degli ambienti, attraverso un'organizzazione industriale

⁴¹⁹ *Audizione del Presidente di Confindustria Servizi, Hygiene, Cleaning & Facility Services, Labour Safety Solutions Lorenzo Mattioli*, 16 novembre 2021, p. 3, consultabile tramite sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

*può essere rimessa alla sola scelta unilaterale delle stazioni appaltanti, ma dovrebbe essere obbligatoria, in presenza di condizioni obiettive.*⁴²⁰

Sul punto anche Confindustria Federbeton⁴²¹ solleva forti preoccupazioni in merito rincaro dei prezzi di produzione del cemento a causa dell'aumento di prezzo delle fonti energetiche e del rincaro dei materiali utilizzati nel processo produttivo.⁴²²

Il cemento è componente essenziale del calcestruzzo che, a sua volta, è indispensabile e onnipresente in tutti i cantieri e ha una rilevanza significativa nei costi di realizzazione delle grandi opere infrastrutturali: circa l'8% del totale.

Per questa ragione, la Federazione segnala la necessità estrema di rivedere la lista dei materiali da costruzione oggetto del monitoraggio ministeriale delle variazioni dei prezzi. Anzitutto includendovi il calcestruzzo preconfezionato, poi, sostituendo alcuni materiali che, in considerazione della loro composizione chimica, non contribuiscono al processo di decarbonizzazione con altri a basso *footprint*. L'utilizzo di tali materiali, infatti, è in grado di ridurre fino al 40% le emissioni incorporate dei materiali, così da raggiungere la neutralità carbonica.

A fronte di queste richieste delle associazioni di categoria, avanzate quasi all'unanimità, il Senato prima, e la Camera dei deputati poi, hanno deciso di modificare il testo del DDL, accogliendo la necessità di introdurre uno specifico meccanismo di revisione dei prezzi.

La lettera g) oggi richiede al legislatore delegato di prevedere l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di inserire nei bandi di gara, negli avvisi e inviti, in relazione alle diverse tipologie di contratti pubblici, un regime obbligatorio di revisione dei prezzi al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva e non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta.⁴²³

Un regime, dunque, che operi automaticamente, derogatorio rispetto alla disciplina inerente alle modifiche contrattuali già prevista dal codice dei contratti pubblici.

Un regime flessibile, a tutela degli operatori economici.

A ben vedere, inoltre, ad un tale approdo il legislatore sembra essere già giunto attraverso la previsione contenuta all'interno dell'art. 29, 1 lett. a). La norma, infatti, se pur in via transitoria, ordina l'inserimento

⁴²⁰ ANCE, *DDL n. 2330/S Delega al Governo in materia di contratti pubblici AUDIZIONE COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI – SENATO*, 19 ottobre 2021, p. 7, consultabile tramite sito *web* istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴²¹ Associazione che rappresenta la filiera del cemento e del calcestruzzo. In Italia Federbeton rappresenta circa 3 mila imprese della filiera del cemento e del calcestruzzo. Nel 2019, si sono registrati un fatturato di circa 9 miliardi di euro, un valore aggiunto di circa 2 miliardi e 34 mila addetti. Con queste dimensioni in Italia la filiera arriva a rappresentare il 5% del mercato delle costruzioni. Si prende in considerazione la memoria resa davanti alla Commissione Lavori pubblici, *Esame del disegno di legge di Delega al Governo in materia di contratti pubblici (S. 2330)*, 9 novembre 2021, p. 5, consultabile tramite sito *web* istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴²² Stando ai dati forniti da Confindustria Federbeton, i costi di produzione del cemento sono saliti del 50% da inizio 2021; il prezzo del *petcoke*, il combustibile utilizzato nel settore, è salito del 192% rispetto a inizio 2020, il valore dei diritti di emissione di CO₂, che a settembre 2021 si attesta sui 60 euro medi (rispetto ai 25 registrati in media nel 2020). I diritti di emissione sono fondamentali per le aziende che li devono acquistare sul mercato per oltre il 20% del fabbisogno, a causa del rimbalzo produttivo che sta caratterizzando il periodo post Covid.

⁴²³ “*compresa la variazione del costo derivante dal rinnovo dei contratti collettivi nazionali di lavoro sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, applicabili in relazione all'oggetto dell'appalto e delle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente*”.

obbligatorio di clausole di revisione dei prezzi, in relazione ai contratti di lavori sopra soglia, i cui bandi o avvisi sono pubblicati a partire dal 27 gennaio 2022 e fino al 31 dicembre 2023.

5.2 I CAM: una disciplina troppo rigida.

Un altro aspetto in relazione al quale gli operatori di settore sollevano forti criticità attiene alla disciplina sui criteri ambientali minimi.

Infatti, se da una parte si avverte l'esigenza di orientare la produzione in chiave sostenibile, dall'altra non si può certo considerare la transizione ecologica un passaggio semplice ed immediato.

Per questa ragione, gli operatori di settore richiedono che non venga costruita una normativa troppo rigida in materia ambientale

Sarebbe opportuno procedere gradualmente, così da consentire una corretta ridefinizione dei meccanismi produttivi.

Secondo AIS CAT, per superare la rigidità della disciplina, frutto di un approccio estremamente restrittivo e selettivo, si dovrebbe puntare su logiche di carattere premiale e non di carattere punitivo.⁴²⁴

Si dovrebbe, inoltre, sostenere la cooperazione tra stazioni appaltanti e operatori nel percorso che conduce alla transizione ecologica. Il rischio, infatti, potrebbe essere di addossare il peso della sostenibilità ambientale esclusivamente sulle imprese.

Confindustria Servizi HCFS ritiene utile l'aggiunta di *una policy di gestione della tematica CAM che preveda esplicitamente anche il superamento o innalzamento dei prezzi ANAC almeno di un 30% in presenza di criteri premianti relativi alla sostenibilità ambientale.*⁴²⁵

I CAM potrebbero non tener conto delle realtà delle imprese di una dimensione medio piccola, come giustamente sostenuto da Confartigianato imprese. Per questo, incentivare, anziché escludere, si ritiene sia la scelta da adottare per raggiungere i risultati *green*.

Le preoccupazioni delle associazioni sono, ancora una volta, state analizzate dal Senato (poi confermato dalla Camera) che, al momento della discussione parlamentare, ha ritenuto opportuno apportare alcune modifiche al testo così come presentato dall'Esecutivo.

Infatti, alla lett. f), il testo, vista l'esigenza di assicurare un adeguamento graduale alle nuove esigenze ambientali, richiede al legislatore delegato di prevedere un periodo transitorio al fine di garantire tempi congrui per l'applicazione dei decreti ministeriali in materia di criteri ambientali minimi.

Inoltre, l'attuale testo promuove una disciplina sui CAM differenziata in base alla tipologia e agli importi di appalto. Regole flessibili e, soprattutto, diverse a seconda del contratto di appalto rappresentano senz'altro la scelta vincente, comprensiva della situazione in cui si trovano le imprese, chiamate a rispettare la normativa ambientale.

5.3 Le clausole sociali e la tutela dei lavoratori.

⁴²⁴ Audizione AISCAT nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 2330, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici, cit., p. 5.

⁴²⁵ Audizione del Presidente di Confindustria Servizi, Hygiene, Cleaning & Facility Services, Labour Safety Solutions Lorenzo Mattioli, cit., p. 3.

Come si è evinto dalla lettura del DDL, il legislatore conferisce particolare importanza alle clausole sociali del contratto di appalto.

Alla lett. h), infatti, si rinviene quale criterio direttivo, la *previsione della facoltà, per le stazioni appaltanti, di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto e a quelle di concessione a operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate; previsione dell'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire, nei bandi di gara, avvisi e inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi beni culturali, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali con le quali sono indicati, come requisiti necessari dell'offerta, criteri orientati tra l'altro a:*

1) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;

2) garantire l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare;

3) promuovere meccanismi e strumenti anche di premialità per realizzare le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate;

Chiara, dunque, l'intenzione di promuovere, nella selezione del contraente, gli operatori che si siano adoperati nell'offrire maggiore stabilità occupazionale e migliori condizioni lavorative, nel rispetto dell'inclusione, della parità di sesso e di genere.

Ebbene, è stata espressa forte criticità e grande preoccupazione rispetto al disposto normativo che, oltre ad intervenire su una materia già oggetto di discussione sindacale e già oggetto di normazione nei contratti collettivi, limita fortemente la libertà d'impresa.⁴²⁶

Infatti, attraverso l'inserimento di criteri premianti orientati alla stabilità occupazionale, si comprometterebbe la possibilità per l'imprenditore, anche nella progettazione di un servizio, di alterare il progetto industriale essendo obbligato a riprendere tutti i lavoratori con le stesse modalità operative.

Inoltre, queste materie sono già oggetto di importante e delicato dialogo tra le rappresentanze sindacali, le parti sociali che hanno la finalità di tutelare l'occupazione. Di conseguenza, rimettere alle stazioni appaltanti la facoltà⁴²⁷ di intervenire sulla materia, attraverso specifiche clausole nel bando, farebbe venir meno il loro ruolo.

Senza dubbio discutibile anche il punto 2 della lett. h), in virtù del quale si richiede al legislatore delegato che individui la facoltà delle stazioni appaltanti di inserire quale criterio premiale, o necessario, la garanzia circa la corretta applicazione dei CCNL sottoscritti dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.

La previsione non aggiunge nulla di nuovo al quadro normativo esistente, anzi sembra persino operare una deroga in *pejus*.

Infatti, l'art. 30 comma 4 in combinato con l'art. 105 comma 14 del codice dei contratti pubblici, impongono il rispetto degli *standard* qualitativi e delle condizioni di lavoro previste dal contratto collettivo nazionale e

⁴²⁶ In questi termini Confindustria Servizi HCFS, *Audizione del Presidente di Confindustria Servizi, Hygiene, Cleaning & Facility Services, Labour Safety Solutions* Lorenzo Mattioli, 16 novembre 2021, p. 4.

⁴²⁷ Inizialmente si rimetteva la possibilità all'Esecutivo, di riconoscere anche l'obbligo per le stazioni appaltanti di procedere a tali valutazioni. A seguito della discussione alla Camera l'obbligo è caduto, permanendo solo la facoltà.

territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative.⁴²⁸ Si tratta, dunque, di una previsione avente carattere vincolante, più che premiante.

Di conseguenza, sarebbe necessario un chiarimento in merito.

CGIL, CISL e UIL richiedono una modifica del disposto normativo affinché non sussista alcuna facoltà per le stazioni appaltanti, bensì un obbligo di inserire specifiche clausole sociali nel bando di gara.

Non solo, si richiede che i requisiti indicati dalle clausole sociali siano necessari e non premiali.

Infatti, secondo le associazioni dette, non può considerarsi una mera facoltà il rispetto del contratto nazionale e territoriale in relazione all'oggetto e prestazione, svolta anche in maniera prevalente così come la stabilità occupazionale con l'inserimento nei contratti di clausole sociali o il Durc di Congruità o le norme a tutela dei lavoratori in subappalto introdotte novellando l'art. 105 comma 14, a seguito del DL 77/2021.⁴²⁹

Dunque, non si può certo ridurre il livello di tutela offerto nell'attuale codice dei contratti pubblici.

In accordo anche Confindustria Servizi HCFS che ritiene doveroso conferire al contratto collettivo sottoscritto dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dalle organizzazioni maggiormente rappresentative carattere di obbligatorietà e di riferimento per coloro che partecipano ad una gara pubblica.

Operano a tutela dei lavoratori anche le istanze sollevate da Confartigianato Imprese. L'associazione ritiene necessario ripristinare la norma che pone il costo del lavoro come non soggetto a ribasso d'asta.⁴³⁰

Durante la vigenza dell'attuale codice, infatti, è stata chiesta più volte una revisione della normativa contenuta negli articoli 23 comma 16 e 97 comma 5 lett. d), così da rendere pubbliche, attraverso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, le tabelle del costo del lavoro elaborate sulla base dei valori economici definiti dai Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro di settore.⁴³¹

5.4 I rimedi alternativi al contenzioso e il Collegio consultivo tecnico.

⁴²⁸ Art. 105 comma 14: *“Il subappaltatore, per le prestazioni affidate in subappalto, deve garantire gli stessi standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto e riconoscere ai lavoratori un trattamento economico e normativo non inferiore a quello che avrebbe garantito il contraente principale, inclusa l'applicazione dei medesimi contratti collettivi nazionali di lavoro, qualora le attività oggetto di subappalto coincidano con quelle caratterizzanti l'oggetto dell'appalto ovvero riguardino le lavorazioni relative alle categorie prevalenti e siano incluse nell'oggetto sociale del contraente principale. L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.”*

Art. 30 comma 4: *“Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente.”*

⁴²⁹ DDL 2330, *“Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, Osservazioni ed emendamenti di CGIL, CISL, UIL, 16 novembre 2021, Roma, p.2, consultabile tramite sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴³⁰ Confartigianato Imprese, *Audizione informale nell'ambito dell'esame dell'A.S. 2330 “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”*, cit., p. 7.

⁴³¹ *Ibidem*.

Un'esigenza condivisa dagli operatori di settore concerne la promozione dei rimedi alternativi al contenzioso, così da evitare i ritardi e gli ostacoli che la giustizia purtroppo pone soprattutto durante l'esecuzione dei lavori.

A tal proposito, molto dibattuto risulta l'istituto del CCT. Un istituto, come visto nella parte del presente studio che vi è dedicata, in continuo divenire e costantemente oggetto di riforma.

Il CCT rappresenta una delle più importanti novità introdotte per superare le controversie che possono insorgere in corso d'esecuzione.

Il legislatore sembra puntare con decisione sull'istituto, visti i criteri direttivi contenuti nella legge delega e analizzati gli ultimi interventi normativi in materia.⁴³²

Tuttavia, i frequenti correttivi hanno reso la disciplina particolarmente instabile e disomogenea, tanto da dubitare, in alcuni casi, della convenienza e della praticabilità dell'istituto.

Infatti, dalla lettura delle memorie rese dalle associazioni di categoria, è facilmente possibile cogliere la marcata eterogeneità delle posizioni in merito all'utilità del CCT.

C'è chi ritiene imprescindibile la promozione del ricorso al CCT e, conseguentemente, maggiore precisione e chiarezza nella sua regolamentazione.

In questo senso ANCE, affinché tale strumento divenga pienamente operativo, così da trovare piena applicazione generalizzata per tutti gli appalti di lavori, senza distinzioni in ragione degli importi ed anche perché la stragrande maggioranza dei contratti pubblici affidati in Italia sono di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.⁴³³

Anche Rete Professioni Tecniche elogia il CCT, quale strumento *istituito 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*, auspicando, dunque, un suo potenziamento.⁴³⁴

Chiede, infatti, l'estensione dell'obbligo di costituzione del collegio consultivo tecnico, anche in fase antecedente alla esecuzione, per i contratti di appalti e concessioni sottosoglia fino a 1 milione di euro.

Non mancano, però, opinioni contrastanti.

Secondo l'Istituto Grandi Infrastrutture il CCT, essendo stato introdotto in un contesto emergenziale, quale quello pandemico, ha incontrato e continua ad incontrare non poche difficoltà.

Infatti, pur avendo notevoli potenzialità, è ormai trascorso oltre un anno dalla sua entrata in vigore, eppure fatica a farsi strada nella pratica. Sarebbe, dunque, opportuno iniziare a raccogliere i dati necessari per comprendere se si tratti, o no, di un valido strumento di risoluzione delle controversie.⁴³⁵

⁴³² Sul punto, ad esempio, si veda l'art. 13-bis della legge 28 marzo 2022 n.25, che sancisce l'impossibilità di sciogliere il collegio consultivo tecnico fino al 30 giugno 2023, laddove la sua costituzione sia prevista come obbligatoria.

⁴³³ ANCE, *DDL n. 2330/S Delega al Governo in materia di contratti pubblici AUDIZIONE COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI – SENATO*, cit., 19 ottobre 2021, p. 11.

⁴³⁴ RPT, *AS 2330 – Delega in materia di contratti pubblici Audizione presso 8^a Commissione (Lavori pubblici, comunicazioni)*, p. 6, 20 ottobre 2021, Roma, consultabile tramite sito *web* istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴³⁵ IGI, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici A.S. 2330, Audizione*, p. 7, 9 novembre 2021, Roma, consultabile tramite sito *web* istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

Ancor più critica AISCAT, secondo cui il CCT non rappresenterebbe altro che un appesantimento procedurale nella fase di esecuzione dell'opera che non produce alcuna semplificazione quanto, piuttosto, il contrario.⁴³⁶ Di conseguenza, secondo l'associazione, si dovrebbe procedere ad una sua abolizione, potendo, il CCT, paradossalmente, incrementare la litigiosità negli appalti.

In questo senso anche Utilitalia⁴³⁷. La federazione in audizione ha evidenziato come il CCT abbia evidenti ed impattanti conseguenze negative nell'esecuzione del contratto. Andrebbe, infatti, ad incidere sui tempi di esecuzione, estendendone la durata: ai tempi per la composizione del CCT si devono sommare anche i tempi per l'attivazione dell'istituto e l'adozione delle determinazioni del CCT. Se le parti, poi, non dovessero essere in accordo circa la nomina del Presidente, questi sarà nominato dal MIT per le opere di interesse nazionale o dalle Regioni, Città Metropolitane per le opere di rispettivo interesse, con tempi di risposta non prevedibili.⁴³⁸

Non solo, Utilitalia sottolinea anche l'aumento dei costi complessivi degli affidamenti, derivante dalla costituzione del CCT. Espressamente, la costituzione del CCT per tutti gli appalti di lavori sopra soglia, in quanto obbligatoria, comporta un aumento dei costi, in gran parte imprevedibili, *sia perché la remunerazione è legata, tra l'altro, al numero di determinazioni rese (oltre che al valore dell'opera e alla tempestività della determinazione), sia perché quantificata secondo le tariffe professionali della categoria di appartenenza del componente. In ogni caso, al CCT va riconosciuta la corresponsione di un gettone di presenza anche in caso di mancata adozione di determinazioni.*⁴³⁹

Per queste ragioni, l'unica possibile soluzione è limitare temporalmente l'operatività dell'istituto, senza che il CCT si radichi stabilmente nella disciplina ordinaria in corso d'adozione.

Il Gruppo Ferrovie dello Stato, invece, ritiene possibile puntare sul CCT, seppur nella necessità di fornire alcuni chiarimenti.⁴⁴⁰

Anzitutto ritiene opportuno specificare che il Collegio è chiamato ad occuparsi di questioni e riserve strettamente tecniche, funzionali alla prosecuzione dei lavori. Chiede, inoltre, di escludere le riserve già oggetto di contenziosi giudiziali e/o per le quali venga attivato il procedimento dell'accordo bonario.

Si dovrebbe, inoltre, secondo FS, precludere che il CCT invada il campo dei soggetti preposti dalla legge alla conduzione e/o alla verifica dei lavori, quali il direttore dei lavori, responsabile del procedimento e commissione di collaudo.

Sulla base di quanto visto, non c'è unicità di pensiero: la disciplina inerente al CCT rende l'istituto molto divisivo. Sarà, dunque, compito del legislatore delegato scegliere se continuare a perfezionarne il quadro normativo, così da incrementare le potenzialità, o abolirlo.

⁴³⁶ AISCAT, *Audizione AISCAT nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 2330, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, cit., p. 10.

⁴³⁷ Federazione che riunisce circa 450 aziende operanti nei servizi pubblici dell'Acqua, dell'Ambiente, dell'Energia Elettrica e del Gas, rappresentandole presso le Istituzioni nazionali ed europee. Un totale di 90.592 addetti complessivi, con un valore della produzione pari a 40 miliardi di euro e 1,3 di utili.

⁴³⁸ UTILITALIA, Federazione utilities, *Audizione VIII Commissione Senato sullo schema di disegno di legge recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (AS2330)*, p. 10, 9 novembre 2021, Roma, consultabile tramite sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴³⁹ *Ibidem*.

⁴⁴⁰ Gruppo FS, *Esame del disegno di legge delega di riforma del codice dei contratti pubblici (AS 2330)*, p. 7, consultabile tramite sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

5.5 Ritardo nei pagamenti della P.A.

Purtroppo, un tema anch'esso molto avvertito dalle imprese che operano nel settore della contrattualistica pubblica concerne il ritardo nei pagamenti da parte della pubblica amministrazione.

Una vera e propria piaga che necessita un intervento immediato.

Il pagamento nei termini previsti è un vero e proprio diritto da tutelare e una condizione imprescindibile per l'attuazione di una efficace politica di sviluppo.⁴⁴¹ Non è neppure ipotizzabile raggiungere obiettivi quali maggiore occupazione, transizione ecologica, sostenibilità dei meccanismi produttivi, sviluppo economico, senza che le pubbliche amministrazioni tengano fede ai propri impegni negoziali.

Occorre garantire liquidità immediata alle imprese.

Ciò diventa ancora più vitale, come giustamente sostenuto da ANCE, alla luce del perdurare di una crisi senza precedenti che ha colpito il settore nell'ultimo decennio. Si aggiunga, inoltre, che la celerità dei pagamenti è principio imposto a livello europeo.

Serve, allora, una normativa chiara sulle modalità di pagamento del corrispettivo, in linea con la tempistica stabilita dalle norme europee. Per questa ragione l'associazione propone di introdurre l'obbligo di effettuare un SAL secondo scadenze temporali ravvicinate e non al raggiungimento di un importo prefissato.⁴⁴²

L'auspicio, ribadisce anche Confindustria Federbeton, è che si introducano modalità certe per assicurare il saldo dei pagamenti da parte della stazione appaltante entro un termine massimo di trenta giorni rispetto all'invio della richiesta di pagamento del credito.⁴⁴³

In questo senso, il DDL, a seguito della prima approvazione in Senato, e conseguente modifica alla Camera, alla lett. hh) promuove la semplificazione e accelerazione delle procedure di pagamento delle stazioni appaltanti del corrispettivo contrattuale, anche riducendo gli oneri amministrativi a carico delle imprese.

Viene, dunque, incaricato il legislatore delegato di seguire questa direzione, attraverso la definizione di una normativa chiara e flessibile, capace di tutelare il legittimo affidamento delle imprese nei confronti delle stazioni appaltanti.

5.6 La disciplina delle concessioni di vecchia data.

Il nostro ordinamento, differentemente rispetto alla normativa comunitaria, prevede una disciplina piuttosto rigida per le concessioni di vecchia data aggiudicate senza procedura di gara.

Difatti, come è noto, il codice vigente impone ai titolari di concessioni già in essere e affidate “senza gara” di esternalizzare mediante procedura di evidenza pubblica l'80% delle attività inerenti alla concessione, ammettendo, per la restante parte, di ricorrere a società *in house* o controllate/collegate. Ciò, al fine di “correggere” gli affidamenti avvenuti in assenza di dialogo concorrenziale.

Ebbene, il mondo delle imprese critica fortemente tale approccio.

⁴⁴¹ ANCE, *DDL n. 2330/S Delega al Governo in materia di contratti pubblici AUDIZIONE COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI – SENATO*, cit., 19 ottobre 2021, p. 12.

⁴⁴² *Ibidem*.

⁴⁴³ Confindustria Federbeton, *Esame del disegno di legge di Delega al Governo in materia di contratti pubblici (S. 2330)*, p.4, 9 novembre 2021, Roma.

Si tratterebbe, infatti, di una previsione priva di fondamento nelle direttive europee, bensì esclusivamente frutto della legge delega n. 11 del 2016. Se, dunque, si vuole perseguire la conformità del nostro ordinamento rispetto agli *standard* comunitari, un primo passo è abbattere l'obbligo appena visto.

La normativa comunitaria, infatti, non prevede delle regole generalizzate per gli affidamenti dei concessionari. Il concessionario, come ricorda Utilitalia, può essere tenuto all'applicazione del codice ma non obbligatoriamente ad esternalizzare.

Secondo IGI, La logica seguita dal legislatore nazionale ha di fatto provocato un allontanamento degli investitori internazionali, disincentivando la crescita economica del nostro Paese.⁴⁴⁴

Per questa ragione, suggerisce Utilitalia, non si dovrebbe riprodurre il contenuto dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici, così da consentire affidamenti in linea con la normativa pubblicistica ma non obbligare all'esternalizzazione.⁴⁴⁵

Sul tema, il testo così come presentato dal Governo è stato emendato, accogliendo alcune delle istanze sin qui viste.

Infatti, la lett. gg), oltre ad indicare quale criterio direttivo la razionalizzazione della disciplina concernente le modalità di affidamento dei contratti da parte dei concessionari, promuove una ridefinizione della disciplina delle concessioni in essere alla data di entrata in vigore dei decreti legislativi attuativi della delega, una volta approvata.

Nello specifico, il testo, ancora in discussione, prevede che laddove le concessioni in questione non siano state affidate con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea, si deve procedere all'affidamento della concessione a terzi.

Quanto detto, tuttavia, secondo criteri di gradualità e proporzionalità e tenendo conto delle dimensioni e dei caratteri del soggetto concessionario, dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto e del suo valore economico.

La ricostruzione normativa sembra, quindi, bilanciare da una parte l'intento del legislatore di sottoporre a gara le concessioni affidate senza dialogo concorrenziale, dall'altra l'esigenza di evitare che concessioni importanti e di notevole valore, possano subire imponenti stravolgimenti.

5.7 L'appalto integrato e la qualità della progettazione.

Come sopra visto, il DDL pone quale criterio direttivo al legislatore delegato la necessità di intervenire sull'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori, oggi ammesso fino al 30 giugno 2023.

Ebbene, questa direzione viene fortemente apprezzata dagli operatori di settore che, è bene ribadirlo, esigono maggiore chiarezza delle norme e maggiore apertura del mercato.

A questo proposito, il Gruppo FS esprime il favore per l'istituto dell'appalto integrato, affinché si consenta l'affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori sulla base del progetto definitivo e del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

⁴⁴⁴ IGI, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici A.S. 2330, Audizione*, p. 5, 9 novembre 2021, Roma, consultabile tramite sito *web* istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴⁴⁵ UTILITALIA, Federazione utilities, *Audizione VIII Commissione Senato sullo schema di disegno di legge recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (AS2330)*, cit., p. 7.

Tale facoltà, secondo il gruppo, *dovrebbe essere accompagnata con quella di aumentare il corrispettivo dell'appalto ove, a seguito di una progettazione esecutiva redatta dall'appaltatore ed approvata dalla stazione appaltante, constino costi superiori a quelli predeterminati in sede di progettazione definitiva.*⁴⁴⁶

Anche l'Associazione AIS CAT elogia l'istituto, capace di contribuire a ridurre i tempi di realizzazione delle opere pubbliche. Tuttavia, si unisce alla richiesta, già avanzata dall'ANAC, di maggiore chiarezza circa i casi in cui è possibile ricorrere all'appalto integrato.⁴⁴⁷

Dubita dell'utilità dell'appalto integrato OICE⁴⁴⁸.

L'associazione sottolinea come negli anni si sia assistito ad un sempre maggiore ricorso all'istituto che è passato dal 9,8% del totale del valore della progettazione messa in gara nel 2019, al 17,8% nel 2020, fino ad attestarsi anche nei primi otto mesi del 2021 al 17,1% del totale del mercato della progettazione. Si è, inoltre, passati dal 2017, quando l'osservatorio OICE rilevava 106 gare all'anno per appalti integrati, con un importo di lavori di 1,3 miliardi di euro, al 2020 quando i bandi sono stati 505 con un valore di 9,6 miliardi di euro. Anche il 2021, nei primi otto mesi, ha segnato un incremento rispetto ai dati del 2020: +39,7% in numero e +31,8% in valore.⁴⁴⁹

Tuttavia, nonostante questo elevato ricorso all'istituto, l'esperienza degli associati OICE non depone, come si è anticipato, a favore dell'utilità dell'appalto integrato per assicurare rapidità di realizzazione e contenimento dei costi.⁴⁵⁰ Non evita, secondo OICE, neppure il contenzioso, in quanto *l'impresa ha naturalmente l'interesse ad inserire riserve che, poi, la stazione appaltante accetterà necessariamente per non ammettere che il progetto definitivo che ha predisposto, approvato e validato, non andava bene.*

In ogni caso, qualsiasi sia la scelta del legislatore a riguardo, un aspetto appare chiaro: occorre conferire grande centralità alla fase della progettazione, quale momento cruciale per la realizzazione di opere pubbliche.

Per questa ragione, anche qualora si optasse per un'estensione dell'ambito di applicazione all'appalto integrato, non è immaginabile ridurre la qualità della progettazione.

In questo senso si espongono la quasi totalità delle associazioni di categoria in audizione. Proprio OICE evidenzia come il perseguimento dei più alti livelli qualitativi della progettazione sia passaggio fondamentale affinché si raggiunga il massimo livello di efficienza della spesa pubblica.

Qualità della progettazione significa, conclude l'associazione, puntare sui progettisti, che devono sempre più investire in formazione del personale, in innovazione e ricerca; significa coinvolgere in misura ancora maggiore la pubblica amministrazione che deve essere in grado di dialogare in maniera appropriata e consapevole con i soggetti esterni e, per questo, deve essere rinnovata e ammodernata nei propri uffici tecnici.⁴⁵¹

⁴⁴⁶ Gruppo FS, *Esame del disegno di legge delega di riforma del codice dei contratti pubblici (AS 2330)*, cit., p.10.

⁴⁴⁷ AISCAT, *Audizione AISCAT nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 2330, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, cit., p. 10; cfr. anche RPT, *AS 2330 – Delega in materia di contratti pubblici Audizione presso 8^a Commissione (Lavori pubblici, comunicazioni)*, cit., p. 4.

⁴⁴⁸ L'OICE è l'Associazione di categoria, aderente a Confindustria, che rappresenta le organizzazioni italiane di ingegneria, architettura e consulenza tecnico-economica. aggruppa oggi molte tra le grandi società di ingegneria italiane e la maggior parte delle più qualificate piccole e medie aziende del settore.

⁴⁴⁹ OICE, *Disegno di legge AS n. 2330 (delega in materia di contratti pubblici)*, p.10, 26 Ottobre 2021, Roma, consultabile tramite sito *web* istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione Lavori pubblici per il ddl n. 2330.

⁴⁵⁰ *Ibidem*.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p.7.

5.8 Il rapporto tra settori ordinari e settori speciali.

Il vigente codice costruisce la disciplina dei settori speciali quale mera diramazione di quella dei settori ordinari. È, infatti, caratterizzata da continui rimandi, che rendono la relativa regolamentazione particolarmente disomogenea e disorganica.

La scelta compiuta dal legislatore è stata quella di definire un quadro normativo inerente ai settori speciali, derogatorio rispetto ai settori ordinari, seppur in un ambito unitario.

Ebbene, ciò continua a creare non poche problematiche, lasciando la disciplina sui settori speciali in uno stato di evidente difficoltà interpretativa ed applicativa.

Il Gruppo FS auspica un ritorno ad un modello di normazione più chiara e snella, che prenda atto di come i settori speciali, nella loro peculiarità, non si prestano ad una regolamentazione unitaria e comune. Per questa ragione, sarebbe preferibile, continua il Gruppo, costruire una disciplina *ad hoc*, impostando un corpo normativo autonomo rispetto al codice dedicato ai settori ordinari, *al fine di garantire una disciplina omogenea ed unitaria, che valorizzi le particolarità dei settori speciali e sia di più agevole lettura ed interpretazione, evitando continui rimandi e rinvii ad altri testi normativi e/o ad altre parti del medesimo codice.*⁴⁵²

Strumentale a tale obiettivo è la razionalizzazione della disciplina tanto sotto il profilo soggettivo, con riferimento alla nozione di “impresa pubblica” e di organismo di diritto pubblico; quanto sotto il profilo oggettivo, attraverso una più chiara individuazione dei contratti esclusi ed estranei all’ambito oggettivo del codice.

Anche Utilitalia sottolinea come la distinzione operata a livello europeo tra settori ordinari e settori speciali, previsti e disciplinati in due autonome direttive, non sia ripresa a livello nazionale. La differenza è determinante, soprattutto per quel che riguarda la fase di esecuzione del contratto che, per quanto concerne i settori speciali, è pressoché sottratta alla disciplina pubblicistica. Per queste ragioni, l’associazione suggerisce l’elaborazione di una disciplina che sia realmente aderente al dato europeo.⁴⁵³

6. Modalità di attuazione della Legge delega: gli strumenti a disposizione del legislatore delegato.

Avanzate le prime osservazioni circa il contenuto del DDL, volendo ancora una volta ribadire che si tratta di una formulazione che potrà subire modifiche, si può facilmente concludere che molteplici sono gli aspetti su cui il legislatore delegato dovrà intervenire. Molteplici i temi riguardo ai quali è richiesta una chiara decisione.

In alcuni casi si tratta di aspetti sui quali il legislatore dovrà assumere una posizione, anche politica, per decidere in che direzione andare, in altri, invece, si tratta di scelte quasi obbligate tese a conformare il nostro ordinamento agli *standard* comunitari e garantire maggiore coerenza alla disciplina.

Una volta approvata la legge delega, sarà necessario procedere ad una sua compiuta attuazione nei sei mesi successivi, entro il 30 marzo 2023.

Lodevole la scelta del Presidente del Consiglio dei ministri, Mario Draghi, di conferire assoluto rilievo al Consiglio di Stato nella stesura degli atti normativi che seguiranno. Un’attività di consulenza e collaborazione, chiarisce il Presidente, che costituisce *un arricchimento per l’azione normativa dell’Esecutivo*⁴⁵⁴ e che

⁴⁵² Gruppo FS, *Esame del disegno di legge delega di riforma del codice dei contratti pubblici (AS 2330)*, cit., p.2.

⁴⁵³ UTILITALIA, Federazione utilities, *Audizione VIII Commissione Senato sullo schema di disegno di legge recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (AS2330)*, cit., p. 6.

⁴⁵⁴ *Frattini (Cds): Pnrr occasione irripetibile, ora riforma Codice appalti - Avvocati, atti più sintetici*, di Francesco Machina Grifeo, Norme e Tributi Plus, il Sole24Ore, 22 febbraio 2022.

contribuirà in maniera determinante alla redazione, insieme ad altri esperti, del codice degli appalti e di future codificazioni di settore.⁴⁵⁵

Quanto detto, al fine di non ricadere negli stessi errori commessi in passato.

Indipendentemente dal contenuto, del quale si è discusso approfonditamente, si ritiene doveroso, adesso, svolgere un breve commento rispetto alle modalità attraverso le quali dare attuazione alla delega.

Ebbene, nella prospettiva di razionalizzare la disciplina e semplificarne la portata, si invita il legislatore delegato all'emanazione di un unico decreto legislativo.

Si ricordi, infatti, che la legge delega del 2016 aveva sollevato fortissime criticità, ammettendo l'emanazione da parte dell'ANAC, di un numero elevatissimo di linee guida, alcune delle quali vincolanti.

Venne così conferito un potere assai discusso all'Autorità, capace addirittura di definire la normativa di settore, in alcuni casi in modo eccessivamente puntuale.

Non solo. Oltre ai fortissimi dubbi circa la legittimità del potere attribuito all'ANAC per completare le lacune lasciate dal legislatore, si sottolineavano anche le problematiche connesse alle linee guida vincolanti. Un vero e proprio ossimoro, essendo le linee guida, solamente capaci di orientare l'agire dei soggetti che ne sono destinatari.

Da qui, allora, occorre partire, suggerendo al legislatore delegato, una volta approvata la legge delega, di intervenire attraverso un unico regolamento governativo. Un regolamento che, in quanto tale, abbia efficacia vincolante.

È necessario, dunque, che la nuova legge sui contratti pubblici si presenti più snella e maggiormente equilibrata dell'attuale codice, e il nuovo regolamento attuativo sia distinto in servizi e forniture.⁴⁵⁶

Tale direzione, a dire la verità, è stata già intrapresa da parte del legislatore con il decreto cd. "sblocca cantieri" n. 32 del 2019, attraverso il quale si è previsto un ritorno allo schema del regolamento governativo attuativo del Codice. Regolamento, tuttavia, non ancora emanato.

Il Regolamento, come sottolinea l'ANAC, è utile per diversi aspetti: mantenere le indicazioni già fornite in materia da parte dell'Autorità attraverso le linee guida, mantenere e preservare l'ambito della cd. "soft law".⁴⁵⁷

Si badi, ciò non significa disconoscere il compito che preziosamente ha svolto l'ANAC, bensì significa correggere le disfunzioni del precedente sistema che avevano ampliato oltre natura i poteri dell'Autorità. Per tale ragione, si ribadisce il ruolo della stessa nell'emanare linee guida che, seppur non vincolanti, garantiscono un recepimento delle migliori pratiche operate sul mercato, così da indirizzare la condotta dei soggetti chiamati ad applicare la disciplina di settore.⁴⁵⁸

⁴⁵⁵ Scelta, questa, particolarmente apprezzata dal Consiglio di Stato. Infatti, il Presidente del Consiglio di Stato, Franco Frattini, in occasione del suo insediamento e tramite la relazione sull'attività della giustizia amministrativa del 22 febbraio 2022, ha espresso la propria valutazione favorevole circa il proprio coinvolgimento nella redazione, per gli appalti e altre materie rilevanti, di codici organici. Affinché si apra, dice Frattini, *una nuova stagione di codificazione*.

⁴⁵⁶ ANCE, *DDL n. 2330/S Delega al Governo in materia di contratti pubblici AUDIZIONE COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI – SENATO*, cit., 19 ottobre 2021, p. 6.

⁴⁵⁷ *Audizione del Presidente Avv. Giuseppe Busia, VIII Commissione permanente Lavori pubblici, comunicazioni del Senato*, 21 ottobre 2021, pag. 7, consultabile presso il sito web istituzionale del Senato nella sezione dedicata ai documenti acquisiti in Commissione VIII in relazione al DDL n.2330.

⁴⁵⁸ L'ANAC, nell'intenzione di mantenere le linee guida vincolanti, addirittura suggerisce l'inserimento all'interno della lett. a) del comma 2, articolo 1 DDL in discussione, la seguente dicitura: "*assicurando altresì che l'esercizio del potere*

Il Presidente Busia, in audizione, ha sollecitato la Commissione affinché si modificasse il comma quarto dell'art. 1 DDL, disponendo che venisse richiesto anche all'ANAC il proprio parere circa i decreti attuativi, assieme a quelli del Consiglio di Stato, della Conferenza Unificata e delle Commissioni parlamentari.

Sollecitazione, più che condivisibile visto il ruolo che nel tempo ha svolto l'Autorità e il ruolo che ricopre all'interno del *public procurement*.

Non ci si dimentichi, infatti, che l'ANAC ha più volte sopperito alle mancanze del legislatore attraverso specifiche e puntuali linee guida, segno chiaro della sua forte conoscenza della materia. Non solo, rilevante è il ruolo che l'Autorità ricopre nella materia, viste le numerose funzioni che le vengono attribuite espressamente dal codice.

Istanza, tuttavia, rimasta ancora disattesa.

regolatorio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, laddove abbia natura vincolante, debba avvenire previo espletamento di procedure di pubblica consultazione e acquisizione del parere del Consiglio di Stato”.

CONCLUSIONI

La trattazione ha preso le mosse da una meditata considerazione di fondo. È nata dalla consapevolezza del ruolo quanto mai strategico del contratto di appalto nell'attuale contesto socioeconomico.

Un istituto che riveste una posizione centrale, in quanto rappresenta il vero mezzo attraverso il quale veicolare le risorse del *Recovery Fund* verso la realizzazione di opere di pubblico interesse, promuovendo, dunque, lo sviluppo economico ed occupazionale del Paese.

L'analisi condotta ha indagato il profilo operativo del contratto di appalto, approfondendone il momento esecutivo. Fase, quest'ultima, nei confronti della quale il legislatore non vi ha mai dedicato la dovuta attenzione, concentrandosi principalmente sulla fase di selezione del contraente, ritenendola la fase più delicata e complessa.

Tuttavia, attraverso uno studio statistico e analitico del *public procurement* in Italia, si è potuto osservare come la fase esecutiva sia una fase cruciale nel contratto di appalto, durante la quale occorre procedere verso una spedita e corretta realizzazione della prestazione. Una fase, quindi, meritevole di una completa disamina.

Da un attento approfondimento della disciplina è emerso un quadro regolatorio particolarmente frastagliato, caratterizzato da costanti e frequenti interventi legislativi che, inevitabilmente, hanno minato la stabilità della normativa oggi vigente.

Una volta introdotte le operazioni preliminari all'avvio dei lavori, successive alla stipula del sinallagma, si è prestata attenzione al principio cardine che permea l'esecuzione del negozio giuridico: la conduzione personale dei lavori e le sue deroghe.

Principio, questo, particolarmente rilevante nella materia della contrattualistica pubblica in quanto riflette la natura marcatamente pubblicistica del contratto di appalto. Un contratto stipulato con un soggetto scelto a seguito di un confronto concorrenziale con altri aspiranti contraenti.

Compresa la necessità, soprattutto in questo momento storico, di garantire una realizzazione di lavori ed opere celere e minuziosa, si è, poi, ritenuto doveroso analizzare i diversi ostacoli che possono presentarsi durante l'esecuzione.

Ostacoli capaci di comportare la sospensione dei lavori e, eventualmente, la modifica delle condizioni contrattuali. Eventi, il cui verificarsi può facilmente dar luogo a divergenze e controversie tra le parti del contratto.

L'impatto che il contenzioso produce su una relazione giuridica è particolarmente invasivo. Si ripercuote, infatti, sulla durata del rapporto, sulla stabilità del negozio e, per quanto specificamente attinente al contratto di appalto, sui tempi di realizzazione di un'opera o di lavori destinati alla collettività.

Il tema diventa, ancora una volta, più avvertito nell'attuale contesto giuridico ed economico. Il PNRR, infatti, impone il rispetto di uno specifico cronoprogramma, tanto nelle riforme da adottare, quanto negli investimenti.

Per evitare che il contenzioso osti alla lineare esecuzione dei lavori e, conseguentemente, al pieno soddisfacimento dell'interesse collettivo sotteso alla realizzazione della prestazione, è stata presa in esame la disciplina dei rimedi alternativi a quelli giurisdizionali. Una disciplina particolarmente complessa e, purtroppo, caratterizzata da continui correttivi.

Il simbolo di tale ipertrofia normativa è, senza dubbio alcuno, rappresentato dal collegio consultivo tecnico. Un istituto ciclicamente introdotto, modificato e abolito. Ad oggi, la sua costituzione è prevista come obbligatoria solo in alcuni eccezionali casi.

Inoltre, la relativa disciplina suscita non pochi dubbi, come si è sostenuto. Molte e critiche le difficoltà interpretative, tali da sollecitare un immediato intervento chiarificatore.

L'istituto, se adeguatamente promosso, ha tutte le potenzialità per divenire decisivo.

Il CCT, infatti, consente di evitare l'insorgere di controversie nel corso dell'esecuzione e, ove già presenti, di addivenire ad una immediata risoluzione delle divergenze tra le parti.

Purtroppo, i dati analizzati dimostrano la scarsa fiducia degli operatori di settore nei confronti dei rimedi alternativi al contenzioso. Quanto detto è l'inevitabile conseguenza di un quadro regolatorio in molti aspetti da riformare, così da adeguarsi agli *standard* seguiti nella contrattualistica internazionale.

Si dovrebbe, anzitutto, intervenire sui tempi necessari per raggiungere una soluzione. Oggi i tempi che il CCT richiede, dalla sua costituzione alle sue decisioni, sollevano molti dubbi circa la sua effettiva utilità.

Non solo. Si dovrebbe conferire maggior peso alle pronunce del collegio, così da risultare ancor più incisivo e determinante.

A conclusione del lavoro, è stata presentato il disegno di legge delega concernente la modifica del codice dei contratti pubblici, attualmente in discussione in Parlamento.

L'analisi ha seguito un *iter* chiaro: dopo una breve lettura del DDL, sono state avanzate alcune osservazioni. Per una maggiore completezza, è stato necessario comprendere la posizione dell'ANAC, delle associazioni di categoria e delle imprese operanti nel settore della contrattualistica pubblica.

La ricerca ha portato ad interessanti spunti.

Si è, infatti, potuto concludere come, ancora una volta, il legislatore sembri rimandare alcuni interventi più che necessari, occupandosi, tuttavia, di aspetti superflui.

Per questa ragione, pur apprezzando l'intento di semplificare la disciplina in materia, il DDL si auspica venga modificato, così da approvare una legge delega completa e leggermente più puntuale rispetto all'attuale formulazione. Ciò consentirebbe, al legislatore delegato, di operare le proprie scelte operative senza invadere le attribuzioni del potere legislativo.

Si badi, l'approvazione della legge è solamente un primissimo passo. Spetterà al legislatore delegato intervenire dettagliatamente sulla disciplina, prendendo posizioni, anche politiche.

Il momento che si presenta è dunque storico.

Non ci si accinge solo, presumibilmente, all'emanazione di un nuovo codice dei contratti pubblici, che già di per sé rappresenterebbe un passaggio cruciale nel contesto normativo e nel tessuto produttivo del nostro Paese. Bensì, si è davanti alla possibilità di conformare, concretamente, l'ordinamento nazionale agli *standard* comunitari, recependo gli apporti forniti dalla giurisprudenza nazionale e sovranazionale, cogliendo le *best practices* interne ed internazionali.

Urge una normativa flessibile, chiara e precisa sulla contrattualistica pubblica, priva di incomprensioni e indecisioni. Una regolamentazione capace di promuovere lo sviluppo economico del Paese, incentivando gli investimenti stranieri in tutto il territorio.

La flessibilità è la chiave: definire un quadro normativo consapevole delle esigenze avvertite dagli operatori di settore. La rigidità, d'altronde, se da una parte rappresenta e ha rappresentato l'illusione di aver arginato

definitivamente la corruzione, dall'altra comporta, senza dubbio alcuno, l'arresto del sistema economico e produttivo del Paese.

L'entità della sfida è valorizzata dagli impegni che il PNRR impone. Il tenore della riforma è sottolineato dalla serietà dell'attuale contesto socioeconomico.

Non sono ipotizzabili ritardi, né indecisioni. È il momento, ora più che mai, di assumere posizioni chiare e precise, che si traducano in riforme compiute e realmente incisive.

Lo richiedono, ormai da tempo, gli operatori di settore, ne necessita l'apparato amministrativo tutto.

Lo impone il processo di ripartenza.

Il *Recovery Fund* è l'occasione che si deve cogliere, così da poter realmente investire in politiche lungimiranti ed incentivanti. Politiche che, seriamente, siano orientate al benessere delle future generazioni.

Di lavoro ce n'è da fare.

“L'Italia deve rimboccarsi le maniche”, dice Marcello Clarich, *“la ricreazione è finita”*.⁴⁵⁹

L'Italia si è formalmente impegnata, con l'*operation agreement*, ad attuare il proprio PNRR entro il 2026. Un impegno da cui dipende l'erogazione delle somme del *Recovery Fund* e, rispetto al quale, non sono ammessi ritardi né dimenticanze.

La riforma del codice dei contratti pubblici, oltre ad essere il mezzo per conseguire molteplici obiettivi costituenti il Piano nazionale, è essa stessa parte del Piano.

La Responsabilità del Parlamento e del Governo è, quindi, assoluta. La strada è in salita soprattutto se si considera che le elezioni politiche si terranno il prossimo anno.

Il rischio è che il dibattito politico assolutizzi gli impegni istituzionali dei prossimi mesi assorbendo, di conseguenza, un programma di Governo rispetto al quale è assolutamente necessaria compattezza e continuità.

Tuttavia, la direzione intrapresa sembra quella giusta.

Lo dimostrano i frequenti interventi correttivi susseguitisi negli ultimi due anni, lo conferma il programma del legislatore.

L'intento, dichiara il Ministro della Pubblica Amministrazione, Renato Brunetta, *“è di far diventare le regole per il funzionamento della P.A. sempre più efficienti, più trasparenti, più giuste, perché questo sia un Paese sempre più bello, dov'è sempre più bello vivere e fare impresa.”*⁴⁶⁰

L'obiettivo dell'Esecutivo, come conferma il Presidente del Consiglio dei ministri, Mario Draghi, è *“semplificare, migliorare, chiarire le procedure di un settore, come quello del public procurement,*

⁴⁵⁹ *L'Italia deve rimboccarsi le maniche per rispettare il cronoprogramma del Pnrr*, di Marcello Clarich, MilanoFinanza, 9 febbraio 2022.

⁴⁶⁰ Saluto del ministro Brunetta in video collegamento con l'Università Bocconi, Pnrr, *Brunetta ai liceali: “Riavviamo gli ascensori sociali: le riforme per una Pa piena di opportunità per i giovani”*, testo consultabile presso il sito web istituzionale del Ministero della pubblica Amministrazione, 7 marzo 2022.

fondamentale per l'economia del Paese. I progetti di riforma, ribadisce, sono molto ambiziosi e non devono mancare determinazione e perseveranza nel realizzarli."⁴⁶¹

Determinazione e perseveranza, per essere protagonisti di una vera svolta.

Si badi, si impone rapidità ma anche consapevolezza e qualità dell'operato, muovendo scelte meditate e mirate.

Evitando che l'ansia di tagliare "lacci e laccioli", come direbbe Guido Carli, sia talmente forte da demolire l'intero ordinamento.

⁴⁶¹ *Frattini (Cds): Pnrr occasione irripetibile, ora riforma Codice appalti - Avvocati, atti più sintetici*, di Francesco Machina Grifeo, Norme e Tributi Plus, il Sole24Ore, 22 febbraio 2022.

BIBLIOGRAFIA:

- A. Berlinguer, L'arbitrato amministrato, in *Arbitrato, ADR, conciliazione*, opera diretta da M. Rubino, Sammartano, Bologna, Zanichelli, 2009, 409 ss.
- A. Bonanni e G. Matteucci, Caro materiali: dalla conversione del decreto sostegni-ter importanti novità sul fronte degli accordi quadro e del collegio consultivo tecnico, *Piselli & Partners*, 30 marzo 2022.
- A. Botto, G. Fidone, Quindici proposte per la riforma degli appalti pubblici, *il Foglio*, 22 Giugno 2020,
- A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino: G. Giappichelli, 2020.
- A. Briguglio, G De Nova, A. Giardina, *Rivista dell'arbitrato*, anno XXVI, n. 2/2016, 331.
- A. Bruni, La conciliazione delle controversie: un metodo antico con un cuore moderno, *Mediaries. Semestrale sulla Mediazione*. n. 5/2005, p. 163-187.
- A. Buonfrate, L'arbitrato del codice dei contratti pubblici, in Rubino Sammartano, *Il diritto degli arbitrati, disciplina comune e regimi speciali* (cura di), Padova, 2010, II, 1427.
- A. Cancrini, Le Varianti in corso d'opera, 29 aprile 2020. <https://www.youtube.com/watch?v=EKplitaZfVI&t=370s>.
- A. Cianflone, Antonio, G. Giovannini, e V. Lopilato. *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2018.
- A. Cicu e aa.vv., *Il contratto in generale*, Milano: Giuffrè, 2014. Print.
- A. Di Leo, L'immediata impugnazione del bando di gara: le clausole recanti oneri sproporzionati e manifestamente eccessivi, nota a TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 24 luglio 2017, n. 1666, in www.italiappalti.it, 2017.
- A. Gargiulo, Transazione e inadempimento in tempo di Covid in *JurisNews.it*, 6 maggio 2020.
- A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012
- A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici. Report annuale 2013 Italia*, in *Ius Publicum Network Review*.
- A. Gigliola, S. Fidanza L'articolo 106 nel nuovo codice. Modifica di contratti durante il periodo di validità, 14 luglio 2016, in *ItaliAppalti*.
- A. Lamanna, M. Bozza, Le Riserve nel Codice dei Contratti Pubblici alla luce del D. Lgs. n. 32/2019, Lo strano caso dell'art. 1 comma 10 in riv. giur. *Filodiritto.it*, 15 giugno 2021.
- A. Sciumè e D. Tassan Mazzocco, *Il nuovo capitolato generale dei lavori pubblici*, Milano Giuffrè, 2011.
- A. Tessera, *I contratti per la risoluzione delle controversie*, Giappichelli editore, Torino 2019.
- A. Varlaro Sinisi, Commento all'art. 116, in F. Caringella e M. Protto, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, Dike, 2017.
- A.M. Bernini, *L'arbitrato amministrato: il modello della Camera di commercio internazionale*, Padova, 1996, 28 ss.

Aa. Vv., Appalti pubblici di D. Galli, D. Gentile e V. Paoletti Gualandi, Milano, Ipsoa, 2015.

Acciaio su del 130% in 12 mesi: cantieri messi a rischio dalla fiammata dei prezzi in edilizia, NT+ Enti locali ed Edlizia, il Sole24ore, 22 marzo 2021 di Edoardo Bianchi.

AISCAT, Audizione AISCAT nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 2330, recante Delega al Governo in materia di contratti pubblici, 19 ottobre 2021, pag. 4.

ANAC, Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione, 4 agosto 2020.

ANAC, parere 11 aprile 2013, AG13.

ANCE, DDL n. 2330/S Delega al Governo in materia di contratti pubblici AUDIZIONE COMMISSIONE LAVORI PUBBLICI – SENATO, 19 ottobre 2021, p. 7.

Andrea Carli, Recovery Fund, tutto quello che c'è da sapere in 10 domande e risposte, IlSole24Ore, 17 settembre 2020.

Arbitrati, sempre più imprese li preferiscono ai tribunali, di Federico Unnia su ItaliaOggi, 15 febbraio 2021

Arbitrato, aa. vv., IPSOA marzo 2020, 2.

B Lubrano, L'accordo bonario, in Rimedi giudiziali e stragiudiziali nel contenzioso nei contratti pubblici, Roma, 2012

B. Civilla e D. Giannini, La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo codice appalti, Giuffrè editore-Officina del Diritto, 2017, 45 ss.

C. Campegiani e C. Papi, L'arbitrato amministrato in materia di lavori pubblici, Gli effetti della sentenza del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003, in Giust. Civ., 2004, II, 345 ss

C. Costanzi, Dal dispute board al Collegio consultivo tecnico. Profili comparatistici, diacronici e critici della semplificazione all'italiana, in Riv. giur. AmbienteDiritto.it Anno XXI Fascicolo 2/2021, p. 9 ss.

C. Lamberti, L'accordo bonario nel Codice degli appalti, in Urb. e appalti, 2008, 4, 417.

C. Leone, Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti, Milano, Giuffrè 2017.

C. Vaccà, L'arbitrato negli appalti pubblici, privati, internazionali, Giuffrè collana Isdaci - strumenti per le imprese, 2007, 236 ss.

C.M. Bianca, Il contratto, Giuffrè, 15 giugno 2019.

Caro materiali e appalti pubblici, le novità normative a cura di R. Berloco, P. Falcicchio, aprile 2022, www.legal-team.it.

CGIL, CISL, UIL, DDL 2330, "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Osservazioni ed emendamenti di CGIL, CISL, UIL, 16 novembre 2021, Roma, p.2.

Compensazione prezzi: in Gazzetta Ufficiale il secondo decreto del MIMS, su rivista tecnica online, www.lavoripubblici.it

Confartigianato Imprese, Audizione informale nell'ambito dell'esame dell'A.S. 2330 "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", 9 novembre 2021, p. 7.

Confindustria Federbeton, Esame del disegno di legge di Delega al Governo in materia di contratti pubblici (S. 2330), 9 novembre 2021, p. 5.

Confindustria Servizi HCFS, Audizione del Presidente di Confindustria Servizi, Hygiene, Cleaning & Facility Services, Labour Safety Solutions Lorenzo Mattioli, 16 novembre 2021, p.3.

Consiglio di Stato e ANAC, Ufficio Studi, Massimario e Formazione. Analisi di impatto del contenzioso amministrativo in materia appalti, biennio 2015-2016, biennio 2017-2018. Consultabile presso il sito web del Consiglio di Stato.

Contrattualistica FIDIC e sistemi di Civil law, informazione Pavia & Ansaldo, consultabile presso <https://www.pavia-ansaldo.it/contrattualistica-fidic-e-sistemi-di-civil-law/>.

Crisi dell'energia e delle materie prime, uno studio ipotizza gli impatti sulle spese di Natale, Codacons 28 ottobre 2021.

D. Borghesi, Il regolamento di procedura della Camera arbitrale per i lavori pubblici, in Corr. Giur., 2001, n.7, 950.

D. Garofalo, Appalti e lavoro, v.1 disciplina pubblicistica, Giappichelli Editore, 2017, 812.

D. Giannini, B. Civilla, Il ruolo residuale (e marginale) attribuito alla transazione in La risoluzione alternativa delle controversie nel nuovo codice appalti, Giuffrè Officina del Diritto, 2017, 36.

D. Rubino, Ingerenza del committente, autonomia e responsabilità dell'appaltatore, in Giur. compl. cass. civ., 1946, I, 21.

D. Spinelli, I termini di esecuzione dell'appalto, in www.veneziastudisrl.it, maggio 2009.

De Lise, "Commento all'art. 31-bis", in L. Giampaolino, M.A. Sandulli, G. Stancanelli, Commento alla legge quadro sui lavori pubblici sino alla Merloni ter, Milano, 1999.

Delibera ANAC 14 giugno 2017 n. 643.

Delibera ANAC n. 206 del 9 marzo 2021.

Delibera n. 591 del 28 luglio 2021 ANAC.

Deliberazione n.106 del 13 dicembre 2006. ANAC.

Dossier Legge Europea 2019-2020, Schede di Lettura, A.S. n. 2169, Servizio studi, Dipartimento Affari comunitari Senato. Consultabile tramite <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01210765.pdf>

D'onofrio, Della transazione, in Comm. c. c. a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, Delle obbligazioni, art. 1960-1991, Bologna-Roma, 1974, sub art. 1976, 282 ss.

E. Bernini, L'arbitrato amministrato, in C. Cecchella, L'arbitrato, Torino, 2005, 381 ss.

- E. Capaccioli, *Riserve e collaudo nell'appalto di opere pubbliche*, Giuffrè, Milano 1960
- E. Fazzalari, *Ancora sull'imparzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.*, 1998, p.1-6;
- E. Odorisio, *L'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici*, in C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed. III, Padova, Cedam, 2012, 231.
- E. Odorisio, *L'arbitrato nel codice dei contratti pubblici*, in C. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II ed., III, Padova, Cedam 2012, 178 ss.
- E. Zucconi Galli Fonseca, *La nuova disciplina dell'arbitrato amministrato*, in *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 2008, n.3, 999 ss.
- Edil-lab, *Le riserve negli appalti pubblici per lavori*, Napoli, 2017
- EY Italy, *La rinnovata forza attrattiva del sistema Italia*, di Marco Daviddi, 22 giugno 2021.
- F. Auletta, *Arbitri e responsabilità civile*, in *Riv. arb.*, 2005, p. 745-772
- F. Bussetti, C. Giorgiantonio, G. Ivaldi, S. Moschetti, A. Notarpietro, P. Tommasino, *Capitale e investimenti pubblici in Italia: effetti macroeconomici, misurazione e debolezze regolamentari*, in «*Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*», Ottobre 2019.
- F. Campione, *Il c.d. decreto semplificazioni e la figura del Collegio Consultivo Tecnico: fugaci spunti critici*, in *Judicium*, 2020, 4 s.
- F. Caringella, *Contratti. Normativa e giurisprudenza ragionata*. Milano, Giuffrè 2008.
- F. Carpi, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. arb.*, 2018.
- F. Carresi, *Della cessione dei beni ai creditori*, in M. D'Amelio, E. Finzi (diretto da), *Commentario del Codice civile*, vol. II, Barbera, Firenze, 1949.
- F. Macario, *Le sopravvenienze in Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, Milano, Giuffrè 2006
- F. Santoro Passarelli, *La transazione*, Jovene 1986, 83.
- F. Santoro Passarelli, *L'accertamento negoziale e la transazione*, in *riv trim. dir. proc. civ.*, 1956, 16 ss.
- Francesco Manacorda, *“Intervista al presidente dell'Anticorruzione”*, 23 maggio 2021, la Repubblica.
- Frattoni (Cds): *Pnrr occasione irripetibile, ora riforma Codice appalti - Avvocati, atti più sintetici*, di Francesco Machina Grifeo, *Norme e Tributi Plus*, il Sole24Ore, 22 febbraio 2022.
- G. Buongiorno, *Inammissibilità del giuramento nel processo arbitrale*, in *Rivista dell'arbitrato*, 1992, n.4, 757.
- G. Gennari, *La risoluzione della transazione novativa*, Giuffrè, Milano, 2005, 1.
- G. Gitti, *L'oggetto della transazione*, Milano, 1999, 109.
- G. Greco, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato - i contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986, 419 e ss.

G. Leone, Elementi di diritto processuale amministrativo, Cedam, gennaio 2021, 499 ss.

G. Musolino, La categoria del contratto derivato ed il subappalto, in Riv. trim. app., 2003.

G. Pongelli, La transazione novativa, CEDAM, maggio 2020, 6.

G. Verde, Diritto dell'arbitrato rituale, II, Torino, 2000.

G.G. Franco, Il dispute Board e l'ordinamento arbitrale italiano. Test di compatibilità, in Riv. trim. app., 2019

G.M. Esposito e aa.vv., Codice dei contratti pubblici, vol. II, UTET Giuridica, 2017, in commento all'art. 210, 2422.

Gabriele Chiarini, I tempi della giustizia civile in Italia, NT+, Il Sole24Ore, di, 7 gennaio 2021.

Gruppo FS, Esame del disegno di legge delega di riforma del codice dei contratti pubblici (AS 2330), p. 7.

I. Biamonti, Arbitrato (diritto processuale civile), in Enc. dir., II, Milano, 1958, 940.

I. Coppola, Recesso e risoluzione nel contratto pubblico di appalto, in "Cammino diritto", 2017.

I. Lombardini, Il nuovo assetto dell'arbitrato, Milano, Giuffrè 2007, 254.

IGI, Delega al Governo in materia di contratti pubblici A.S. 2330, Audizione, p. 7, 9 novembre 2021, Roma.

Indicazioni in ordine all'avvio del fascicolo virtuale dell'operatore economico, Comunicato del Presidente ANAC del 29 novembre 2021.

Investimenti pubblici e burocrazia: cause, costi sociali e proposte a cura dell'Università Tor Vergata, Fondazione Promo P.A. in collaborazione con Ance, gennaio 2020.

L. V. Moscarini, e N. Corbo, voce Transazione (Diritto civile), in Enc. Giur. Treccani, XXXI, Roma, 1994, p. 9

La durata dei ricorsi amministrativi in Italia, di Fabio Angei e Federica Paudice, 11 luglio 2020 Osservatorio sui conti pubblici italiani.

La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, Giappichelli, 2013, 146.

L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale, ANAC relazione annuale 2020.

M. Agliata, Direzione dei lavori, d.m. 49/2018: abrogazioni, problematiche e vuoti normativi, in www.ediltecnico.it, 2018.

M. Corradino, D. Galli, D. Gentile, M.C. Lenoci e C. Malinconico, I Contratti pubblici, Milano Ipsoa, 2017.

M. Corradino, S. Sticchi Damiani aa.vv. I nuovi appalti pubblici. Commento al d.lgs. 18 aprile 2016, n.50 e successive modifiche, Giuffrè 2021.

M. De Paolis, Le controversie sui contratti pubblici, CEDAM maggio 2010.

M. De Paolis, Responsabilità per transazione nelle attività della PA in Azienda Italia, 2015, 427.

- M. Del Signore, La transazione e l'arbitrato nel codice dei contratti pubblici, in I contratti pubblici di lavori servizi e forniture, a cura di R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli e G. Saia, II, Padova, CEDAM, 2014, 2055.
- M. Delfino, La risoluzione delle controversie nei contratti pubblici, in L'appalto pubblico e privato, a cura di V. Di Gregorio, Torino, Utet, 2013, 583.
- M. Frontoni, L. Savelli Subappalto ed avvalimento. Tra qualificazione ed esecuzione nel codice dei contratti pubblici, Torino; Giappichelli, 2018.
- M. Lipari, L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.
- M. Nunziata, Il dispute board nei contratti di appalto internazionali, Giappichelli Torino, febbraio 2021, 48.
- M. Padovan, In merito al collegio consultivo tecnico, alcuni spunti comparatistici, in Riv. trim. app. 2017 n.6.
- M. Stolfi, Obbligazioni dell'operatore. L'autonomia dell'appaltatore. Appalto (contratto di) [II, 1958], in Enciclopedia del Diritto.
- M.A. Sandulli e R. De Nictolis, Trattato sui contratti pubblici, vol IV, 213. Milano: Giuffrè Francis Lefebvre, 2019.
- M.C. Mesiano Studio legale Carlone Cecchinelli Di Gregorio news, consultabile presso <https://studiodilegaleccdg.it/coronavirus-leccessiva-onerosita-sopravvenuta-della-prestazione>
- M.G. Amorizzo, "L'accordo bonario", in AA.VV., La tutela in materia di appalti pubblici, Napoli, 2007.
- Marcello Clarich, L'Italia deve rimboccarsi le maniche per rispettare il cronoprogramma del Pnrr, MilanoFinanza, 9 febbraio 2022.
- Materie prime alle stelle, si teme per l'escalation dei prezzi, Codacons 10 novembre 2021.
- Morese, Transazione novativa e transazione conservativa: caratteri distintivi, in Vita not., 2006, p. 1311 ss.
- Osservatorio CPI, Come ridurre i tempi della giustizia civile, Una proposta di Mario Barbuto, Carlo Cottarelli, Alessandro De Nicola e Leonardo D'Urso, 5 giugno 2020, consultabile su sito web istituzionale: <https://osservatoriocpi.unicatt.it/cpi-archivio-studi-e-analisi-come-ridurre-i-tempi-della-giustizia-civile>
- P. Carbone, La disciplina della sospensione dei lavori nel d.P.R. 21 dicembre 1999, n.554 e nel d.m. 19 aprile 2000 n.145, in Riv. trim. app., 2002.
- P. Carbone, L'inopinata "resurrezione" del collegio consultivo tecnico, in Riv. Trim. degli appalti, 4/2019, 1160.
- P. Carbone, Riserve, transazione e accordo bonario negli appalti di lavori, servizi e forniture, Santarcangelo di Romagna, Maggioli 2015, 271.
- P. Carbone, "Brevi considerazioni sull'accordo bonario per la definizione delle controversie nell'esecuzione di opere pubbliche", in Riv. Trim. Appalti, 2000.
- P. Cosmai e R. Iovino, La gestione del contenzioso giudiziale e stragiudiziale, Milano, Ipsoa 2016.

- P. Ferrua, La ragionevole durata del processo tra Costituzione e Convenzione europea, *Questione Giustizia* n.1/2017.
- P. La Pesa, il recesso, in *Contratti pubblici*, a cura di M. Corradino, D. Galli, D. Gentile, M.C. Lenoci, C. Malinconico, Ed. Wolters Kluwer, Milanofiori Assago 2017.
- P. Perlingieri, Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento, in *Comm. c. c.* a cura di Scialoja e Branca, Libro IV, Delle obbligazioni, art.1230-1259, Bologna-Roma, 1975, 100 ss. (v. ora riproduzione anastatica del volume, con introduzione di V. Rizzo, Napoli, 2019).
- P. Piselli e S. De Marinis, Cinque interventi in 6 mesi: il complicato (e incompleto) puzzle normativo contro il caro-materiali, NT+ Enti Locali & Edilizia, *IlSole24Ore*, 25 marzo 2022.
- P. Piselli, La disciplina delle varianti nel nuovo codice degli appalti, in www.piselliandpartners.com, 11 aprile 2016.
- P.L. Gianforte, Dissertazioni varie sulla contabilità dei lavori, in www.lavoripubblici.it, 2017
- Paper di Confindustria del 2 luglio 2021, Prezzi delle materie prime e pandemia da COVID-19. Alcune considerazioni sulla gestione dei contratti.
- Parere del Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili n. 731 del 18 settembre 2020.
- Parere MIMS 901 del 2021.
- Perfetti, Luca R. *Codice dei contratti pubblici commentato*, Seconda edizione. Assago: Wolters Kluwer, 2017.
- Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, Audizione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Daniele Franco, 22 febbraio 2022, p. 33.
- Polis-Lombardia, *Le infrastrutture: snodo cruciale per la ripresa economica, tra regole, legalità e realizzazione*; Convegno di studi, Milano, 22 Ottobre 2019.
- R. Berloco, Aumento costi materiali da costruzione. Il ritorno auspicato della revisione dei prezzi. Punto al diritto, consultabile <https://www.youtube.com/watch?v=v9-gq-Y6rw>
- R. Berloco, Caro materiali. Anticipazione per la compensazione prezzi straordinaria: nuove norme, stesse incertezze, *Legal Team news*, 22 marzo 2022.
- R. Berloco, Collegio Consultivo Tecnico: in *Gazzetta* le linee guida MIMS, *LavoriPubblici.it*, 14 marzo 2022.
- R. Berloco, Collegio consultivo tecnico: pubblicate le Linee guida del MIMS, 26 gennaio 2022, su *Legal Team news*, consultabile presso <https://legal-team.it/collegio-consultivo-tecnico-linee-guida-mims/>
- R. Berloco, *Le riserve nell'ambito dei lavori pubblici*, Grafill 2019.
- R. Berloco, P. Gianforte, *Riserve per costi extra Covid-19 nell'ambito dei lavori pubblici*, Grafill 2020.
- R. Berloco, Punto al diritto. Appalti: riserve. consultabile tramite <https://www.youtube.com/watch?v=rDxaP05PsAc>

R. Berloco, webinar 28 gennaio 2022, Linee Guida MIMS Collegio consultivo tecnico: commento in attesa di pubblicazione, Punto al diritto, consultabile presso <https://www.youtube.com/watch?v=sacA03v9mkw&t=460s>.

R. Brunetta ai liceali: “Riavviamo gli ascensori sociali: le riforme per una Pa piena di opportunità per i giovani”, 7 marzo 2022, consultabile tramite sito web istituzionale del Ministero della Pubblica Amministrazione.

R. Carleo, La prevenzione delle controversie negli appalti (DAiC – Dispute Avoidance in Construction), in DeS, 3, 2019, Editoriale Scientifica srl., pp. 527-544, scritto destinato agli Atti del II Forum Internazionale del Gran Sasso (Teramo, 20-22 giugno 2019) “La prevenzione, via per un nuovo sviluppo”

R. De Nictolis, Gli appalti pubblici nell'emergenza sanitaria, Zanichelli editore, 2020, 150 ss.

R. De Nictolis, R. Garofoli, N. Lipari, “Commento all'art. 31 bis”, in F. Caringella (a cura di), La nuova legge quadro sui lavori pubblici, Milano, 1998.

R. Dipace, L'arbitrato (artt. 241-243, d.lgs. 163 del 2006) in Codice degli appalti pubblici, a cura di A. Cancrini, C. Franchini e S. Vinti, Torino, Utet, 2014, 1433.

R. Garofoli e G. Ferrari, La nuova disciplina degli appalti pubblici. Roma, Neldiritto, 2016.

R. Garofoli, G. Ferrari, Codice degli appalti pubblici, Roma, 2007.

R. Magnani, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com, 2018

R. Magnani, Subappalto, il Tar Lombardia spiega come distinguerlo dal contratto di cooperazione in commento a sent. Tar Lombardia, Sez. IV, 1 dicembre 2021, n. 2647, il Sole24ore. enti locali e edilizia, 13 dicembre 2021.

R. Magnani, Varianti, dubbi sul tetto al 50 per cento. Ridotti gli spazi per le modifiche motivate con errori di progettazione, in edil. terr., Dossier n.4, Il nuovo codice appalti, poteri dell'ANAC, stazioni appaltanti ed imprese: tutte le novità del testo del d.lgs. 50/2016, 4 giugno 2016, in www.ediliziaeterritorio.ilsole24ore.com.

Relazione sull'attività della giustizia amministrativa, Consiglio di Stato, 22 febbraio 2022.

RPT, AS 2330 – Delega in materia di contratti pubblici Audizione presso 8^a Commissione (Lavori pubblici, comunicazioni), p. 6.

S. Cimini, Commento all'art. 239, in Commentario al codice dei contratti pubblici, diretto da G.F. Ferrari e G. Morbidelli, Milano, Egea, 2013.

S. De Marinis, Subappalto: dal 1° novembre la nuova disciplina a regime. Piselli & Partners. <https://www.piselliandpartners.com/news-di-settore/subappalto-dal-1-novembre-la-nuova-disciplina-a-regime/>

S. Lombardo A. Cirafisi, Manuale dei lavori pubblici, Milano, Giuffrè, 2005.

S.A. Romano, L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: aggiornato al Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice degli appalti, Milano: Giuffrè, 2011. Print.

T. Galletto, La mediazione civile nello spazio giudiziario europeo e in Italia, Editore Aracne, Roma 2014, 4.

T. Galletto, La transazione: complessità dell'istituto ed attualità della funzione, in Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., n. 4/2013, 23;

Ufficio Osservatorio Studi e Analisi banche dati ANAC, Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici, 1°quadrimestre 2021, 24 Settembre.

Ufficio Osservatorio Studi e Analisi banche dati ANAC, Rapporto quadrimestrale sul mercato dei contratti pubblici, 2°quadrimestre 2020

UTILITALIA, Federazione utilities, Audizione VIII Commissione Senato sullo schema di disegno di legge recante delega al Governo in materia di contratti pubblici (AS2330), p. 10, 9 novembre 2021, Roma.

GIURISPRUDENZA:

Cass. 7 settembre 1977, n. 3906, in Arch. giur. oo.pp., 1978, I sem., parte II, 10.

TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 5 luglio 2018 sent. n.1553.

CGUE, 10 novembre 2016, causa C-162/16, Spinosa Costruzioni Generali s.p.a. e Melfi s.r.l.c.

TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 27 luglio 2018 n. 1855.

Consiglio di Stato Sez. V, 7 febbraio 2017, sent. n. 815.

Consiglio di Stato sez. III, 27 aprile 2018, sent. n.2554.

Consiglio di Stato Ad. Plen, 2 aprile 2020, n. 10.

CGUE, 14 luglio 2016, C.298/15.

TAR Lombardia, 19 gennaio 2018, ord. n. 148.

CGUE sez. V, 26 settembre 2019, C-63/18, Vitali SpA.

TAR Lazio Roma, sez. III quater, 15 dicembre 2020, sent. n.13527.

Consiglio di Stato, 12 settembre 2019, sent. n.6148.

Consiglio di Stato, 1 aprile 2016, parere n. 855.

CGUE Sez. VIII, 7 settembre 2016, C-549/14 Presstext.

Consiglio di Stato sez. V, 5 dicembre 2008 n. 6046.

TAR Lombardia, Sez. IV, 1 dicembre 2021, n. 2647.

Consiglio di Stato, sez. V, 27 ottobre 2021, sent. n. 7218.

Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2021, sent. n. 1808.

Consiglio di Stato, sez. V, 12 maggio 2020, sent. n. 2969.

Cons. di Stato, V, 24 ottobre 2013, sent. n. 5160.

CGUE, 13 aprile 2012, C-91/08.

Consiglio di Stato, 29 maggio 2019, sent. n. 3588.

TAR Lombardia Milano, Sez. IV, 24 luglio 2017, n. 1666, in www.italiappalti.it, 2017.

Cass. 18 aprile 1975, n. 1458, in Mass. Foro it., 1975, 340.

Cass. Civ., sez. I, 9 novembre 2018, n. 28801.

Cass. civ., Sez. I, 19 maggio 2014, n. 10949.

Corte d'appello di Catania, 12 febbraio 2020, sent. n. 382.

Cass. Civ. Sez. I, 20 marzo 2018, sent. n.6968.

Cass. civile, sez. I, 5 agosto 2016, sent. n.16537.

Consiglio di Stato Sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5958.

Cass. civ. Sez. lavoro, Sent. 26 giugno 2009, n. 15073.

Cass. Civ. sez. I, 21 novembre 2018, n. 30102.

Cass., 7 luglio 2011, n. 15013.

Cass. Civ. sez. I, 13 novembre 2018, n. 29197

Consiglio di Stato, sez. V, 22 marzo 2016 n.1174.

Tribunale di Roma, sez. VI, ord. del 27 agosto 2020,

Tribunale di Firenze, sez. II, 10 dicembre 2021, sent. n. 2471.

T.A.R. Catania, Sezione I, 17 aprile 2003, n. 661.

Corte Costituzionale sent. n. 94 del 4 maggio 2017.

Cass. civ., II, 19 maggio 2003, n. 7830.

Corte dei Conti Lombardia, 14 aprile 2018 n. 108.

Cass. Civ, 16 febbraio 1957 n. 565.

Corte dei Conti Emilia-Romagna, 30 gennaio 2018, n.27.

Cass. civ., sez. II, 4 maggio 2015, n.8917.

Cass. civ., sez. II, 25 ottobre 2013, 24169.

Cass. civ., sez. II 17 agosto 1990 n. 8330.

Cass. civ. lav. 2 agosto 2007, n. 17015.

Cass. civ. sez. III, 3 aprile 2003 n. 5139.

Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2002 n.6281.

C. Giust. CE 5 ottobre 2000, C-337/984, Commissione c. Francia.

C. Giust. CE, 29 aprile 2004, C-469/99, Commissione c. CAS Succhi di frutta Spa.

Cass. 25 ottobre 2013, ord. n. 24153, in Foro it., 2013, I, 3407.

Consiglio di Stato, sez. IV, 2 luglio 2018, n.4005.

Cass. 31 gennaio 2007 sent n. 2201.

Cass. 16 dicembre 1992, n.13263

Consiglio di Stato, sez. affari normativi, comm. spec., n.2781 del 2018.

Cons. Stato, sez. VI, 11 marzo 2019, n. 1622.

TAR Lazio 3 novembre 2006, sent. n.1087.

Corte costituzionale, 8 giugno 2005, n. 221.

Cass., Sez. II, 7 maggio 2013, n. 10599.

TAR Piemonte, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 659.

Corte costituzionale, 9 maggio 2013, sent. n. 85.

Corte costituzionale, 22 gennaio 1982, sent. n.18.

SSUU Corte di Cassazione sentenza n. 5172 del 1979..

TAR Lazio, ordinanza 19 aprile 2022.

SITOGRAFIA

<https://www.gazzettaufficiale.it/>

<https://www.altalex.com/>

<https://www.giustizia-amministrativa.it/>

<https://www.sentenzeappalti.it/>

<https://dejure.it/#/home>

<https://www.cortecostituzionale.it/default.do>

<https://www.appaltiecontratti.it/>

https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54280_documenti.htm

<https://onelegale.wolterskluwer.it/>

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/it/

<https://www.anticorruzione.it/>

<http://www.italgiure.giustizia.it/sncass/>

<https://osservatoriocpi.unicatt.it/>

<https://www.funzionepubblica.gov.it/>

<https://www.normattiva.it/>

<https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/>

<https://www.milanofinanza.it/>

<https://www.lavoripubblici.it/>

<https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do?lang=it>

<https://www.repubblica.it/>

https://www.ey.com/it_it/attractiveness/21/ey-attractiveness-survey-italia

<https://www.pavia-ansaldo.it/news/>

<https://studiolegaleccdg.it/coronavirus-leccessiva-onerosita-sopravvenuta-della-prestazione/>

<https://legal-team.it/news/>

<https://www.cancriniepartners.it/news/>

https://www.treccani.it/magazine/diritto/enciclopedia_giuridica/l_opera/mainArea.html

<https://www.ilfoglio.it/economia/2020/06/22/news/quindici-proposte-per-la-riforma-degli-appalti-pubblici-321300/>

https://www.youtube.com/channel/UCCgWwqHVHmsoxi0YGVn3_uA

<https://www.youtube.com/channel/UCLRyzQOieteTwIjbimn5gow>

https://access.torrossa.com/en/catalog?fq%5B0%5D=bibliographic_level%3Atr&rows=100&sort=title_sort+asc%2C+pub_date+desc&start=0&page=0#

<http://www.italiadecide.it/>

<https://codacons.it/benzina-codacons-taglio-accise-25-cent-insoddisfacente-consumatori-delusi/>

<https://www.piselliandpartners.com/news/>