



Autorità Nazionale Anticorruzione

CAPITOLO 13

L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale

In pendenza della complessa procedura per il recepimento delle direttive europee del 2014, il 2015 ha rappresentato per l'arbitrato, come per molti altri istituti attinenti alla contrattualità pubblica, il tempo dell'attesa. Per l'arbitrato, peraltro, tale attesa è stata anche contrassegnata da forti tratti di ondivaga incertezza circa l'esito della futura disciplina, secondo modalità che sono sembrate quasi riprodurre in un arco di tempo assai limitato quelle vicende di discontinuità storicamente caratterizzanti l'atteggiamento del legislatore nazionale sul tema del trattamento delle modalità alternative di risoluzione delle controversie in esame, e in particolare proprio dell'arbitrato. Basti guardare, a tale proposito, alle varie formulazioni assunte dalla disposizione rilevante in tema rispetto al testo originario del disegno di *Legge delega* presentato dal Governo alla fine del 2014: in quel testo il criterio previsto era genericamente costituito dalla "razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto"; successivamente, nei vari passaggi al Senato e alla Camera, tra Aula e Commissioni competenti, l'obiettivo stesso della razionalizzazione è stato inteso prima come "limitazione del ricorso alle procedure arbitrali", poi precisato nell'oggetto (anche attraverso esitanti operazioni grammaticali) fino a comprendere pure quelle amministrative, per poi pervenire all'approdo definitivo, da ultimo sancito nella l. 11/2016, dal co. 1, lett. aaa), come criterio direttivo per il legislatore delegato, consistente nella formula della razionalizzazione intesa come «esclusione di procedure arbitrali diverse da quelle amministrative».

Alla fine, comunque, la scelta di fondo del legislatore - che rappresenta certamente l'innovazione principale in materia (anche se in ogni modo delle altre novità verrà dato conto nel prosieguo del capitolo) - è sembrata convergere con l'auspicio avanzato in questa sede, all'interno della *Relazione* presentata dall'ANAC al Parlamento nello scorso anno, laddove veniva espressa la convinzione che una funzione di arbitrato opportunamente revisionata nella direzione della trasparenza e della efficienza in quanto assistita e garantita da un organismo neutro e imparziale come la Camera arbitrale costituita presso l'ANAC avrebbe potuto essere in grado di agire nel senso della deflazione del contenzioso giudiziale in un settore di assai rilevante interesse per l'economia nazionale, con effetti di riduzione dei tempi e soprattutto dei costi complessivamente connessi a singole operazioni contrattuali. E tale auspicio veniva allora formulato prendendo come spunto - pur con tutte le distinzioni che il riferimento imponeva - e quasi come parametro della riflessione in tema la presa d'atto della costante e anzi crescente vitalità della funzione di precontenzioso esercitata dall'AVCP e poi dalla stessa ANAC per la fase di aggiudicazione; da questo punto di vista si può ritenere,



Autorità Nazionale Anticorruzione

infatti, che non sia un caso che nel *Nuovo Codice*, emanato con il d.lgs. 50/2016, siano parimenti ricomprese disposizioni che operano nella direzione del consolidamento e del rafforzamento anche di quest'ultima funzione.

Questa stagione di attesa non è comunque trascorsa senza l'accadimento di fatti meritevoli di specifica segnalazione sia sul piano dell'ordinamento generale che sul piano dell'ordinamento amministrativo.

Con riguardo al primo, occorre fare riferimento alla sentenza n. 108, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, proposta nell'ambito di una procedura arbitrale, dell'art. 1, co. 19 e 25, della l. 190/2012, laddove è prevista, rispettivamente, la necessità della preventiva autorizzazione motivata all'arbitrato da parte dell'autorità di governo dell'amministrazione a pena della nullità della clausola compromissoria, nonché l'applicazione di tale prescrizione anche alle clausole compromissorie inserite nei contratti pubblici anteriormente all'entrata in vigore della stessa *legge 190*. Va detto, peraltro, che seppure dalla pronuncia risultino pienamente confermate e avvalorate le ragioni e le esigenze di tutela degli interessi (anche "oggettivamente") pubblici, in particolare di contrasto alla corruzione ed alla illegalità, in funzione delle quali le disposizioni legislative in oggetto sono state introdotte, la medesima pronuncia - in larga misura fondata sul riconoscimento della discrezionalità del legislatore al riguardo - non è stata ritenuta aver dissipato tutti i dubbi che da più parti sono stati sollevati nei confronti della sicura conformità delle richiamate disposizioni della l. 190/2012 rispetto ad alcuni parametri costituzionali; tanto è vero che successivamente, con ordinanza di altro collegio (iscritta nei ruoli della Corte con il n. 238/2015), è stata nuovamente proposta la questione di legittimità costituzionale nei confronti delle stesse disposizioni, essendo stata in particolare ritenuta dal collegio *a quo* non conforme ai principi costituzionali la mancata assimilazione all'autorizzazione prevista dalla legge di quei comportamenti concludenti e di quegli atti formali, specie ove reiterati, che consentano di rilevare la conclamata ed incontrovertita volontà della parte pubblica di coltivare l'arbitrato. Questione però da ultimo dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale con l'ordinanza n. 99/2016.

Con riguardo al secondo, occorre fare riferimento a tre delibere generali, esternate nelle forme di altrettanti comunicati, con le quali la Camera arbitrale, nella mutata composizione soggettiva operante dal febbraio 2015, ha inteso aggiornare e revisionare (anche in via sostitutiva di delibere assunte negli anni precedenti), proprio in funzione di una più certa garanzia in termini di trasparenza, integrità ed efficienza dello svolgimento dell'istituto arbitrale per quanto sottoposto alla sua giurisdizione, portata e contenuti delle regole generali in conformità alle quali la Camera medesima esercita alcuni dei principali compiti ad essa assegnati dalla legge. Si tratta, in particolare, del comunicato n. 1, relativo alla definizione in via interpretativa dei requisiti per l'iscrizione all'albo degli arbitri degli avvocati iscritti agli albi professionali ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione; del comunicato n. 2, relativo ai



Autorità Nazionale Anticorruzione

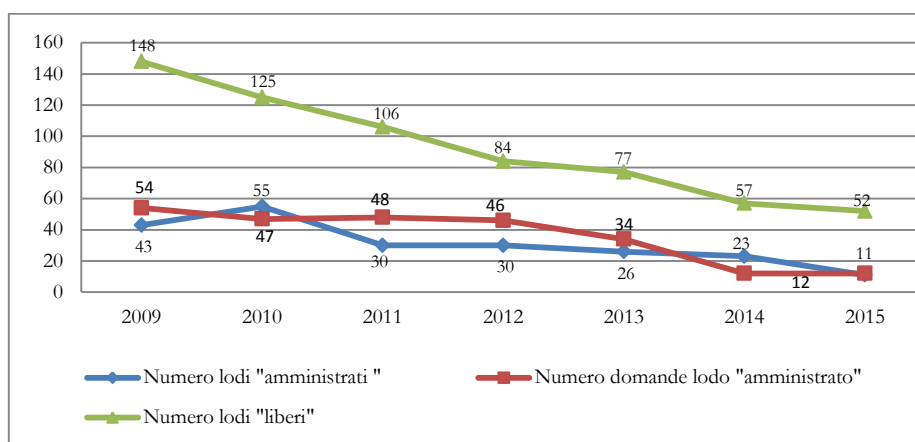
procedimenti per la liquidazione di compensi dovuti ad arbitri, consulenti tecnici e segretari e alla disciplina da osservare ai fini del trattamento delle relative istanze; del comunicato n. 3, relativo ai criteri per la liquidazione degli onorari e delle spese di consulenza tecnica.

13.1 I numeri dell'incertezza e una prima verifica delle innovazioni normative

Lo stato di incertezza nel quale è trascorso il 2015 non ha certo favorito l'inversione del fenomeno di decremento nell'utilizzo dell'istituto arbitrale per le controversie insorte nell'esecuzione dei contratti pubblici emerso negli anni più recenti e già segnalato nelle precedenti *Relazioni* annuali.

Innanzitutto, il numero, pari a 12, delle domande di arbitrato "amministrato" dalla Camera arbitrale costituita presso l'Autorità ai sensi dell'art. 241, co. 7 e co. 15, del *Codice*, che sono state introdotte nel 2015 con istanza di nomina del terzo arbitro, non è variato rispetto al dato del 2014, così confermando, e anzi ulteriormente e gravemente rinforzando, il *trend* in netta diminuzione nell'ultimo triennio delle domande stesse rispetto alla media annuale del triennio precedente (che aveva a sua volta segnato un leggero decremento rispetto al periodo ancora precedente, che era quello immediatamente successivo all'entrata in vigore del medesimo *Codice*), corrispondente a un numero di poco inferiore alle 40 istanze; andamento decrementale che ha avuto il momento di svolta nel 2013 e che in definitiva ha condotto a una media per l'ultimo periodo pari a poco meno di 20 istanze, come rappresentato nella figura 13.1.

Figura 13.1 *Trend* di lodi "amministrati", "liberi" e delle domande di arbitrato "amministrato"



Fonte: Camera arbitrale

Del pari in diminuzione (qui peraltro senza momento alcuno di discontinuità) risulta il *trend* degli arbitrati "liberi", vale a dire quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è scelto



Autorità Nazionale Anticorruzione

d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte) ai sensi dell'art. 241, co. 5, del *Codice*. Il dato rilevante in proposito - pur non pienamente omogeneo con il precedente, ma l'unico che è conoscibile dalla Camera arbitrale sulla base dell'adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal co. 10 del citato articolo, e che per il 2015 è pari a 52 - indica infatti una ulteriore flessione negli ultimi tre anni, che ha portato il numero medio di lodi pronunciati all'esito di una procedura libera ben lontano da quota 100, anzi poco al di sopra di 60, mentre la media dei tre anni precedenti (che pure segnava a sua volta un decremento rispetto al passato) era precisamente pari a 105.

Solo parzialmente nella stessa direzione di senso risulta essere orientata una seconda serie di dati, peraltro questa volta più strettamente omogenea al suo interno. Il valore delle controversie risolte con i lodi emessi a seguito di procedura amministrata (11 nel 2015) ha presentato un valore medio di circa 7.356.997 euro (formata da importi disposti tra un valore minimo di 111.084 euro e un valore massimo di poco superiore ai 35.175.000 euro, peraltro l'unico collocato sopra la media, scorporato il quale la media stessa sarebbe di 4.575.157 euro, pur sempre leggermente superiore a quella registrata nell'anno precedente), che porta a un netto aumento rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a 3.665.441 euro; quindi un dato che si conferma comunque sopravanzato da quello relativo all'ultimo anno anche se "depurato" dal valore "anomalo" sopra indicato). Per converso, lo stesso dato per il 2015 relativo ai 52 lodi depositati presso la Camera arbitrale a seguito di procedura libera espone un valore medio delle controversie pari a 8.555.861 euro (formata da importi disposti tra un valore minimo di 14.500 euro e un valore massimo di circa 158.621.217 euro), in questo caso in evidente flessione rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a circa 14.492.839 euro), come anche riportato nella tabella 13.1 che ricomprende nel VI scaglione - sulla base del decreto del Ministero dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398 (*Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'articolo 32, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*) - i suddetti valori medi per il 2015, ripartiti rispettivamente tra valori sotto e sopra media.

Tabella 13.1 Valore delle controversie in base alla tariffa allegata al d.m. 398/2000 (2015)

Valore delle controversie in base alla tariffa allegata al d.m. 398/2000	Arbitrati amministrati	Arbitrati liberi
I scaglione (fino a 103.291,38 euro)	/	4
II scaglione (da 103.291,38 euro a 258.228,45 euro)	1	8
III scaglione (da 258.228,45 euro a 516.456,90 euro)	/	3
IV scaglione (da 516.456,90 euro a 2.582.284,49 euro)	3	15
V scaglione (da 2.582.284,49 euro a 5.164.568,99 euro)	2	11
VI scaglione (da 5.164.568,99 euro a 25.822.844,95 euro)	4 (1+3)	7 (2+5)
VII scaglione (da 25.822.844,95 euro a 51.646.689,91 euro)	1	2



Autorità Nazionale Anticorruzione

VIII scaglione (oltre 51.646.689,91 euro)	/	2
---	---	---

Fonte: Camera arbitrale

D'altro canto, anche l'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla tenuta dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali può essere assunto come dato a conferma della declinante "fortuna" e comunque della situazione di sostanziale stasi in cui è costretto l'arbitrato per il contenzioso dei contratti pubblici. Tenuto conto dell'elemento normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione ai suddetti albi è triennale (con una interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale, nuova iscrizione, art. 242, co. 9, del *Codice*), in effetti, nel 2015 le "uscite" dal sistema non sono state compensate dalle "entrate". Ciò con numeri più evidenti per gli arbitri che per i periti: l'albo degli arbitri, infatti, ha visto 126 cancellazioni (di cui cinque per mancanza dei requisiti) a fronte di sole 39 nuove iscrizioni nell'ultimo anno; l'elenco dei periti ha visto, invece, 59 cancellazioni a fronte di sole 11 nuove iscrizioni nel 2015.

Già questi primi dati, dunque, sembrano sufficienti per rappresentare una situazione caratterizzata da una sorta di "fuga" dall'arbitrato, favorita dalle sinergie che si sono venute a realizzare tra alcuni fattori di indole anche diversa. Il clamore suscitato da alcuni episodi di malcostume che si sono verificati negli anni trascorsi; l'esplosione dei costi del giudizio arbitrale, particolarmente penalizzante per le finanze delle amministrazioni pubbliche; una serie di misure normative - prima l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di inserimento della clausola compromissoria fin dal bando di gara, poi il divieto del compromesso, infine la già menzionata necessità per le amministrazioni stesse di munirsi di apposita autorizzazione da parte del rispettivo organo di governo, anche a integrazione dei patti arbitrali preesistenti - che indubbiamente hanno in vario modo scoraggiato l'idea del ricorso all'arbitrato nella materia dei contratti pubblici. E ciò anche se poi dai dati disponibili presso la Camera arbitrale e riferiti all'anno 2015, dei tre casi di giudizi arbitrali che risultano abbandonati successivamente all'introduzione della domanda di arbitrato presso la Camera stessa solo uno sembra poter essere direttamente ascritto ad esempio, alle specifiche disposizioni poste al riguardo dalla *legge 190*, in particolare, come già ricordato, al meccanismo dell'autorizzazione "postuma" disposto, a pena di nullità della clausola compromissoria o comunque del ricorso all'arbitrato, dall'art. 1, co. 19, della suddetta legge (gli altri due casi sono invece dovuti alla cessazione della materia del contendere e all'archiviazione del procedimento di nomina a seguito della revoca dell'incarico di arbitro di parte). Nondimeno, non è irragionevole pensare che il clima complessivo di mancanza di fiducia, ovvero, più drasticamente, di evidente sfiducia nell'istituto in quanto applicato alle controversie nelle quali una parte è una amministrazione pubblica, connotato da questa come dalle altre misure cui pure si è accennato in precedenza, possa essere uno dei motivi alla base di una attenzione "recalcitrante" o "intermittente" dei soggetti interessati nei confronti dell'arbitrato come



Autorità Nazionale Anticorruzione

modalità di risoluzione alternativa (l'unica, peraltro, veramente alternativa) alla giustizia statale per le controversie stesse.

Per converso, occorre muovere in proposito dalla consapevolezza (del resto confermata anche dai contenuti delle domande di introduzione dell'arbitrato, anche solo con riguardo a quello amministrato deciso nel 2015, e relativi a motivi quali anomalo andamento dei lavori, mancato riconoscimento di prestazioni o mancata esecuzione di lavori pure previsti da varianti, dilatazione temporale nell'esecuzione del contratto, ritardi e irregolarità nelle operazioni di collaudo) che i fattori di criticità si annidano in ogni momento dell'azione contrattuale pubblica, a partire dalla fase di programmazione e progettazione delle prestazioni che saranno assunte a oggetti contrattuali, a seguire nelle procedure di aggiudicazione dei contratti, nella redazione delle clausole contrattuali, nella gestione dell'esecuzione del regolamento contrattuale, e che quindi le eventuali criticità nel momento del contenzioso sono spesso solamente l'ultima "coda" se non la sommatoria delle risultanze precedenti; come anche del fatto che quei fattori possono trovare la loro origine in comportamenti della parte pubblica o in comportamenti della parte privata o nell'interazione perversa tra i comportamenti di entrambe le parti. Se è vero che obiettivo della nuova regolamentazione dell'azione contrattuale pubblica contenuta nel *Nuovo Codice* entrato in vigore deve essere quello di favorire e promuovere la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle SA, anche perché questo è l'intento dichiaratamente formulato dal legislatore europeo al momento dell'adozione delle direttive 2014, di cui il suddetto *Codice* è anche e soprattutto strumento del recepimento, allora anche la gestione del contenzioso deve poter svolgersi secondo quelle modalità di flessibilità e adeguatezza compatibili con le peculiari caratteristiche di questa fase di ogni vicenda contrattuale per dare corpo, anche per questa parte, alla ricerca di modelli e *best practices*.

E dunque, a fronte dei perduranti travagli del sistema della giustizia civile, ai quali per il contenzioso in oggetto non sembra aver apportato un decisivo sollievo il pur recente affidamento delle relative controversie ai c.d. "tribunali delle imprese" ai sensi e nei modi disposti dall'art. 2, d.l. 1/2012, sembra necessario continuare ancora nell'impegno teso alla creazione delle condizioni per un diffuso mutamento di opinione sulla sostenibilità dell'arbitrato anche nella particolare materia dei contratti pubblici, ripercorrendo, seppure per la parte resa praticabile alla luce della delega del 2016 e quindi secondo modalità necessariamente diverse, un percorso il più possibile prossimo all'opzione ordinamentale che il legislatore nazionale aveva compiuto con la legge 7 luglio 2009, n. 88 (*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008*), quando cioè, in occasione del recepimento delle rilevanti modifiche all'originario testo delle "direttive ricorsi" apportate dalla direttiva 2007/66/Ce, aveva posto tra i principi della delega in materia, tra l'altro, la previsione dell'arbitrato come "ordinario rimedio alternativo al giudizio civile" e il contenimento dei costi del giudizio arbitrale.



Autorità Nazionale Anticorruzione

È nel contempo peraltro da ritenersi parimenti evidente che un orientamento di questo segno aveva bisogno di significative innovazioni del regime esistente con il *Codice*, quelle innovazioni che sembravano del resto trovare più pronto terreno di accoglimento e di sviluppo nel contesto nel quale si trova a operare dal 2014 la stessa Camera arbitrale, quale organo ausiliario dell'ANAC, posta a sua volta a presidio istituzionale delle *policy* per la trasparenza e l'integrità dell'azione amministrativa pubblica (e *in primis* di quella contrattuale).

Nell'auspicata direzione non v'è dubbio che operi innanzitutto il criterio di delega posto con la lett. aaa), dell'art. 1, della *Legge delega*, laddove, come già evidenziato, prescrive l'esclusione di procedure arbitrali diverse da quelle amministrative, criterio poi applicato con le disposizioni del decreto delegato che effettivamente riconducono a unità l'arbitrato per i contratti pubblici, eliminando un dualismo di regime sempre meno sostenibile. In questo contesto va opportunamente rimarcata anche una seconda innovazione apportata dal co. 8, dell'art. 209, laddove è intestata alla Camera arbitrale, oltre alla scelta del presidente, la nomina dell'intero collegio, ferma restando la designazione degli arbitri di parte a opera dei soggetti interessati dalla controversia deferita all'arbitrato. Ciò è da ritenere (anche argomentando ex co. 7 del medesimo articolo) che necessariamente presupponga un potere di verifica a opera della Camera della sussistenza degli elementi almeno formali prescritti dalle norme per la valida costituzione del collegio e quindi per l'efficace incardinamento della procedura arbitrale; tutto questo può favorire (insieme al pieno rispetto delle nuove norme sulle incompatibilità indicate successivamente) la scomparsa di fenomeni, quale quello rilevabile dall'esame dei lodi soprattutto "liberi" depositati nell'ultimo anno, consistente nella riproposizione dello stesso collegio arbitrale, nella medesima conformazione soggettiva e funzionale, per una pluralità di controversie (e pur senza la compresenza di identità di parti, o magari solo di una di essi).

Novità sono intervenute anche quanto all'ambito soggettivo e oggettivo di esperibilità dell'arbitrato per le controversie relative ai contratti pubblici. Sotto il primo profilo, per il vero, trattasi di novità solo formale, in quanto il co. 1, dell'art. 209 ha incorporato la previsione (peraltro anche espressamente richiamata) di cui all'art. 1, co. 20, l. 190/2012, per la quale l'arbitrato si applica anche a concessioni e appalti pubblici in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 2359 del *Codice Civile*, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. Sotto il secondo profilo, la circostanza per la quale non solo le concessioni di lavori e di servizi, ma pure altri moduli contrattuali più propriamente appartenenti alla nozione del PPP (quali finanza di progetto, locazione finanziaria di opere pubbliche, contratto di disponibilità e tutti quei moduli che presentano caratteristiche simili a quelli espressamente nominati, art. 180) abbiano trovato disciplina sostanziale anche di dettaglio nel corpo del *Nuovo Codice* induce infatti a ritenere che anche per essi le relative controversie possano essere deferite all'arbitrato (amministrato, l'unico ormai legittimato dalla normativa di riforma); in ciò venendo a inverare quanto auspicato relativamente all'opportunità di fornire più certa copertura alle multiformi



Autorità Nazionale Anticorruzione

figure del PPP, per loro struttura richiedenti necessariamente un più duraturo e consapevole coinvolgimento dei soggetti privati, che per l'appunto può essere stimolato dalla prospettiva dell'utilizzabilità dell'istituto arbitrale. Al riguardo merita di essere anche evidenziato che, in effetti, i dati riferiti al 2015 e relativi alla tipologia di appalto interessata dal ricorso all'arbitrato confermano la vocazione tradizionale dell'istituto, vale a dire di essere utilizzato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto l'appalto di lavori, e di tutte quelle prestazioni che con i lavori sono connesse. Per quanto riguarda i lodi pronunciati all'esito di una procedura amministrata, in particolare, comprendendo nel conto anche due controversie concernenti contratti di concessione di costruzione e gestione concluse nel 2015, il dato complessivo rilevato si sovrappone completamente al campo di riferimento come sopra definito; per quanto riguarda i lodi pronunciati all'esito di una procedura libera, tale campo corrisponde a circa i due terzi del dato totale. Si conferma altresì l'inesistenza di arbitrati su controversie riguardanti solo forniture.

Ulteriore novità meritevole di specifico rilievo è rinvenibile nel co. 13 dell'art. 210, laddove è prescritta la pubblicazione sul sito dell'ANAC dell'elenco degli arbitrati in corso e definiti, dei dati relativi alle vicende dei medesimi, dei nominativi e dei compensi di arbitri e periti. Tale disposizione, che evidentemente reca una nuova incombenza in capo alla Camera arbitrale (del resto implicitamente sollecitata dalla stessa allorché nel marzo 2015 aveva formulato apposito quesito sul punto al Garante per la protezione dei dati personali) e che può essere ritenuta fin da ora come comprensiva della pubblicazione dei dati relativi anche alla eventuale soluzione conciliativa della controversia come vicenda conclusiva della procedura avviata con la domanda di arbitrato, viene a costituire un significativo tassello del mosaico di strumenti volti a garantire la trasparenza dell'applicazione dell'istituto arbitrale nella materia *de qua*, in conformità al già citato criterio di delega di cui all'art. 1, lett. aaa), l. 11/2016.

Secondo la prospettiva qui indicata, anzi, non appare illogico stimolare il legislatore alla presa in considerazione della possibilità di un nuovo intervento in materia, facendo uso dello strumento del decreto legislativo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive previsto dal co. 8, dell'art. 1, della *Legge delega*. In quella sede, infatti, potrebbe essere utilmente accolta la previsione del potere dell'ANAC, di intesa con la Camera arbitrale, di adottare apposite linee guida, al fine di consentire una ancor più piena e nello stesso tempo articolata attuazione dei criteri di delega, da un lato mediante la specificazione dei connotati di integrità, imparzialità e responsabilità che devono caratterizzare l'operato degli arbitri e dei loro ausiliari, al fine di realizzare una più certa condizione di distanza tra arbitri e parti e di incrementare la qualità professionale nella gestione delle procedure, dall'altro mediante il rafforzamento degli elementi intesi a garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità dei giudizi arbitrali. Tutto ciò precostituendo un ambiente organizzativo e un contesto procedurale idonei a supportare al meglio lo svolgimento del procedimento decisionale arbitrale, in modo tale che la qualità di ogni singola decisione possa risulterne ulteriormente migliorata; rispettando la regola del contenimento dei costi delle procedure arbitrali, nel



Autorità Nazionale Anticorruzione

contempo predeterminando a integrazione di quella, parametri idonei a implementare la qualità dell'esercizio della funzione arbitrale; assicurando la rapidità dell'intero procedimento decisionale, con la predeterminazione di tempi certi entro cui la decisione sarà ottenuta e degli opportuni momenti e strumenti di controllo (per quest'ultimo punto, in particolare, va osservato che appare altrimenti più difficile conseguire quell'obiettivo che, come pure si è detto, costituisce uno dei criteri direttivi in materia della *Legge delega*). Questo in considerazione del fatto che i dati concernenti la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2015 dimostrano che attualmente la durata stessa è relativamente indifferente al tipo di procedura seguita; trattasi in media di 488 giorni per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di poco superiore ai 473 giorni per quelli condotti secondo il rito libero, medie risultanti da una serie di dati compresa, rispettivamente, tra un valore minimo di 146 e un valore massimo di 776 giorni, e tra un valore minimo di 123 e un valore massimo di 963 giorni; e pochissimi sono i giudizi conclusi entro il termine ordinario di 240 giorni previsto dal *Codice di procedura Civile* (tre e otto rispettivamente per il rito amministrato e per quello libero). Situazione di fatto a fronte della quale, allo stato della normativa vigente, non è possibile per la Camera arbitrale intervenire se non mediante strumenti di "spinta gentile" come quelli deliberati con il citato comunicato 1/2016.

13.2 Le attività della Camera arbitrale e il percorso riformatore

Le funzioni attuali della Camera arbitrale

Fino alla data di entrata in vigore del *Nuovo Codice*, la Camera arbitrale per i contratti pubblici, come è noto, ha esercitato le funzioni rispettivamente previste dall'art. 242, co. 1 e 7, dall'art. 243, co. 5, 6 e 9, e dall'art. 241, co. 9 e 10, del vecchio *Codice*. In particolare, tali disposizioni prevedevano: la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti d'ufficio nei giudizi arbitrali; la redazione del codice deontologico degli arbitri camerali; la cura degli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale nell'ipotesi di mancato accordo tra le parti per la nomina del terzo arbitro, oltre alla rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso in materia di lavori pubblici per la successiva trasmissione all'Autorità e all'Osservatorio. Inoltre, in forza delle stesse disposizioni la Camera provvedeva alla determinazione del compenso degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio, nonché della misura dell'acconto e del saldo per la decisione della controversia; infine, l'amministrazione del deposito dei lodi.



Autorità Nazionale Anticorruzione

La tenuta degli albi e la nomina di arbitri e consulenti tecnici d'ufficio

L'iscrizione all'albo degli arbitri, dal quale la Camera arbitrale procedeva per l'individuazione del nominativo del terzo arbitro nella sola ipotesi di sua competenza, è stata limitata, a causa della sopravvenienza rispetto al disposto dell'art. 242, co. 6, del *Codice*, dell'art. 1, co. 18, della *legge 190*, che ha escluso la legittimazione ad assumere incarichi nei giudizi arbitrali da parte di magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari e di componenti delle commissioni tributarie, nonché di avvocati e procuratori dello Stato, ai soggetti in possesso dei requisiti di onorabilità fissati dalla Camera medesima e in assenza per tutto il periodo di iscrizione di situazioni di conflitti di interesse, appartenenti alle seguenti categorie:

- a) avvocati dello Stato e magistrati a riposo;
- b) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio avanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione;
- c) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria o architettura, abilitati all'esercizio della professione da almeno dieci anni e iscritti ai relativi albi;
- d) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti generali delle PA laureati nelle stesse materie con particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Il combinato disposto degli artt. 209 e 210 del *Nuovo Codice* comporta per l'esercizio della funzione di iscrizione all'albo degli arbitri da parte della Camera arbitrale, come correlata con la funzione di nomina dell'intero collegio arbitrale (seppure preceduta dalle designazioni di parte), le seguenti tre innovazioni (la terza nei limiti di cui si dirà subito dopo).

La prima consiste nella riduzione a tre delle categorie dei soggetti aventi titolo all'iscrizione all'albo, in ragione dell'avvenuta cancellazione nel corpo del co. 7, dell'art. 210 della prima categoria di cui sopra, relativa agli avvocati dello Stato e magistrati a riposo (con l'effetto dunque di escludere totalmente tale personale pubblico dallo svolgimento di incarichi arbitrali).

La seconda, contenuta ancora nel co. 7, dell'art. 210, comporta la venuta meno per i dirigenti delle PA del requisito del possesso della laurea nelle materie giuridiche e tecniche, che connota invece la qualificazione dei professori universitari di ruolo accomunati nel testo dello stesso comma nella categoria di cui alla lett. c).

La terza, contenuta nel co. 6, dell'art. 209, consiste nel riordino (con effetto solo limitatamente estensivo, e seppure con una qualche incoerenza rilevabile dalla formulazione testuale) di regole di incompatibilità già presenti nella normativa previgente quanto al concreto esercizio della funzione arbitrale; e dunque non possono essere nominati:

- 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;



Autorità Nazionale Anticorruzione

- b) coloro che nell'ultimo triennio hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali, 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.

Le regole di incompatibilità per la nomina ad arbitro desumibili dalle disposizioni richiamate sono da intendersi applicabili, per la parte in cui possano venire in rilievo, anche per le nomine a opera delle amministrazioni dei dirigenti pubblici come arbitri di parte, secondo la previsione introdotta dall'art. 1, co. 22-24, l. 190/2012 e mantenuta dall'art. 209, co. 5, del *Nuovo Codice*, cui le amministrazioni sono tenute con obbligo diversamente graduato a seconda della natura della controparte in lite, fermi restando altresì in ogni caso gli obblighi di pubblicità, trasparenza e rotazione nelle nomine stesse, ove non facciano uso, con atto motivato, della facoltà loro lasciata dalla norma di procedere alla designazione con scelta operata nell'ambito dell'albo. In proposito, peraltro, si ritiene di dover segnalare l'opportunità che le amministrazioni procedano alle nomine di loro competenza individuando il dirigente pubblico da designare, specialmente nei casi in cui la controversia sia insorta con un soggetto privato, all'interno di un comparto di inquadramento del personale pubblico diverso da quello cui afferisce l'amministrazione parte in lite. Criterio, quello prospettato, del resto, di facile attuabilità, considerato che in dieci casi su 11 per quanto concerne i lodi amministrati depositati nel 2015, la parte pubblica era un ente operante in ambito locale infra-regionale (e per i lodi liberi, la percentuale è invece quest'anno leggermente più bassa, pari a circa i due terzi).

L'individuazione del terzo arbitro è effettuata dal Consiglio della Camera arbitrale secondo una procedura a due fasi: nella prima, mediante sorteggio con modalità elettronica, è formato un elenco di 15 soggetti che garantisca la presenza di almeno tre soggetti per ognuna delle quattro categorie predeterminate dalla legge; nella seconda fase, fatte salve eventuali motivate controindicazioni provenienti dalle parti interessate, è determinato il nominativo del presidente del collegio arbitrale secondo criteri predeterminati e oggettivi, risultanti dal *curriculum* personale dei sorteggiati, e predefiniti dalla Camera stessa (si veda in proposito il comunicato n. 34/2012 del Presidente della Camera arbitrale, integrato dal comunicato n. 37/2012). È evidente che tale determinazione generale dovrà essere rapidamente modificata per renderla coerente con il nuovo testo normativo.



Autorità Nazionale Anticorruzione

L'iscrizione all'elenco dei periti per la nomina da parte del Consiglio della Camera arbitrale, previa richiesta dei collegi arbitrali, dei consulenti d'ufficio era stata invece limitata, ai sensi dell'art. 242, co. 7, del *Codice*, ai tecnici come individuati alla precedente lett. c) dello stesso articolo, nonché ai dottori commercialisti in possesso dei medesimi requisiti professionali.

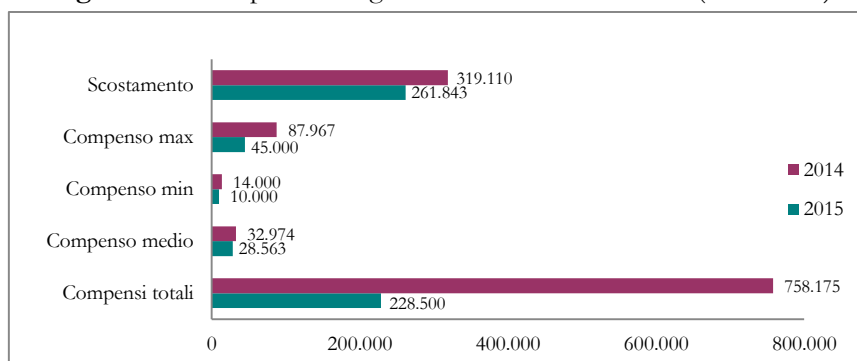
Per questa parte le innovazioni, contenute nel co. 8, dell'art. 210, sono due. Nel nuovo testo è venuta meno la delimitazione dell'ambito dei soggetti legittimati a domandare l'iscrizione in questo elenco operata, come nel testo precedente, con espreso riferimento alla categoria dei tecnici individuati per l'esercizio della funzione arbitrale con l'aggiunta dei dottori commercialisti; ora si tratta solo di soggetti in possesso del diploma di laurea e comprovata esperienza professionale, maturata in almeno un quinquennio di attività (e questa è la seconda innovazione, rispetto al precedente limite decennale), con relativa iscrizione all'albo se richiesta.

Anche per il 2015 è stata confermata la tendenza per la quale le concrete nomine nelle funzioni in oggetto ricadono in prevalenza più o meno marcata, per il terzo arbitro, su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche (tutte le nomine, salvo una); per il consulente d'ufficio, su soggetti titolari di competenze ed esperienze ingegneristiche (prendendo come riferimento i lodi amministrati depositati nel 2015, in cinque casi su sei, anche se poi in uno dei cinque casi l'ingegnere nominato come perito è stato affiancato da un architetto).

I compensi degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio e il riparto delle spese del giudizio arbitrale

I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per otto degli 11 lodi amministrati depositati e liquidati nel 2015 ammontano a 228.500 euro per una media pari a 28.562,50 euro (a fronte di 32.974,14 euro nel 2014), a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 10.000 euro e di un compenso massimo pari a 45.000 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 53,40% (29,62% nel 2014).

Figura 13.2 Compensi collegi arbitrali rito amministrato (2014-2015)



Fonte: Camera arbitrale



Autorità Nazionale Anticorruzione

La normativa finora vigente sul punto (art. 241, co. 12, del *Codice*) prevedeva una griglia di riferimento e tre limiti. La griglia era fornita da un anomalo rinvio recettizio a una fonte ministeriale - il d.m. 398/2000 - che a sua volta rinveniva il suo fondamento nella normativa primaria e secondaria in materia di appalti pubblici ora abrogata. I limiti erano costituiti: in primo luogo, dal dimezzamento delle tariffe per scaglioni fissate dal decreto; in secondo luogo dal divieto di incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto (come era possibile nel regime precedente al decreto legislativo del 2006); in terzo luogo, dalla determinazione di un tetto massimo al compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, comunque non superiore all'importo di 100.000 euro (seppure aggiornabile triennialmente con altro decreto interministeriale); a questi limiti ne sono stati aggiunti con il decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione Tributaria*) convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, art. 61, co. 9, e con il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (*Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici*) convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, art. 23-ter un quarto e un quinto, applicabili solo alle categorie di soggetti indicata alla lett. d) del citato co. 6, dell'art. 242 (ora traslate alla lett. c) del citato co. 7, dell'art. 210 del *Nuovo Codice*), che rispettivamente determinano, per i singoli appartenenti alle suddette categorie, l'ulteriore dimezzamento del compenso individuale così computato, che viene devoluto direttamente ad apposito capitolo del bilancio dello Stato, e comunque un limite massimo agli emolumenti percepibili individualmente dal dipendente pubblico.

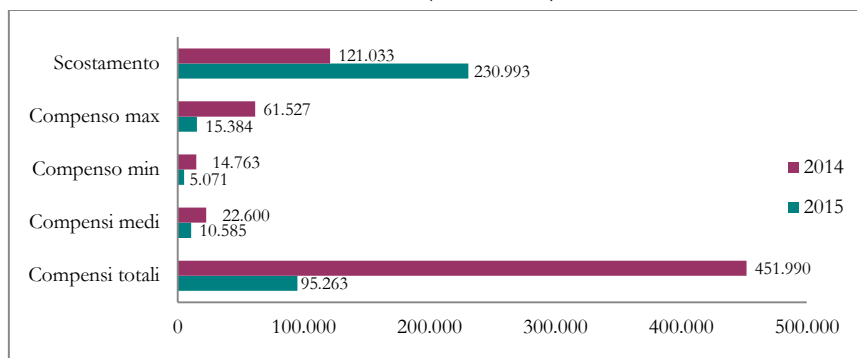
Il rinvio fisso al d.m. 398/2000 è stato ora superato con un rinvio mobile a un decreto del MIT, anch'esso aggiornabile con cadenza triennale quanto al limite massimo dei compensi del collegio.

I compensi liquidati a favore dei nove consulenti d'ufficio nominati dalla Camera arbitrale ammontano nel 2015 a 95.262,78 euro, per una media - computata tenendo conto del caso di incarico plurimo già ricordato - pari a 10.584,75 euro (22.599,53 nel 2014), a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 5.070,89 euro e di un compenso massimo pari a 15.384,42 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei consulenti è risultato complessivamente pari al 70,80% (21,12% nel 2014), come rappresentato nella figura 13.3.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Figura 13.3 Compensi liquidati a favore dei consulenti tecnici d'ufficio (CTU) nominati dalla Camera arbitrale (2014-2015)



Fonte: Camera arbitrale

Per quanto riguarda i 18 CTU nominati nell'ambito di procedure libere dei quali si dispone dei relativi dati, e che, come noto, venivano determinati dallo stesso collegio arbitrale, risultano compensi pari a 306.995,94 euro, per una media pari a 17.055,33 euro, calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 1.523,53 euro e di un compenso massimo pari a 60.000 euro.

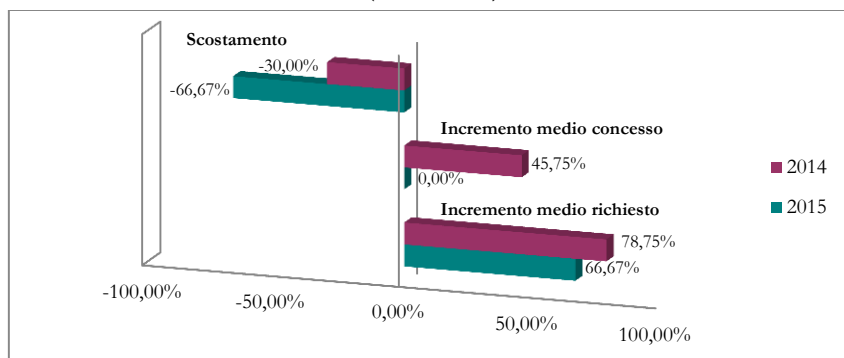
La normativa attualmente vigente sul punto (art. 241, co. 13, del *Codice*, confermata dal d.lgs. 50/2016) dispone il rinvio agli artt. da 49 a 58 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*) e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.

Qui rilevante è anche il dato per il 2015 concernente gli incrementi ultratabellari richiesti dai consulenti, in sei casi rispetto ai nove e tutti peraltro nella misura massima del 100%: in nessun caso l'incremento è stato concesso, perché anche per il giudizio arbitrale nel quale, come ricordato in precedenza, l'incarico è stato conferito a due periti, è stata invero fatta applicazione in via di stretta analogia del disposto di cui all'art. 53, d.P.R. 115/2002 (che prevede la fattispecie degli incarichi collegiali), da tale disposizione estraendo la regola per la quale nell'ipotesi di conferimento di incarico a una pluralità di periti il compenso globale va determinato sulla base di quello spettante al singolo, aumentato del 40% per ciascuno degli altri periti nominati. È utile il confronto con il dato immediatamente precedente, nel quale in tutti i casi era stata avanzata richiesta di tale incremento, sempre riconosciuta (salvo uno); in cinque casi, inoltre, la richiesta era stata totalmente accolta (ma mai relativamente a richieste formulate nella misura massima).



Autorità Nazionale Anticorruzione

Figura 13.4 Incrementi ultratabellari richiesti dai CTU e riconosciuti dalla Camera arbitrale (2014-2015)



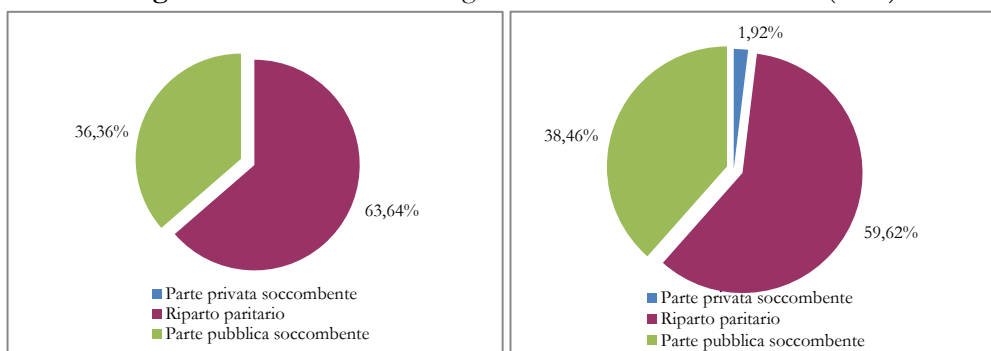
* La media è stata calcolata tenendo conto delle nove CTU esperite

Fonte: Camera arbitrale

In definitiva, anche per questa parte si evidenziano con forza le opportunità aperte da un meccanismo di livellamento della disciplina tra le diverse procedure di arbitrato in materia, idonee a favorire una attenta gestione pure di questo profilo dell'istituto arbitrale, conformemente, del resto, al criterio direttivo del contenimento dei costi del giudizio arbitrale sancito dalla *Legge delega*.

Va infine segnalato sul punto delle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre trattate in modo comprensivo dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa), come dai lodi amministrati depositati nel 2015 risulti che in nessun caso il riparto ha penalizzato la parte privata, in sette casi è stato paritario tra le parti, nei quattro rimanenti ha penalizzato la parte pubblica (in due casi nella misura del 100%). Dai lodi liberi depositati risulta che in un caso il riparto ha penalizzato la parte privata, in 31 casi è stato paritario, in 20 casi ha penalizzato la parte pubblica (in cinque casi nella misura del 100%). In altri termini, come raffigurato nella figura 13.5, l'imputazione al 50% delle spese è stata deliberata nel 63,64% dei giudizi nelle procedure amministrative, nel 59,62% dei giudizi nelle procedure libere).

Figura 13.5 Soccombenze negli arbitrati amministrati e liberi (2015)



Fonte: Camera arbitrale



Autorità Nazionale Anticorruzione

In conclusione, dal complesso di questi dati (come confermato, seppure in misura lieve, anche dall'ultimo testé esposto) risulta che la funzione di vigilanza sulla imparzialità e correttezza del contenzioso arbitrale può avvantaggiarsi da un processo di crescita dell'autorevolezza che alla figura soggettiva titolare dei poteri in questione può derivare dal suo rinnovato inquadramento istituzionale. In questo senso elementi di conferma possono ulteriormente trarsi dallo stesso *Nuovo Codice*, laddove intesta alla Camera arbitrale costituita presso l'ANAC la competenza alla formulazione di una lista di cinque esperti per la individuazione dell'esperto da nominare ai fini dell'accordo bonario (ed anche, in caso di disaccordo, alla nomina diretta), nonché alla determinazione del relativo compenso (art. 205, co. 5).