

Determina Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 18 dicembre 2013 n. 6

Indicazioni interpretative concernenti le modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (G.U. n. 18 del 23 gennaio 2014)

Premessa

La legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) ha apportato delle modifiche alla disciplina dell'arbitrato, come prevista dagli articoli 241-243 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel prosieguo, Codice).

La novella é contenuta ai commi da 18 a 25 dell'art. 1, come di seguito riportato: «18. Ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie é 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. 19.

Il comma 1 dell'art. 241 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, é sostituito dal seguente: «1. Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui é indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli.». 20. Le disposizioni relative al ricorso ad arbitri, di cui all'art. 241, comma 1, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come sostituito dal comma 19 del presente articolo, si applicano anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture 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. A tal fine, l'organo amministrativo rilascia l'autorizzazione di cui al citato comma 1 dell'art. 241 del codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, come sostituito dal comma 19 del presente articolo. 21. La nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali é parte una pubblica amministrazione avviene nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione e secondo le modalità previste dai commi 22, 23 e 24 del presente articolo, oltre che nel rispetto delle disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto applicabili. 22. Qualora la controversia si svolga tra due pubbliche amministrazioni, gli arbitri di parte sono individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici. 23. Qualora la controversia abbia luogo tra una pubblica amministrazione e un privato, l'arbitro individuato dalla pubblica amministrazione é scelto preferibilmente tra i dirigenti pubblici. Qualora non risulti possibile alla pubblica amministrazione nominare

un arbitro scelto tra i dirigenti pubblici, la nomina é disposta, con provvedimento motivato, nel rispetto delle disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163. 24. La pubblica amministrazione stabilisce, a pena di nullità della nomina, l'importo massimo spettante al dirigente pubblico per l'attività arbitrale. L'eventuale differenza tra l'importo spettante agli arbitri nominati e l'importo massimo stabilito per il dirigente é acquisita al bilancio della pubblica amministrazione che ha indetto la gara. 25. Le disposizioni di cui ai commi da 19 a 24 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge».

Svolti i necessari approfondimenti sulla novella normativa sopra riportata, per quanto concerne i riflessi sulle competenze della Camera arbitrale, l'Autorità ha rilevato dubbi interpretativi e problemi di coordinamento con la vigente normativa con specifico riguardo ai seguenti profili:

a) problematiche di diritto transitorio in relazione all'applicazione dei divieti dettati dal comma 18 dell'art. 1 della legge n. 190 del 2012 (entrata in vigore il 28 novembre 2012) che esclude determinate categorie professionali dal novero dei soggetti ai quali può essere affidato l'incarico di arbitro;

b) problematiche di diritto transitorio in relazione alla autorizzazione preventiva e motivata da parte dell'organo di governo della PA prevista dal comma 19, che sostituisce il comma 1 dell'art. 241 del Codice, anche in relazione alla sanzione di nullità della clausola ivi prevista;

c) rapporto tra la nuova disciplina dettata dal Codice e l'art. 810 c.p.c.;

d) individuazione dei soggetti ai quali può essere affidato l'incarico di arbitro della p.a. alla luce del generico rinvio al Codice, contenuto all'art. 1, comma 21 della legge n. 190/2012.

1. Individuazione dell'ambito di estensione del divieto di cui al comma 18 dell'art. 1, legge n. 190/2012 e profili di diritto intertemporale

Il divieto introdotto al comma 18 dell'art. 1, della legge n. 190/2012, non comprende le categorie degli avvocati dello Stato e dei magistrati a riposo, ciò in quanto, attesa l'espressa dizione della norma, la medesima deve correttamente essere riferita solo ai magistrati (ordinari, amministrativi, militari e contabili), agli avvocati e procuratori dello Stato ed ai componenti delle commissioni tributarie in servizio.

Tale interpretazione é anche coerente con la ratio legis della norma. In merito, si osserva, infatti, come lo scopo della norma sia quello di evitare il verificarsi di potenziali situazioni di conflitto di interesse e, dunque, sottintende verosimilmente lo svolgimento attuale delle funzioni proprie dei magistrati e degli avvocati dello Stato.

Quanto ai profili di diritto intertemporale dell'applicazione del citato comma 18, si rileva come il suddetto divieto non abbia efficacia retroattiva con riguardo agli incarichi relativi a procedimenti arbitrali in corso od a collegi arbitrali già costituiti alla data del 28 novembre 2012 (data di entrata in vigore della norma); a tale ipotesi deve assimilarsi anche il caso dei provvedimenti di nomina, con conseguente accettazione, intervenuti prima della data suddetta, anche ove il collegio non si fosse ancora costituito e sia stata

presentata l'istanza di nomina del terzo arbitro alla camera arbitrale successivamente a tale data. Tale interpretazione é ormai consolidata (anche a seguito del Comunicato n. 38, del 19 dicembre 2012 della Camera arbitrale, del parere espresso al riguardo dalla Presidenza del Consiglio dei ministri (DAGL) e degli orientamenti assunti dalla stessa Avvocatura Generale dello Stato). Essa é, altresì, conforme ai principi generali in materia di efficacia di legge nel tempo (e, in particolare, all'art. 11 delle preleggi), attesa l'assenza di una diversa disciplina transitoria, ed é suffragata dalla stessa giurisprudenza della Corte EDU sulla generale irretroattività delle norme a meno di motivi imperativi di interesse generale. Aderendo, peraltro all'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione (cfr. sez. III, 16 aprile 2008 n. 9972), secondo cui il principio di irretroattività della legge implica che la norma sopravvenuta sia applicabile agli effetti non ancora esauriti di un rapporto giuridico sorto anteriormente solo allorché la nuova legge sia diretta a disciplinare tali effetti con autonoma considerazione dei medesimi, si rileva come tale ipotesi certamente non ricorra nel caso di specie. Detta conclusione é, inoltre, coerente anche con una lettura costituzionalmente orientata della norma, giacché l'intervento sugli arbitrati in corso - con la caducazione del collegio già nominato - si porrebbe in contrasto con l'art. 111 della Costituzione.

A conferma dell'interpretazione sin qui fornita, giova, altresì, rilevare che il divieto de quo non é stato configurato dal legislatore come motivo di possibile ricusazione degli arbitri divenuti incompatibili, con implicita salvezza degli incarichi già conferiti, bensì come divieto di assumere l'incarico, rivolto, ragionevolmente, agli arbitrati nei quali non si sia ancora proceduto alla nomina dei componenti del collegio. Il divieto in esame concerne soltanto l'assunzione dell'incarico e non il suo mantenimento.

Si puntualizza che, al pregresso conferimento, deve essere equiparata anche la nomina ex art. 810 c.p.c., poiché la nomina effettuata dal Presidente del Tribunale ha, com'è noto, natura di provvedimento di volontaria giurisdizione sostitutiva di attività manchevole delle parti ed é, come tale, appunto equiparabile al conferimento ad opera delle parti.

2. Nomina dell'arbitro di elezione pubblica

In ordine alle modalità di nomina dell'arbitro di elezione pubblica, scelto a norma dell'art. 1, comma 23 della legge n. 190/2012 «preferibilmente» tra i dirigenti pubblici (nel caso di arbitrato tra p.a. e soggetti privati) si osserva quanto segue.

In relazione alla disposizione normativa appena richiamata giova precisare come l'espressa previsione della stessa porti ad escludere, innanzitutto, l'applicabilità a tale ipotesi dell'art. 815 comma 1, n. 5, c.p.c. che ammette, la ricusazione dell'arbitro «se é 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 é tutore o curatore di una delle parti».

Con specifico riguardo, invece, al rinvio al Codice contenuto nel medesimo comma 23 dell'art. 1 (per il caso di impossibilità di individuare un dirigente pubblico cui affidare l'incarico di arbitro), é da ritenere che la

genericità di detto rinvio comporti la riferibilità al complesso delle disposizioni del Codice ivi comprese quelle relative alle modalità di nomina degli arbitri di cui all'art. 241; la stessa genericità porta ad escludere, per contro, l'idoneità del richiamo al Codice ad attribuire alla Camera Arbitrale il (nuovo) potere di nomina dell'arbitro della p.a.

A ciò si aggiunga che il comma 21 stabilisce, in via generale, che la nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali é parte una pubblica amministrazione avviene «nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione e secondo le modalità previste dai commi 22, 23 e 24 del presente articolo, oltre che nel rispetto delle disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto applicabili». Detta disposizione sembrerebbe, dunque, trovare applicazione sia con riguardo alle controversie tra p.a. (comma 22) che con riguardo alle controversie tra privati e p.a. (comma 23). Può, altresì, osservarsi che ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera c) del Codice, quest'ultimo non si applica ai contratti pubblici concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione. La nomina dell'arbitro di parte deve comunque avvenire nel rispetto della disciplina generale ai sensi dell'art. 241, commi 4 e 6, del Codice, ove sono stabiliti i motivi di incompatibilità per l'affidamento dell'incarico.

3. Profili di diritto intertemporale relativi all'applicazione del comma 19 sull'autorizzazione preventiva

Sull'applicazione dell'obbligo di previa autorizzazione motivata dell'organo di governo ai fini del valido inserimento della clausola compromissoria nel bando, in via preliminare, si rammenta che, con il comma 19 del più volte citato art. 1, viene sostituito il comma 1 dell'art. 241 del Codice, prevedendo la facoltà di ricorrere all'arbitrato «previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui é indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli».

Nell'interpretare detta disposizione, si rileva come il comma 25 escluda dall'applicazione del comma 19 gli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della legge; pertanto, l'illustrato comma 19 si applica agli altri casi, con la rilevante conseguenza che dovranno ritenersi inefficaci quelle clausole compromissorie, ancorché contrattualmente assunte dalle parti, non previamente autorizzate dall'organo di governo.

La disposizione del comma 19 deve essere interpretata come diretta a porre, rispetto all'originario contenuto del regolamento contrattuale, una nuova norma imperativa condizionante l'autonomia contrattuale delle parti, essendo assente una norma transitoria che preveda l'ultrattività della previgente disciplina normativa, sicché la clausola compromissoria contrattualmente prevista risulta sostanzialmente privata della relativa operatività.

Ciò che determina, in assenza di previa autorizzazione dell'organo di governo (non prevista dalla normativa previgente), la sopravvenuta nullità delle clausole compromissorie contenute nei bandi di gara antecedenti all'entrata in vigore della norma, con salvezza dei soli arbitrati già conferiti o autorizzati prima di detta data (art. 1, comma 25), laddove per arbitrato conferito deve intendersi quello in cui l'ente abbia operato la

designazione (con conseguente accettazione) dell'arbitro; per arbitrato autorizzato deve, invece, intendersi l'arbitrato per il quale, prima dell'entrata in vigore della legge n. 190/2012, sia intervenuto il consenso dell'ente di appartenenza dell'arbitro, se del caso da parte dell'organo di autogoverno.

Rimane irrisolta, tuttavia, una questione di non poco rilievo, vale a dire quella dell'inclusione nel potere di previa autorizzazione, riconosciuto all'organo di governo, anche del potere di convalidare, motivando espressamente, le clausole arbitrali già inserite nei bandi per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 25.

Nel silenzio della norma, tale aspetto appare particolarmente critico, anche in relazione all'incidenza sull'autonomia negoziale delle parti: se da un lato l'impossibilità di convalidare le pregresse clausole compromissorie può ritenersi conforme alla ratio della novella, intesa a limitare il ricorso all'arbitrato, dall'altro, l'impossibilità di convalidare le pregresse clausole compromissorie da parte dell'organo di governo si porrebbe in contrasto con il potere espressamente riconosciuto a quest'ultimo di contemplarle pro futuro. Onde evitare un'irragionevole disparità di trattamento tra i contratti futuri, per i quali è sempre possibile rendere l'autorizzazione, in conformità al comma 19, dell'art.1 della legge n. 190/2012, ed i contratti in corso, in ordine ai quali i relativi bandi di gara recino clausole arbitrali (pur in assenza dell'autorizzazione alla data di entrata in vigore della legge sopra richiamata), si ritiene ammissibile, anche per quest'ultimi il rilascio di un'autorizzazione a posteriori.

4. Rapporto tra la nuova disciplina dettata dal Codice e l'art. 810 c.p.c.

Per quanto concerne il rapporto tra la novella normativa in esame e l'art. 810 c.p.c., applicabile anche agli arbitrati nel settore dei contratti pubblici, per quanto non disciplinato dal Codice, si osserva quanto segue.

Come noto, l'articolo citato prevede che, «Quando a norma della convenzione d'arbitrato gli arbitri devono essere nominati dalle parti, ciascuna, di esse, con atto notificato per iscritto, rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte, alla quale è rivolto l'invito, deve notificare per iscritto, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati.

In mancanza, la parte che ha fatto l'invito può chiedere, mediante ricorso [c.p.c. 125], che la nomina sia fatta dal presidente del tribunale nel cui circondario è la sede dell'arbitrato. Se le parti non hanno ancora determinato la sede, il ricorso è presentato al presidente del tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato oppure, se tale luogo è all'estero, al presidente del tribunale di Roma.

Il presidente del tribunale competente provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero.

Le stesse disposizioni si applicano se la nomina di uno o più arbitri è demandata dalla convenzione d'arbitrato all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi ha provveduto».

La perdurante applicabilità della norma de qua é stata già, sopra, implicitamente affermata, laddove si é precisato che la «nomina effettuata dal Presidente del Tribunale» - la quale ha com'è noto natura di provvedimento di volontaria giurisdizione sostitutiva di attività manchevole delle parti - sia, appunto, equiparabile al «conferimento ad opera delle parti». Con riferimento all'applicazione della norma de qua ed al relativo coordinamento con le disposizioni della legge n. 190/2012, si osserva come, per i casi di clausole arbitrali già inserite nei bandi, per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, comma 25 (arbitrati non conferiti o non autorizzati alla data di entrata in vigore della legge), sia, in ogni caso, necessaria l'autorizzazione postuma. Per i casi in parola, trova, inoltre, applicazione la disposizione di cui al comma 24 dell'art. 1 della legge n. 190/2012, che obbliga la pubblica amministrazione a stabilire, a pena di nullità della nomina, l'importo massimo spettante al dirigente pubblico per l'attività arbitrale.

Sulla base di quanto sopra considerato;

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Roma, 18 dicembre 2013

Il Presidente: Santoro