

TAV S.p.a.

AG 34-10

27 luglio 2010

Oggetto : Contratti TAV - General Contractors per la progettazione e la realizzazione del sistema ferroviario alta velocità - arbitrati - richiesta di parere.

In esito a quanto richiesto con nota n. 1101/2010 del 25 giugno u.s. si comunica che il Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 27 luglio 2010 ha approvato le seguenti considerazioni.

Al fine di rendere il richiesto parere sembra opportuno richiamare, brevemente, l'evoluzione della disciplina in materia di arbitrati, limitatamente agli aspetti rilevanti per la presente fattispecie, evidenziando in via preliminare che gli interventi di AV ricadono nella disciplina dettata per i settori speciali (direttiva CE/90/531, sostituita dalla direttiva CE/93/38 recepita con D.Lgs. 158/1995, e successivamente dalla direttiva CE/2004/17 recepita dal d.lgs. 163/2006).

Come noto, la legge n. 109/1994 e s.m. (a seguito delle modifiche apportate dalla L.n. 415/1998) stabiliva all'art. 32 che, nel caso di controversie insorte tra stazione appaltante ed imprese per l'esecuzione di contratti pubblici, deferite ad arbitri, il giudizio era demandato ad un collegio costituito presso la Camera arbitrale. Le disposizioni relative alle modalità di funzionamento di quest'ultima, erano contenute negli articoli 150 e 151 del D.P.R. 554/99 e nel D.M. n. 398/2000. Spettava alla Camera arbitrale la determinazione del compenso degli arbitri e dei periti (il Consiglio di Stato, con sentenza n. 6335/2003 ha, però, dichiarato illegittimi i suddetti art. 150 e 151 del DPR 554/99).

Successivamente la legge 14 maggio 2005, n. 80 (di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35), ha modificato l'art. 32 della legge n. 109/1994, introducendo, per l'arbitrato in materia di lavori pubblici, un sistema "binario", a seconda che le parti fossero o meno d'accordo sul nominativo del terzo arbitro. Pertanto, in caso di accordo, il procedimento doveva svolgersi secondo il modello dell'arbitrato libero, ai sensi del codice di procedura civile lasciando agli arbitri il potere di autoliquidazione dei compensi, pur se con l'obbligo di applicare le tariffe allegate al D.M. n. 398/2000. Nell'ipotesi, invece, di mancato accordo tra le parti, l'arbitrato si svolgeva secondo il modello di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale, applicando le norme contenute del DM n. 398/2000 e, solo per quanto da esso non disciplinato, le norme del codice di procedura civile. Il D.Lgs. 163/2006 ha confermato il predetto sistema, anche se, sotto il profilo della procedura, ha unificato i due modelli di arbitrato, disponendo per entrambi l'applicazione delle norme del codice di procedura civile. Dispone, infatti, l'art. 241, comma 2, che "ai giudizi arbitrali si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, salvo quanto disposto dal presente codice". Il combinato disposto degli articoli 241 e 243, conferma, inoltre, che la Camera arbitrale interviene solo nell'ipotesi in cui manca l'accordo delle parti sulla nomina del terzo arbitro (art. 243, comma 1) (c.d. arbitrato amministrato). Con il consenso delle parti, invece, il giudizio arbitrale avviene in forma libera e non amministrata, con applicazione della tariffa allegata al DM 398/2000 per la determinazione dei compensi e con deposito del lodo presso Camera Arbitrale (peraltro sulla disciplina in materia di arbitrato recata dal D.Lgs. n. 163/2006 l'Autorità ha inoltrato al Governo e al Parlamento l'Atto di segnalazione del 25/10/2007, ai fine d ripristinare l'arbitrato amministrato come unico modello).

Come noto, inoltre, gli artt. 241 e seguenti del Codice sono stati di recente modificati dal D.Lgs. n. 53/2010 (attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici). Tale decreto legislativo (come pure sottolineato nella Relazione annuale per 2009) ha apportato modifiche tendenti ad un rafforzamento degli strumenti di definizione delle liti alternativi al processo, attraverso - in particolare - misure volte ad agevolare il ricorso all'accordo bonario e la conferma dell'arbitrato quale sistema preferenziale di risoluzione delle controversie negli appalti pubblici.

Con particolare riferimento alla disciplina dei compensi, peraltro, era già intervenuta anche la Legge n. 14/2009 (di conv. del D.L. n. 207/2008 "proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni finanziarie urgenti"), contemplante il dimezzamento dei compensi stabiliti dalla tariffa allegata al D.M. 398/00.

Si sottolinea, infine, che l'art. 253, comma 34, del D.Lgs. 163/2006, contempla una specifica disciplina transitoria per l'applicazione degli articoli 241, 242, 243 agli arbitrati contemplati in contratti d'appalto stipulati in epoca precedente all'entrata in vigore del Codice.

La nuova previsione dell'art. 241, comma 12, del Codice - come modificata dalle norma sopra indicate - prevede dunque che "Il collegio arbitrale determina nel lodo definitivo ovvero con separata ordinanza il valore della controversia e il compenso degli arbitri con i criteri stabiliti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici, di concerto con il Ministro di grazia e giustizia, 2 dicembre 2000, n. 398, e applica le tariffe fissate in detto decreto. I compensi minimi e massimi stabiliti dalla tariffa allegata al regolamento di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398, sono dimezzati. Sono comunque vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto. Il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro, da rivalutarsi ogni tre anni con decreto del Ministro

dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. L'articolo 24 del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, si interpreta come non applicabile a quanto disciplinato ai sensi del presente comma. L'ordinanza di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, costituisce titolo per l'ingiunzione di cui all'articolo 633 del codice di procedura civile.”

Il successivo art. 243, comma 5, dispone altresì che nel caso di arbitrato amministrato, “il corrispettivo dovuto dalle parti è determinato dalla camera arbitrale, su proposta formulata dal collegio, in base alla tariffa allegata al decreto ministeriale 2 dicembre 2000, n. 398. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 241, comma 12, secondo, terzo, quarto e quinto periodo”.

Ai sensi delle suindicate norme, dunque, il compenso per il collegio arbitrale - determinato in base al DM 398/2000, le cui tariffe sono dimezzate - non può superare l'importo di centomila euro. E' questa una previsione conforme alla legge delega che fra i criteri dettati prevedeva quello del contenimento dei costi del giudizio arbitrale (art. 44, comma 3, lett. m, n. 4, l. 88/2009). L'introduzione di un tetto massimo per il compenso degli arbitri riguarda **tutti** i giudizi arbitrali, liberi ed amministrati (come si evince dal combinato disposto dell'art. 243, comma 5 e dell'art. 241, comma 12 del d.lgs. 163/2006). Inoltre, riguardo alle spese del giudizio arbitrale imputabili all'eventuale consulente tecnico o ad altro ausiliario, il nuovo comma 13 dell'art. 241 prevede che il relativo compenso sia liquidato, dal collegio arbitrale, ai sensi degli articoli 49 e 50 del D.P.R. 115/2002, nella misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste. Previsione che trova applicazione anche agli arbitrati amministrati (secondo il rinvio contenuto nell'art. 243, comma 9, d.lgs. 163/2006).

L'art. 241 del Codice prevede, altresì, il deposito del lodo presso la Camera arbitrale ed il pagamento a cura degli arbitri e a carico delle parti, entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo, di una somma pari all'uno per mille del valore della relativa controversia; detto importo è direttamente versato all'Autorità (comma 9); dispone, infine, (comma 10) che il deposito del lodo effettuato ai sensi dell'articolo 825 del codice di procedura civile è preceduto dal suo deposito presso la Camera arbitrale.

Il deposito del lodo è, dunque, condizione di efficacia per **tutti** i arbitrati disciplinati dal codice dei contratti, anche per quelli non amministrati dalla Camera arbitrale (ai fini dell'esecutività del lodo, vale invece la disciplina contenuta nel codice di procedura civile, ex art. 825, c.p.c.); a tale deposito è connesso il pagamento del suddetto contributo dell'1 per mille del valore della controversia all'Autorità (come indicato nel Comunicato del Presidente della Camera arbitrale n. 30/2009).

Al fine di dirimere i dubbi interpretativi sollevati dalla società istante, sembra opportuno evidenziare che con riferimento al regime introdotto dalla citata legge n. 14/2009 l'Avvocatura di Stato, in riscontro ad una richiesta di parere dell'Autorità (AG 26/2010), relativa all'applicabilità della suindicata disciplina ai giudizi arbitrali conclusi o in corso, con nota pervenuta in data 8 giugno 2010 (prot. n. 37468), ha chiarito che con l'assunzione dell'incarico “l'arbitro accetta di svolgere una prestazione avente quale corrispettivo il compenso come predeterminato. Tale obbligo diventa efficace poi con la costituzione del Collegio arbitrale che segna il momento in cui viene in essere l'obbligo di rendere il lodo nei termini prefissati”. Pertanto, la disciplina dettata dal citato art. 29, comma 1-quinquiesdecies, della legge n. 14/2009 - in assenza di specifiche disposizioni transitorie, che ne consenta l'estensione ai giudizi arbitrali in corso - deve trovare applicazione solo per i giudizi arbitrali nei quali la costituzione del collegio sia intervenuta successivamente all'entrata in vigore della norma.

Come emerge dalle disposizioni sopra riportate e dal suindicato parere dell'Avvocatura di Stato, al fine di individuare la disciplina applicabile ai collegi arbitrali in materia di contratti pubblici, assume dunque rilievo il raggiungimento dell'accordo sulla nomina del terzo arbitro - che determina l'instaurazione dell'arbitrato libero o amministrato - nonché, il momento della costituzione dei relativi collegi.

Invero, gli arbitrati instaurati da TAV spa con i General contractors incaricati della progettazione e della realizzazione delle tratte di AV, oggetto della presente richiesta di parere, sono tutti arbitrati liberi, in quanto devoluti a collegi arbitrali nei quali il Presidente è stato individuato dagli arbitri di parte, e costituiti tra il 2001 ed il 2009 (come indicato nella nota di richiesta parere). Trattandosi di arbitrati relativi ad interventi ricadenti nella disciplina dettata per i settori speciali (direttiva CE/90/531, sostituita dalla direttiva CE/93/38 recepita con D.Lgs. 158/1995, e successivamente dalla direttiva CE/2004/17 recepita dal d.lgs. 163/2006), si ritiene che le disposizioni in materia di arbitrato contenute nella legge n. 109/1994 e s.m. e nel DPR 554/1999 (come illustrate in narrativa) non possano trovare applicazione per i collegi costituiti in vigore della medesima. Per tali arbitrati, per i quali le norme settoriali indicate nulla prevedono al riguardo, trova dunque applicazione il codice di procedura civile.

Al contrario, i collegi costituiti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 163/2006, restano disciplinati dalle disposizioni degli articoli 241 e ssgg, applicabili anche ai settori speciali, come precisato dall'art. 206 del Codice. Non trova, invece, applicazione la disciplina transitoria di cui all'art. 253, comma 34, del medesimo decreto legislativo, in quanto riferita ad arbitrati contemplati in contratti d'appalto stipulati in epoca precedente all'entrata in vigore del Codice, ma soggetti ab origine all'applicazione della legge n. 109/94 e s.m. e del DPR 554/99.

Le considerazioni che precedono consentono, dunque, in linea generale (in assenza di elementi di dettaglio degli arbitrati in parola), di dirimere i dubbi interpretativi posti dalla società istante come segue:

- i collegi arbitrali costituiti nel periodo antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006, restano disciplinati dalle norme del codice di procedura civile;
- per i collegi arbitrali costituiti nel periodo 2006 (dall'entrata in vigore del Codice) al 2009 (fino all'entrata in vigore della legge n. 14/2009), trova applicazione la disciplina dettata dagli articoli 241 e ssgg nella versione precedente alla riforma recata dalla l.n. 14/2009.
- Infine per i collegi costituiti successivamente all'entrata in vigore di quest'ultima legge e del D.lgs. 53/2010, trova applicazione l'attuale versione degli articoli 241 e ssgg del Codice.

Ai fini dell'individuazione delle modalità di determinazione dei compensi dei collegi arbitrali e dei relativi CTU occorre, dunque, fare riferimento al regime giuridico vigente al momento della costituzione dei predetti collegi, come indicato in narrativa.

Resta fermo, in tutti i casi sopra elencati, l'obbligo del deposito dei lodi arbitrali presso la Camera arbitrale dei contratti pubblici, quale condizione di efficacia degli stessi. A tale deposito è connesso il pagamento del contributo dell'1 per mille del valore della controversia all'Autorità.

Si ritiene, infine, che esuli dalle competenze di questa Autorità l'espressione di pareri in ordine ad eventuali azioni di recupero somme nei confronti di arbitri/CTU remunerati in misura maggiore rispetto a quella prevista dalla disciplina indicata.

Avv. Giuseppe Busia