

Segnalazione al Governo ed al Parlamento

(ai sensi dell'Art. 6, comma 7, lett. E ed F, del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163)

Problematiche inerenti la disciplina dell'arbitrato nell'ambito dei contratti pubblici

1. Nell'ambito delle attività istituzionali assegnate all'Autorità, rientra quella di segnalare al Governo e al Parlamento fenomeni di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici, e quella di formulare al Governo proposte in ordine alle modifiche occorrenti in relazione alla legislazione che disciplina i contratti pubblici, così come disposto dall'Art. 6, comma 7, lettere e) ed f), del d.lgs 12.04.2006, n. 163.

Nell'esercizio di siffatte funzioni, l'Autorità intende segnalare, per l'adozione degli interventi di competenza, la problematica relativa alla risoluzione delle controversie nella materia dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'istituto dell'arbitrato ed alle competenze della Camera Arbitrale, disciplinate dagli articoli 241, 242 e 243 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (cd. codice dei contratti pubblici), venuta ora particolarmente all'attenzione al Parlamento a seguito della norma proposta nell'Art. 86 del disegno di legge finanziaria 2008 (AS 1817).

2. Con le finalità di correggere, attraverso il presidio di un organo pubblico, le disfunzioni riscontrate nelle procedure di arbitrato in materia di lavori pubblici (fra le quali: la mancanza di criteri oggettivi e predeterminati nella scelta degli arbitri, l'autoliquidazione dei compensi e delle spese da parte degli stessi arbitri, senza riferimento ad un preciso parametro tariffario), la legge 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. legge quadro sui lavori pubblici), prevedeva all'Art. 32, come modificato dall'Art. 10 della legge 18 novembre 1998, n. 415, (c.d. "Merloni *ter*") l'istituzione della Camera Arbitrale, presso l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

E' stato così stabilito che, nel caso di controversie insorte tra stazione appaltante ed imprese per l'esecuzione di contratti pubblici e deferite ad arbitri, il giudizio era demandato ad un collegio arbitrale costituito presso la predetta Camera arbitrale.

La legge quadro ha demandato, inoltre, la disciplina relativa alla composizione ed alle modalità di funzionamento della Camera arbitrale alla potestà regolamentare del Governo, che vi ha provveduto con gli articoli 150 e 151 del regolamento di attuazione (d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554). Con un altro regolamento (D.M. 2 dicembre 2000, n. 398), sono state anche emanate le norme di procedura del giudizio arbitrale, nel rispetto dei principi del codice di procedura civile.

3. Il regolamento di attuazione, nell'originaria formulazione, attribuiva alla Camera arbitrale i seguenti compiti istituzionali:

- a) formazione e tenuta dell'Albo degli arbitri e redazione del relativo codice deontologico;
- b) nomina del terzo arbitro, con funzione di Presidente del collegio arbitrale, scelto nell'ambito dell'Albo camerale sulla base di criteri oggettivi e predeterminati;
- c) adempimenti occorrenti per la costituzione e il funzionamento dei collegi arbitrali; d) tenuta dell'elenco dei periti, al fine della nomina dei consulenti tecnici nei giudizi;
- e) determinazione del compenso e delle spese spettanti agli arbitri ed ai periti per lo svolgimento dei relativi incarichi;
- f) rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso arbitrale, ai fini del referto dell'Autorità al Parlamento e al Governo su eventuali sviluppi anomali del contenzioso.

IV sezione del Consiglio di Stato, con sentenza n. 6335/2003, ha, però, dichiarato illegittime le norme del regolamento che attribuivano in via esclusiva alla Camera arbitrale il potere di nominare il terzo arbitro (Art. 150, comma 3, del d.P.R. n. 554 del 1999) e, conseguentemente, le norme relative alla formazione e tenuta dell'Albo degli arbitri e al relativo regime (Art. 151, commi 5, 7, 8).

Si è determinata, quindi, una situazione di incertezza sulle procedure dei giudizi che, comunque, dovevano continuare a svolgersi - circostanza che non sempre si è verificata - presso la Camera arbitrale (la sentenza aveva infatti lasciato in vita, dichiarandole legittime, tutte le altre disposizioni concernenti la procedura).

Su tali aspetti, l'Autorità, in data 6 novembre 2003, ha inviato un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento (cfr. all. 1).

4. Successivamente, la legge 14 maggio 2005, n. 80 (di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 35), nell'intento di eliminare la situazione di incertezza, ha modificato l'Art. 32 della legge n. 109 del 1994, introducendo, per l'arbitrato in materia di lavori pubblici, un sistema "binario" o "alternativo", a seconda che le parti fossero o meno d'accordo sul nominativo del terzo arbitro.

In caso di accordo, l'arbitrato doveva svolgersi secondo il modello dell'arbitrato libero, vale a dire applicando la disciplina ordinaria contenuta nel codice di procedura civile, e lasciando agli arbitri il potere di autoliquidazione dei compensi, pur se con l'obbligo di applicare le tariffe allegate al D.M. n. 398 del 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 nel DM n. 398/2000 e, solo per quanto da esso non disciplinato, le norme del codice di procedura civile.

La Camera arbitrale è stata, dunque, reintegrata nei poteri che la sentenza del Consiglio di Stato le aveva sottratto, ma con due differenze di non poco conto: da un lato, il potere di nomina e la disciplina dei procedimenti amministrati sono stati rafforzati dal fatto che essi trovano ora fonte in una norma di legge e non più soltanto in norme regolamentari come nel precedente sistema (il che presuppone che ogni eventuale intervento riguardante la Camera arbitrale debba avvenire in modo espresso con fonte normativa di pari rango); dall'altro, i poteri della Camera sono stati indeboliti dal fatto che la sua attività, estesa in origine a tutti gli arbitrati in materia di lavori pubblici, è stata definitivamente limitata ad un intervento "vicario" di una volontà privata mancante.

Anche sulla situazione derivante da tale assetto normativo, l'Autorità ha inviato un atto di segnalazione al Governo ed al Parlamento il 24 febbraio 2005 (cfr. all. 2).

5. Il Codice dei contratti pubblici - che ha esteso la competenza della Camera Arbitrale ai settori dei servizi e delle forniture - ha confermato il predetto sistema, anche se, sotto il profilo della procedura, ha unificato i due modelli di arbitrato, disponendo che a tutti i giudizi arbitrali si applicano le norme del codice di procedura civile.

Pertanto, attualmente, la Camera arbitrale interviene solo nell'ipotesi in cui manca l'accordo delle parti sulla nomina del terzo arbitro. In tale evenienza provvede la Camera in alcuni momenti del procedimento: determinazione del deposito in acconto; scelta del C.T.U. e del segretario del collegio all'interno degli elenchi istituiti presso di essa; sede del collegio presso la Camera o presso un Osservatorio regionale; determinazione dei compensi spettanti agli arbitri con ordinanza deliberata dal Consiglio, sulla base della proposta di liquidazione formulata dal collegio.

6. Tale assetto normativo, come è stato riportato dall'Autorità nelle Relazioni annuali al Parlamento 2005 e 2006, ha determinato una significativa contrazione dei procedimenti arbitrali iscritti presso la Camera rispetto a quelli "liberi" (nel 2006 i lodi depositati in esito ad arbitrati amministrati sono stati 40, mentre i lodi depositati in esito ad arbitrati liberi sono stati 80; nel 2007 risultano, ad oggi, depositati n. 21 lodi "amministrati" e n. 110 lodi "liberi").

Ciò ha comportato gravi oneri per le finanze delle stazioni appaltanti, il più delle volte soccombenti in giudizio, a causa delle maggiori spese derivanti dall'espletamento dell'arbitrato non amministrato.

Il Parlamento, nel portare la propria attenzione sul tema, ha difatti rilevato forti criticità del sistema con particolare riguardo alla questione delle tariffe. Nel secondo decreto correttivo (d.lgs. n. 113/2007) è stato, quindi, posto un parziale rimedio rendendo obbligatoria la tariffa di cui al DM n. 398 del 2000.

7. Come si è detto, la piena libertà di nominare il terzo arbitro è stata introdotta a modifica dei criteri prima seguiti che avevano previsto l'intervento dell'organo pubblico nella nomina dei collegi arbitrali.

Ora, per i casi in cui manca l'accordo per la nomina del terzo arbitro provvede la Camera arbitrale attingendo ad apposito Albo ed in base a previsioni di legge e non più di regolamento.

Con il consenso delle parti, invece, il giudizio arbitrale avviene in forma libera e non amministrata anche se il lodo viene depositato per assicurare pubblicità e trasparenza dei dati.

Orbene, non si può non rilevare che, quando da più parti si segnalano anomalie e criticità nel sistema degli arbitrati, queste si prospettano con riguardo agli arbitrati liberi, in particolare in relazione agli eccessi di autoliquidazione dei compensi relativi ad arbitri, periti e segretari. E ciò per l'elevata discrezionalità nel *range* delle tariffe applicabili in relazione alla complessità delle questioni trattate, le specifiche competenze utilizzate e l'effettivo lavoro svolto. Queste previsioni hanno avuto come effetto la contrazione dei procedimenti presso la Camera arbitrale.

Ma quello che più interessa, oltre alla generalizzata acquiescenza delle Amministrazioni a fronte di compensi non rispettosi della tabella da applicare, che potrebbe configurare ipotesi di danno erariale, è la frequenza delle soccombenze dell'amministrazione nei procedimenti arbitrali ed in particolare negli arbitrati liberi.

Da ciò anche il rilievo corrente che l'istituto arbitrale costituisca un sistema diretto in gran parte a favorire l'impresa a danno dell'Amministrazione.

8. Le considerazioni che al riguardo possono farsi sono le seguenti:

a) l'esclusione della clausola compromissoria o del compromesso per le controversie in tema di contratti pubblici genera forti perplessità in merito alla sostenibilità da parte del mercato, a causa dell'eccessiva lunghezza dei tempi della giustizia, sia essa ordinaria che amministrativa;

b) il criterio del doppio binario non sembra offrire la possibilità per uscire dalle criticità dell'istituto, giustamente lamentate anche in Parlamento;

c) l'arbitrato amministrato quale normativamente configurato prima della sentenza del Consiglio di Stato a giudizio di questa Autorità offriva garanzie sufficienti sia in ordine alla natura neutrale ed imparziale della costituzione del collegio sia in ordine alla possibilità di monitorare l'andamento delle liti sia infine in ordine al contenimento delle spese. Peraltro non è condivisibile l'idea che far confluire tutta la materia nell'arbitrato amministrato finisca per costituire una lesione della libertà negoziale, dal momento che le pubbliche amministrazioni, pur utilizzando forme privatistiche, restano pur sempre assoggettabili a regole di tipo pubblicistico che non sono imposte ai privati. E ciò sia perché si impegnano risorse pubbliche sia perché si movimentano una domanda aggregata preminente che richiede una regolazione di questo particolare mercato, ove occorre garantire a tutti gli operatori la parità d'accesso.

9. Del resto, per quanto consta, in alcune esperienze straniere che fanno riferimento a interventi arbitrali, la nomina degli arbitri e del Presidente del Collegio è demandata ad una Camera arbitrale, o comunque soggetta a conferma da parte dell'organismo che amministra l'arbitrato.

Inoltre, i regolamenti delle Camere Arbitrali estere, anche riguardanti controversie tra privati, amministrano l'intera procedura arbitrale, compresi gli aspetti economici.

10. Occorre quindi, superando il sistema del doppio binario, far rientrare nella Camera Arbitrale tutta la materia della designazione del terzo arbitro e della regolazione delle tariffe in base a chiari disposti normativi.

E bisogna, altresì, tenere conto che la materia sulla quale cade il giudizio arbitrale è complessa e non riguarda solo il momento decisionale del contenzioso dovendosi porre, invece, il problema di intervenire a monte su una migliore razionalizzazione dei

presupposti che consentono di abbassare il contenzioso.

Ci si riferisce ai momenti iniziali della procedura che riguardano sia la progettazione che i bandi: su di essi l'Autorità intende esercitare un attento monitoraggio anche al fine di potere sviluppare proposte adeguate di eventuali soluzioni legislative.

11. Alla luce di quanto rappresentato, e dalla ricostruzione della disciplina sopra evidenziata, si rende, conseguentemente, necessario, ad avviso dell'Autorità, un intervento normativo che modifichi il sistema previsto dagli articoli 241, 242 e 243 del dlgs 163/2006 nel senso di ripristinare l'arbitrato amministrato come unico modello, attribuendo, quindi, alla Camera Arbitrale un potere generalizzato di nomina del terzo arbitro e di determinazione dei compensi dei collegi arbitrali.

Roma, 25 ottobre 2007

Il Consigliere Relatore

Il Presidente