

## IL COLLEGIO ARBITRALE

composto dai Sigg.:

- avv. prof. Giuseppe Guizzi, Presidente
- avv. Alberto Bianchi, Arbitro
- avv. prof. Giorgio Pagliari, Arbitro.

nella controversia insorta

tra

il POLO SANITARIO SARDEGNA CENTRALE - SOCIETA' DI PROGETTO S.P.A., in persona del suo legale rappresentante p.t., domiciliato per la carica in Nuoro, alla via Paoli, n. 26, ed elettivamente domiciliato in Cagliari, alla via Ada Negri, n. 32, nello studio degli avv.ti Antonello Rossi, Maria Teresa Grassi e Giorgio Fraccastoro,

contro

l'AZIENDA PER LA TUTELA DELLA SALUTE (già Azienda Sanitaria Locale Nuoro 3), in persona del suo legale rappresentante p.t., domiciliato per la carica in Sassari, alla via Monte Grappa, n. 82, ed elettivamente domiciliato in Roma, alla via Quintino Sella, n. 23, nello studio dell'avv. Augusto Vacca

in forza della clausola compromissoria di cui all'art. 33, comma quarto, del Contratto di Concessione stipulato inter partes, e successive modificazioni, e qui di seguito trascritta: *«espletato il procedimento di contestazione di cui ai precedenti commi, e fuori dei casi di cui al primo comma dell'art. 240 del D.Lgs 163/2006, per ogni contestazione e questione inerente i diritti del concessionario, a qualsiasi*

GG  
TM  
WS

*titoli relativi all'esecuzione della concessione le parti concordano di derogare alla giurisdizione ordinaria e devolvere la competenza a un collegio arbitrale rituale secondo le norme del Codice di Procedura Civile»*

HA PRONUNCIATO IL SEGUENTE

LODO

**SVOGIMENTO DEL PROCESSO**

I.1.- Con atto del 26 febbraio 2016, la Società Polo Sanitario Sardegna Centrale - Società di Progetto s.p.a. introduceva giudizio arbitrale nei confronti dell'Azienda Sanitaria Locale Nuoro, nominando quale proprio arbitro l'avv. Alberto Bianchi, ed esponendo quanto segue:

- con bando di gara pubblicato per estratto nella GURI n. 97 del 22 agosto 2007, l'Azienda ASL n. 3 di Nuoro bandiva una procedura aperta, ai sensi dell'art. 155, comma 1, lett. a) del D.lgs. n. 16372006, per l'affidamento mediante *project financing* della concessione dei lavori di ristrutturazione e completamento del pp.oo. San Francesco e C. Zonchello di Nuoro, San Camillo di Sorgono e dei presidi sanitari di Macomer e Siniscola, nonché il *global service* per la fornitura e la manutenzione delle attrezzature, la gestione dei servizi non sanitari, di quelli di assistenza domiciliare e riabilitativa, e degli spazi a destinazione commerciale e la gestione dei contratti di sponsorizzazione;
- all'esito del completamento del procedimento di gara - scandito dalle relative delibere del Direttore Generale dell'ASL Nuoro, con deliberazione del medesimo del 31 marzo 2008, n. 463, si provvedeva all'aggiudicazione della

Gh.  
AA  
B

concessione, nonché all'approvazione del progetto preliminare, e del disciplinare della gestione degli altri servizi oggetto del bando;

- in data 14 maggio 2008 era sottoscritto il contratto di concessione n. rep. 1037 tra la ASL Nuoro e la Cofatech Servizi s.p.a. (oggi Cofely Italia s.p.a.), in proprio e nella qualità di capogruppo del R.t.i. costituito con la Società Inso Sistemi per le Infrastrutture Sociali s.p.a.
- in data 4 luglio 2008 era costituita la Società di Progetto Polo Sanitario Sardegna Centrale - Società di Progetto s.p.a., che assumeva la titolarità della concessione;
- con delibere successive nn. 259 del 26 febbraio 2009 e 1275 del 24 agosto 2009 del D.G., a valle di una richiesta formulata dall'Amministrazione di modifica e integrazione del progetto, era approvato il "Progetto definitivo";
- in data 7 maggio 2009, le parti stipulavano l'atto aggiuntivo contraddistinto dal n. 1, rep. n. 1102, successivamente al quale i servizi di concessioni venivano avviati in un periodo dal gennaio 2009 al febbraio 2013;
- in data 27 gennaio 2014 era sottoscritto un ulteriore atto aggiuntivo, contraddistinto dal n. 2, rep. n. 1360;
- il Polo ha sempre espletato le attività di progettazione, esecuzione dei lavori e gestione dei servizi, nonostante gli inadempimenti imputabili all'ASL Nuoro fino dall'anno 2014, posti in essere in attuazione di un disegno volto a ostacolare la realizzazione del *project financing*;
- in particolare, tale azione si è sviluppata attraverso

44.  
17/1  
SP

l'emanazione di atti che hanno avuto l'effetto sostanziale di bloccare i lavori, nonché mediante l'attuazione di una campagna denigratoria sugli organi di stampa e in varie occasioni pubbliche;

- per quanto riguarda il primo profilo, con nota del 2 aprile 2015 (prot. PG/2015/16487) la ASL Nuoro ha contestato infondatamente al Polo la sussistenza di inadempimenti invitandola a presentare «adeguati giustificativi»; inadempimenti contestati dal Polo con nota del 20 aprile 2015; seguiva ulteriore carteggio tra le parti con reciproche contestazioni, tra le quali si segnala in data 12 giugno 2015 la comunicazione del Polo di sospensione dei lavori;
- con deliberazione del Commissario Straordinario dell'ASL Nuoro n. 1540 dell'11 dicembre 2015, l'Amministrazione quantificava il proprio credito nei confronti del Polo in euro 9.298.304,94 per sorta capitale ed euro 1.063.406,38 per interessi legali;
- con successiva deliberazione del medesimo Commissario Straordinario n. 1679 del 28 dicembre 2015 era avviato il procedimento di annullamento in autotutela delle deliberazioni concernenti l'approvazione dell'atto aggiuntivo n. 2;
- con ulteriore deliberazione del 15 gennaio 2016, n. 6, il Commissario Straordinario ha ulteriormente precisato le reciproche ragioni di debito e credito nei seguenti termini: a) ricognizione di debito nei confronti del Polo per euro 1.118.857,43; b) accertamento di credito per euro 2.828.097,65;

Ch.  
AA  
JF

- c) disconoscimento del debito di euro 4.182.842,66, perché concernente prestazioni non dovute e non fornite nel 2015; d) accertamento dell'estinzione del debito per quota di manutenzione dell'anno 2015, per compensazione con il credito accertato per il medesimo servizio per l'anno 2014.
- le delibere da ultimo indicate sono state oggetto di impugnazione dinanzi al TAR Sardegna.

I.2.- Sulla base di tale ricostruzione il Polo ricorrente osservava:

- a) che, nonostante i tentativi di dare attuazione al contratto, l'esecuzione è stata resa impossibile dalla mancata disponibilità delle aree e dalla mancata «condivisione di un nuovo cronoprogramma dei lavori», e alla conseguente conflittualità insorta con i gestori ed esecutori dei diversi servizi;
- b) che l'azione svolta dall'ASL presso l'opinione pubblica è stata tanto «pervasiva» da impedire il regolare svolgimento delle attività; in particolare, è stato compromesso l'affidamento presso gli istituti bancari, così da rendere vana ogni possibilità di rifinanziamento;
- c) che l'Amministrazione, pertanto, è incorsa in una palese violazione dei propri obblighi di buona fede e correttezza.

Il danno subito dal Polo era così determinato:

- 1) ritardato o mancato pagamento di canoni per diversi servizi, oltre interessi legali (pag. 23);
- 2) danno per mancata nomina della Commissione di collaudo per i collaudi provvisori dei lotti già completati; per mancata consegna delle aree di intervento ovvero consegna

G.4  
ATA  
SP

ingiustificatamente frazionata o parziale; per continue richieste di modifiche e variazioni; per mancata approvazione delle richieste di variante del concessionario; mancato esame e approvazione relativa a (una parte delle) apparecchiature elettromedicali da installare, «in relazione al presidio di Siniscola» (pag. 33); per mancata messa a disposizione dei fondi per il completamento del reparto di radiologia del P.O. San Francesco di Nuoro (deliberazione n. 1749 del 5 dicembre 2013); per mancata approvazione dei cronoprogrammi presentati dal Polo. Tali danni sono stati quantificati in complessivi euro 2.942.162,95, di cui euro 450.000,00 per maggiori lavorazioni; euro 100.000,00 per maggiori oneri di progettazione; euro 2.362.162,95, per maggiori oneri per il ritardo nei tempi di esecuzione; euro 30.000,00 per lavorazioni del reparto di Senologia del P.O. San Francesco.

- 3) Ulteriori voci di danno subite dal concessionario riguardano: euro 3.150.000,00 per mancata approvazione del Piano dei Rinnovi fino al 2014 ed euro 1.250.000,00 per il periodo successivo; euro 90.000,00 per mancata approvazione dell'inventario con conseguenti oneri di manutenzione del Servizio di gestione delle reti e fornitura Hw e Sw; euro 400.000,00 per inadempimenti relativi al Servizio di Manutenzione e gestione degli Edifici Aziendali; euro 162.874,00 per inadempimenti relativi al Servizio Energia; euro 24.400,00 per mancati introiti derivanti dalla gestione dei parcheggi inerenti ai Servizi Commerciali;
- 4) l'ASL è inoltre responsabile per la mancata cooperazione nelle

G.S.  
AA  
S

richieste di finanziamento presentate dal Polo ad Istituti bancari, i cui costi istruttori sono stati pari a euro 800.000,00; nonché per l'affidamento a terzi di lavori e forniture comprese nell'oggetto del contratto di appalto che hanno determinato un danno pari a euro 2.000.000,00;

- 5) il Polo ha subito un danno all'immagine imprenditoriale, da valutare nella misura percentuale del dieci per cento dell'importo complessivo del danno subito, e, quindi, pari a euro 1.081.943,70.

I.3.- Sulla base di tale premessa, parte attrice chiedeva di sentire così provvedere:

*«Voglia il collegio adito, disattesa ogni contraria domanda, deduzione e istanza, premessa all'occorrenza ogni necessaria od opportuna statuizione, declaratoria ed accertamento:*

*- accertare e dichiarare che la A.s.l. di Nuoro, con i suoi diversi ed illegittimi atti e comportamenti, si è resa inadempiente rispetto agli obblighi previsti e discendenti dal Contratto di Concessione (integrato con i successivi atti aggiuntivi nn. 1 e 2) stipulato in data 14 maggio 2008;*

*- accertare e dichiarare che, in conseguenza del predetto inadempimento, Polo Sanitario Sardegna Centrale - Società di Progetto s.p.a. ha maturato un credito pari a complessivi euro 27.478.730,05 (euro ventisettemilioniquattrocentosettantottomila-settecentotrenta/00), oltre interessi di mora per euro 4.000.000,00 (euro quattromilioni/00);*

*- accertare e dichiarare che, in conseguenza del predetto inadempimento, Polo Sanitario Sardegna Centrale - Società di Progetto s.p.a. ha subito un danno che, provvisoriamente e con riserva di diversa determinazione nel corso del giudizio, si quantifica nella misura pari alla somma di €*

4.6.  
A.2  
S.2

10.819.436,95 (euro diecimilioni ottocentodiciannovemila quattrocentotrentasei/95) a titolo di danno emergente e di lucro cessante, maturato alla data del 26.02.2016;

- accertare e dichiarare inoltre che, in conseguenza del medesimo inadempimento della A.s.l. di Nuoro al contratto di concessione in data 14 maggio 2008, Polo Sanitario Sardegna Centrale – Società di Progetto s.p.a. ha altresì subito un danno di immagine che, provvisoriamente e con riserva di diversa quantificazione nel corso del giudizio, si quantifica in euro 1.081.943,70 (euro un milione ottantunomila novecentoquarantatre/70):

- per l'effetto, condannare la A.s.l. di Nuoro, in persona del legale rappresentante in carica, al pagamento del credito maturato, nonché a risarcire i danni, corrispondenti alle voci sopra elencate, nelle somme sopra quantificate ovvero nelle maggiori o minori somme che risulteranno nel corso del giudizio, oltre interessi anche anatocistici ai sensi dell'art. 1283 cod. civ. e maggior danno da svalutazione monetaria dal giorno del dovuto fino al saldo effettivo;

- con vittoria di spese, competenze ed onorari, anche relative al funzionamento del Collegio Arbitrale».

II.1.- Con delibera n. 353 del 21 marzo 2016, l'Amministrazione resistente, pur riservandosi la formulazione di eccezioni pregiudiziali relative alla stessa procedibilità dell'arbitrato, impugnava le domande di parte attrice, e nominava quale proprio Arbitro l'avv. Giorgio Pagliari.

II.2.- In forza della previsione contenuta nell'art. 209 del D. Lvo n. 50/2016, che riserva alla Camera Arbitrale presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione la nomina del Presidente dei Collegi

GL.  
AS  
SP

Arbitrali relativamente a controversie in materia di contratti pubblici, con delibera del 15 dicembre 2016, il Consiglio della Camera Arbitrale recepiva le indicazioni delle parti in relazione alla nomina degli Arbitri di parte e designava il prof. avv. Giuseppe Guizzi per la funzione di Presidente, provvedendo, quindi, alla nomina del Collegio Arbitrale.

II.3.- Gli Arbitri accettavano la nomina; in particolare, il prof. avv. Giuseppe Guizzi con nota del 27 gennaio 2017; l'avv. Alberto Bianchi con nota del 21 febbraio 2017 e l'avv. Giorgio Pagliari con nota del 30 gennaio 2017. Nelle relative comunicazioni, gli Arbitri dichiaravano espressamente di *«non versare in alcuna delle situazioni di incompatibilità alla nomina di cui all'art. 815 c.p.c. e agli artt. 209, c. 6, e 210, c. 10, d. lgs. n. 50/2016; e di aver preso visione e di accettare il Codice deontologico degli arbitri camerale redatto ai sensi dell'art. 210, c. 2, d.lgs. n. 50/2016»*.

La Camera Arbitrale comunicava l'avvenuto versamento del deposito in acconto dei corrispettivi del Collegio Arbitrale, presupposto necessario per potere procedere alla costituzione del Collegio.

II.4.- Pertanto, in data 6 aprile 2017, gli Arbitri costituivano il Collegio Arbitrale, presieduto dall'avv. prof. Giuseppe Guizzi, esaminando preliminarmente la clausola compromissoria, nel testo risultante dall'atto di accesso della Società istante, che, ai sensi dell'art. 33, comma 4, del Contratto di Concessione e mod. succ., e come riportato anche in epigrafe così recita: *«espletato il procedimento*

G.G.  
A.D.  
S.P.

*di contestazione indicato nei precedenti commi del presente articolo e fuori dei casi di cui al primo comma dell'art. 240 del D. Lgs. 163/2006, per ogni contestazione e questione inerente i diritti del Concessionario, a qualsiasi titolo relativi all'esecuzione della concessione, le parti concordano di derogare alla giurisdizione ordinaria e devolvere la competenza ad un collegio arbitrale rituale secondo le norme del Codice di Procedura Civile».*

Il Collegio fissava la sede dell'arbitrato in Roma, alla Piazza dell'Emporio, n. 16/a, nello studio dell'avv. prof. Giuseppe Guizzi.

Inoltre, il Collegio stesso considerato che il termine per la pronuncia del lodo è di giorni centottanta dal giorno della costituzione, adottava le seguenti determinazioni:

*«1.- è assegnato alle parti in causa un primo termine fino al 9 giugno 2017 per la presentazione delle prime memorie difensive e deposito di documenti, con la precisazione dei quesiti, che dovranno essere prodotte in 2 originali e 4 copie in carta semplice, e depositate presso la sede, in Roma, alla piazza dell'Emporio, n. 16/A, dalle ore 10,00 alle ore 17,30 escluso il sabato. I documenti allegati dovranno essere presentati in 4 copie ed essere accompagnati da elenco in 5 copie.*

*2.- E' concesso altresì alle parti stesse un secondo termine fino al 30 giugno 2017 per deposito di eventuali memorie e documenti in replica alle deduzioni avversarie, il tutto con l'osservanza delle forme e modalità precisate sub 1).*

*3.- Le parti si impegnano ad autorizzare, in sede di udienza di comparizione e discussione, i rispettivi difensori a sottoscrivere atti di proroga del termine per il deposito del lodo.*



*In ogni caso, è delegata al presidente del Collegio Arbitrale la facoltà di accertare e dichiarare la proroga del detto termine in caso di espletamento di attività istruttoria, ai sensi dell'art. 820 c.p.c., nonché di prorogare, su accordo delle parti, i termini innanzi fissati, di autorizzare il deposito di altri documenti o memorie difensive, sempre che venga congruamente prorogato dalle parti medesime il termine per la stesura del lodo, e di emettere ogni altro atto ordinatorio del procedimento, compresi provvedimenti istruttori.*

*4.- Viene fissata l'udienza di discussione con la comparizione delle parti per il giorno 20 luglio 2017, ore 17,30, presso la sede del Collegio Arbitrale, come sopra determinata».*

*IV.1.- Nel termine fissato dal Collegio le parti depositavano le rispettive memorie difensive.*

*IV.2.- Nella prima memoria, il Polo istante precisava e integrava la prospettazione dei fatti esposta nella domanda introduttiva, secondo la seguente scansione di argomenti:*

*a- Nei paragrafi sub 1 e 2 (pagg. 2 ss.), premesso l'iter procedimentale che ha condotto alla sottoscrizione del contratto di concessione e le peculiarità della fattispecie dell'accordo di *project financing*, il Polo riteneva opportuno sottolineare la sussistenza nel caso di specie di tutti i presupposti normativamente previsti per la legittimità della concessione.*

*b- Nel paragrafo sub 3 (pagg. 12 ss.), il Polo si soffermava sugli argomenti volti a confutare il contenuto della deliberazione Anac n. 919/2016 che, in riferimento al contratto *de quo*, ne dichiarava l'illegittimità per avere previsto che la remunerazione degli*

4.4.  
A7L  
ST

investimenti del concessionario fosse integralmente a carico dell'amministrazione, senza la tipica assunzione del rischio economico e gestionale connesso alla realizzazione dell'opera e alla gestione dei servizi (pagg. 15 ss.). A tale proposito, il Polo precisava che dal contratto emerge che il rischio di costruzione grava integralmente sul concessionario; mentre il rischio di disponibilità è anche soggetto all'applicazione di penali da parte dell'Amministrazione nell'eventualità in cui l'inadempimento delle prestazioni sia imputabile al concessionario, e tale elemento, ai sensi della circolare P.C.M. del 27.3.2009 denota che il privato ne assume il relativo rischio. Ne consegue come non sia condivisibile la contestazione dell'Anac che ritiene l'ammontare delle penali troppo esiguo, giacché il limite del dieci per cento è sancito imperativamente dalle normative vigenti.

A ciò aggiungeva che un ulteriore elemento di rischio economico a carico del concessionario è rappresentato dalla facoltà per l'Amministrazione di chiedere l'erogazione dei servizi anche in misura parziale con conseguente riduzione del canone, nonché di affidare - in presenza di determinate condizioni - a terzi lo svolgimento dei servizi e che sono posti a carico del concessionario il rischio per il perimento delle attrezzature senza facoltà per quest'ultimo di chiederne il riequilibrio e il rischio c.d. operativo.

Ciò premesso, l'inquadramento delle reciproche obbligazioni in un rapporto di sinallagmaticità è erroneo, perché in contrasto con l'art. 143, comma 4, del d.lvo n. 163/2006 che depone per una funzione di riequilibrio finanziario del contratto di concessione. Parimenti, è erronea la lettura nel contratto di una clausola "solve et

9.4.  
K  
S

repete” perché, invece, non è presente nel programma negoziale.

L’Anac ha errato, ancora, nell’interpretazione del contratto come insieme di prestazioni non direttamente collegate all’opera da realizzare, e per un lungo periodo di tempo - con l’effetto di turbamento del mercato - perché si tratta di caratteri conformi alla legge. La stessa normativa vigente, inoltre, depone per la legittimità delle modalità di subaffidamento dei servizi oggetto di concessione, che non rientra nel divieto dell’art. 118 cod. app.; in particolare, è legittimo l’ingresso di Nuova Cofacons nel capitale di Polo Sanitario, circostanza peraltro autorizzata - sebbene non necessario *ex lege* - con atto dell’ASL del 12.12.2011, n. 60707, sicché si applica la disposizione normativa che qualifica come prestati in proprio i servizi che il concessionario affida ai propri soci (e su tale aspetto è irrilevante l’adozione della forma consortile.

c- Nel paragrafo *sub 4, 5, 6 e 7 (pagg. 28 ss.)*, il Polo - premessa la descrizione delle attività svolte in esecuzione del contratto dal 2008 al 2015 - ribadiva la contestazione dell’inadempimento dell’ASL. Ad integrazione delle circostanze già esposte nell’atto di accesso al procedimento arbitrale, il Polo rilevava che, nella sopra ricordata delibera n. 6 del 2016 l’Asl ha anche affermato che l’atto aggiuntivo n. 2 è contrario alla normativa vigente in materia di contabilizzazione e bilancio, in particolare per quanto riguarda il servizio di Ingegneria Clinica e gestione reti Hw e sw e i rinnovi delle apparecchiature elettromedicali: un comportamento che di fatto unilateralmente stralcia dall’oggetto della concessione una parte qualificante dell’intero progetto. Infatti, dopo l’annullamento in autotutela dell’atto aggiuntivo n. 2 - con deliberazioni n. 1679/2015 e n.

44.  
AM  
P

268/2016, è iniziato il procedimento di contestazione dell'Anac (, un insieme di circostanze che ha determinato il blocco dei lavori; a ciò si aggiunge l'annullamento in autotutela per contrasto con le disposizioni vigenti in materia di *project financing* anche dell'atto aggiuntivo n. 2, con deliberazione n. 1517 del 3.11.2016 e succ. fino al D.G. ATS n. 24/2017.

In tale cornice, l'ASL ha richiesto al direttore dei lavori una revisione dei documenti di contabilità e dei SAL con il criterio della "contabilità a misura", nonostante il divieto normativo per lavori di importo superiore a euro 500.000,00; a questo punto, il R.u.p., sul presupposto che l'annullamento degli atti ha determinato la propria decadenza, non ha più sottoscritto gli atti dovuti.

L'Amministrazione, quindi, con le determinazioni assunte dall'aprile 2017, contraddistinte dai nn. da 198 a 213, e da 258 a 264, ha proceduto a un riconoscimento di debito, calcolato in modo erroneo a danno del concessionario, utilizzando parametri non applicabili alle poste di credito (pagg. 44 ss.); in tale modo il Polo si è trovato in una situazione finanziaria difficile per le esposizioni debitorie verso terzi che si sono determinati in ragione dello squilibrio finanziario sopravvenuto nella concessione.

d- Nel paragrafo *sub n. 8* (pagg. 52 ss.), il Polo evidenziava che l'ASL ha errato nel ritenersi vincolata alle deliberazioni dell'ANAC, dal momento che anche la giurisprudenza amministrativa ritiene che sia imposto all'amministrazione destinataria solo un obbligo di informazione e chiarimenti (considerando anche la disciplina applicabile *ratione temporis*.

Pertanto, segnalava che il provvedimento dell'ANAC aveva

costituito l'occasione per la apertura di trattative per una rinegoziazione del contratto, improvvisamente interrotte, e ciò anche in contrasto con la stessa delibera dell'ANAC che non intendeva eliminare il progetto.

e- Nel paragrafo *sub n. 9* (pagg. 55 ss.), Polo esponeva che un primo rallentamento e ritardo nei lavori è stato determinato dai fatti indicati nella nota prot. PG/2015/16847 del 2.4.2015, seguiti da una parziale ripresa e poi da una sostanziale immobilità causata dalle circostanze dedotte nell'atto introduttivo e relative alla mancata disponibilità delle aree e dalle condotte denigratorie imputabili all'Amministrazione.

f- Nei paragrafi *sub n. 10, 11 e 12* (pagg. 59 ss.), la Società attrice rilevava come, a causa del comportamento inadempiente dell'ASL, avesse subito la revoca dei finanziamenti accesi presso alcuni istituti bancari, mentre il suo credito nei confronti dell'ASL è stato anche riconosciuto dalla Regione Sardegna, come dimostrato dalla legge finanziaria 2017 che lo ha quantificato provvisoriamente in euro 28.129.819,02.

g- Nel paragrafo *sub n. 12* (pagg. 61 ss.), il Polo sottolineava che nessun comportamento inadempiente o illegittimo può essere imputato ad essa Società attrice e, pertanto, la disposta risoluzione di ufficio non ha alcun fondamento.

Ciò si evince già dalla diffida dell'ASL del 7 luglio 2016 viziata da una estrema genericità, dalla difformità rispetto al modello obbligato indicato dal contratto, dal riferimento ad un solo servizio tra quelli oggetto di concessione. A ciò si aggiunge il fatto che non vi è stato alcun accertamento dell'eventuale adempimento a valle della

diffida, nemmeno considerando le contestazioni del Polo.

Ne consegue l'insussistenza dei presupposti per la risoluzione di diritto, primo tra tutti l'adempimento da parte dell'Amministrazione delle proprie obbligazioni.

In particolare, poi, il servizio di ingegneria clinica può essere considerato solo unitariamente e, pertanto, anche il canone è inscindibile; di conseguenza, è illegittima la pretesa dell'ASL di distinguere la quota "manutenzione" dalla quota "rinnovi"; in specie, per questi ultimi, non erano previsti e non ci sono mai stati "rinnovi" ordinati e inadempiti dall'Amministrazione.

In realtà, i mancati "rinnovi" sono imputabili alla tardiva approvazione da parte dell'Asl sia del c.d. "piano rinnovi", quanto delle singole proposte di rinnovo e, in ogni caso, sia la quota "manutenzione" che la quota "rinnovi" sono state calcolate in modo erroneo (ad esempio, non tenendo conto per tutte le partite dare/avere dell'i.v.a.): secondo il calcolo esatto, che tiene conto dei criteri di valorizzazione, previsti dal contratto, l'importo dovuto ai concessionari è pari a euro 17.819.473,98. Infondata, ancora, è la pretesa di singole fatture di acquisto, non prevista contrattualmente, nonché illegittima alla luce delle disposizioni di legge sulla fatturazione delle prestazioni; infine, anche il meccanismo di calcolo delle penali è erroneo, e, in ogni caso, il loro ammontare è già ampiamente coperto dalla compensazione accertata dalla stessa Amministrazione.

h- Nei paragrafi *sub* 13, 14, 15 e 16 (pagg. 74 ss.), il Polo, segnalando ancora una volta la grave illegittimità dell'atto di risoluzione unilaterale, affermava la sussistenza dei presupposti per la

g.g.  
ATA  
B

risoluzione del contratto.

Sotto un primo profilo, l'attore ribadiva la violazione dei doveri di buona fede e correttezza, e di cooperazione per l'esecuzione della prestazione, violati dall'abuso dei poteri autoritativi attribuiti al concedente per la sua natura pubblica. Tale comportamento si è protratto anche nell'anno 2017, dopo l'istituzione dell'Azienda per la Tutela della Salute. La condotta dell'ASL è illegittima, inoltre, considerando anche che al contratto di cui è causa si applicano i principi di diritto privato, riguardo alla vincolatività tra le parti che non può essere disconosciuta con un atto unilaterale.

*i-* Nei paragrafi *sub* 16, 17, 18, 19 e 20 (pagg. 87 ss.) il Polo identificava gli estremi della fattispecie di grave inadempimento ai sensi dell'art. 1455 c.c., integrati da: irregolare pagamento dal 2009 dei canoni dei servizi; mancata disponibilità delle aree per la realizzazione delle opere e violazione del cronoprogramma dal 2014; omessa nomina della commissione di collaudo; mancata approvazione dei SAL e delle relative fatture dal 2012; omessa approvazione fino al 2014 del Piano dei rinnovi delle apparecchiature elettromedicali; omessa approvazione dal 2014 del 40 % delle proposte di rinnovo; ingiustificato rifiuto a consentire la cessione del credito notificata dal Polo; la denigrazione del concessionario.

Il danno patrimoniale era quantificato rinviando alla relazione illustrativa di parte depositata in giudizio. In particolare si tratta di euro 37.324.158,76 per mancato introito di crediti relativi ai servizi commerciali, generali e di housing; euro 2.086.905,75 per mancato pagamento di crediti relativi a servizi extra-contratto; euro 5.109.025,28 per interessi per ritardato pagamento; euro

G.G.  
AM  
SP

16.781.626,00, per maggiori oneri di gestione del Servizio di ingegneria clinica, compresi interessi moratori. Le voci di danno sono poi ulteriormente classificate tra danno patrimoniale: euro 42.433.184,00 per mancato incasso dei canoni dei servizi e degli extracanone eseguiti; euro 5.308.349,00, per sorta capitale (5.143.081,00) e interessi (165.269,00), per maggiori oneri di gestione e minori introiti per ritardi e interruzioni nel periodo dal 2015 al 2017; euro 3.131.805,00, per sorta capitale (2.919.180,00) e interessi (212.625,00, per oneri finanziari per il mancato utilizzo del finanziamento; euro 3.638.561,27 per oneri per interruzioni contrattuali, penali e danni derivanti dalla risoluzione contrattuale; euro 16.781.626 per maggiori oneri di gestione derivanti dalla mancata approvazione dei rinnovi; euro 1.295.911,00, per sorta capitale (1.282.242,00), e interessi (13.669,00) per maggiori oneri conseguenti alla mancata approvazione del Building Management; euro 5.928.578,00, per sorta capitale (5.688.228,00) e interessi (240.350,00), per maggiori oneri relativi al Servizio Energia; euro 24.431,00 per maggiori oneri relativi alla mancata approvazione del parcheggio a pagamento; euro 2.631.401,89, per maggiori oneri relativi alla decurtazione delle prestazioni e aggravio costi.

A titolo di lucro cessante il Polo chiedeva di considerare il minore utile derivante dalla cessazione degli introiti di gestione e mancata realizzazione delle opere non eseguite (40 %) e della c.d. "Prima fornitura". L'importo è pari a euro 90.910.483,98, di cui: euro 42.682.787,28 per costi e forniture eseguite al netto dei contributi pubblici ricevuti; euro 3.638.561,27 per penali e altri costi conseguenti alla risoluzione; euro 44.589.135,43 per minore utile e mancata

GL.  
AM  
SP

realizzazione delle opere non eseguite (lett. k, di cui sopra).

Il danno all'immagine era equitativamente determinato nella misura del dieci per cento dei danni subiti ed è quindi pari a euro 6.958.364,00.

l- Nei paragrafi *sub 21 e 22 (pagg. 103 ss.)*, il Polo concludeva la propria esposizione, contestando la legittimità del procedimento di annullamento in autotutela degli atti presupposti alla stipula dell'atto aggiuntivo n. 2, osservando che all'esito dell'esercizio del potere amministrativo in rapporti di natura negoziale con i privati, il contratto resta soggetto alla disciplina di diritto civile per cui non è consentito con atti amministrativi liberarsi degli effetti di un contratto non più gradito alla parte (sia pure pubblica) che lo ha stipulato e le dichiarazioni contenute nella delibera con la quale l'ASL di Nuoro ha nominato il proprio arbitro senza aderire alla domanda di arbitrato per la carenza di preventiva autorizzazione alla sottoscrizione di clausola arbitrale, e per la mancata indicazione nella legge di gara.

Parte attrice osservava che, quanto alla previsione dell'inderogabilità dell'inserimento nel bando della clausola, si tratta di una disciplina che trova applicazione solo nei bandi e avvisi di gara pubblicati dopo la sua entrata in vigore, laddove il bando che ha dato origine al rapporto di cui è causa è stato emanato in data precedente; successivamente, la natura privatistica e paritetica del rapporto negoziale sottrae quest'ultimo alla disciplina sopravvenuta. Per quanto riguarda l'altro profilo, il Polo osservava che l'inserimento della clausola nell'atto aggiuntivo è stato esito di una condivisione della stessa tra le parti.

G.G.  
A.71  
CP

IV.3.- Pertanto, la Società attrice così precisava le proprie richieste:

«Voglia il collegio adito, disattesa ogni contraria domanda, deduzione e istanza, premessa all'occorrenza ogni necessaria od opportuna statuizione, declaratoria ed accertamento:

- A) previo accertamento e dichiarazione in via incidentale che l'Azienda per la Tutela della Salute (ATS), con i diversi ed illegittimi atti e comportamenti descritti in narrativa, si è resa gravemente inadempiente rispetto agli obblighi previsti e discendenti dal Contratto di Concessione stipulato con Polo Sanitario Sardegna Centrale – Società di Progetto s.p.a. (P.s.s.c.), in data 14 maggio 2008, integrato con i successivi atti aggiuntivi n. 1 del 7 maggio 2009 e 2 del 27 gennaio 2014, accertare e dichiarare che, in conseguenza del predetto inadempimento dell'Azienda per la Tutela della Salute (ATS), al citato Contratto di Concessione, Pssc s.p.a.:

i) è creditrice del complessivo importo di euro 42.433.184,00 (euro quarantaduemilioniquattrocentotrentatrecentottanta-quattro/ 00) a titolo di canoni non pagati e conguagli non riconosciuti relativamente ai servizi commerciali, ai servizi generali ed housing, nonché alle prestazioni extra canone ed interessi moratori ex D.lgs. n. 231/2002;

ii) ha subito un danno patrimoniale emergente, per le ulteriori voci meglio indicate nel precedente paragrafo 18, nella misura di euro 35.077.670,70 (euro trentottomilionisettemilaseicentosestanta/70) ovvero nella maggiore o minore misura che sarà accertata nel corso del giudizio o che sarà comunque quantificata anche in via equitativa;

- B) previo accertamento e dichiarazione in via incidentale che l'Azienda per la Tutela della Salute (ATS), con i diversi ed illegittimi



*atti e comportamenti descritti in narrativa, si è resa gravemente inadempiente rispetto agli obblighi previsti e discendenti dal Contratto di Concessione stipulato con Polo Sanitario Sardegna Centrale – Società di Progetto s.p.a. (P.s.s.c.), in data 14 maggio 2008, integrato con i successivi atti aggiuntivi n. 1 del 7 maggio 2009 e 2 del 27 gennaio 2014:*

*i) accertare e dichiarare la risoluzione del predetto Contratto di Concessione in data 14 maggio 2008 (integrato con i richiamati atti aggiuntivi) ai sensi dell'art. 1453 e ss. cod. civ.;*

*ii) per l'effetto dichiarare che, in conseguenza della predetta risoluzione esclusivamente imputabile all'Azienda per la Tutela della Salute (ATS), Pssc s.p.a. ha subito un ulteriore danno nella misura di euro 90.910.483,98 (euro novantamilioninovecentodiecimilaquattrocentottantatre/98), calcolato ai sensi dell'art. 28.6 del Contratto di Concessione e dell'art. 158 D.lgs. n. 163/2006 vigente ratione temporis, ovvero nella maggiore o minore misura che sarà accertata nel corso del giudizio o che sarà comunque quantificata anche in via equitativa;*

*- C) accertare e dichiarare, inoltre, che, in conseguenza del medesimo inadempimento dell'Azienda per la Tutela della Salute (ATS) al Contratto di Concessione in data 14 maggio 2008 (integrato con i richiamati atti aggiuntivi), Pssc. s.p.a. ha altresì subito un danno di immagine nella misura di euro 6.958.364,00 (euro seimilioni novecentocinquattottomila trecentosessantaquattro/00), ovvero nella maggiore o minore misura che sarà accertata nel corso del giudizio o che sarà comunque quantificata anche in via equitativa:*

*- D) per l'effetto, condannare l'Azienda per la Tutela della Salute (ATS), in persona del Legale Rapp/te in carica, a risarcire i danni, corrispondenti alle voci sopra elencate, nelle somme sopra indicate ovvero nella maggiore o minore misura che sarò accertata nel corso del giudizio o che sarà comunque quantificata anche in via equitativa, oltre interessi anatocistici ai sensi dell'art. 1283 cod. civ., e maggior danno da svalutazione monetaria dal giorno del dovuto fino al saldo effettivo».*

In via istruttoria, il Polo ha chiesto disporsi consulenza tecnica di ufficio, il tutto con vittoria di spese.

V.1.- Nella sua prima memoria, in fatto l'ASL esponeva le vicende relative al rapporto dedotto in giudizio, precisando le circostanze la cui ricostruzione è di segno opposto a quella prospettata da parte attrice. Tra gli altri, precisava che, con nota P307/2012 del 27 aprile 2012, il Polo comunicava all'Amministrazione la costituzione di una nuova società consortile, la Nuova Cofacons scarl, e l'intenzione di affidare lo svolgimento di alcuni servizi ad alcune società titolari di quote del capitale sociale, riservandosi l'esibizione di documentazione per la verifica del possesso dei requisiti di legge; a fronte della conseguente risposta interlocutoria dell'Asl, seguita poi da ulteriori solleciti, la documentazione preannunciata e richiesta non veniva mai presentata. Quindi, a seguito del commissariamento dell'Asl, venivano intraprese verifiche parallele, all'interno dell'amministrazione, a cura dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto, e presso l'ANAC: in entrambi i casi, si concludeva per l'avvenuta elusione delle norme inderogabili in materia di lavori pubblici e project financing, in specie per la mancata assunzione del rischio imprenditoriale da parte del concessionario; da qui la necessità di



procedere in autotutela all'annullamento degli atti. Peraltro, si era evidenziato un rilevante inadempimento del Polo che, in riferimento al servizio di ingegneria clinica, e per quota rinnovi del periodo 2009 - 2013, aveva ricevuto compensi per circa trenta milioni di euro e fornito apparecchiature elettromedicali per circa undici milioni di euro; pertanto, l'Asl inviava diffida ad adempiere in data 7 luglio 2016, n. PG/2016/30092, che sfociava infine nella risoluzione contrattuale. Le argomentazioni di diritto dell'Amministrazione erano così articolate:

a- Nel paragrafo *sub 1* (pag. 18 ss.), l'Asl preliminarmente sollevava eccezione di incompetenza del collegio arbitrale per la nullità della clausola arbitrale per violazione dell'art. 241 cod. app., in vigore al momento della sottoscrizione dell'atto integrativo n. 2 nel quale è contenuta. In particolare, l'Amministrazione osservava che i presupposti della preventiva indicazione nel bando di gara e dell'autorizzazione dell'organo di governo devono essere interpretati in senso rigoroso, come prescritto dalle determinazioni ANAC; nel caso di specie, il bando aveva sottolineato espressamente che le eventuali controversie sarebbero state devolute alla competenza del giudice ordinario.

In ogni caso, anche negli atti amministrativi propedeutici alla sottoscrizione dell'atto integrativo n. 2, non vi era alcun riferimento alla clausola compromissoria; solo dalla lettura dell'atto si potrebbe ritenere che le parti abbiano voluto stipulare un compromesso, parimenti nullo perchè espressamente vietato dalla normativa sopra richiamata.

Tali circostanze erano note al Polo, che ha voluto ciò

G.G.  
A.M.  
S.D.

nonostante intraprendere il giudizio arbitrale come mezzo di pressione nei confronti dell'Asl, sicché viene chiesta la condanna della parte attrice per lite temeraria.

b- Nel paragrafo *sub 2* (pagg. 27 ss.), l'Amministrazione sottolineava che l'eccezione di incompetenza del Collegio è fondata anche sulla caducazione degli atti in cui è contenuta la clausola compromissoria in via di autotutela.

In ogni caso, la questione della nullità è oggetto anche del ricorso incidentale dell'ASL dinanzi al Tar Sardegna, sull'impugnativa proposta dal Polo sugli atti che hanno dichiarato caducata la concessione. Pertanto, si tratta di una pregiudizialità logico giuridica e l'ASL chiede al Collegio di dichiarare la sospensione del giudizio

c- Nel merito - paragrafi *Sub 3 e ss.* (pagg. 30 ss.), l'Amministrazione svolgeva una serie di argomentazioni per dimostrare la nullità della concessione e degli atti integrativi, con la precisazione che tale esame nel merito è funzionale esclusivamente a fondare l'eccezione di nullità della clausola compromissoria quale conseguenza dell'invalidità negli atti in cui è contenuta.

Ciò premesso, l'Asl osservava che il principale motivo di invalidità della clausola è dovuto all'inesistenza di un effettivo rischio di impresa sul concessionario, che costituisce un elemento indefettibile del tipo di contratto posto in essere dalle parti, e che rappresenta la ragion d'essere delle obbligazioni di pagamento a carico del concedente - strumentali al mantenimento dell'equilibrio finanziario - che si articolano nel canone c.d. di disponibilità (relativo alla disponibilità dell'intera opera dalla data del collaudo

4.4.  
A  
W

provvisorio), i canoni separati per ciascun servizio prestato dall'azienda, a cui si aggiungono gli introiti diretti derivanti dall'esercizio al pubblico dei diversi servizi. La dedotta inesistenza del rischio si desume dal combinato disposto delle clausole contrattuali, tra cui spiccano le clausole che impongono all'Amministrazione il pagamento delle somme dovute per i canoni anche in presenza di inadempimento del concessionario.

L'invalidità degli atti ricordati è stata accertata nella sentenza del Tar Sardegna (adito peraltro su ricorso della società Polish House s.r.l. che lamentava l'illegittimità del bando, nella parte in cui richiedeva il possesso di determinati requisiti che essa non possedeva), sebbene la transazione tra le parti (tra cui si deve ritenere compreso il fatto che Polish House entrava a fare parte della Scarl, che avrebbe ricevuto l'affidamento dei servizi dalla concessionaria) avesse portato ad una sentenza del Consiglio di Stato di annullamento senza entrare nel merito; e ribadita dal parere dell'UTFP e dalla delibera ANAC 31 agosto 2016, n. 919.

Ancora, costituisce motivo di nullità lo squilibrio tra il valore dei servizi affidati e quello delle opere, del tutto a vantaggio dei primi, e snaturando il necessario rapporto di accessorietà che renderebbe legittimo l'affidamento di servizi nel contratto. Tale circostanza ha determinato anche una violazione della disciplina inderogabile della concorrenza, nella parte in cui ha sottratto al mercato i servizi illegittimamente inseriti nella concessione.

La violazione delle normative vigenti si verifica anche per il fatto che lo sbilanciamento a favore dell'appalto di servizi ha reso possibile l'elusione della disciplina che richiede che il concessionario

G.G.  
AM  
CR

debba possedere i requisiti di legge per l'esercizio di ciascun servizio, mentre nel caso di specie non solo il concessionario e le imprese facenti parte della scarl non hanno allegato la sussistenza dei requisiti, mentre è riconosciuto al contrario che non li possiedono (vedi il caso di Polish House).

In via subordinata, l'ASL eccepiva l'invalidità dell'atto integrativo n. 2, sottolineando che lo sfavore dell'ordinamento per la modifica dei contratti pubblici è ancora più marcato nel project financing legato al programma di equilibrio finanziario, che non potrebbe essere mantenuto in caso di modifica del contratto.

Tale modifica potrebbe al più essere ammessa, nei limiti di un "adeguamento" e non di una "rinegoziazione", e solo in presenza dei presupposti richiesti dall'art. 143, commi 8 e 8 bis, del cod. app., che richiede appunto che la stazione appaltante abbia apportato variazioni ai presupposti del piano di equilibrio finanziario, oppure che siano stati modificati ad opera di legge i meccanismi tariffari.

L'atto integrativo n. 2 non possiede tali requisiti: non solo la prospettazione delle ragioni che hanno determinato la necessità della revisione è generica, ma il contenuto delle nuove pattuizioni che estende la durata della concessione ed aumentato i canoni risulta privo di giustificazione.

c- In via subordinata, l'ASL eccepiva la sussistenza dei presupposti per la risoluzione del contratto per i gravi e reiterati inadempimenti della concedente, riguardanti la mancata o non conforme esecuzione dei principali servizi oggetto di concessione; la mancata presentazione delle fatture di acquisto delle apparecchiature elettromedicali installate nei presidi ospedalieri; la cessione di parte

GG.  
AV  
CD

delle quote del Polo alla Nuova Cofacons scarl con contestuale affidamento dei servizi oggetto di concessione.

Gli inadempimenti erano stati oggetto di plurime diffide ad adempiere rimaste prive di riscontro positivo. Sicché l'Asl non ha potuto che prendere atto dell'avvenuta risoluzione di diritto del contratto di concessione e degli atti collegati.

A ciò si aggiunge l'inesistenza della pretesa creditoria del Polo, visto che - per scongiurare l'interruzione di un pubblico servizio - l'Amministrazione ha provveduto ai pagamenti anche in assenza dei presupposti contrattuali (allega i relativi mandati): in ragione di ciò, vanta attualmente un credito di euro 30.631.503,70, per maggiori somme pagate e non dovute, perché indebitamente fatturate o, comunque, prive di controprestazione.

V.2.- Sulla base di tale premessa, l'Azienda formulava i seguenti quesiti:

**«Quesito n. 1**

*Voglia l'Ecc.mo Collegio Arbitrale, in via pregiudiziale, dichiarare inammissibili tutte le richieste formulate da PSSC nella domanda arbitrale del 26 febbraio 2016, stante la nullità della clausola compromissoria contenuta nell'Atto Aggiuntivo n. 2 alla Concessione, poiché sottoscritta in radicale violazione dell'art. 241, commi I e 1-bis, D.Lgs. n. 163/2006.*

**Quesito n. 2**

*Sempre in via pregiudiziale, ma gradata rispetto al Quesito n. 1, voglia l'Ecc.mo Collegio Arbitrale, previa eventuale sospensione ex art. 819 bis, comma I, n. 2), c.p.c. del presente giudizio fino alla definizione dei ricorsi di PSSC dinanzi al TAR Sardegna contraddistinti dai numeri di R.G. 325/2016 e 194/2017, dichiarare inammissibili o improcedibili tutte le*

4-6  
17  
18

*richieste formulate da PSSC nella domanda arbitrale del 26 febbraio 2016, stante la nullità o l'inefficacia (originaria o sopravvenuta) della clausola compromissoria in conseguenza della intervenuta caducazione della Concessione, dell'Atto Aggiuntivo n. 1 e dell'Atto Aggiuntivo n. 2 ovvero del solo Atto Aggiuntivo n. 2 per effetto dell'annullamento in autotutela dei provvedimenti ad essi presupposti disposto dall'Amministrazione.*

**Quesito n. 3**

*Ancora in via pregiudiziale, ma gradata rispetto ai Quesiti nn. 1 e 2, voglia l'Ecc.mo Collegio Arbitrale dichiarare inammissibili le richieste formulate da PSSC nella domanda arbitrale del 26 febbraio 2016, stante la nullità della clausola compromissoria in dipendenza della:*

*- nullità assoluta della Concessione, dell'Atto Aggiuntivo 1 e dell'Atto Aggiuntivo 2, cui la detta clausola compromissoria è giuridicamente e funzionalmente collegata, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. e/o degli art. 1418, comma 2, 1343 e 1344 c.c., in combinato disposto con gli art. 3, 14, 15, 143 e 153 D.Lgs. n. 163/2006 e con l'art. 12 R.D. n. 2440/1923;*

*- ovvero, in subordine, della nullità assoluta del solo Atto Aggiuntivo n. 2, nel quale è inserita la detta clausola compromissoria ed al quale essa è giuridicamente e funzionalmente collegata, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. e/o degli art. 1418, comma 2, 1343 e 1344 c.c., in combinato disposto con gli artt. 3, 143, commi 6, 8-bis e 9, e 153 comma 9, D.Lgs. n. 163/2006.*

*Con espressa riserva di separata azione civile innanzi al competente Giudice Ordinario per richiedere, in via principale, l'accertamento della nullità e/o l'annullamento della Concessione, come modificata dall'Atto Aggiuntivo n. 1 e dall'Atto Aggiuntiva n. 2, nonché per articolare le conseguenti domande restitutorie e/o risarcitorie, salvo altro.*

**Quesito n. 4**

*G.L.*  
*AM*  
*18*

*In via gradata, nel merito, nella sola ipotesi in cui non ritenga di accogliere i Quesiti nn. 1, 2 o 3, voglia l'Ecc.mo Collegio Arbitrale rigettare tutte le richieste formulate da PSSC nella domanda arbitrale del 26 febbraio 2016, previo accertamento incidentale della loro infondatezza in fatto e in diritto, nonché della dell'intervenuta risoluzione di diritto della Concessione come modificata dall'Atto Aggiuntivo n. 1 e dall'Atto Aggiuntivo n. 2 per fatto e colpa di PSSC, ai sensi del combinato disposto degli arti 1456 e.c., 159 D.Lgs. n. 163/2006, 26 e 29 Concessione o, in subordine, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1454 c.c., 159 D.Lgs. n. 163/2006, 28 e 29 Concessione. Con espressa riserva di separata azione civile innanzi al competente Giudice Ordinario per richiedere, in via principale, per fatto e colpa di PSSC, l'accertamento della intervenuta risoluzione di diritto della Concessione, come modificata dall'Atto Aggiuntivo n. 1 e dall'Atto Aggiuntivo n. 2, e la risoluzione della stessa Concessione ai sensi degli artt. 1453 e 1455 c.c., nonché per articolare le conseguenti domande restitutorie e/o risarcitorie, salvo altro.*

**Quesito n. 5**

*Voglia, in ogni caso, l'Ecc.mo Collegio Arbitrale porre esclusivamente a carico di PSSC le spese di costituzione e funzionamento dello stesso Collegio, compresi gli acconti a tal fine versati, nonché i diritti, gli onorari e gli accessori di legge e professionali di competenza degli Arbitri, nonché degli eventuali consulenti tecnici d'ufficio.*

**Quesito n. 6**

*Voglia, in ogni caso, l'Ecc.mo Collegio Arbitrale condannare PSSC alla refusione delle spese legali, nonché delle eventuali spese sostenute per i consulenti tecnici di parte.*

**Quesito n. 7**

Handwritten signature and initials in blue ink, located on the right side of the page. The signature appears to be 'G.M.' and the initials below it are 'A.M.' and 'P.M.'.

*Voglia l'Ecc.mo Collegio Arbitrale, in caso di accoglimento del Quesito n. 1, accertata la responsabilità processuale aggravata di PSSC per aver agito in sede arbitrale nonostante la manifesta nullità della clausola compromissoria, condannare L'SSC al pagamento in favore dell'ATS dei danni subiti per aver dovuto resistere ad una lite temeraria, da quantificarsi anche in via equitativa, ex comma 1 o comma 3 dell'art. 96 c.p.c.»*

VI.1.- Nella seconda memoria, premessa una ricostruzione dei termini della controversia, il Polo contestava l'eccezione di incompetenza del collegio arbitrale sollevata dall'Amministrazione convenuta.

Il Polo rilevava che la controversia esula dall'ambito temporale di applicazione della norma. Richiama, a tale proposito, la deliberazione ANAC del dicembre 2015, n. 13, che ha interpretato il presupposto di esclusione della disciplina dell'art. 1, comma 19 della legge n. 190/2012, degli arbitrati "conferiti o autorizzati" prima della sua entrata in vigore, ammettendo che l'autorizzazione possa ritenersi implicita nei comportamenti dell'amministrazione inequivoci nella dimostrazione della volontà di secondare la clausola arbitrale; in particolare, nella giurisprudenza amministrativa il comportamento concludente si riconosce in quello che, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente il contenuto sostanziale.

Nel caso di specie, il comportamento concludente è rappresentato dalla delibera dell'Asl n 1134 del 7 settembre 2012, che aveva approvato lo schema dell'atto aggiuntivo n. 2, e, quindi, in epoca antecedente all'entrata in vigore della legge.

Invece, la clausola rispetta integralmente le condizioni



imposte dall'art. 241 del cod. app., giacché la successione degli atti formali attesta che l'adozione è stata valutata e ponderata dall'Ente.

Il Polo contestava l'eccezione anche sotto il profilo dell'invalidità della clausola conseguente alla nullità della concessione e degli atti conseguenti, invocando il principio dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto nel quale è inserita.

Di conseguenza, non sarebbe rilevante nemmeno l'eventuale decisione del giudice amministrativo che potrebbe sopravvenire, e che accertasse la legittimità degli atti di annullamento in autotutela, perché la prospettiva civilistica è differente, e consente al giudice adito in tale sede di disapplicare gli atti amministrativi, se illegittimi per la disciplina privatistica, vista la posizione paritetica delle parti nell'esercizio dell'autonomia privata, che vieta atti unilaterali imperativi all'amministrazione.

VI.2.-Nel merito, il Polo ricostruiva, in via generale, le caratteristiche del rischio di impresa nel *project financing*, e, soprattutto, in quello applicato al settore sanitario, per poi precisare quanto alla fattispecie concreta che il concessionario ha assunto pienamente sia il c.d. rischio di "costruzione" che il rischio "di gestione", come dimostrato dal fatto che le contestazioni dell'Asl basate sull'analisi del contratto si riferiscono soltanto ai servizi generali ed housing, mentre nulla è previsto rispetto al canone di "disponibilità" che, quindi, non sarebbe dovuto (illegittimamente) in caso di indisponibilità dell'opera.

Anche rispetto a tali servizi, l'Amministrazione è in errore, sia perché la revisione del canone è un elemento fisiologico di qualsiasi

46  
AM  
EF

contratto di durata, sia perché nella fattispecie concreta è addirittura vantaggiosa per l'Asl che non risponde per aumenti fino al cinque per cento. Il canone servizi per la copertura dei costi di gestione, sia pure "inusuale", si spiega nel caso di specie per l'obiettivo di mantenimento dell'equilibrio finanziario.

Pertanto, depone a favore della legittimità delle pattuizioni contrattuali la previsione di penali, applicabili automaticamente, mentre è irrilevante la misura massima del dieci per cento sia perché costituisce la misura massima prevista dalla legge, sia perché il danno maggiore è tutelato dalla facoltà di chiedere la risoluzione per inadempimento. Mentre, non esiste alcuna clausola *solvo et repete* nel contratto, visto che l'obbligo di pagamento dell'Asl riguarda solo le opere e i servizi non contestati, mentre altre pattuizioni pongono a carico del concessionario rilevanti rischi.

La circostanza che la condotta dell'Asl di procedere agli atti di annullamento della concessione sia stata determinata dal parere dell'UFTP e dalla delibera dell'ANAC non esclude la responsabilità per i danni cagionati al concessionario, in virtù dei principi in materia di nesso di causalità e, soprattutto, di concause. In particolare, la responsabilità dell'Asl nell'impossibilità per il Polo di accedere al credito è dimostrata dal rifiuto dell'Asl di prestare il proprio consenso alla cessione dei crediti, notificata il 15 gennaio 2015, in una comunicazione agli istituti bancari della "fine" del project financing.

VI.3.- Per quanto concerne, invece, la nullità dell'atto aggiuntivo n. 2, - punto sul quale il Polo svolge precisazioni alle proprie precedenti difese - la Società attrice osservava che l'Asl fonda la questione su

46.  
Asl  
18

una motivazione generica senza precisare i riferimenti alla fattispecie concreta, e dove questo profilo sussiste (come, ad esempio, per la dedotta assenza di istruttoria e di negoziazione) non si tratta di elementi idonei a determinare la nullità dell'atto; oppure ancora si limita a richiamare le risultanze di atti esterni come le deliberazioni dell'UFTP.

In particolare, quanto alla mancata approvazione del nuovo piano finanziario allegato all'atto integrativo, si tratta di adempimento non necessario, in quanto differisce da quello approvato dalla Regione Campania solo per il minore canone di disponibilità. Per quanto concerne, invece, i canoni, non solo non sussiste alcuna modifica sostanziale dei canoni previsti per il servizio c.d. di "ingegneria clinica", ma sulla questione del pagamento l'Asl omette di indicare l'esatto regime dei pagamenti che è proporzionale alla concreta attività di gestione espletata dal concessionario. Sulla durata, si osserva che la modifica della durata della concessione rappresenta una variazione lecita di riequilibrio del piano finanziario; e, comunque, nel caso di specie è stata imposta dallo slittamento dei tempi dei lavori, sicché non determina alcun vantaggio per il concessionario.

In ogni caso, per l'ipotesi di accertamento della nullità degli atti della concessione, il Polo formula domanda subordinata di arricchimento senza causa.

**VII.1.-** Nella seconda memoria, l'Asl reiterava gli argomenti posti a fondamento dell'eccezione di incompetenza del collegio per nullità della clausola compromissoria, sottolineando ancora una volta che l'introduzione nell'atto aggiuntivo n. 2 - nonostante la chiara volontà

46  
A76  
18

dell'amministrazione espressa in tutti gli atti prodromici alla concessione - sia avvenuta surrettiziamente senza che il Polo sia riuscito a dimostrare e circostanziare l'esistenza di una trattativa sul punto (prova il contrario, invece, il silenzio sul punto nelle delibere antecedenti e nei pareri dei legali dell'Ente).

Un argomento esegetico era rinvenuto nella disciplina transitoria dettata dalla Legge n. 190/2012 - sottoposta anche al vaglio di costituzionalità - che sancisce l'inefficacia anche delle clausole stipulate prima della sua entrata in vigore se prive della preventiva autorizzazione, con l'unica eccezione dei procedimenti introdotti prima di tale entrata in vigore; sicché se ne deve dedurre che giocoforza è inefficace una clausola introdotta dopo l'inizio di vigenza della disciplina come nel caso di specie (in cui appunto non vi è stata la preventiva autorizzazione).

Lo stesso principio è stato ribadito dall'art. 216, comma 22, del nuovo cod. app., che estende la disciplina alle controversie i cui bandi e avvisi sono stati pubblicati prima della sua entrata in vigore.

L'Asl aggiungeva, infine, che non vi è alternativa tra il considerare la clausola autonoma dagli atti in cui è inserita, con la conseguenza di una necessaria qualificazione in termini di compromesso, vietato dalla legge; oppure come parte integrante degli atti negoziali e destinata a essere travolta dalla loro caducazione.

L'Asl precisava, inoltre, che i ricorsi al Tar Sardegna, promossi dal Polo per ottenere l'annullamento della caducazione degli atti disposta in autotutela dall'Asl sono stati trattenuti in decisione; pertanto, si rende opportuna la sospensione del giudizio per evitare

96.  
Asl  
P

un contrasto di giudicati.

VII.2.- Ciò premesso, l'Asl contestava l'affermazione del Polo di avere utilizzato illegittimamente i propri poteri di autotutela per colpire un atto privatistico; infatti, l'esercizio contestato riguarda gli atti presupposti, la cui natura amministrativa non può essere revocata in dubbio, e rispetto ai quali la caducazione degli atti negoziali rappresenta una mera conseguenza. Inoltre, tale esercizio rappresenta un dovere per l'Amministrazione in presenza di vizi gravi come quelli che hanno caratterizzato la vicenda in esame.

E, infine, nemmeno potrebbe configurarsi un affidamento del concessionario sulla validità del contratto, oggetto di impugnazioni e di verifiche amministrative in molteplici sedi, sin dalla sua sottoscrizione.

Su altro profilo, l'Asl rilevava come non sia affatto vero che i provvedimenti contestati siano stati resi in virtù di un pedissequo appiattimento sulle valutazioni dell'ANAC, giacché l'Amministrazione ha svolto una approfondita istruttoria sulla base delle sue articolazioni interne e accertamenti di autorità amministrative esterne e giudiziarie.

VII.3.- Ciò premesso, l'Asl svolge ulteriori argomentazioni e precisazioni concernenti il merito.

VIII.1.- Nell'udienza di comparizione del 20 luglio 2017, Collegio preliminarmente invitava le parti e i loro difensori a rilasciare proroga del termine per il deposito del lodo fino al 30 giugno 2018, in considerazione della complessità dell'arbitrato; le parti presenti, unitamente ai difensori, esprimevano il loro assenso.

Il Polo chiedeva di essere autorizzato a produrre ulteriore

U.G.  
AM  
SG

documentazione, con l'opposizione dell'ATS: il Collegio acquisiva provvisoriamente la documentazione, riservandosi di valutare l'ammissibilità, rilevanza e tempestività della produzione.

Nell'ambito della discussione tra le parti, il difensore dell'ATS eccepiva la tardività della domanda riconvenzionale formulata dalla Società attrice nella seconda memoria, sostenuta al contrario dalla difesa di quest'ultima.

**VIII.2.-** Il Collegio, ritenuto opportuno definire le questioni preliminari e pregiudiziali, invitava le parti a depositare una memoria focalizzata su tali questioni e, quindi, successivamente, all'udienza all'uopo fissata a discutere la causa anche nel merito al fine di consentirne la spedizione in decisione, autorizzando le parti a produrre in tale sede anche una memoria di udienza riassuntiva della discussione; e, pertanto, assegnava alle parti termine fino al 22 settembre 2017 per il deposito della memoria illustrativa e fissava per la discussione l'udienza del 10 ottobre 2017, ore 10.

**IX.1.-** Alla successiva udienza, rinviata su istanza di parte al 3 novembre 2017, il Collegio chiedeva ai difensori presenti, per quanto di loro competenza, e all'Ing. Soddu, in qualità di legale rappresentante della Società attrice, di ratificare la fissazione della sede del procedimento arbitrale presso lo studio del prof. avv. Giuseppe Guizzi, in Roma, alla Piazza dell'Emporio, n. 16/A, invitando il difensore dell'ATS a fare pervenire al Collegio analoga dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della parte da lui assistita (che, infatti, poi perveniva lo stesso giorno e acquisita agli atti del procedimento). I procuratori di entrambe le parti, per quanto di loro competenza, e la parte presente personalmente aderivano alla

4.6  
A21  
Q

richiesta del Collegio.

IX.2.- I procuratori presenti di entrambe le parti, come autorizzato dal Collegio, depositavano note di udienza, provvedendo al relativo scambio tra di loro. I procuratori di parte attrice depositavano nn. tre documenti, rilevando che si tratta di documenti sopravvenuti rispetto ai termini delle precedenti produzioni, nonchè a quello per il deposito dell'ultima memoria, e, comunque, prodotti in replica alla seconda e terza memoria autorizzata, depositata da controparte. Il procuratore dell'ATS si opponeva alla detta produzione, perchè tardiva e inconferente rispetto ai temi della discussione. Il Collegio acquisiva la produzione documentale, riservandosi di valutarne l'ammissibilità e la rilevanza.

IX.3.- Dopo la discussione della causa il Collegio si riservava la decisione.

#### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

X.1.- Preliminarmente, il Collegio è chiamato ad esaminare l'eccezione di nullità e/o inefficacia della clausola compromissoria, sollevata dall'ATS sin dalla memoria di costituzione.

L'Amministrazione deduce, infatti, che l'inserimento della clausola nell'atto aggiuntivo, sottoscritto il 27 gennaio 2014, costituisce una violazione della normativa dettata, con natura imperativa, dall'art. 241 del c.a.p., nella formulazione applicabile *ratione temporis*, derivante dalla modifica che, all'originario testo del d. lvo 12 aprile 2006, n. 163, ha apportato l'art. 19 della l. 6 novembre 2012, n. 190.

In particolare, l'ATS argomenta la propria eccezione rilevando di non avere autorizzato la clausola compromissoria, mai presente in

G.L.  
AM  
SP

alcun atto precedente alla sottoscrizione del contratto aggiuntivo, e che, quindi, collocandosi pacificamente in un momento successivo all'entrata in vigore del novellato art. 241, è inficiata da inefficacia; non vi sarebbero nemmeno i presupposti per un recupero della sua validità alla luce della disciplina transitoria che concerne la diversa fattispecie del procedimento arbitrale intrapreso o autorizzato prima dell'entrata in vigore della nuova normativa.

Di contro, il Polo Sanitario sostiene che la disciplina non può trovare applicazione in un rapporto contrattuale fondato su un bando di gara emesso prima della sua introduzione. A ciò aggiunge che, in sede di *iter* di approvazione dello schema dell'atto aggiuntivo n. 2, si sono verificati i presupposti di un'autorizzazione implicita - secondo le indicazioni fornite dall'Autorità Nazionale Anticorruzione ANAC su cui si tornerà in appresso - culminata nella determina n. 1134/2012.

X.2.- Prima di approfondire il quadro normativo di riferimento, in cui inscrivere la fattispecie sottoposta all'esame del Collegio, appare opportuno sintetizzare le circostanze rilevanti per la decisione della questione, in particolare, nella loro successione cronologica:

- il bando di gara era pubblicato per estratto nella GURI n. 97 del 22 agosto 2007;
- in data 14 maggio 2008 era sottoscritto il contratto di concessione n. rep. 1037;
- in data 7 settembre 2012, con il n. 1134 era emessa la delibera preliminare alla stipula dell'atto aggiuntivo di cui in appresso, la quale, però, non superava il controllo di legittimità e di merito prescritto dall'art. 29 della L. Reg. Sardegna n. 10/2006;

- in data 19 dicembre 2013, con il n. 1824, era emessa la delibera di approvazione dello schema dell'atto aggiuntivo di cui in appresso;
- in data 27 gennaio 2014 era sottoscritto l'atto aggiuntivo, contraddistinto dal n. 2, rep. n. 1360, nel quale è contenuta la clausola compromissoria in forza della quale il Polo Sanitario ha dato avvio al presente procedimento arbitrale.

X.3.- E' noto che, in materia di contratti di appalto di opere pubbliche, la possibilità di sottoporre le controversie tra amministrazioni committenti e appaltatori alla competenza arbitrale è stata oggetto di una tormentata evoluzione legislativa: si pensi che dal d.p.r. 16 luglio 1962, n. 1063 e dalla l. 10 dicembre 1981, n. 741, la materia è stata poi regolata dalla l. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni), dalla l. 2 giugno 1995, n. 216 (c.d. legge Merloni bis), dalla l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. legge Merloni ter), dal d. lvo 20 agosto 2002, n. 190.

A valle della successione appena descritta, l'art. 241 del d.lvo 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva l'ammissibilità del deferimento ad arbitri delle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti di appalto, demandando al bando o nell'avviso di gara emessi dalla stazione appaltante l'indicazione se il contratto avrebbe contenuto o meno la clausola compromissoria. Come accennato, la l. 6 novembre 2012, n. 190, con l'art. 1, comma 19 ha modificato l'art. 241, disponendo al primo comma che «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

4-6  
A  
S

raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 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 è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli»; e inserendo con l'art. 1, comma 25, una norma transitoria, a tenore della quale «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». La normativa è entrata in vigore il 28 novembre 2012.

X.4.- Ciò premesso, il Collegio ritiene opportuno sottolineare che la normativa di cui si discute è stata sottoposta con esito positivo al vaglio di legittimità costituzionale. Nella sentenza 9 giugno 2015, n. 108, per i profili attinenti alla controversia in esame, la Corte - premesso che la norma transitoria dell'art. 1, comma 25, vuole intendere che la nuova disciplina non si applica a quelle clausole compromissorie per le quali l'incarico arbitrale è stato conferito o autorizzato prima della data di entrata in vigore della legge - ha rilevato come il legislatore abbia introdotto una norma imperativa che condiziona l'autonomia contrattuale delle parti, per cui essa trova applicazione anche alle clausole compromissorie contenute nei contratti pubblici stipulati anteriormente alla sua entrata in vigore sancendone l'inefficacia per il futuro; l'unico limite per la discrezionalità del legislatore è costituito dalla ragionevolezza, che, nel caso di specie, può ritenersi rispettato in nome degli interessi generali e pubblici coinvolti e, in specie, nell'obiettivo di favorire la

G.S.  
A.7  
S

legalità dell'azione amministrativa. In particolare, poi, risponde a tali requisiti anche la scelta di subordinare a una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici, affinché sia assicurata *«la ponderata valutazione degli interessi coinvolti e delle circostanze del caso concreto»*.

Nelle determinazioni del 18 dicembre 2013 n. 6 e del 10 dicembre 2015, n. 13 – invocate, in particolare, dal Polo Sanitario – l'ANAC ha rilevato che esigenze di eguaglianza impongono di considerare ammissibile un'autorizzazione successiva con effetto di convalidare le clausole arbitrali inserite nei bandi non interessati dalla disciplina transitoria sopra ricordata. E, soprattutto, per quanto qui interessa, l'ANAC ha ritenuto che *«l'autorizzazione di cui al predetto comma 25 dell'art. 1 della legge n. 190/2012 possa ritenersi sussistente anche in tutte quelle ipotesi in cui la pubblica amministrazione abbia comunque mantenuto comportamenti inequivoci idonei a far emergere la volontà di secondare la clausola arbitrale, anche prescindendo da una manifestazione espressa in tal senso. Esempi di tali comportamenti potrebbero essere costituiti dalla nomina dell'arbitro di designazione pubblica, oppure, dal sollevamento dell'eccezione circa il difetto di competenza del giudice ordinario in favore del giudizio arbitrale, dunque, in ogni caso, atti formali apprezzabili in linea di principio anche ai sensi degli artt. 1362, 2° c.c. e 808, 1° c., c.p.c.»*; concludendo, ad ogni modo, che *«per l'inserimento, invece, delle clausole compromissorie in contratti pubblici e bandi di gara, successivamente al 28 novembre 2012, l'autorizzazione non può che essere espressa»*.

X.5.- L'eccezione di inefficacia della clausola compromissoria è

G.G.  
A.M.  
P.P.

fondata.

La pattuizione avente ad oggetto il deferimento delle controversie relative al rapporto contrattuale tra le parti è stata inserita nell'atto aggiuntivo sottoscritto il 27 gennaio 2014, che, quindi, ricade temporalmente nel campo di applicazione della disciplina sopra ricordata, dettata dall'art. 241 del d.lvo n. 163/2006; era necessario, pertanto, che la sottoscrizione della clausola fosse preceduta dall'autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione.

Ora, a tale proposito, il Polo Sanitario sostiene che l'inapplicabilità della disciplina introdotta dal legislatore del 2012 deriverebbe dall'antiorità del bando con il quale è stato avviato il procedimento amministrativo che, poi, ha dato luogo alla stipula del contratto di *project financing* del 2008 e degli atti integrativi successivi: anteriorità che renderebbe impermeabile alle modifiche normative tutto l'*iter* contrattuale, compresa la stipula di atti integrativi, fisiologicamente prevedibile in contratti di durata relativi ad una operazione complessa.

X.6. In realtà, l'interpretazione proposta dalla Società attrice non trova alcun riscontro nella normativa applicabile.

Può osservarsi, innanzitutto, che se il legislatore avesse voluto ritenere la nuova normativa applicabile solo ai contratti le cui procedure fossero iniziate successivamente alla sua entrata in vigore lo avrebbe detto espressamente, ancor più alla luce del fatto che è stata dettata una disciplina transitoria che, invece, fa riferimento solo agli arbitrati conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della legge. Gli è, infatti, che è proprio il dettato della norma transitoria

Handwritten blue ink signature and initials, possibly 'G.L.' at the top, followed by 'A.M.' and a large stylized signature.

che suggerisce come il legislatore abbia disciplinato il confine temporale nella prospettiva delle clausole compromissorie e dei procedimenti arbitrali piuttosto che dei rapporti contrattuali ai quali si riferiscono: sotto tale profilo, appare opportuno rammentare che anche in precedenti disposizioni in cui il legislatore ha voluto regolamentare, e in qualche modo contenere, il ricorso al procedimento arbitrale nei contratti aventi ad oggetto la realizzazione di opere pubbliche (si pensi al noto art. 3, secondo comma, D.L. 180/1998 sugli appalti della ricostruzione post sisma del 1980), ha inciso direttamente sulla fase esecutiva dei rapporti già pendenti, nella quale è compresa la gestione delle controversie. D'altra parte, non si comprenderebbe la ragione di prevedere che il ricorso all'arbitrato, fondato sulle clausole preesistenti, sia soggetto ad un'autorizzazione nelle forme ora introdotte; ovvero ammettere un'autorizzazione successiva, con carattere di convalida, come sostenuto dalle indicazioni interpretative dell'ANAC e dalla giurisprudenza, se i bandi e i relativi contratti anteriori all'entrata in vigore della Novella del 2012 non fossero stati investiti dalla nuova disciplina.

X.7. In ogni caso, secondo il Polo Sanitario, nella fattispecie troverebbe applicazione la disciplina transitoria – parimenti sopra ricordata – che esclude l'assoggettamento alla normativa novellata per le clausole compromissorie autorizzate prima dell'entrata in vigore della legge e rinviene tale autorizzazione nella determina dell'ASL Nuoro del 7 settembre 2012, n. 1134, con la quale era approvato lo schema dell'atto aggiuntivo. Tuttavia, come eccepito dall'Amministrazione convenuta, la delibera n. 1134 non superava il

4-4.  
A. M.  
J. B.

controllo di legittimità e di merito prescritto dall'art. 29 della L. Reg. Sardegna n. 10/2006 e, quindi, non può essere tenuta in alcuna considerazione essendo del tutto priva di effetti.

All'uopo, non si può condividere l'assunto del Polo che sostiene come, in ogni caso, in essa sia ravvisabile la manifestazione di volontà dell'Ente, che non potrebbe essere ignorata, una volta che è stata espressa laddove la sua caducazione è effetto di una fase di controllo demandata alla Regione, che è un soggetto terzo. Infatti, i provvedimenti amministrativi hanno carattere costitutivo e producono effetti a decorrere dalla data della loro emanazione, ma con l'eccezione dei casi - come è quello in esame - in cui normativamente è richiesto il superamento di un controllo preventivo di legittimità (tra le altre Cons. Stato, sez. VI, 14 dicembre 2004, n. 8038), sicché l'atto deviato non acquisisce mai efficacia, come attestato ulteriormente dal quinto comma dell'art. 29 L. Reg. Sardegna n. 10/2006, secondo cui *«nelle more del controllo regionale, ad essi non può essere data esecuzione»*.

X.8.- La questione si sposta, quindi, sull'esame della sussistenza dell'autorizzazione nell'*iter* di approvazione successivo alla caducazione della delibera n. 1134, culminato nell'adozione della determina 19 dicembre 2013, con il n. 1824, con la quale è stato approvato lo schema dell'atto aggiuntivo.

Ora, nel testo del provvedimento n. 1824 non vi è alcun riferimento espresso alla clausola compromissoria e il Polo Sanitario non ha prodotto atti e documenti che dimostrino con la necessaria ed inequivoca evidenza che la questione della devoluzione in arbitrato delle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto fosse stata

Handwritten signature and initials in blue ink, consisting of a stylized name and the letters 'A.T.' above a large flourish.

oggetto di un'attenzione specifica delle parti e, segnatamente, dell'Amministrazione; un'attenzione che, in disparte quanto si dirà in appresso anche ai fini del riconoscimento di un'approvazione tacita per comportamento concludente, si palesava indispensabile considerato che la prima scelta dell'Amministrazione, e di entrambe le parti in sede di stipula, era stata a favore della competenza del giudice ordinario; sicchè - giova ribadire - era onere a carico del Polo, che ne invoca la legittima sussistenza, allegare doviziosamente e con adeguata dimostrazione le fasi dell'iterlocuzione tra le parti e che avrebbero condotto, alla fine di uno specifico iter istruttorio, l'Amministrazione ad assumere una diversa determinazione.

La Società attrice sostiene che il fatto che la delibera rinviasse allo schema dell'atto aggiuntivo oggetto di approvazione e che nel contenuto di tale atto fosse inserita la clausola compromissoria dimostrerebbe la volontà dell'ASL di procedere alla relativa previsione e stipula. E lo afferma ora evidenziandone una natura di atto di imperio, ora evocando la sua negoziazione; ma, in ogni caso, ravvisando gli estremi di una ponderazione da parte dell'Amministrazione, visto che, comunque, la compromettibilità delle controversie in arbitrato era circostanza nota ad entrambe le parti - e non surrettiziamente introdotta dal concessionario, come ventilato dall'ASL - ed evincibile dalla complessa fase di preparazione all'atto aggiuntivo. In tal modo, si sarebbe verificata un'autorizzazione implicita nel comportamento concludente dell'Amministrazione che le indicazioni interpretative dell'ANAC ritengono idoneo alla sussistenza del requisito richiesto dalla legge.

G.G.  
A.M.  
C.F.

X.9. Ad avviso del Collegio le argomentazioni del Polo Sanitario sono infondate. Nella stessa determina ANAC del 10 dicembre 2015, n. 13, si legge che *«per l'inserimento, invece, delle clausole compromissorie in contratti pubblici e bandi di gara, successivamente al 28 novembre 2012, l'autorizzazione non può che essere espressa»*. E, quindi, il comportamento concludente ritenuto rilevante dall'ANAC concerne solo le ipotesi che sono state definite di *convalida successiva*, volte alla conservazione delle clausole compromissorie già presenti nei bandi e/o sottoscritte dalle parti, nel caso in cui si potesse inferire una volontà inequivoca dell'Amministrazione alla deroga alla giurisdizione ordinaria.

In tale senso si è espressa del resto anche la giurisprudenza successiva all'introduzione della nuova formulazione dell'art. 241: così, si è ritenuto, ad esempio, che un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1, comma 25, nella parte in cui esclude dall'ambito applicativo della norma gli arbitrati autorizzati, consentirebbe di riferire tale espressione (anziché ai procedimenti arbitrali per i quali l'amministrazione di appartenenza dell'arbitro abbia rilasciato la propria autorizzazione alla designazione da parte di altra amministrazione, come ritenuto dall'ANAC) *«a tutte quelle ipotesi in cui la stazione appaltante ha comunque mantenuto comportamenti inequivoci idonei a far emergere la volontà di attivare la clausola arbitrale contenuta nel contratto di appalto di che trattasi, anche prescindendo da una manifestazione espressa in tal senso»* (Tar Lazio, Roma, Sez. 3, 10 febbraio 2015, n. 2423). Secondo la Corte di Cassazione, peraltro, si tratterebbe di una possibilità coerente anche con le precisazioni della Corte Costituzionale sulla natura del vizio che colpisce le clausole

44.  
AM  
CS

compromissorie già esistenti, che l'ascrive infatti non alla fattispecie della nullità sopravvenuta - in disparte la nota questione sull'ammissibilità della figura che rende rilevante nel rapporto un vizio strutturalmente genetico - ma a quella dell'inefficacia sopravvenuta, rimovibile quindi con l'autorizzazione successiva (Cass. 6 dicembre 2017, n. 29255).

X.10.- Alla luce di quanto appena motivato, la necessità di valutare la sussistenza di un comportamento concludente dell'Amministrazione si dissolve definitivamente, perché presuppone due circostanze che il Collegio ha appena escluso: che la collocazione cronologica dell'inserimento della clausola compromissoria fosse riferibile alla delibera ASL n. 1134, o, comunque, che fosse attendibile una interpretazione a favore di una efficacia generale e assoluta dell'autorizzazione per comportamento concludente dell'Amministrazione, quantunque l'atto contenente la clausola sia stato stipulato dopo l'entrata in vigore della legge 190/2012.

Il Collegio, tuttavia, ritiene di illustrare le ragioni per le quali nel caso di specie non potrebbe configurarsi nemmeno l'ipotesi di un'autorizzazione rilasciata per comportamento concludente.

Il rigore che deve caratterizzare l'accertamento della rilevanza dei comportamenti di fatto posti in essere dalla Pubblica Amministrazione, al fine di configurare il c.d. *atto implicito*, è stato tradotto dalla giurisprudenza nella descrizione dei presupposti in presenza dei quali si può accertare la sussistenza della fattispecie provvedimentale implicita: «a) innanzitutto deve esistere una manifestazione espressa di volontà (comportamento concludente o altro atto amministrativo), proveniente dalla P.A. e a contenuto amministrativo, da

4-4.  
A7b  
S7

cui desumere l'atto implicito; b) tali atti o comportamenti devono poi, provenire da un organo competente nell'esercizio delle sue attribuzioni; l'atto implicito deve, a sua volta, rientrare nella sfera di competenza dell'autorità amministrativa emanante l'atto presupponente; c) l'atto implicito non deve essere un atto per il quale si richiede il rispetto di una forma solenne e devono essere rispettate le regole procedurali prescritte per l'emanazione di un provvedimento del genere; d) infine, dal comportamento deve desumersi in modo non equivoco la volontà provvedimentale, cioè deve esistere un collegamento esclusivo e bilaterale tra atto implicito e atto presupponente, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso» (Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n. 5758); è su tale linea interpretativa che si sono poi consolidate le massime successive, riportate anche nella determina ANAC, secondo cui si ha il provvedimento implicito quando «l'Amministrazione pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente» (Cons. Stato, Sez. IV, 7 febbraio 2011, n. 813).

Orbene, nel caso di specie, l'indizio di una volontà dell'Amministrazione di autorizzare l'inserimento della clausola compromissoria nell'atto integrativo è, a dire poco, labile e certamente non congruo con la necessità che detta volontà sia provata in modo non controvertibile ed adeguatamente supportato: non pare, infatti, sostenibile che essa possa essere ravvisata nella



mera approvazione dello schema del contratto, peraltro, effettuata *per relationem* all'atto allegato, e, quindi, senza alcun riferimento espresso alla clausola arbitrale nella delibera.

*Manca, come precedentemente già rilevato, documentazione attestante che la predisposizione del testo dell'atto aggiuntivo fosse stata preceduta da una fase di approfondimento, nella quale vi fosse stata una ponderazione anche relativamente alla sottoscrizione della clausola compromissoria: anzi, un indizio di segno contrario a quanto sostenuto dalla Società attrice è da ravvisarsi nell'omissione di riferimenti alla clausola nel parere dell'avv. Mocci all'ASL di Nuoro, reso in data 6 settembre 2012, uno dei pochi atti relativi alla fase istruttoria precedente alla stipula dell'atto integrativo. Mentre, appare espressa con chiarezza la volontà di eccepire l'inammissibilità della domanda di arbitrato sin dal provvedimento del Commissario Straordinario dell'ASL Nuoro, con il quale è stato nominato l'arbitro di parte.*

*X.11.- La clausola compromissoria, pertanto, deve essere dichiarata nulla, poiché affetta da una invalidità genetica e strutturale, mentre la sanzione dell'inefficacia appare più idonea a indicare la sorte delle clausole già stipulate alla data di entrata in vigore della normativa di cui alla L. n. 190/2012 e non autorizzate *ex post*. Il Collegio ritiene di non esaminare le altre eccezioni pregiudiziali, stante la natura di ragione più liquida per la decisione che ha l'accertamento in questione per i motivi sopra esposti.*

*XI.1.- Sussistono, in ogni caso, questa volta secondo la maggioranza degli Arbitri e con l'opinione disseziente dell'Arbitro Pagliari, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di funzionamento del Collegio arbitrale, ivi comprese gli onorari degli Arbitri, nella*

*Gi.  
ASL  
Sd*

misura che sarà determinata dall'ANAC, e quelle per i compensi ai difensori, attesa la complessità della questione, essendosi oltretutto il rapporto contrattuale sviluppato in un prolungato arco di tempo caratterizzato da un mutamento del quadro normativo che è venuto a determinarsi proprio nel momento delle modifiche contrattuali di cui agli atti aggiuntivi, nonché la sua sostanziale novità - rilevante ai sensi dell'art. 92 c.p.c. - attestata dalla mancanza di specifici precedenti giurisprudenziali in materia.

L'Arbitro Pagliari dissente sulla compensazione delle spese, perché la soccombenza è totale e perché la novità della questione è contraddetta sia dalla posizione assunta dalla AUSL di Nuoro prima dell'instaurazione dell'Arbitrato e nel corso dello stesso sia perché la questione della nullità della clausola è già stata affrontata da ANAC della Corte Costituzionale come da ultimo evidenziato nella terza memoria dell'AUSL

\*\*\*\*\*

#### PQM

Il Collegio Arbitrale, definitivamente pronunciando, così provvede:

- dichiara la propria incompetenza a conoscere della controversia, attesa la nullità della clausola compromissoria di cui al contratto *inter partes*, per contrasto con la norma imperativa di cui all'art. 1, commi 19 ss., della l. 190/2012;
- compensa tra le parti le spese di lite, nonché le spese di funzionamento del Collegio e gli onorari degli Arbitri, liquidati come da separata determinazione dell'ANAC.

Così deciso, all'unanimità per il capo relativo alla dichiarazione di incompetenza e a maggioranza per il capo relativo alla compensazione delle spese, a Roma, in conferenza personale e con la partecipazione di tutti gli Arbitri, presso la sede del Collegio in Piazza dell'Emporio 16/A, nelle camere di consiglio del 3 novembre e 12 dicembre 2017, nonché del 18 maggio 2018.

avv. prof. Giuseppe Guizzi - Presidente  Roma 18.5.2018

avv. Alberto Bianchi - Arbitro  Roma 18 maggio 2018

avv. prof. Giorgio Pagliari - Arbitro  Roma 18 maggio 2018

