



L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale

1. 2019: un anno di impegno per la stabilizzazione dell'istituto arbitrale

Le innovazioni apportate nel 2019 al regime giuridico dei contratti pubblici di appalto, introdotte principalmente con il c.d. decreto “sblocca cantieri”, non hanno riguardato se non marginalmente l'ambito dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie insorte nella specifica materia, e comunque in alcun modo ne è risultato direttamente toccato l'istituto arbitrale.

In tale contesto impegno prioritario della Camera arbitrale è stato quello di continuare ad assicurare una puntuale applicazione delle principali innovazioni introdotte in materia di arbitrato per i contratti pubblici dal codice del 2016, specialmente dopo che le modifiche apportate con il decreto correttivo in punto di diritto intertemporale avevano impedito una indebita e indiscriminata estensione del regime di ultrattività del codice del 2006. Innovazioni consistenti soprattutto nella unificazione delle procedure di arbitrato, che ha cancellato la precedente distinzione tra arbitrato “amministrato” e arbitrato “libero”, nella più stringente definizione delle cause di incompatibilità, che ha portato alla determinazione di regole di vera e propria inconfiribilità dell'incarico arbitrale, nella ricomposizione dei limiti alla quantificazione dei compensi arbitrali, evidentemente cruciale per la economicità delle procedure arbitrali (criterio direttivo stabilito dalla legge delega unitamente a quelli di trasparenza e celerità), e che tutte concorrono quindi all'obiettivo fondamentale di prevenire o impedire quei rischi che avrebbero potuto minare la certezza, prevedibilità e credibilità complessiva del sistema.

Per questa finalità significativa attenzione da parte della Camera arbitrale è stata dedicata alla definizione del perimetro di esercizio della propria funzione di amministrazione degli arbitrati in materia. Ciò ha condotto la Camera da un lato a declinare la competenza a nominare il presidente del collegio arbitrale sollecitata per controversia insorta tra due soggetti privati parti di un contratto di subappalto per opere pubbliche e che non per questo, stante l'autonomia di tale figura contrattuale, poteva essere ritenuta riconducibile alla sfera materiale di operatività della Camera stessa come stabilita dal codice dei contratti pubblici (verbale n. 457), dall'altro lato a declinare la competenza a provvedere alla designazione sostitutiva (e quindi solo conseguentemente alla successiva nomina) di arbitro di spettanza di una parte inerte a seguito della richiesta della parte più diligente (verbali n. 455 e n. 459).

Peraltro occorre evidenziare che quest'ultima evenienza si è presentata in due situazioni distinte, seppure tra loro accomunate dalla circostanza che la parte inerte quanto alla designazione dell'arbitro di spettanza era la parte pubblica e che la parte privata aveva esercitato l'iniziativa sostitutiva prevista dall'art. 810 c.p.c., all'esito della quale in un caso il magistrato investito della richiesta aveva rifiutato di dare ad essa corso perché in tal modo “verrebbe chiamato ad operare un intervento giurisdizionale non tipizzato, seppur di natura non contenziosa, di mera designazione con nomina rimessa alla Camera arbitrale”, in altro caso aveva provveduto nominando soggetto non assistito dai requisiti, per la specifica fattispecie, di cui all'art. 209, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016. A fronte di ciò il Consiglio camerale ha operato rimarcando il valore centrale per il sistema della neutralità della sua funzione istituzionale di

designazione e nomina del presidente del collegio arbitrale e di nomina dell'intero collegio arbitrale previa designazioni delle parti, che verrebbe compromessa dall'esercizio da parte della Camera stessa di intervento sostitutivo, ma per altro verso la indefettibilità del suo potere-dovere di complessiva verifica in capo ai soggetti designati dei requisiti previsti dalla legge a tutela dei criteri direttivi di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri parimenti stabiliti dalla legge delega, invitando la parte privata a richiedere al giudice la revoca della designazione non conforme ed evidenziando altresì in ogni caso la ricaduta in termini di nullità del lodo, ai sensi dell'art. 209, comma 7, del decreto legislativo, delle nomine effettuate in violazione delle disposizioni di cui ai commi 4-6.

Nondimeno la Camera Arbitrale non ha mancato di mostrare consapevolezza del fatto che la rilevata diversità di interpretazioni circa il rapporto tra la normativa del codice dei contratti pubblici e quella del codice di procedura civile in tema di poteri di designazione e di nomina per la composizione del collegio arbitrale, come sopra descritta, produca in definitiva un contrasto di posizioni tra organi appartenenti a plessi istituzionali differenti; e quindi, considerate la valenza sistemica della questione sottesa e la non indifferente possibilità che essa venga a riproporsi nel prosieguo dell'attività della medesima Camera arbitrale, nonché la rilevanza della questione stessa per gli interessi pubblici e privati coinvolti, ha deciso di formulare, al fine di assicurare il buon andamento del contenzioso nella materia dei contratti pubblici e ai sensi dell'art. 210, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, apposita *Segnalazione* all'ANAC affinché voglia sollecitare un intervento del legislatore inteso a esplicitare formalmente con specifica disposizione normativa il necessario coordinamento tra i poteri assegnati alla Camera arbitrale costituita presso l'Autorità stessa e quelli assegnati all'Autorità giudiziaria competente rispettivamente dal codice dei contratti pubblici, art. 209 comma 4, e dal codice di procedura civile, artt. 810 e 811, con riguardo al procedimento per la nomina del collegio arbitrale in caso di inerzia di una parte nella designazione dell'arbitro di competenza e di iniziativa di controparte per la designazione sostitutiva. All'esito di tale *Segnalazione* l'ANAC ha deciso di richiedere apposito parere circa l'interpretazione della normativa di riferimento al Consiglio di Stato, il quale a sua volta con decisione del 6 novembre 2019 della I Sezione ha disposto di procedere, preliminarmente all'espressione del richiesto parere e anche in vista di un possibile intervento normativo, all'acquisizione dell'avviso del Ministero della giustizia e della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi.

Su altro versante, la Camera arbitrale ha continuato nella sua azione di implementazione dell'orientamento del legislatore volto a prescrivere sempre più diffuse e puntuali forme di pubblicità e trasparenza, anche mediante un ampio avvalimento degli strumenti della tecnologia informatica, circa lo svolgimento dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni (ivi compreso l'eventuale momento del contenzioso), in funzione di rafforzamento delle finalità istituzionali di integrità e di legalità in settori che presentano più alti gradi di rischio di fenomeni corruttivi. La Camera, pertanto, dopo aver portato con il *Comunicato* n. 1 del 2017 a pieno compimento la *ratio* sottesa, in conformità a tale impostazione, alla disposizione contenuta nell'art. 210, comma 13, del nuovo codice, disponendo, oltre alla pubblicazione dei dati relativi agli arbitrati, anche la pubblicazione integrale dei testi dei lodi depositati nel rispetto della normativa circa la garanzia della riservatezza dei dati personali, ha disposto altresì la pubblicazione, a partire da gennaio 2019, previa opportuna revisione e informazione agli interessati, dell'albo degli arbitri; ciò al fine appunto di perseguire un livello di trasparenza sempre più elevato con riferimento all'attività della Camera stessa che, in particolare, deve provvedere con continuità alla somministrazione ai soggetti pubblici dei nomi degli eligendi nei collegi arbitrali da costituire.

Infine, a metà del 2019 si è conclusa l'attività dei collegi arbitrali nominati in funzione dell'erogazione da parte del Fondo di solidarietà di prestazioni in favore degli investitori in banche soggette a procedure di risoluzione; funzione in relazione alla quale con distinti provvedimenti governativi emessi sulla base dell'art. 1, comma 859, l. 28 dicembre 2015 (legge di stabilità 2016), erano state assegnate nel 2017 alla Camera arbitrale - si può ritenere come riconoscimento e valorizzazione della sua particolare posizione di organismo neutro e imparziale collocato presso l'ANAC - rilevanti competenze regolatorie per l'applicazione dell'arbitrato stesso (se ne può vedere la descrizione nella *Relazione* per il 2018). I dati finali di tale attività sono riportati nel paragrafo 4 di questo capitolo.

2. Una prima rassegna dei dati sull'arbitrato e qualche valutazione di sistema

Le domande di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale introdotte nel 2019 con istanza di nomina del terzo arbitro sono state in numero pari a 14: un numero che sostanzialmente conferma quello dell'anno precedente (pari a 13) e che è quindi superiore di circa il 64 per cento al corrispondente dato riscontrato per il biennio precedente (pari a 9). Tale dato va però guardato nel confronto con quello complessivo degli arbitrati riferito agli anni precedenti (v. Fig. 1), perché occorre che sia considerato nel nuovo quadro della unificazione delle procedure arbitrali davanti alla Camera arbitrale presso l'ANAC disposto dal codice dei contratti pubblici del 2016 e dunque opportunamente ponderato in questo contesto. Del resto il dato relativo ai lodi degli arbitrati c.d. liberi - vale a dire di quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è stato scelto d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte), e che pur non pienamente omogeneo per tipologia con il precedente, era l'unico in proposito conoscibile dalla Camera arbitrale sulla base dell'adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal comma 13 dell'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016 - come riportato nelle *Relazioni* degli anni precedenti veniva comunque a confermare in modo vistoso la flessione in atto negli ultimi anni nell'utilizzo dell'istituto dell'arbitrato in materia di contratti pubblici; ed invero, per questa specifica parte, se la riduzione al numero di 1 dei lodi pronunciati all'esito di una procedura libera depositati nel 2019 è stata la naturale conseguenza della segnalata innovazione legislativa, d'altro canto certamente significativa era stata la diminuzione del numero di tali lodi da 148 nel 2009 (quando i lodi "amministrati" erano stati 43) a 52 nel 2015 (ultimo anno precedente all'entrata in vigore del nuovo codice, quando i lodi "amministrati" erano stati 11 e le domande di arbitrato "amministrato" 12).

Le perplessità circa il grado di effettività della ripresa nel ricorso all'arbitrato dopo la "fuga" che era stata verificata negli anni precedenti sembrano confermate da altre due serie di dati. La prima concerne il valore delle controversie risolte a seguito di arbitrato. Se per completezza va segnalato che il valore della controversia relativa all'unico lodo "libero" pronunciato nel 2019 è stato pari a circa 6.849.431 euro, di contro il valore delle controversie oggetto di procedura amministrata (6 nel 2019, di cui due peraltro hanno finora prodotto solamente l'esito di lodi parziali, a loro volta nel numero di due in un caso) ha presentato un valore medio di circa 3.703.329 euro (formato da importi disposti tra un valore minimo di circa 1.408.473 euro e un valore massimo pari a 9.040.000 euro). Tale dato segna evidentemente un deciso decremento non solo rispetto al dato in qualche misura anomalo rilevato per il 2018 (pari a 31.262.061 euro, in buona misura condizionato da un valore massimo pari a 175.379.702 euro) ma anche rispetto a quelli rilevati per il 2017 (pari a circa 5.658.400 euro) e per il 2016 (pari a circa 15.816.777 euro); nondimeno merita in proposito di essere sottolineato, a differenza del passato,

l'addensamento degli importi delle controversie nello scaglione intermedio tra quelli normativamente previsti (v. Tab. 1, che ricomprende nel III scaglione come definito sulla base del D.M. 31 gennaio 2018 il suddetto valore medio per il 2019 per le procedure "amministrate", ripartito a sua volta all'interno dello stesso scaglione, rispettivamente, tra valori sotto e sopra media).

L'altra serie di dati, sempre per l'anno 2019, vale a evidenziare gli elementi desumibili dall'esame dell'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla gestione dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali, tenuto conto del fattore normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione ai suddetti albo ed elenco è triennale (con una interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale e rispettiva nuova iscrizione: art. 210, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016). In effetti, per quest'anno, con una nuova inversione di tendenza rispetto a quella di segno contrario rilevata invece nell'anno precedente, le "uscite" dal sistema non sono state compensate dalle "entrate". In particolare, l'albo degli arbitri per il 2019 ha visto 69 cancellazioni a fronte di 64 nuove iscrizioni; più decisamente, l'elenco dei periti 34 cancellazioni a fronte di 18 nuove iscrizioni.

Nel loro complesso questi primi dati, comunque, sembrano sufficienti per rappresentare una situazione ancora di incertezza in cui è costretto l'arbitrato per il contenzioso dei contratti pubblici provocata dalle sinergie che si sono venute a realizzare tra alcuni fattori di indole anche diversa e che sono stati ampiamente analizzati nelle *Relazioni* degli ultimi anni.

Per converso, occorrerebbe muovere in proposito dalla consapevolezza (del resto confermata pure dai contenuti delle domande di introduzione di arbitrati decisi definitivamente o parzialmente nel 2019, e relativi a motivi quali determinazione del canone concessorio in caso di proroga del contratto, mancato riconoscimento di prestazioni o lavori contrattualizzati ovvero di maggiori oneri per lavori realizzati, con conseguente mancato pagamento di corrispettivi, domande di risoluzione del contratto per inadempimento della amministrazione, accertamento dei maggiori oneri sostenuti dall'impresa per effetto del provvedimento di sospensione disposto dalla stazione appaltante o per converso accertamento di addebiti a titolo di penale contrattuale, oltre alla richiesta di risarcimento danni) che i fattori di criticità si annidano in ogni momento dell'azione contrattuale pubblica, a partire dalle fasi della programmazione e della progettazione delle prestazioni che saranno assunte a oggetti contrattuali spesso caratterizzate da carenze e conseguenti maggiori costi per varianti, e a seguire nelle procedure di aggiudicazione dei contratti, nella redazione delle clausole contrattuali, nella gestione dell'esecuzione del regolamento contrattuale anche con ricorrenza di un anomalo andamento delle prestazioni in esso previste, e che quindi le eventuali criticità nel momento del contenzioso sono spesso solamente l'ultima "coda" se non la sommatoria delle risultanze precedenti; come anche del fatto che quei fattori possono trovare la loro origine in comportamenti della parte pubblica o in comportamenti della parte privata o nell'interazione perversa tra i comportamenti di entrambe le parti (come può ancora verificarsi nella stessa fase dell'arbitrato in caso di mancato versamento dell'acconto previsto per legge, che provoca una situazione di quiescenza dei relativi procedimenti, situazione sulla quale la Camera arbitrale ha cercato di intervenire per quanto di sua competenza al fine di ricondurre entro termini di ragionevolezza la loro durata con l'aggiornamento del *Comunicato* n. 1/2016 deciso nel novembre 2017; ed anche nel 2019, del resto, rispetto alle 14 procedure introdotte per 3 è poi formalmente cessata ogni attività di amministrazione da parte della Camera arbitrale, in un caso per diniego di autorizzazione all'arbitrato della parte pubblica, istituto sulla cui legittimità si è peraltro nuovamente pronunciata nel corso dell'anno la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 58). Se è vero che obiettivo della più recente regolamentazione dell'azione contrattuale pubblica contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici

deve essere quello di favorire e promuovere la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle stazioni appaltanti, anche perché questo è l'obiettivo dichiaratamente formulato dal legislatore europeo al momento dell'adozione delle direttive 2014, di cui il suddetto codice è anche e soprattutto strumento del recepimento, allora anche la gestione del contenzioso deve poter svolgersi secondo quelle modalità di flessibilità e adeguatezza compatibili con le peculiari caratteristiche di questa fase di ogni vicenda contrattuale, per dare corpo anche per questa parte alla ricerca di modelli di *best practices*.

Dal canto suo il legislatore nazionale, come già anticipato, ha preferito intervenire, seppure per parti limitate, su altri metodi di risoluzione alternativa delle controversie, da un lato prevedendo la possibilità di apporre riserve anche sugli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica e che potranno essere valutate nell'ambito del procedimento di accordo bonario, dall'altro introducendo la (parzialmente) nuova figura del collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto. Trattasi, nel primo caso, di innovazione che viene a incidere su di un risalente limite stabilito con riferimento all'ambito sopra indicato ed invero già presente anche nel codice del 2006, nel secondo caso, di ripristino di una figura che era stata già introdotta nel testo originario del codice del 2016 (art. 207) ma poi cancellata dal decreto correttivo del 2017 anche a seguito del giudizio negativo espresso a tale riguardo dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Al di là delle valutazioni di merito, trattasi comunque di innovazioni introdotte solo da disposizioni di diritto transitorio e valide pertanto fino al 31 dicembre 2020 nel primo caso, fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art. 216, comma 27-*octies*, nel secondo caso.

Di contro sembra invero necessario continuare ancora nell'impegno teso alla creazione in modo stabile delle condizioni per un diffuso mutamento di opinione sulla sostenibilità dell'arbitrato anche nella particolare materia dei contratti pubblici; impegno che del resto può rinvenire più pronto terreno di accoglimento e di sviluppo nel contesto nel quale si trova ad operare dal 2014 appunto la stessa Camera arbitrale, quale organo ausiliario dell'ANAC, posta a sua volta a presidio istituzionale delle *policies* per la trasparenza e l'integrità dell'azione amministrativa pubblica (e *in primis* di quella contrattuale).

Nell'auspicata direzione non v'è dubbio che operi innanzitutto, come già evidenziato, la preclusione a procedure arbitrali diverse da quelle amministrative, disposta dal d.lgs. n. 50/2016 e poi rafforzata quanto al regime transitorio dal decreto correttivo. Sullo stesso piano va opportunamente considerata anche l'altra innovazione, apportata dal comma 4 dell'art. 209 laddove ha intestato alla Camera arbitrale, oltre alla scelta del presidente, la nomina dell'intero collegio, ferma restando, come già ricordato, la designazione degli arbitri di parte ad opera dei soggetti interessati dalla controversia deferita all'arbitrato. Ciò infatti necessariamente presuppone un potere di verifica ad opera della Camera della sussistenza degli elementi almeno formali prescritti dalle norme per la valida costituzione del collegio e quindi per l'efficace incardinamento della procedura arbitrale, a pena di nullità del successivo lodo (comma 7), con particolare attenzione, come già si è parimenti sottolineato, al possesso di quei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri (nonché dei loro eventuali ausiliari) che costituisce uno degli obiettivi essenziali della razionalizzazione della disciplina delle procedure arbitrali disposta come criterio direttivo dalla lett. aaa) dell'art. 1 della legge delega a cui le disposizioni del decreto delegato (in particolare il comma 6 dell'art. 209) danno attuazione (disposizioni, quelle appena richiamate, alle quali la Camera arbitrale ha dato seguito con il *Comunicato* n. 4/2016, relativo al codice deontologico, e con il *Comunicato* n. 5/2016, aggiornato nel 2017, quanto alle modalità di esercizio della verifica dell'assenza di cause ostative alla nomina). E proprio l'osservanza di siffatte regole applicate –

secondo quanto ha fatto la Camera arbitrale nel corso del primo triennio di vigenza del nuovo codice, individuando concrete situazioni di preclusione all'incarico arbitrale - come imperative e quindi inderogabili può dunque favorire (insieme al pieno rispetto delle nuove norme sulle incompatibilità in senso stretto disposte dal comma 10 dell'art. 210 e indicate successivamente) il ristabilirsi di un clima di fiducia nei confronti dell'arbitrato anche nella materia dei contratti pubblici. Tutto questo potrebbe segnare – anche in vista della ipotizzata ulteriore riforma del codice dei contratti pubblici del 2016 - la ripresa di un percorso virtuoso quale quello che condusse all'opzione ordinamentale che il legislatore nazionale aveva compiuto nel 2009 con la legge n. 88; quando, cioè, in occasione del recepimento delle rilevanti modifiche all'originario testo delle “direttive ricorsi” apportate dalla dir. 2007/66/Ce, aveva posto tra i principi della delega in materia, tra l'altro, la previsione dell'arbitrato come “ordinario rimedio alternativo al giudizio civile” e il contenimento dei costi del giudizio arbitrale.

Nella valutazione complessiva possono poi rientrare altre due serie di dati pertinenti. La prima concerne la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo (definitivo) presso la Camera arbitrale nel 2019. Trattasi in media di poco meno di 395 gg. per i 4 arbitrati condotti secondo il rito amministrato (per completezza si ricorda che di 1667 gg. è stata la durata dell'unico arbitrato condotto secondo il rito libero), media risultante da una serie di dati compresa tra un valore massimo di 704 gg. e un valore minimo di 235 gg. (l'unico giudizio, dunque, conclusosi entro il termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c.).

Con riguardo infine agli oggetti delle controversie arbitrali, merita di essere evidenziato che, in effetti, i dati riferiti al 2019 e relativi alla tipologia di contratto interessata dal ricorso all'arbitrato confermano, come risultava già pure dalle *Relazioni* precedenti, la vocazione tradizionale dell'istituto, vale a dire di essere utilizzato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto l'appalto di lavori e tutte quelle prestazioni che con i lavori sono connesse. Per quanto si riferisce alle 6 procedure di arbitrato amministrato esitate nel 2019 con lodi definitivi o parziali,⁴ hanno riguardato appalti di lavori, 1 un appalto di servizi,¹ una concessione di servizi. Si conferma altresì ancora la inesistenza di arbitrati su controversie riguardanti solo contratti per forniture.

3. L'andamento delle attività della Camera arbitrale

3.1. Le funzioni attuali della Camera arbitrale

Le funzioni esercitate dalla Camera arbitrale con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, come è noto, sono indicate negli artt. 209 e 210 del decreto stesso. In particolare, tali disposizioni prevedono: la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti d'ufficio nei giudizi arbitrali ove sia stata disposta la CTU dai relativi collegi, nonché dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali al fine della nomina ove ritenuta necessaria (si veda al riguardo il *Comunicato* n. 4/2015); la redazione del codice deontologico degli arbitri camerali; la cura degli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale, oltre alla rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici per la successiva trasmissione all'Autorità e alla Cabina di regia. Inoltre, in forza delle stesse disposizioni, la Camera provvede alla determinazione del compenso degli arbitri, dei consulenti tecnici d'ufficio e dei segretari, nonché della misura dell'acconto e del saldo per la decisione della controversia; provvede alla amministrazione del deposito dei lodi; cura le attività necessarie per la pubblicazione sul sito web dell'ANAC dei dati relativi agli

arbitrati in corso e definiti. Infine – ed è questa una novità del codice del 2016 – la Camera arbitrale è titolare della funzione attinente alla formulazione di una lista di 5 esperti per la individuazione dell'esperto da nominare ai fini dell'accordo bonario nonché, in caso di disaccordo, alla nomina diretta con determinazione del relativo compenso (art. 205, comma 5: si veda anche il *Comunicato* n. 3/2016, come aggiornato nel 2019; le regole in materia hanno avuto nel 2019 più larga applicazione rispetto agli anni precedenti, nel cui ambito è stato dato corso alla nomina da parte della Camera arbitrale di due esperti con competenze ingegneristiche e di contro in altri due casi alla intervenuta intesa tra le parti interessate per la scelta di uno dei nominativi, assistiti dalle medesime competenze, compresi nella lista formata dalla Camera stessa: verbali n. 451, n. 454, n. 458 e n. 459 della Camera arbitrale).

3.2. La tenuta dell'albo e degli elenchi e la nomina degli arbitri e degli ausiliari del collegio

Le disposizioni di cui all'art. 210, commi da 7 a 10 e comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, in particolare, contengono le prescrizioni circa l'iscrizione all'albo e agli elenchi previsti dallo stesso decreto. In specie possono essere iscritti all'albo degli arbitri gli appartenenti alle seguenti categorie: a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione (si veda al riguardo anche il *Comunicato* n. 1/2015); b) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritti ai relativi albi; c) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Peraltro, come già osservato, l'innovazione forse più importante in materia è contenuta nel comma 6 dell'art. 209, e consiste nel riordino ed estensione delle regole di inconfiribilità dell'incarico arbitrale già presenti nella normativa previgente, che dunque vale la pena ricordare. Non possono pertanto essere nominati:

- a) i magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari in servizio o a riposo nonché gli avvocati e procuratori dello stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie;
- b) coloro che nell'ultimo triennio hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico;
- c) coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato;
- d) coloro che hanno espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato;
- e) coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere su esso;
- e) coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie;
- f) coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato.

È poi da aggiungere la menzione della regola di vera e propria incompatibilità, contenuta nel comma 10 dell'art. 210, e per la quale durante il periodo di appartenenza, e nei successivi tre anni, i soggetti iscritti

all'albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte.

Le regole per la nomina ad arbitro desumibili dalle disposizioni appena richiamate sono da intendersi applicabili, per la parte in cui possano venire in rilievo, anche per le designazioni ad opera delle amministrazioni dei dirigenti pubblici come arbitri di parte, secondo la previsione originariamente introdotta dall'art. 1, commi 22-24, legge n. 190/2012 e mantenuta con parziale ridefinizione dall'art. 209, comma 5, del nuovo codice. Al rispetto di tale ultima norma le amministrazioni sono tenute con obbligo diversamente graduato a seconda della natura della controparte in lite, fermi restando altresì in ogni caso gli obblighi di pubblicità e rotazione nelle nomine, ove facciano uso, con atto motivato, della facoltà loro lasciata dalla norma di procedere alla designazione di arbitro con requisito soggettivo diverso purché con scelta operata nell'ambito dell'albo. In proposito, peraltro, si ritiene di dover segnalare, come nelle *Relazioni* degli ultimi anni, l'opportunità che le amministrazioni procedano alle designazioni di loro competenza individuando il dirigente pubblico da scegliere, specialmente nei casi nei quali la controversia sia insorta con un soggetto privato, all'interno di un comparto di inquadramento del personale pubblico diverso da quello cui afferisce l'amministrazione parte in lite. Criterio, quello prospettato, del resto, di facile attuabilità, considerato che, come negli anni precedenti, anche nel 2019 nella maggior parte dei procedimenti amministrati (4 su 6) al cui esito sono stati depositati lodi definitivi o parziali parte pubblica era un ente operante in ambito regionale e locale. Ancora a proposito della nomina dell'arbitro eligibile dalla parte pubblica, per altro verso, merita di essere qui ricordata la problematica emersa quanto alla richiesta fatta presente agli interessati dalla Camera arbitrale che anche nel caso di designazione in via sostitutiva ex art. 810 c.p.c. la scelta ricada su soggetto iscritto all'albo, ritenendo la Camera stessa che, trattandosi di funzione esercitata da soggetto operante in via suppletiva, essa non possa non ritenersi sottoposta agli stessi limiti e requisiti disposti dalla legge per l'esercizio da parte del soggetto, pubblica amministrazione, dotato del potere originario e rimasto inerte; problematica che, in ragione di una qualche inversione di tendenza rispetto alle scelte compiute in ambito giudiziario nel periodo precedente, è stata oggetto (come già anticipato al paragrafo 1 di questo capitolo) di apposita *Segnalazione* all'ANAC.

L'individuazione del terzo arbitro è effettuata dal Consiglio della Camera arbitrale secondo una procedura a due fasi (ora disciplinata con i *Comunicati* n. 2 e n. 8 del 2016): nella prima fase, mediante sorteggio con modalità elettronica, è formato un elenco di quindici soggetti che garantisca la presenza, tra i primi undici, di tre estratti ricompresi in ciascuna delle categorie indicate nelle lettere a) e b), e di cinque estratti nelle categorie di cui alla lett. c) dell'art. 210, comma 7, del codice, mentre per i rimanenti quattro il sorteggio è effettuato tra tutte le categorie predeterminate dalla legge; nella seconda fase, fatte salve eventuali motivate controindicazioni provenienti dalle parti interessate, è determinato il nominativo del presidente del collegio arbitrale secondo criteri predeterminati ed oggettivi, risultanti dal curriculum personale dei sorteggiati, e predefiniti dalla Camera stessa.

Per quanto riguarda l'iscrizione all'elenco dei periti (peraltro eventualmente non cumulabile con quella all'albo degli arbitri), le innovazioni rispetto al codice del 2006, contenute nel comma 8 dell'art. 210 del codice del 2016, sono state due, che sembrano corrispondere entrambe a un intento di allargamento della platea dei soggetti potenzialmente interessati. Nel nuovo testo è venuta meno la delimitazione dell'ambito dei soggetti legittimati a domandare l'iscrizione in questo elenco operata, come nel testo precedente, con espresso riferimento alla categoria dei tecnici individuati per l'esercizio della funzione arbitrale con l'aggiunta dei dottori commercialisti; ora si tratta solo di soggetti in possesso del diploma

di laurea e comprovata esperienza professionale, maturata in almeno un quinquennio di attività (e questa è la seconda innovazione, rispetto al precedente limite decennale), con relativa iscrizione all'albo se richiesta.

Anche per il 2019 è stata confermata la tendenza per la quale le concrete nomine per la funzione di terzo arbitro ricadono in prevalenza piuttosto marcata su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche (per quest'anno, infatti, ciò ha riguardato la quasi totalità delle nomine, in numero di 10 su 11). Per quanto riguarda poi la nomina dei CTU, anche al fine di agevolare l'orientamento dei collegi arbitrali nella richiesta alla Camera di nomina dei periti per specifiche competenze professionali e quindi di facilitare la gestione del relativo elenco da parte della Camera stessa in funzione dei provvedimenti conseguenti, con il *Comunicato* n. 6/2016 (aggiornato nel 2019, ma invero per la parte riguardante il modulo di iscrizione all'albo degli arbitri) la Camera, tra l'altro, ha disposto che è facoltà del richiedente l'iscrizione indicare, oltre alla qualificazione professionale posseduta, anche la propria specializzazione professionale, nell'ambito della prima e in numero anche superiore a uno ma comunque non superiore a cinque, per la quale si presenta la domanda previa menzione dei pertinenti codici di riferimento ivi segnalati. Tale innovazione, peraltro avente carattere meramente facoltativo, in un primo periodo è sembrata aver riscontrato tra gli interessati una qualche attenzione, che risulta però venuta meno nell'ultimo periodo, in modo parallelo alla già riscontrata diminuzione dell'interesse alla stessa iscrizione all'elenco.

Infine, all'elenco dei segretari dei collegi arbitrali possono essere iscritti i funzionari in possesso di diploma di laurea in materia giuridica o economica o equipollenti e, ove necessario, in materie tecniche, inseriti nei ruoli delle pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. n. 165/2001, aventi un'anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni (art. 210, comma 12, del nuovo codice: si veda anche il *Comunicato* n. 7/2016, aggiornato nel 2019 al fine di rendere più trasparenti ed efficienti le modalità di gestione dell'elenco stesso). Rispetto al regime contenuto nel codice precedente, la disciplina ha optato, ai fini della delimitazione dell'area dei funzionari legittimati a presentare domanda di iscrizione all'apposito elenco, per la esplicita menzione di una delle leggi – appunto quella sul rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni – che contengono una definizione legale di pubblica amministrazione, mantenendo nel contempo una indicazione specifica relativa ai funzionari dell'ANAC (art. 209, comma 8). Nel 2019 si sono registrate 8 iscrizioni, di cui in effetti 5 hanno riguardato funzionario ANAC (e in questo senso il rapporto quanto ad amministrazione di provenienza del funzionario ha in buona parte riprodotto un assetto che era già venuto in essere nel primo anno di applicazione del nuovo codice, quando 9 erano stati i funzionari ANAC richiedenti l'iscrizione su di un totale di 13).

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

Il decreto del Ministro delle infrastrutture del 31 gennaio 2018 ha finalmente posto fine al regime di diritto transitorio disposto sul punto dei compensi dei collegi arbitrali dal d.lgs. n. 50/2016 e basato sulla permanenza in essere della disciplina contenuta nel D.M. 398/2000, concernente la determinazione di parametri e limiti in materia; parametri e limiti rispetto ai quali la Camera arbitrale aveva potuto constatare mediante la presa in considerazione dei lodi e delle apposite ordinanze depositate presso la stessa Camera ai sensi di legge una prassi di elusione e superamento nella liquidazione dei compensi dei collegi arbitrali nominati per le procedure c.d. libere, facendone oggetto di apposita *Segnalazione* all'ANAC e alla Cabina di regia (v. la *Relazione* per il 2017). Al suddetto decreto

(aggiornabile con cadenza triennale come da previsione di legge) la Camera arbitrale ha dato immediata attuazione successivamente alla sua entrata in vigore nell'aprile 2018.

In questo contesto, comunque, appare significativa l'osservazione dell'andamento delle liquidazioni dei compensi, che consente di mettere in rilievo gli esiti dell'opera di razionalizzazione messa in campo dalla Camera arbitrale a partire dal 2015 (si vedano i *Comunicati* n. 2 e 3 del 2015), e che a questo punto sembra aver prodotto una situazione pressoché normalizzata. I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per i 4 lodi amministrati definitivi depositati e liquidati nel 2019 ammontano a 150,326,57 euro per una media pari a 37.581,64 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 30.000 euro e di un compenso massimo pari a 42.000 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 10,84 per cento.

Nei cinque anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2018 a 25.357,40 euro, nel 2017 a 43.936,73 euro, nel 2016 a 40.504,53 euro, nel 2015 a 28.562,50 euro, nel 2014 a 32.974,14 euro (v. Fig. 2), e quanto a scostamento in diminuzione, pari nel 2018 al 43,77 per cento, nel 2017 al 38,47 per cento, nel 2016 al 39,15 per cento, nel 2015 al 53,40 per cento, nel 2014 al 29,62 per cento (v. Fig. 5).

Per quanto concerne i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto (art. 209, comma 18, del d.lgs. n. 50/2016), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da 49 a 58 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.

L'unica liquidazione a favore di consulente d'ufficio designato dalla Camera arbitrale disposta nel 2019 dalla Camera stessa ammonta a 9.851,73 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alla richiesta del consulente interessato è risultato pari al 50 per cento. Nei cinque anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2018 a 10.072,14 euro, nel 2017 a 13.719,29 euro, nel 2016 a 10.620,94 euro, nel 2015 a 10.584,75 euro, nel 2014 a 22.599,53 euro (Fig. 3), e quanto a scostamento medio in diminuzione, pari nel 2018 al 64,74 per cento, nel 2017 al 44,83 per cento, nel 2016 al 64,54 per cento, nel 2015 al 70,80 per cento, nel 2014 al 21,12 per cento (v. Fig.5). Qui rilevante è anche il dato concernente gli incrementi ultratabellari richiesti dai consulenti, perché pure per questa parte è utile il confronto con i dati immediatamente precedenti: nel 2019 la richiesta, nella misura massima del 100 per cento, non è stata accolta, mentre nel 2018 la richiesta, formulata in due casi nella misura massima del 100 per cento, in un altro del 50 per cento, aveva comportato la concessione dell'incremento solo in uno dei primi due casi, ma nella misura del 25 per cento. Ed ancora, nel 2017 una richiesta su due (ma nella misura del 25 per cento) era stata accolta, nessun incremento (su quattro richieste) era stato riconosciuto nel 2016, uno su quattro (nella misura del 40 per cento) nel 2015, mentre nel 2014, in quasi tutti i casi (18 su 19 richieste) nei quali era stata avanzata richiesta di tale incremento, esso era stato riconosciuto (in 5 casi, inoltre, la richiesta era stata totalmente accolta, ma invero mai relativamente a richieste formulate nella misura massima) (v. Fig. 4).

In definitiva, anche per questa parte si evidenziano con forza le opportunità aperte da un meccanismo di unificazione delle procedure di arbitrato in materia e da operazioni di assestamento dei comportamenti conseguenti, idonei a favorire una attenta gestione pure di questo profilo dell'istituto

arbitrale, conformemente, del resto, al criterio direttivo del contenimento dei costi del giudizio arbitrale sancito dalla legge n. 11/2016.

Va infine segnalato sul punto delle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre trattate in modo comprensivo dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa), come dai lodi amministrati depositati nel 2019 risulti che in un caso il riparto ha penalizzato la parte pubblica e in 3 casi è stato paritario tra le parti (nell'unico lodo "libero" depositato il riparto risulta anch'esso paritario). In altri termini, dunque, l'imputazione al 50 per cento delle spese è stata deliberata nel 75 per cento circa dei giudizi nelle procedure amministrative, con una composizione in larga misura corrispondente a quella dell'anno precedente.

3.4. Il deposito dei lodi.

Per quanto riguarda l'innovazione in punto di deposito dei lodi disposta con il comma 13 dell'art. 209, laddove prevede la possibilità che il deposito medesimo venga effettuato in forma telematica, con la delibera ANAC n. 48 del 30 gennaio 2019 è pervenuto a compiuta formalizzazione il procedimento avviato dalla Camera arbitrale, con approfondita istruttoria condotta in interlocuzione con gli uffici competenti dell'ANAC, a seguito del quale la Camera stessa ha provveduto alla formulazione di una proposta circa le modalità di attuazione della norma medesima, che è stata sottoposta anche al parere dell'Agenzia delle entrate per la parte concernente gli adempimenti ai fini dell'osservanza degli obblighi fiscali da parte dei soggetti gravati degli stessi. La delibera ANAC specifica ora le caratteristiche di formazione e trasmissione del lodo arbitrale in originale digitale e le modalità di assolvimento dell'imposta di bollo, precisando altresì la permanenza della possibilità di trasmissione del lodo nelle forme attualmente vigenti. Nondimeno, occorre segnalare che questa opportunità finora non è stata messa in pratica da alcun collegio arbitrale (eventuale spiegazione al riguardo può forse rinvenirsi nella circostanza per la quale i collegi arbitrali che sono pervenuti nel 2019 alla pronuncia del lodo si sono principalmente avvalsi della collaborazione in funzione di segreteria di funzionario ANAC o comunque hanno operato avendo come sede dell'arbitrato la sede stessa dell'ANAC, ciò che presumibilmente può aver fatto ritenere più agevolmente praticabile il metodo tradizionale della documentazione cartacea).

Ancora in tema di deposito dei lodi altra iniziativa era stata assunta dalla Camera arbitrale già dal 2018 allo scopo di implementare, attraverso la modalità della riscossione mediante ruolo, l'osservanza dell'adempimento a carico delle parti del giudizio arbitrale del versamento entro 15 gg. dalla pronuncia del lodo di una somma pari all'uno per mille del valore della controversia, disposto dall'art. 209, comma 12, del codice: tale modalità è poi stata formalizzata dall'art. 4, comma 2, della delibera ANAC n. 1174 del 19 dicembre 2018, recante attuazione dell'art. 1, commi 65 e 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, per l'anno 2019, ove è stabilito che "il mancato versamento dell'uno per mille, entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo arbitrale, di cui all'art. 209, comma 12, del d.lgs. 50/2016, comporta l'avvio della procedura di riscossione coattiva a carico delle parti, mediante ruolo, delle somme non versate sulle quali saranno dovute, oltre agli interessi legali, le maggiori somme ai sensi della normativa vigente". A fronte del non modesto grado di inottemperanza verificato in proposito, è evidente la rilevanza di tale innovazione in funzione del buon andamento della funzione di amministrazione dell'arbitrato per i contratti pubblici e del principio di responsabilità in materia. A tale scopo la Camera arbitrale ha altresì provveduto nel corso del 2019 a procedere a una ricognizione dei crediti non riscossi per mancata effettuazione del suddetto versamento relativo alle controversie decise per lodo depositato presso la Camera stessa a partire dall'anno 2014, con conseguente comunicazione delle risultanze all'ufficio competente dell'ANAC.

4. L'arbitrato a favore degli investitori bancari

Come anticipato, presso la Camera arbitrale si è conclusa nell'anno 2019 la missione di amministrazione dei procedimenti nei confronti del Fondo interbancario di Tutela dei depositi – FITD, azionati dagli investitori in titoli subordinati di banche in liquidazione. Si è trattato di un modello di indennizzo dei risparmiatori che per innovatività, efficienza, durata, economicità ed equità non può soffrire comparazioni con le alternative che sono state successivamente elaborate al di fuori dell'Autorità, suscitando l'attenzione anche della dottrina.

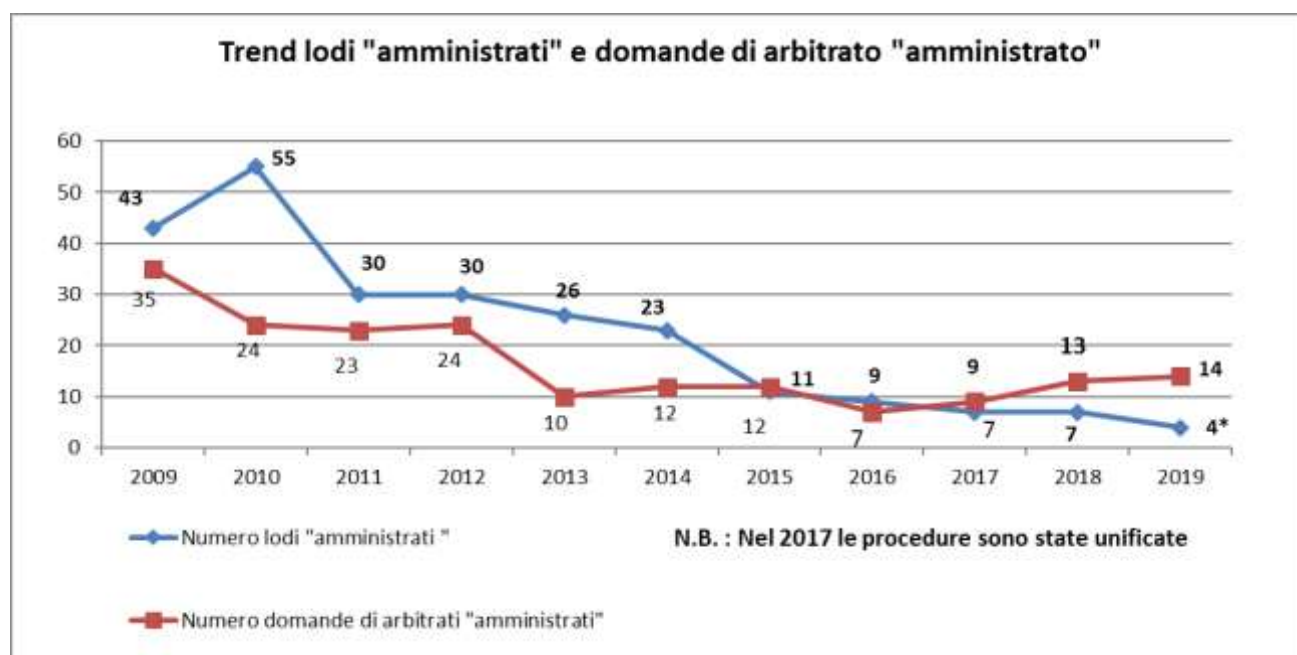
In estrema sintesi, sono stati esaminati e decisi n. 1770 ricorsi e, nell'ambito di n. 1685 procedimenti che hanno condotto alla pronuncia di merito, attribuiti ristori per un ammontare complessivo di 44.410.076,55euro (equivalente al 57 per cento del totale dei *petita*).

Si è trattato di un'operazione assai complessa, adeguatamente rappresentata in dettaglio dalle tabelle 2.1 e 2.2 fornite in appendice, operazione il giudizio sopra la quale appare nitidamente restituito dalla bassa percentuale di lodi andati soggetti a impugnazione: n. 14 in tutto (pari allo 0,83 cento dei ricorsi al netto di quelli inammissibili, per una differenza complessiva tra ristoro domandato e ristoro riconosciuto pari a 420.117,50 euro), peraltro con una perfetta quanto sintomatica distribuzione del relativo promovimento a opera dell'investitore (n. 7) e del FITD (n. 7).

Nel luglio scorso è stato, conseguentemente, disaggregato l'Ufficio straordinario che era stato costituito *ad hoc* presso la Camera, con l'integrazione di n. 2 funzionari di altre amministrazioni, restituiti perciò a queste ultime.

Infine, a dicembre la piattaforma informatica di gestione dei procedimenti è stata, d'intesa con la comodante Banca d'Italia, disattivata e i dati estratti da questa sigillati informaticamente e tornati nella disponibilità esclusiva della Camera arbitrale.

Figura 1. Trend lodi "amministrati" e domande di arbitrato "amministrato".



(*) oltre ai 3 lodi parziali.

Tabella 1. Valore delle controversie in base alla Tariffa allegata al D.M. 31 gennaio 2018

Valore delle controversie in base alla Tariffa allegata al D.M. 31/1/2018	Arbitrati amministrati
I scaglione (fino a € 500.000,00)	0
II scaglione (da € 500.001,00 a € 2.500.000,00)	2
III scaglione (da € 2.500.001,00 a € 10.000.000,00)	4 (2+2)
IV scaglione (da € 10.000.001,00 a € 30.000.000,00)	/
V scaglione (da € 30.000.001,00 a € 100.000.000,00)	/

Figura 2. Compensi collegi arbitrali rito amministrato (anni 2014 - 2019).

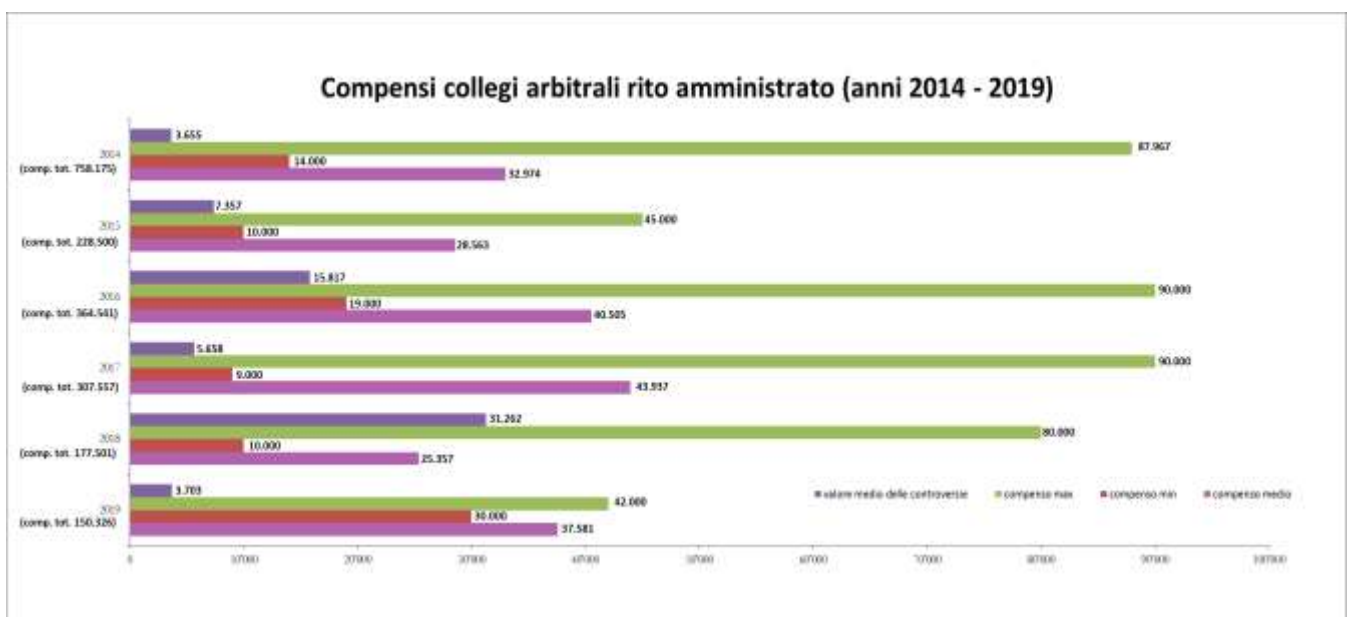


Figura 3. Compensi liquidati a favore dei CTU nominati dalla Camera arbitrale (anni 2014 - 2019).

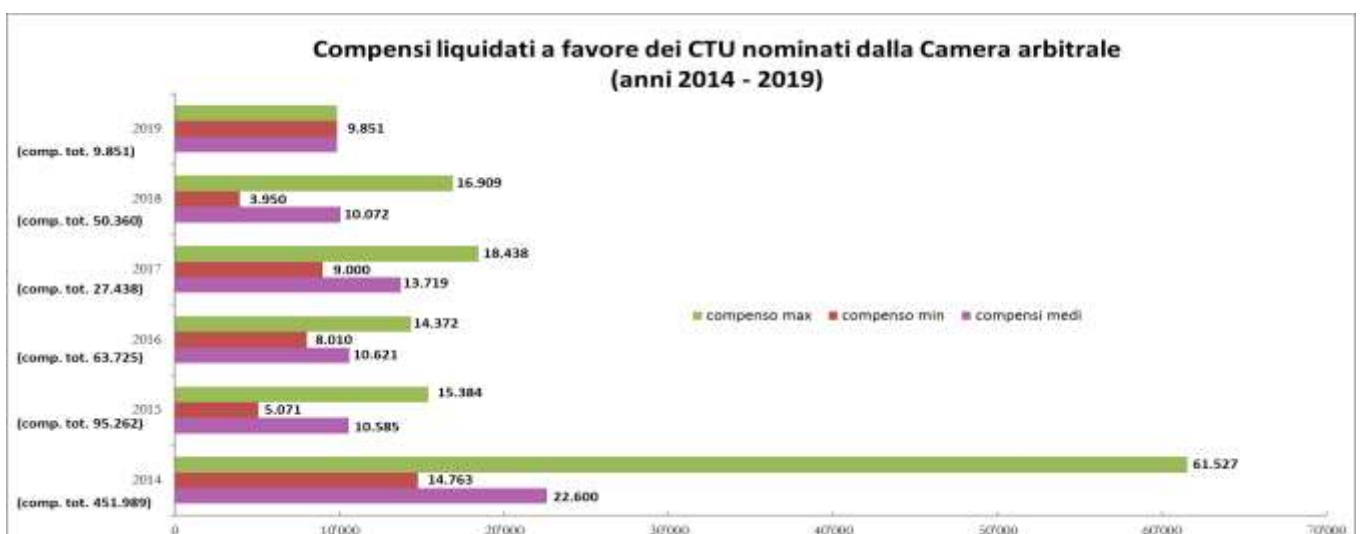


Figura 4. Incrementi ultratabellari richiesti dai CTU e riconosciuti dalla Camera arbitrale (anni 2014 -2019).

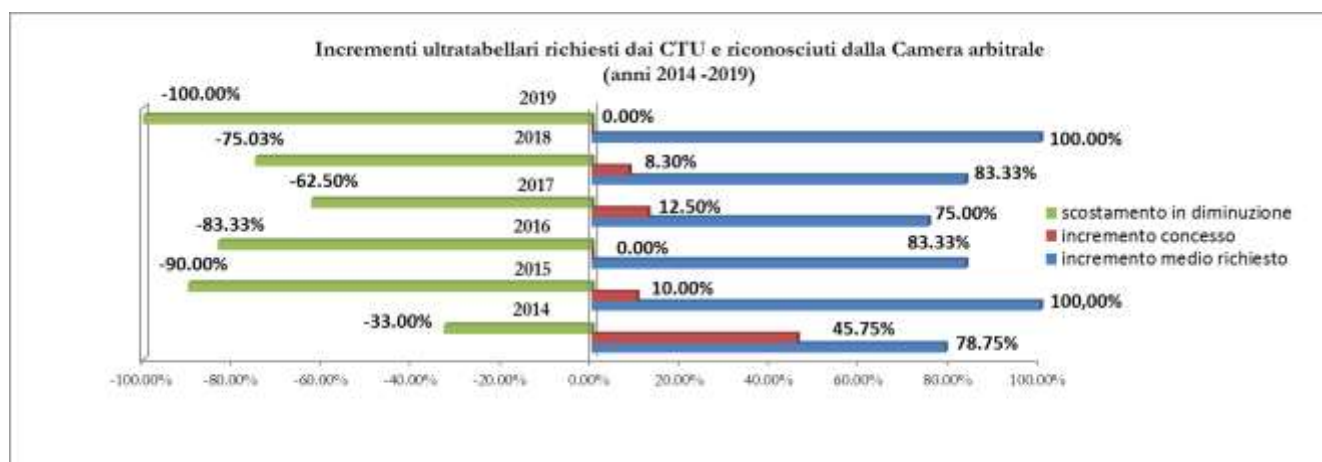


Figura 5. Scostamenti percentuali compensi collegi arbitrali e CTU.

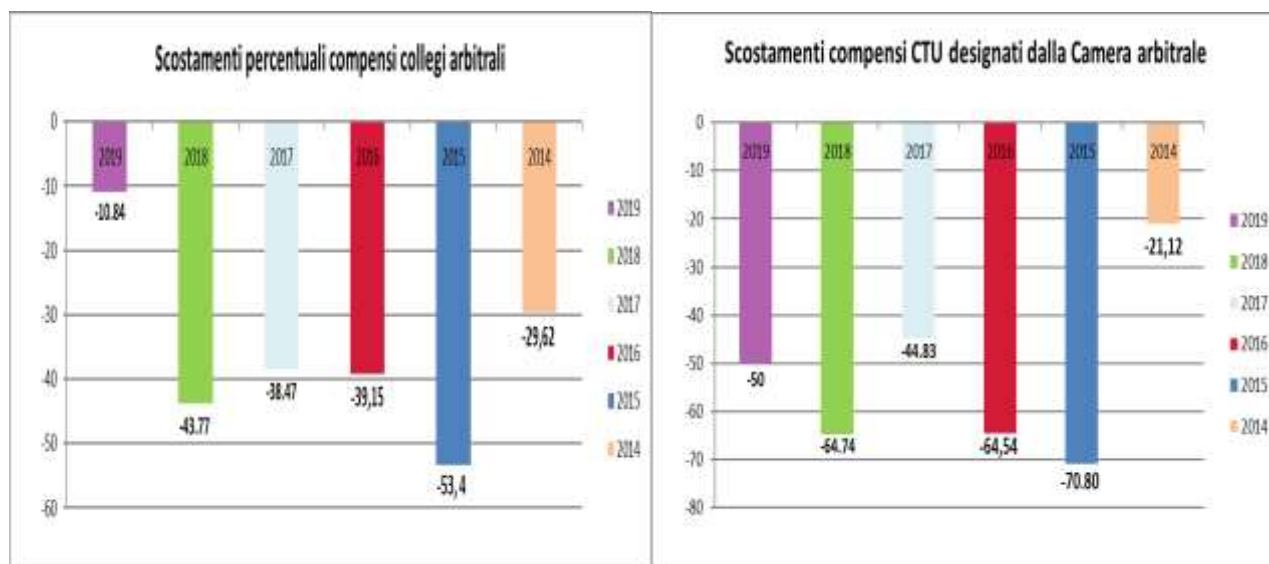


Tabella 2.1 Arbitrati bancari.

Istituto	N. istanze pervenute (*)	N. istanze ammissibili	Importo richiesto	Istanze accolte	Importo riconosciuto
Banca Etruria	868	831	€ 29'182'325.39	716	€ 20'726'088.53
Banca Marche	365	355	€ 35'512'150.30	276	€ 19'044'082.13
Carichieti	119	117	€ 5'277'896.83	68	€ 2'020'587.31
Cariferrara	393	382	€ 8'269'845.53	297	€ 2'619'318.58
Totale	1745	1685	€ 78'242'218.05	1357	€ 44'410'076.55

(*) al netto di altre 25 istanze non pertinenti alle competenze dei collegi arbitrali.

Tabella 2.2 Arbitrati bancari.

Importi (per fasce)	N. istanze ricevute (*)	N. istanze accolte totalmente o parzialmente	Incidenza % su totale ricorsi	Importo complessivo richiesto (*)	Importo complessivo riconosciuto	Incidenza % accoglimenti su totale ricorsi (*)
Fascia I fino a € 100.000	1532	1212	91%	€ 38'412'835.60	€ 21'777'580.66	57%
Fascia II da € 100.000,01 a € 500.000	139	133	8%	€ 27'607'291.45	€ 17'039'571.71	62%
Fascia III oltre € 500.000,01	14	12	1%	€ 12'222'091.00	€ 5'592'924.18	46%
Totale istanze pervenute	1685					

(*) al netto delle istanze inammissibili.