

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI
PRESSO L'AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Il collegio Arbitrale composti dai Signori:

- Prof. Avv. Nicola Cipriani, Presidente;
- Prof. Avv. Domenico Dalfino, Arbitro;
- Prof. Avv. Vincenzo Donativi, Arbitro;

ha pronunciato il seguente

LODO NON DEFINITIVO

nel procedimento arbitrale n. 3/2021 R.G.A.,

TRA

- **INEDIL s.r.l.** (C.F. E P.IVA: 05425930723), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Noci (BA) alla Via Di Vittorio n.1/C, rappresentata e difesa dagli avv.ti Lorenzo Durano e Giuseppe Durano ed elettivamente domiciliata presso il domicilio digitale dei difensori incaricati ai seguenti indirizzi di posta elettronica certificata: durano.lorenzo@coa-brindisi.legalmail.it e durano.giuseppe@coa-brindisi.legalmail.it – **ISTANTE**;

E

- il **COMUNE DI STATTE** (C.F.: 90031270730 – P.IVA: 01940470733), in persona del Sindaco signor Francesco Andrioli, con sede in Statte alla Via San Francesco, n.5, rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Trono ed elettivamente domiciliato presso il domicilio digitale del difensore incaricato all'indirizzo di posta elettronica certificata trono.andrea@oravta.legalmail.it - **RESISTENTE**;

avviato in forza della clausola compromissoria contenuta nell'art. 23, commi 2 e ss., della "Convenzione sull'affidamento in regime di concessione della costruzione e gestione dell'ampliamento del cimitero urbano e della relativa zona asservita a parcheggio nonché della gestione dei servizi relativo all'intero cimitero comprensivo della parte esistente" (di seguito, per

brevità, la “Convenzione”) sottoscritta tra le parti il 09.06.2005, registrata a Taranto il 29.06.2005, avente il seguente tenore:

«2. Ogni controversia che insorgesse tra il Comune e il concessionario in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di concessione, oppure sulla esatta interpretazione delle norme contrattuali, sarà deferita al giudizio di tre arbitri da scegliere di comune accordo i quali decideranno senza formalità di giudizio.

3. In caso di mancato accordo fra le parti nella scelta del Collegio arbitrale sarà nominata una nuova terna di arbitri composta da un'unità designata dal gestore, una dal sindaco e una dal Presidente del Tribunale. La decisione arbitrale sarà inappellabile. Le parti rinunciano al ricorso all'Autorità Giudiziaria.

4. Le spese di giudizio saranno anticipate dalla parte che avrà avanzato domanda di arbitrato e saranno definitivamente a carico della parte soccombente tranne diversa disposizione del lodo arbitrale. La decisione degli arbitri si estende anche alle spese di giudizio».

A. Svolgimento del procedimento.

A.1. Con atto iscritto nel registro dei procedimenti arbitrali presso la Camera Arbitrale ANAC il 30.3.2021, la INEDIL s.r.l. ha avviato il presente procedimento arbitrale contro il Comune di Statte, ai sensi della clausola compromissoria di cui all'art. 23 della Convenzione conclusa tra le parti il 9.6.2005, rep. n. 189, procedendo alla designazione del prof. avv. Vincenzo Donativi quale proprio arbitro di parte e invitando il Comune di Statte a designare il

proprio arbitro. La Inedil ha chiesto che il costituendo Collegio arbitrale volesse rispondere ai seguenti quesiti:

« 1) Accertare e dichiarare l'inadempimento del Comune di Statte rispetto agli obblighi assunti con le stipulate Convenzioni e, in particolare, con la convenzione 2 dicembre 2010 rep. n. 446.

2) Ritenuta la gravità dell'accertato inadempimento, pronunciare la risoluzione dei contratti-convenzione rep. n. 189 del 9.6.2005, rep. n. 212 del 30.7.2007 e rep. n. 446 del 2.12.2010 e per lo effetto condannare il Comune di Statte alla restituzione delle prestazioni ricevute in ragione del valore delle opere realizzate, quale ad esse attribuito in contratto e determinato in sede di collaudo, oltre interessi legali e il maggior danno ex art. 1224 comma 2 c.c., oltre al risarcimento del danno da mancato guadagno nella misura pari all'utile che l'impresa avrebbe dovuto conseguire ove fosse stata messa in condizione di portare a completa esecuzione i contratti. Il tutto al netto di quanto percepito dalla parziale cessione delle opere e dalla gestione del servizio.

3) In caso di mancata pronuncia di risoluzione, ritenuto l'inadempimento del Comune di Statte, condannare lo stesso Comune al risarcimento in favore del Concessionario sia del danno emergente, pari al valore delle opere effettivamente realizzate e dei costi di progettazione e gestione, che del lucro cessante, in misura pari all'utile che l'impresa avrebbe dovuto conseguire ove fosse stata messa in condizione di portare a completa esecuzione i contratti. Il tutto al netto di quanto percepito dalla parziale cessione

delle opere e dalla gestione del servizio.

4) In subordine, condannare il Comune di Statte al pagamento delle opere comunque realizzate dalla Concessionaria, al netto di quanto dalla stessa Concessionaria percepito, a titolo di arricchimento senza causa»;

la Inedil ha quindi rassegnato le proprie conclusioni chiedendo che il Collegio volesse «dare affermativa risposta ai quesiti sopra formulati, con ogni consequenziale pronuncia e statuizione accertativa, costitutiva e/o di condanna».

A.2. Con atto di resistenza 18.6.2021 il Comune di Statte si è costituito nel procedimento arbitrale chiedendo l'accoglimento delle seguenti conclusioni:

«pregiudizialmente in rito -

1. accertare e dichiarare la nullità della clausola compromissoria di cui all'art. 23 della convenzione "Rep. 189" del 9.6.2005, registrata "a Taranto il 29.06.2005 al n. 2865"; e, per l'effetto,

2. ai sensi dell'art.817, comma 3, c.p.c., dichiarare l'incompetenza arbitrale "per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato";

- in via subordinata e nel merito -

3. accertare e dichiarare l'inammissibilità ed, in ogni caso, l'infondatezza delle gradate domande di risoluzione per inadempimento [sub nn. 1), 2), 3) dell'avversa domanda di arbitro], così come di quella d'indennizzo ex art.2041 c.c. [sub n.4) dell'atto di accesso agli arbitri], rigettandole integralmente;

4. in ogni caso, condannare la società istante, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese di

lite e di quelle per il Collegio Arbitrale».

A.3. Con comunicazione del 21.07.2021 il prof. avv. Nicola Cipriani, Presidente del collegio arbitrale, convocava gli Arbitri e le parti del procedimento per il 29.07.2021, in via telematica sulla piattaforma della Camera Arbitrale, per procedere alla costituzione del Collegio arbitrale (nel prosieguo il “Collegio”).

A.4. All’udienza del 29.07.2021, i componenti del Collegio dichiaravano di accettare l’incarico loro conferito, di non avere incompatibilità nell’assolvimento dello stesso e, quindi, si costituivano in tribunale arbitrale. Le parti fissavano la sede della procedura in Bari, presso la Sezione regionale della Puglia dell’Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all’art. 213, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In proposito, i procuratori delle parti dichiaravano di avere il potere di procedere alla determinazione della sede dell’arbitrato, riservandosi la produzione della relativa documentazione.

Ciò premesso, il Collegio: (i) delegava al Presidente il potere di assumere, sentiti gli altri componenti, i provvedimenti del caso per prorogare o fissare i termini per il deposito di memorie e/o documenti, fissare o rinviare le udienze nonché stabilire, su istanza di parte, le modalità di deposito e della custodia di documenti; (ii) disponeva che le udienze del procedimento, salva diversa indicazione del Collegio e previa consultazione delle Parti, avrebbero avuto luogo in via telematica sulla piattaforma digitale della Camera Arbitrale o, in alternativa, in presenza presso la sede dell’arbitrato; (iii) affidava le funzioni di Segreteria del Collegio al Presidente; (iv) disponeva che le memorie e, in generale, tutti gli atti di parte attinenti al procedimento venissero trasmessi a mezzo pec e in formato digitale a ciascuno dei componenti del Collegio; (v) invitava le Parti a trasmettere a mezzo pec a ciascun componente del Collegio copia digitale di tutto quanto depositato e prodotto nel procedimento fino alla data di udienza; fissava, inoltre, la successiva udienza alla data del 06.09.2021, per ascoltare liberamente le parti e verificare la possibilità del raggiungimento di un accordo sulle questioni oggetto del procedimento e,

qualora quest'ultimo avesse avuto esito negativo, per trattazione.

A.5. All'udienza del 06.09.2021, il Collegio preliminarmente invitava le parti a riferire circa la possibilità di coltivare una soluzione transattiva della controversia. Il Comune di Statte, nel ribadire l'eccezione di nullità della clausola compromissoria e incompetenza degli Arbitri già sollevata nell'atto di resistenza, rappresentava l'impossibilità di transigere la controversia nell'ambito del procedimento arbitrale in forza della previsione dell'art. 209, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, secondo cui è vietato, in ogni caso, il compromesso. Rilevava altresì come la documentazione prodotta dall'Inedil in relazione al potere dei procuratori costituiti di determinare la sede dell'arbitrato fosse successiva all'udienza di insediamento del Collegio. La Inedil contestava le deduzioni del Comune, in particolare in merito all'eccezione di incompetenza degli Arbitri. Entrambe le parti, in ogni caso, chiedevano termini per dedurre sulle questioni preliminari e, pertanto, il Collegio concedeva un termine fino al 21.09.2021 per dedurre sulle sole questioni preliminari e un ulteriore termine fino al 06.10.2021 per repliche, riservando ogni decisione.

A.6. Le parti, nel rispetto dei termini concessi dal Collegio, depositavano le sopra citate memorie, prendendo posizione sulle questioni preliminari.

B. DIRITTO

B.1. SULLA DETERMINAZIONE DELLA SEDE DELLA PROCEDURA ARBITRALE.

B.1.1. Prima di esaminare l'eccezione di incompetenza degli arbitri sollevata da parte resistente, è necessario affrontare la questione della individuazione della sede della procedura arbitrale.

Nella riunione del 29.07.2021, in occasione della quale il Collegio arbitrale provvedeva alla propria costituzione, le parti esprimevano la chiara volontà di fissare la sede della procedura in Bari, presso la Sezione regionale della Puglia dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213, comma 9, d.lgs. 50/2016. A tal proposito, i

procuratori delle parti dichiaravano altresì di avere il potere di procedere alla determinazione della sede dell'arbitrato, riservandosi la produzione della relativa documentazione.

B.1.2. In data 03.09.2021 gli avvocati dell'istante, constatato l'originario difetto di procura, provvedevano alla necessaria integrazione, confermando a mezzo pec la volontà di Inedil di individuare quale sede dell'arbitrato la sezione regionale dell'Osservatorio.

B.1.3. Sennonché, nella successiva udienza del 06.09.2021 la difesa del Comune di Statte rilevava come la documentazione *ex adverso* prodotta fosse successiva all'udienza di insediamento del Collegio e, di conseguenza, inidonea ai fini della valida determinazione della sede della procedura in Bari. La difesa dell'Inedil contestava l'avversa deduzione, riservandosi di dedurre in maniera più articolata in ordine alla stessa.

B.1.4. Nella memoria autorizzata tempestivamente depositata, parte ricorrente faceva rilevare che il difetto di potere in ordine alla scelta della sede arbitrale non potesse in alcun modo inficiare l'attività svolta dagli avv.ti Durano in qualità di procuratori. A tal fine, si richiamava il lodo arbitrale reso nel procedimento RGA 2/2020, nella parte in cui questo aveva affermato l'ammissibilità di una ratifica in forma scritta (*ad substantiam*) e con efficacia *ex tunc* della nomina dell'arbitro effettuata dal *falsus procurator*, ai sensi degli art. 1399 e 1711 c.c., in quanto, da un lato, rispondente all'interesse e all'utilità del rappresentato, dall'altro espressione dell'autonomia privata meritevole di tutela e, quindi, attività idonea a soddisfare esigenze di economia processuale.

Ciononostante, la difesa dell'istante, «considerato il tenore letterale dell'art. 209, comma 9 e la eccezione *ex adverso* formulata in ordine ai poteri conferiti dalla parte [...] *melius re perpensa* e al fine di prevenire eventuali possibili contestazioni», dichiarava di rinunciare all'indicazione della sede dell'arbitrato presso la sede regionale dell'Osservatorio dei contratti pubblici e chiedeva al Collegio di confermare la sede dell'arbitrato presso la sede della Camera Arbitrale dell'ANAC di Roma.

B.1.5. Nella memoria autorizzata tempestivamente depositata, parte resistente precisava che la questione in esame era stata posta «senza alcun fine (tanto meno di valore difensivo), ma al solo scopo di acquisire dall'Ecc.mo Collegio se l'atto integrativo (della procura speciale) prodotto dall'Inedil potesse inficiare la regolare determinazione del luogo dell'arbitrato». Sicché, il Comune di Statte, *melius re perpensa*, alla luce del combinato disposto degli artt. 2, comma 1, della Raccolta per l'unificazione e il coordinamento delle disposizioni adottate dalla Camera Arbitrale presso l'ANAC e 209, comma 9, d.lgs. n.50/2016 e ss.mm. e ii., ammetteva che il conferimento del potere di concorrere alla determinazione della sede dell'arbitrato, pur reso successivamente all'esplicita richiesta del Collegio, non integrasse alcun vizio. Rilevava, infatti, l'assenza nel dettato normativo di una espressa prescrizione in ordine alla necessità del compimento di tale attività entro e non oltre una determinata barriera temporale. Concludeva, pertanto, con una richiesta di stralcio della originaria contestazione.

B.1.6. Nella memoria di replica tempestivamente depositata, parte istante, nel riportarsi a tutto quanto già ampiamente dedotto con la prima memoria autorizzata, confermava la rinuncia all'individuazione della sede presso la sede regionale pugliese dell'Osservatorio e la richiesta di individuazione della sede dell'arbitrato presso la sede della Camera arbitrale.

B.1.7. Nella memoria di replica tempestivamente depositata, anche parte resistente si riportava a quanto in precedenza già dedotto sullo specifico punto.

B.1.8. Tutto ciò premesso, deve ritersi quanto segue.

B.1.9. Nella riunione del 29.07.2021 le parti, per il tramite dei rispettivi avvocati, hanno espresso la precisa e chiara volontà di fissare la sede della procedura presso la Sezione regionale della Puglia dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213, comma 9, d.lgs. 50/2016.

La contestazione sollevata dal Comune di Statte ha riguardato esclusivamente la mancanza del relativo potere in capo agli avv.ti Durano. Una volta acquisita la documentazione

idonea a dimostrare, sia pure *ex post*, l'esistenza di tale potere, l'interesse a coltivare tale contestazione è venuto meno, come ammesso dalla stessa difesa del Comune resistente, la quale, infatti, ha riconosciuto l'inesistenza di vizi riguardanti l'attività svolta dai colleghi avversari.

La difesa della Inedit, dopo aver sostenuto l'idoneità della documentazione depositata a ratificare con effetti retroattivi la volontà di fissare la sede dell'arbitrato presso l'Osservatorio, ha al contrario rinunciato alla scelta in origine effettuata, optando per la fissazione della sede presso la Camera arbitrale in Roma.

B.1.10 Orbene, il Collegio ritiene che la sede della presente procedura arbitrale debba individuarsi definitivamente presso la Sezione regionale della Puglia dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213, comma 9, d.lgs. 50/2016. Ciò per le seguenti ragioni.

In via del tutto preliminare, in disparte ogni considerazione sulla latitudine dei poteri già conferiti dalla Inedit agli avv.ti Durano («*conferisco loro le più ampie facoltà di legge [...] Ratifico sin da ora il Vostro operato*»), la ratifica successivamente espressa dalla stessa società è pienamente idonea a conferire efficacia *ex tunc* all'operato dei propri difensori, ai sensi degli art. 1399 e 1711 c.c. A tal proposito, giova richiamare il lodo arbitrale reso nel procedimento RGA 2/2020, ove condivisibilmente si sottolinea la rispondenza di tale regola all'interesse e all'utilità del rappresentato, oltre che ai principi di autonomia privata meritevole di tutela e di economia processuale.

In secondo luogo, la disciplina contenuta nell'art. 816 c.p.c. è diretta a soddisfare l'esigenza di acquisire certezza in ordine alla determinazione della sede arbitrale, dettando a tal fine dapprima un criterio principale di localizzazione (la volontà delle parti) e poi criteri applicabili in via residuale (rispettivamente, il luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato e, in caso di ubicazione di tale luogo al di fuori del territorio nazionale, a Roma). Il compimento

di tale attività rileva non solo dal punto di vista logistico e organizzativo, ma anche in ordine all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente per le funzioni di ausilio all'arbitrato e per l'eventuale impugnazione del lodo. Il legislatore non ammette che sussistano dubbi al riguardo. Pertanto, una volta che le parti hanno concordato il luogo, è a questa volontà che occorre riferirsi per la determinazione della sede della procedura.

Da queste premesse discende che, quand'anche si ammettesse l'esercizio congiunto dello *jus variandi* in ordine alla scelta della sede già fissata (questione in realtà alquanto dibattuta in dottrina), certamente non si potrebbe affermare altrettanto con riferimento alla modificazione unilaterale, espressa cioè da uno solo dei litiganti.

Nel caso di specie, ove le parti hanno raggiunto una chiara intesa sulla determinazione della sede arbitrale nella riunione del 29.07.2021, il successivo ripensamento espresso dalla sola parte istante – peraltro motivato con il «fine di prevenire eventuali possibili contestazioni» e, dunque, anche sotto questo profilo superato dalla rinuncia all'eccezione formulata dalla parte resistente – è senz'altro privo di efficacia. In definitiva, la rinuncia alla originaria scelta della sede della procedura da essi formulata e l'indicazione della sede della Camera arbitrale in Roma, deve ritenersi *tamquam non esset*.

Pertanto, si conferma che la sede dell'arbitrato è in Bari, presso la Sezione regionale della Puglia dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213, comma 9, d.lgs. 50/2016.

B.2. SULLA COMPETENZA DEL COLLEGIO ARBITRALE

B.2.1. Le argomentazioni di parte resistente.

Il Comune di Statte, già nel proprio atto di resistenza, ha eccepito l'incompetenza del Collegio per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato. Ciò alla luce della previsione dell'art. 23 del bando di gara per “*l'affidamento in regime di concessione della costruzione e gestione dell'ampliamento del cimitero urbano e della relativa zona asservita a*

parcheggio nonché della gestione dei servizi relativo all'intero cimitero comprensivo della parte esistente" (il "Bando di Gara"), rubricato "Altre informazioni", secondo cui «per tutte le controversie si applicheranno le disposizioni dell'art. 31bis della legge 109/94; è esclusa la competenza arbitrale».

Secondo il Comune resistente, pertanto, sarebbe illegittima la clausola compromissoria di cui all'art. 23, commi 2 e ss., della Convenzione, fatta valere dalla Inedit per l'instaurazione del presente procedimento, in quanto le norme risultanti dal Bando di Gara sarebbero inderogabili, con conseguente nullità di ogni patto contrastante che sia contenuto nel successivo atto privatistico (i.e. la Convenzione) stipulato tra il Comune e il concessionario. L'inderogabilità sarebbe posta a tutela di diversi interessi anche di carattere generale, tra i quali, in particolare, il *favor participationis* e la *par condicio* dei concorrenti, il che – nuovamente – comporterebbe la nullità di ogni patto contrario a quanto risultante dal solo Bando di Gara.

Sostiene, inoltre, il Comune di Statte che quanto appena rilevato corrisponde a un principio consolidato in giurisprudenza e che, in materia di arbitrati, è oggi disciplinato dall'art. 209, commi 2 e 3, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale, prevedendo che «*la stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria (...)*» e che «*è nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito*», sostanzialmente ripropone il contenuto dell'art. 241, commi 1 e 1-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (come modificato dall'art. 1, comma 19, della l. 6 novembre 2012, n. 190 e dall'art. 5 del d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53).

Nelle memorie autorizzate, inoltre, il Comune, prendendo posizione su quanto affermato dalla Inedit in merito alla competenza arbitrale, evidenzia un contrasto tra il Bando di Gara (che esclude la competenza arbitrale) ed i documenti allegati (che ammettono tale possibilità).

Si tratterebbe pertanto di una situazione che, alla luce di un pacifico orientamento della giurisprudenza amministrativa (tra le tante, Cons. St., III sez. giurisd., 3 marzo 2021, n. 1813), andrebbe risolta alla luce del principio secondo cui tra gli atti che formano le regole della gara sussiste un rapporto di gerarchia interna in forza del quale il bando costituisce fonte sovraordinata rispetto altri atti di gara; ne discenderebbe, pertanto, l'illegittimità delle disposizioni del "Regolamento della gestione dei servizi cimiteriali per l'esecuzione dell'appalto di costruzione e gestione del cimitero comunale" (il "**Regolamento**") e dello schema di convenzione disciplinante i rapporti tra il comune di Statte e il concessionario (lo "**Schema di Convenzione**"), con conseguente illegittimità della clausola compromissoria di cui all'art. 23 della Convenzione.

B.2.2. Le repliche della parte ricorrente.

La Inedil, replicando a quanto sostenuto dal Comune di Statte, rileva che il Bando di Gara era solo uno di una serie di atti e documenti che componevano la documentazione della procedura di selezione pubblica, tra cui, in particolare, il Regolamento e lo Schema di Convenzione. Questi ultimi documenti (Regolamento e Schema di Convenzione sulla cui base è stata, poi, formalizzata la Convenzione) contenevano una clausola compromissoria regolante la nomina di un collegio di tre arbitri per la risoluzione di controversie «*in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di concessione, oppure sulla esatta interpretazione delle norme contrattuali (...)*».

Tra l'altro, deduce sempre la Inedil, nell'individuare i riferimenti normativi e regolamentari disciplinanti l'esecuzione del servizio di gestione cimiteriale, il Bando di Gara richiamava espressamente, nelle premesse, il Regolamento, rendendolo così un elemento sicuramente conosciuto e/o conoscibile (insieme alla clausola compromissoria in esso contenuta) da tutti gli operatori economici all'epoca interessati a partecipare alla procedura di selezione pubblica in argomento.

La Inedil afferma, inoltre, che l'esclusione della competenza arbitrale eccipita dal Comune

sarebbe limitata alle sole liti per le quali è disposto il procedimento di definizione bonaria di cui all'art. 31-*bis* della l. 11 febbraio 1994, n. 109, come sarebbe dimostrato dall'esplicito richiamo a quest'ultima disposizione che è contenuto all'art. 23 del Bando di Gara. Il richiamo dell'art. 31-*bis* della l. 11 febbraio 1994, n. 109, posto nella stessa linea dell'art. 23 del Bando di Gara in cui è disposta l'esclusione della competenza arbitrale, starebbe dunque a indicare la volontà della stazione appaltante di individuare diversi strumenti di risoluzione delle controversie a seconda del fatto che la lite possa essere ritenuta legata all'esecuzione dell'appalto (per le quali varrebbe il richiamo all'art. 31-*bis* e la corrispondente esclusione della competenza arbitrale) o che sia, invece, riferibile alle vicende inerenti la gestione del servizio cimiteriale (da ricondurre alla disciplina dettata dal Regolamento e pertanto assoggettata alla clausola compromissoria).

B.2.3. La decisione del Collegio.

L'eccezione relativa all'invalidità della clausola compromissoria, con conseguente richiesta di declaratoria di incompetenza del Collegio, non può essere accolta.

B.2.4. In primo luogo, il Regolamento e lo Schema di Convenzione erano allegati al Bando di Gara e come tali a disposizione di ogni interessato; per di più, il Regolamento era richiamato espressamente nelle premesse del Bando di Gara, che pertanto denotava inequivocabilmente la volontà di farne proprie tutte le disposizioni, ivi inclusa quella relativa alla arbitrabilità delle controversie.

Nella specie, non si sarebbe, quindi, dinanzi a una possibile contraddizione tra Bando di Gara e documenti esterni ad esso; e, tanto meno, tra Bando di Gara e Convenzione ad esso successiva.

Si sarebbe, piuttosto, di fronte a un caso di possibile (ma, come si dirà a seguire, solo apparente) "antinomia interna" al Bando di Gara, ovvero a un potenziale contrasto tra frammenti dello stesso Bando di Gara, inteso nel suo complesso e nella sua unità.

I principi con cui affrontare e risolvere la questione non sarebbero, dunque, quelli della prevalenza del Bando rispetto alla Convenzione, ma quelli sottesi alla interpretazione del Bando di Gara in ossequio ai più corretti canoni ermeneutici.

B.2.5. Sul piano per l'appunto ermeneutico, ritiene il Collegio che la più corretta interpretazione dell'art. 23 del Bando di Gara consenta di escludere senz'altro che ricorra alcun contrasto con la clausola arbitrale di cui all'art. 23 della Convenzione.

A tal fine, è sufficiente, da un lato, rammentare che tale ultima disposizione non fa che riprodurre quanto era già previsto nello Schema di Convenzione e nel Regolamento, allegati al Bando di Gara - e, quanto al primo, anche richiamato nelle sue premesse - e, dall'altro, por mente al modo in cui l'art. 23 del Bando di Gara era ed è testualmente formulato.

B.2.6. Quanto a questo secondo profilo, è oltremodo significativo il fatto che l'esclusione della competenza arbitrale, nel dettato dell'art. 23 del Bando di Gara, fosse e sia strettamente collegata al richiamo dell'art. 31-*bis* della l. 11 febbraio 1994, n. 109, non a caso collocati nell'ambito di un unico "*bullet point*" inerito nel contesto di una previsione dedicata alle "Altre informazioni" (così la rubrica dello stesso art. 23) e tra loro separati da un semplice "punto e virgola" («*Per tutte le controversie si applicheranno le disposizioni dell'art. 31bis della legge 109/94; è esclusa la competenza arbitrale*»). La collocazione sistematica (in un "*bullet*" comune) e strettamente unitaria e consequenziale (unica affermazione, separata da un punto e virgola) appaiono invero segnali sufficientemente univoci del fatto che l'esclusione della competenza arbitrale (di cui alla seconda parte) fosse riferita alle sole controversie di cui all'art. 31-*bis* della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (di cui alla prima parte).

B.2.7. A tal proposito, è sufficiente por mente al fatto che l'art. 31-*bis* della l. 109/94 reca(va) una disciplina riferibile alle sole controversie afferenti alla realizzazione dei lavori e non a tutte le possibili controversie attinenti alla gestione dei rapporti tra ente affidante e soggetto affidatario, come conferma il rapporto da *species* a *genus* corrente tra le liti di cui al

medesimo art. 31-*bis* e quelle (a gittata più generale) contemplate dall'art. 32 della stessa legge come (tutte) compatibili con la possibilità di deferimento ad arbitri. Il che consente di attribuire un senso compiuto alla previsione dell'art. 23 del Bando di Gara, come recante una disposizione preclusiva dell'arbitrato limitatamente, appunto, a quella *species* di controversie afferenti alla esecuzione dei lavori (quelle di cui all'art. 31-*bis* espressamente menzionato nel medesimo "*bullet point*") e non all'intero *genus* delle controversie tra Ente e impresa affidataria anche in punto di gestione del rapporto concessorio.

Inoltre, sempre sul piano degli indici interpretativi di ricostruzione del significato sotteso alla disposizione in esame, è ragionevole ritenere che, ove l'intenzione fosse stata quella di escludere la competenza arbitrale per ogni e qualsiasi controversia, allora la previsione relativa alla non arbitrabilità avrebbe trovato ben diversa collocazione, con attribuzione dello spazio e dell'enfasi che la sua rilevanza avrebbero postulato e, dunque, in un "*bullet point*" autonomo e separato da quello (a questo punto non congruente e non coordinato con una previsione generalizzata di non compromettibilità), se non addirittura in un articolo separato del Bando di Gara (piuttosto che in quello dedicato alla *miscellanea* delle "Altre informazioni").

B.2.8. Ancora, che la lettura più corretta del Bando di Gara sia nel senso che la non arbitrabilità fosse e sia riferita alle sole controversie di cui all'art. 31-*bis* della l. 109/94 trova conferma in un più dettagliato esame del Regolamento per la gestione dei servizi cimiteriali e nello Schema di Convenzione. Deve infatti considerarsi quanto segue:

(i) il Regolamento, che per espressa previsione si riferisce alla gestione dei servizi cimiteriali, all'art. 15 dispone la arbitrabilità delle controversie;

(ii) lo Schema di convenzione, che regola sia i profili relativi alla esecuzione dei lavori sia più in generale quelli attinenti al rapporto concessorio, dedica due distinte norme alla gestione delle controversie: l'art. 16, che si riferisce alle controversie relative ai lavori e, nel prevedere una fase conciliativa, contempla espressamente il ricorso all'autorità giudiziaria, statuendo la

competenza del Foro di Taranto; e l'art. 23, che invece stabilisce per le controversie «tra il Comune e il gestore in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di concessione» la competenza arbitrale;

(iii) inoltre, appare significativo il fatto che tanto il Regolamento quanto lo Schema di Convenzione non si limitano a contemplare genericamente l'arbitrabilità delle controversie concernenti la gestione del rapporto tra concedente e concessionario, ma si spingono fino a disciplinare l'arbitrato in maniera puntuale. Il che, invero, induce ad escludere che quelle previsioni possano essere ascritte a "meri refusi", dovuti a una sorta di dimenticanza o di distrazione nella predisposizione degli allegati al Bando di Gara, essendo piuttosto un inequivocabile segnale di una volontà chiara ed esplicita dell'Ente aggiudicatore di assoggettare alla competenza arbitrale le controversie diverse da quelle di cui all'art. 31-*bis*.

B.2.9. Tutto ciò premesso, la clausola arbitrale contenuta nella Convenzione non appare in alcun modo viziata, nella parte in cui consente l'arbitrabilità di controversie, come quella sottoposta all'attenzione del Collegio, diverse da quelle di cui all'art. 31-*bis* della l. 109/94.

B.2.10. Non condivisibile è poi il richiamo che parte resistente effettua all'art. 209, commi 2 e 3, d.lgs. 50/2016 ("Codice dei Contratti Pubblici"), che sancisce la nullità delle «clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito». Sul punto, risulta dirimente innanzi tutto il fatto che la Convenzione e il bando risalgono al 2005, risultando dunque precedenti rispetto all'introduzione del codice dei Contratti pubblici (e anche alla analoga disposizione introdotta dalla l. 6.11.2012 n. 190 mediante modifica dell'art. 241, comma 1 bis, d.lgs. 12.4.2006, n. 163), e dovendosi escludere l'applicazione retroattiva della nullità prevista dal comma 3 dell'art. 209.

A conferma, si consideri che l'art. 216, d.lgs. 50/2016, che pone la disciplina transitoria del Codice, afferma innanzi tutto (al comma 1) che «lo stesso si applica alle procedure e ai contratti

per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore». Di poi, nell'affrontare specificamente (al comma 22) il profilo della disciplina transitoria dell'art. 209, si limita a chiarire che «le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice». Ne deriva che, in mancanza di diversa ed espressa statuizione, l'unico spazio di applicazione dell'art. 209 a contratti conclusi precedentemente alla entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici concerne la disciplina delle procedure arbitrali, ma non certo la loro previsione.

B.2.11. D'altro canto, va comunque sottolineato che nel caso di specie, come già rilevato, il Bando di Gara aveva in allegato lo Schema di Convenzione, che a sua volta conteneva la clausola compromissoria, disciplinandola anche in modo dettagliato; così come allegato, e richiamato nelle premesse, era anche il Regolamento, che del pari richiamava e disciplinava nel dettaglio l'arbitrabilità delle controversie.

Di tal che non si potrebbe in alcun modo affermare che «*la stazione appaltante [non avesse] indica[to] nel bando [...] se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria*»: modo migliore – e, se si vuole, più chiaro, diretto ed efficace – di indicare che il contratto avrebbe contenuto la clausola compromissoria non poteva essere che quello – seguito nella specie – di allegare al Bando di Gara il testo del contratto (lo Schema di Convenzione) con all'interno la relativa previsione e la corrispondente puntuale regolamentazione.

B.2.12. Tutto ciò premesso, considerato che la controversia in esame non riguarda nessuno dei casi di cui all'art. 31-*bis*, non essendo riferibile né all'esecuzione del contratto, né al collaudo o all'iscrizione di riserve, ma alla diversa ipotesi dell'invocato mancato adempimento da parte del Comune di Statte dell'obbligo di consentire il riequilibrio finanziario del contratto,

la clausola compromissoria di cui alla Convenzione trova piena applicazione, non ponendosi alcun contrasto con l'art. 23 del Bando di Gara.

PQM

il Collegio Arbitrale, non definitivamente pronunciando, nel ribadire che la sede dell'arbitrato va correttamente individuata in Bari, presso la Sezione regionale della Puglia dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213, comma 9, d.lgs. 50/2016, così provvede:

- rigetta l'eccezione di incompetenza degli arbitri sollevata dalla parte resistente;
- dispone la prosecuzione del procedimento come da separata ordinanza emessa in data odierna.

Così deciso nella camera di consiglio svolta sulla piattaforma digitale della Camera Arbitrale dell'ANAC il 19.10.2021.

Imposta di bollo assolta mediante contrassegno telematico recante codice 01201662652783.

Bari, 29 ottobre 2021.

(prof. avv. Nicola Cipriani)

(prof. avv. Domenico Dalfino)

(prof. avv. Vincenzo Donativi)