

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI

PRESSO L'AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Il collegio Arbitrale composto dai Signori:

- Ing. Roberto Gambarota, Presidente;
- Prof. Avv. Marco Frigessi di Rattalma, Arbitro;
- Prof.ssa Avv. Stefania Vasta, Arbitro;

ha pronunciato il seguente

LODO NON DEFINITIVO

nel procedimento iscritto al n. R.G.A. 08/22 tra

- Società Larioesco s.r.l. (part. iva: 03534490135), in persona del legale rappresentante pro tempore nonché amministratore delegato, signor Lorenzo Mantegazza, con gli avv.ti Maurizio

Lo Gullo e Alessandra Fabiano

e

- Comune di Lomagna (C.F. e/o part. iva: 00504810136), in persona della Sindaca p.t., signora Cristina Maria Citterio, con gli avv.ti Andrea Di Lascio e Saul Monzani.

* * *

Il presente procedimento è stato avviato in forza della clausola compromissoria contenuta nell'art. 47 del contratto rep. n. 1844, del 16.09.2015, avente ad oggetto "Contratto d'appalto per la progettazione, costruzione e gestione in regime di concessione di un impianto termico a biomassa legnosa vergine ad alimentazione delle utenze insistenti nell'area comunale di via Kennedy con annessa rete di teleriscaldamento chiusa. Variante ai lavori di costruzione di edificio ad emissione zero destinato a centro di aggregazione giovanile. CIG 623749495FB1 – CUP D35I11000390006" stipulato tra il Comune di Lomagna e la Società Larioesco S.r.l.

Tale clausola stabilisce che:

"Espletato il procedimento di composizione bonaria previsto dall'art 240 DLgs n. 163/2006 e

ss. mod., senza esito positivo, ogni controversia insorta nel corso della progettazione, della costruzione e/o della gestione dell'impianto saranno deferite ad un collegio arbitrale costituito ai sensi degli artt. 241 e 242 del D. lgs 163/06 e ss.mm. ii.

Gli Arbitri decideranno secondo diritto, nel rispetto del principio del contraddittorio. La sede del Collegio arbitrale è stabilita in Como".

Senonché, la validità di tale clausola è stata contestata dal Comune di Lomagna, che ha in tal guisa posto una questione pregiudiziale che questo Collegio ha risolto con il presente lodo non definitivo.

* * *

SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO

Con pec dell'11 maggio 2022 Larioesco s.r.l. notificava *"Domanda di arbitrato con contestuali atti di nomina di arbitro e istanza di nomina del presidente del collegio arbitrale"* al Comune di Lomagna, nominando quale membro del Collegio della parte istante il Prof. Avv. Marco Frigessi di Rattalma e rassegnando le seguenti conclusioni:

"- accertare e dichiarare la sussistenza del diritto in capo a Larioesco di ottenere la revisione del pef e/o la modifica del contratto per ricostituire l'equilibrio economico finanziario venuto meno per cause non imputabili alla Concessionaria, nel rispetto del rischio operativo;

- accertare e dichiarare che il recesso comunicato con pec in data 9.4.2021 è legittimo e coerente con le previsioni di contratto e di legge, per le ragioni di cui alla presente domanda, per sussistere tutti i necessari presupposti;

- accertare e dichiarare, in ogni caso, che l'atto di recesso comunicato dalla parte istante con pec in data 9.4.2021 ha consolidato i propri effetti sin da tale data e come tale è valido ed efficace;

- accertare e dichiarare che Larioesco S.r.l. ha erogato le prestazioni di cui al contratto

	Rep. n. 1844 del 16.9.2015 e relativi allegati, ivi compreso l'addendum n. 1853 del 21.7.2017	
	e ogni atto connesso, presupposto o consequenziale, nel periodo compreso dal 9.04.2021 al	
	9.10.2021, in osservanza di quanto disposto dall'art. 45 del contratto stesso;	
	- accertare e dichiarare che, a fronte del recesso comunicato in data 9.4.2021, il	
	Comune convenuto non ha versato alcuna indennità a Larioesco;	
	- accettare e dichiarare che Larioesco S.r.l. ha erogato le prestazioni, anche nel periodo	
	compreso dal 9.10.2021 alla data odierna;	
	- accertare e dichiarare che le prestazioni rese dal 9.10.2021 alla data odierna non sono	
	prestazioni riconducibili al contratto e, quindi, sono da intendersi come eseguite in assenza di	
	titolo contrattuale;	
	- accertare e dichiarare che Larioesco non ha percepito le somme per riequilibrio eco-	
	nomico finanziario delle proprie prestazioni negli anni contrattuali:	
	<input type="checkbox"/> primo: dal 1° maggio 2016 al 30 aprile 2017;	
	<input type="checkbox"/> secondo: dal 1° maggio 2017 al 30 aprile 2018;	
	<input type="checkbox"/> terzo: dal 1° maggio 2018 al 30 aprile 2019;	
	<input type="checkbox"/> quarto: dal 1° maggio 2019 al 30 aprile 2020;	
	<input type="checkbox"/> quinto: dal 1° maggio 2020 al 30 aprile 2021;	
	<input type="checkbox"/> dal 1° maggio 2021 al 8 ottobre 2021 incluso;	
	per la somma totale di euro	
	147.952,91=(centoquarantasettemilanovecentocinquantadue/91), oltre iva, se applicabile;	
	- accertare e dichiarare l'inadempimento contrattuale del Comune di Lomagna,	
	relativamente la corresponsione a Larioesco dell'indennizzo per come previsto e disciplinato	
	dagli artt. 44 e 45 del contratto Rep. n. 1844 del 16.9.2015 e relativi allegati, ivi compreso	
	l'addendum n. 1853 del 21.7.2017 e ogni atto connesso, presupposto o consequenziale, per	
	la somma di euro 219.900,18=(duecentodiciannovemilanovecento/18),	
		Pagina 3 di 20

o per la diversa maggiore o minore somma che codesto Collegio riterrà di giustizia; e per

l'effetto condannare il Comune di Lomagna convenuto, in persona del Sindaco p.t, al

pagamento della corrispondente somma in favore di Larioesco a titolo di indennizzo;

- accertare e dichiarare che il Comune di Lomagna ha accettato e si è avvalso e ha

beneficiario delle ulteriori prestazioni eseguite da Larioesco S.r.l. extra contratto, dal

9.10.2021 sino al 28.02.2022 e, per l'effetto, condannare lo stesso, in persona del Sindaco p.t,

a corrispondere a Larioesco S.r.l., a titolo di arricchimento senza causa per il periodo dal

9.10.2021 al 28.02.2022 la somma corrispondente ai costi effettivamente sostenuti da

Larioesco per la fornitura dello stesso servizio calore al Comune di Lomagna aumentato del

53,24%, dedotto quanto già versato dal Comune di Lomagna a mero titolo di acconto, come

indicato al punto 34 della parte in fatto e al punto 5 della parte motiva, solo per il detto

periodo calcolata in euro $31.124,87=(\text{trentunomilacentotrentaquattro}/87)$ o la diversa somma

maggiore o minore che codesto Collegio riterrà di giustizia;

- accertare e dichiarare che il Comune di Lomagna ha accettato e si è avvalso e ha

beneficiario delle ulteriori prestazioni eseguite da Larioesco S.r.l. extra contratto, dal

01.03.2022 alla data odierna nonché sino alla data in cui codesto Collegio accerterà e

dichiarerà l'efficacia e la validità del recesso e, per l'effetto, condannare il Comune di

Lomagna, in persona del Sindaco p.t, a corrispondere a Larioesco S.r.l., a titolo di

arricchimento senza causa per il periodo successivo alla data del 01.03.2022 la somma che ci

si riserva di calcolare per periodi di fatturazione nel corso del presente arbitrato,

corrispondente ai costi effettivamente sostenuti da Larioesco per la fornitura dello stesso

servizio calore al Comune di Lomagna aumentato del 53,24%, dedotto quanto già versato dal

Comune di Lomagna a mero titolo di acconto, come indicato al punto 34 della parte in fatto

e al punto 5 della parte motiva, o la diversa somma maggiore o minore che codesto Collegio

riterrà di giustizia;

	- accertare e dichiarare, in ogni caso, che Larioesco S.r.l, in forza del recesso dal contratto comunicato, non è più soggetta al vincolo contrattuale di cui al contratto Rep. n. 1844 del 16.9.2015 e relativi allegati, ivi compreso l'addendum n. 1853 del 21.7.2017 e ogni atto connesso, presupposto o consequenziale e conseguentemente che la stessa società non è tenuta a proseguire nell'esecuzione dello stesso;	
	- in subordine, accertare e dichiarare che il PEF è affetto da errori essenziali e riconoscibili e, per l'effetto pronunciare l'annullamento del PEF e dei contratti ad esso collegati, quali il contratto Rep. n. 1844 del 16.9.2015 e relativi allegati, ivi compreso l'addendum n. 1853 del 21.7.2017 e ogni atto connesso, presupposto o consequenziale, con ogni conseguente statuizione di legge.	
	- condannare, in ogni caso, il convenuto Comune di Lomagna, in persona del Sindaco p.t, alla refusione delle spese di lite, IVA, C.P.A. al 4% e spese generali al 15% e alla refusione delle spese di Arbitrato e per il compenso degli Arbitri del costituendo Collegio arbitrale.	
	In via istruttoria: con riserva di articolare i mezzi istruttori nei modi e nei termini assegnandi e quindi di ulteriormente produrre dedurre e capitolare, si offrono in comunicazione i documenti da 1 a 27 di cui alla narrativa, come da separato foliaro.”	
	Con atto di resistenza e nomina di arbitro di parte in data 31 maggio 2022 il Comune di Lomagna rassegnava le seguenti conclusioni:	
	“Voglia l'Ecc.mo Collegio adito:	
	- accertare e dichiarare, per le motivazioni che saranno meglio esposte e precisate in atti successivamente alla costituzione del Collegio giudicante ed alla visione dei documenti prodotti da parte attrice, la infondatezza di ogni domanda di parte attrice;	
	- per gli effetti, respingere ogni domanda di parte attrice;	
	- per gli ulteriori effetti, dichiarare la validità ed efficacia del contratto e accertare e	
		Pagina 5 di 20

	dichiarare tenuta all'obbligazione contrattuale sino a sua completa esecuzione, anche sotto il	
	profilo temporale, la società concessionaria attrice;	
	- con refusione integrale delle spese di lite.”	
	Inoltre l'atto del Comune di Lomagna, <i>ad finem</i> , ossia posposto alle conclusioni, conteneva:	
	“ATTO DI NOMINA DELL'ARBITRO DI PARTE	
	- con ogni e più ampia riserva di eccepire, produrre, dedurre e domandare anche in via	
	istruttoria, e con espresso, integrale richiamo dei contenuti della deliberazione della Giunta	
	Comunale allegata sub doc. 2, da intendersi qui	
	integralmente trascritta e fatta propria dai sottoscritti difensori, in merito al difetto di	
	giurisdizione del collegio arbitrale, da intendersi per d'ora eccepito, per il motivo indicato e	
	con riserva di argomentare ulteriormente nelle opportune sedi,	
	- il Comune di Lomagna, come sopra rappresentato e difeso, ferma restando	
	l'eccezione di cui sopra ed in ogni caso senza che da ciò possa dedursi acquiescenza,	
	riconoscimento o accettazione del contraddittorio o rinuncia alcuna, così come esprimendo fin	
	d'ora la integrale contestazione delle deduzioni e delle richieste di merito contenute nella	
	domanda di arbitrato,	
	NOMINA	
	proprio arbitro la prof.ssa avv. Stefania Vasta del Foro di Brescia, professoressa associata di	
	Diritto amministrativo nell'Università degli studi di Parma, con studio professionale in	
	Brescia, Piazza della Loggia n. 5.”.	
	La Camera Arbitrale nominava quale Presidente del Collegio arbitrale l'Ingegnere Roberto	
	Gambarota.	
	In data 10.10.2022 il Collegio si riuniva in videoconferenza, procedendo alla formale	
	accettazione dell'incarico come da sottoscrizione del verbale di udienza in data 12.10.2022 –	
	giorno di formale costituzione del Collegio arbitrale - e stabiliva la sede dell'arbitrato in	
		Pagina 6 di 20

Como.

Ai fini dell'avvio delle attività, il Collegio rilevava la necessità di acquisire dalle Parti i documenti citati nella documentazione fornita dalla Segreteria della Camera Arbitrale, ma non materialmente allegati.

In particolare, si faceva riferimento ai documenti dal n. 7 al n. 27 citati nella Domanda di Arbitrato, ed ai documenti dal n. 1 al n. 7 citati nell'Atto di Resistenza.

Infine il Collegio, ritenendo opportuna la tenuta di un primo incontro con i Legali delle Parti, da svolgersi in videoriunione nella *virtual room* messa a disposizione della Camera Arbitrale, la convocava per il 24.10.2022 alle ore 14,30.

In data 24.10.2022 si teneva l'udienza in videoconferenza. In tale sede, ascoltate le parti, il Collegio si riservava di decidere preliminarmente sull'eccezione pregiudiziale sollevata dal Comune di Lomagna circa la ritenuta nullità e/o inefficacia della clausola compromissoria.

A tal fine il Collegio riunitosi in data 08.11.2022, come da deliberazione a verbale n. 3 del 08.11.2022, rilevata la particolare complessità della questione pregiudiziale, concedeva alle parti termini per il deposito di specifica memoria sul tema della nullità e/o inefficacia della clausola arbitrale, riservandosi per la decisione della questione stessa.

DIRITTO

1. Sulla contestata tardività dell'eccezione di invalidità della clausola arbitrale.

Larioesco nella propria memoria del 2 12 2022 rileva che "Il Comune di Lomagna nel corpo del suo atto di resistenza svolge eccezione pregiudiziale in rito, eccependo la nullità e/o l'inefficacia della clausola arbitrale, senza che tale eccezione sia stata tradotta in specifica domanda."

Il Collegio rileva che le conclusioni del Comune sono così formulate:

"Piaccia all'ecc.mo Collegio adito: accertare e dichiarare, per le motivazioni che saranno meglio esposte e precisate in atti successivamente alla costituzione del Collegio giudicante ed

alla visione dei documenti prodotti da parte attrice, la infondatezza di ogni domanda di parte attrice; per gli effetti, respingere ogni domanda di parte attrice; per gli ulteriori effetti, dichiarare la validità e l'efficacia del contratto e accertare e dichiarare tenuta all'obbligazione contrattuale sino a sua completa esecuzione, anche sotto il profilo temporale, la società concessionaria attrice; con refusione integrale delle spese di lite".

Larioesco contesta quindi che nelle conclusioni rassegnate difetti ogni domanda rivolta all'accertamento e/o alla dichiarazione di nullità e/o inefficacia della clausola compromissoria.

Inoltre, parte attrice rileva altresì come "Il Comune manifesta la volontà che questo Collegio si pronunci sul merito anche per "dichiarare la validità e l'efficacia del contratto" e, quindi, per vedere dichiarata la società attrice "tenuta all'obbligazione contrattuale sino a completa esecuzione, anche sotto il profilo temporale". Le conclusioni rassegnate dimostrano, a tutti gli effetti, la volontà del Comune di ottenere una pronuncia sul merito. Ciò è tanto vero che nelle conclusioni neppure viene apposta la formula "salve le eccezioni formulate", ovvero "senza con ciò rinunciare alle eccezioni formulate".

Il Collegio osserva come sia esatto il rilievo della Larioesco quando eccepisce che nell'atto di resistenza il Comune di Lomagna aveva sollevato l'eccezione della validità della clausola compromissoria nella narrativa, ma aveva ommesso ogni riferimento alla stessa in sede di formulazione delle conclusioni.

È noto a questo Collegio l'orientamento della Corte di Cassazione in virtù del quale "la mancata riproposizione della domanda (o eccezione) nella precisazione delle conclusioni comporta l'abbandono della stessa, assumendo rilievo solo la volontà espressa della parte, in ossequio al principio dispositivo che informa il processo civile, con conseguente irrilevanza della volontà rimasta inespressa" (Corte di Cassazione, sentenza n. 16840 del 05.07.2013; anche: sentenza n. 2093 del 14.12.2012).

	<p>Alla stregua dello stesso si dovrebbe ritenere che il Comune di Lomagna sia dunque decaduto</p>	
	<p>dalla possibilità di far valere la eccezione di invalidità della clausola compromissoria.</p>	
	<p>Tuttavia il Collegio osserva come, per i seguenti assorbenti motivi, la contestazione svolta da</p>	
	<p>Larioseco di tardività della eccezione sollevata dal Comune sia infondata.</p>	
	<p>Viene in rilievo l'art. 817 cod. proc. civ. "<i>Eccezione d'incompetenza</i>" che così dispone:</p>	
	<p>"1. Se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare</p>	
	<p>costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla</p>	
	<p>propria competenza.</p>	
	<p>2. Questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi</p>	
	<p>sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. La parte che non</p>	
	<p>eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi</p>	
	<p>per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo</p>	
	<p>motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile.</p>	
	<p>3. La parte, che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti</p>	
	<p>esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il</p>	
	<p>lodo."</p>	
	<p>Dal secondo comma della disposizione codicistica si arguisce che l'eccezione di invalidità</p>	
	<p>della clausola compromissoria, per essere tempestiva, deve essere proposta "<i>nella prima</i></p>	
	<p><i>difesa successiva all'accettazione degli arbitri</i>".</p>	
	<p>Nella fattispecie, la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri è rappresentata dalla</p>	
	<p>prima udienza tenutasi in data 24.10.2022.</p>	
	<p>Nel corso di tale udienza arbitrale il legale del Comune di Lomagna ha sollevato l'eccezione</p>	
	<p>di invalidità della clausola compromissoria.</p>	
	<p>Si riporta di seguito il testo del verbale n. 2:</p>	
	<p>"In data 24.10.2022 il Collegio in epigrafe si è riunito in videoconferenza, di cui il presente</p>	
		<p>Pagina 9 di 20</p>

	costituisce resoconto, mediante la virtual room messa a disposizione dalla Camera Arbitrale	
	presso ANAC, alla presenza dei Legali delle Parti, in particolare degli Avv. Alessandra	
	Fabiano e Maurizio Lo Gullo per Larioesco srl e dell'Avv. Raffaella Micalizzi per il Comune	
	di Lomagna.	
	Su richiesta del Collegio le Parti hanno illustrato le proprie posizioni, riepilogando	
	sinteticamente quanto rappresentato nell'ambito della Domanda di Arbitrato e nell'Atto di	
	Resistenza.	
	I Legali di Larioesco srl hanno inoltre manifestato la disponibilità della Parte al	
	raggiungimento di un accordo di tipo transattivo.	
	Il Legale del Comune ha confermato in linea generale la disponibilità del Comune al	
	raggiungimento di un accordo, ma ha anche confermato quanto riportato nell'Atto di	
	Resistenza nei riguardi della propria valutazione di nullità della clausola compromissoria che	
	ha portato alla nomina del Collegio Arbitrale, per i motivi riportati nell'Atto.	
	Il Collegio si è riservato di approfondire tale aspetto in via prioritaria, procedendo con l'esame	
	di merito dopo l'eventuale superamento della pregiudiziale posta dal Comune.	
	Il presente resoconto, sottoscritto dai componenti del Collegio, verrà trasmesso alle Parti, ai	
	consueti indirizzi pec”.	
	Pertanto, come si evince dalla parte sottolineata, l’eccezione di invalidità della clausola	
	compromissoria svolta dal Comune di Lomagna deve ritenersi tempestiva e può essere	
	esaminata.	
	2. Sulle disposizioni contenute nel Contratto di appalto e nel Capitolato speciale	
	prestazionale in materia di soluzione delle controversie.	
	Il Comune di Lomagna rileva nel proprio atto di resistenza un contrasto in materia di clausole	
	sulla soluzione delle controversie contenute, da un lato, nel contratto di appalto, e dall’altro,	
	nel capitolato speciale prestazionale.	
		Pagina 10 di 20

Il Contratto di appalto contiene all'art. 47 la clausola compromissoria sopra riportata. Il capitolato speciale dispone all'art. 35 *"Foro competente. In caso di controversie che determinino il ricorso all'autorità giudiziaria, sarà competente esclusivo ed inderogabile il Foro del Concessionario"*.

Il Comune di Lomagna nel proprio atto di resistenza osserva quanto segue: "Sul punto, in giurisprudenza si è ritenuta nulla la clausola arbitrale inserita in un contesto contraddittorio o logicamente insostenibile in cui le parti esprimano due volontà incompatibili tra loro le quali, in quanto tali, elidono la volontà stessa delle parti, con conseguente nullità delle relative clausole incompatibili tra loro" (Trib. Bologna, 17 aprile 2008).

Secondo un altro – e più recente – orientamento giurisprudenziale, "Il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri non comporta una deroga alla giurisdizione del giudice naturale così come prevista dalla Costituzione (art. 24 e 25 Cost.) atteso che la giustizia arbitrale e la giustizia pubblica rappresentano, all'interno dell'ordinamento, due forme di giurisdizione pienamente equipollenti e sostituibili. Ne consegue che, in caso di compresenza all'interno del medesimo contratto di una clausola compromissoria e di una clausola di elezione del foro, la volontà delle parti circa la modalità di risoluzione delle future controversie dovrà essere ricercata facendo applicazione dei tradizionali criteri d'interpretazione del contratto (artt. 1362 c.c. e ss.), senza che in tale operazione ermeneutica sia riservato alcun favor, in caso di dubbio, alla giurisdizione statale, avendo anzi la novella del 2006 ottobre 2016, n. 20880; in senso conforme, Trib. Pisa, 31 marzo 2020, n. 387). Tale orientamento può agevolmente essere utilizzato, in senso uguale e contrario, anche al caso di specie.

Come spiegato supra, infatti, nell'ambito del contenzioso in materia di contratti pubblici vige – attenendosi al latinismo utilizzato dalla Cassazione – un netto disfavor arbitrati, ossia una palese volontà del legislatore di ridurre quanto più possibile il ricorso all'arbitrato, strumento

che, come già evidenziato, può essere utilizzato solo in presenza di una ben precisa e motivata

scelta dell'Amministrazione (effettuata a monte dell'affidamento).

Quindi, per concludere sul punto, nel caso di specie non solo manca del tutto la

(indispensabile) specifica motivazione a sostegno della clausola compromissoria, ma,

quand'anche si volesse indagare la volontà delle parti interpretando il testo contrattuale sulla

base degli insegnamenti della Cassazione, ebbene si dovrebbe comunque ritenere tale clausola

tamquam non esset.”.

Larioesco ha ribattuto che “non è affatto vero, come vorrebbe sostenere il Comune di

Lomagna, che il nostro sistema dei contratti pubblici sia ispirato da un disfavore verso

l'arbitrato.

Al contrario il D.Lgs. n 50 del 2016 porta ed esprime la chiara volontà del legislatore di

preservare la validità delle clausole arbitrali sottoscritte fra il 2012 e l'entrata in vigore dello

stesso D.Lgs. n. 50 del 2016.

Il legislatore del 2016 ha voluto sanare anche tutti i contratti stipulato nella vigenza della

legge n. 190 del 2012 che modificava l'art 241 del D.Lgs. n. 163 del 2006.

E' chiaro il favor per l'arbitrato, tanto che si sono volute neutralizzare anche cause di

invalidità rispetto a contratti sottoscritto dopo il 2012.

Il divieto di ricorrere all'arbitrato era stato previsto solo dalla legge quadro sui lavori pubblici

n. 109 del 1994.

Tale divieto è stato prontamente espunto con D.L. n. 101 del 1995.

Un nuovo tentativo di reintrodurre il divieto si è avuto con l'art 3, commi 3-21, della Legge

finanziaria del 2008 ma tale divieto è stato nuovamente espunto (prima ancora che potesse

entrare in vigore) dal D.Lgs. n.53 del 2010.

Il D.Lgs. n. 163 del 2006 ha previsto e confermato, senza condizioni, la possibilità di deferire

le controversie ad arbitri. Anche il vigente codice degli appalti prevede tale possibilità.

L'esigenza di assumere un atto motivato di autorizzazione da parte dell'organo di governo, introdotto nel 2012, nel sistema di cui al D.Lgs. n. 163 del 2006, poi abrogato, si giustificava solo come finalizzato ad ottenere un maggior controllo della spesa pubblica, senza esprimere alcun disfavore verso l'istituto.

Per tale ragione, il D.Lgs. n. 50 del 2016, ha espunto tale requisito, per i contratti stipulati prima della sua entrata in vigore, di fatto esprimendo la volontà di preservare la validità delle clausole arbitrali anche per i contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge n. 190 del 2012.

Gli argomenti difensivi del Comune di Lomagna sono infondati”.

Avendo così esposto gli argomenti delle parti, il Collegio rileva come a proprio giudizio, a fronte della non perfetta corrispondenza del dato testuale, la volontà delle parti può essere ciononostante ricostruita attraverso una lettura complessiva e sistematica, in base alle regole di ermeneutica di cui agli art. 1362 ss. c.c..

Il Collegio rileva come, contrariamente a quanto opinato dal Comune di Lomagna, non vi sia contrasto tra l'art. 47 del Contratto di appalto e l'art. 35 del capitolato speciale, o meglio, come esso sia solo apparente.

Ed invero mentre l'art. 47 dispone l'arbitrato per *“ogni controversia insorta nel corso della progettazione, della costruzione e/o della gestione dell'impianto”*, l'art. 35 prevede la competenza esclusiva ed inderogabile del Foro del Concessionario *“in caso di controversie che determinino il ricorso all'autorità giudiziaria”*, ossia in caso di controversie che, non potendo essere decise dagli arbitri, determinino il ricorso al giudice statale.

Si tratta, per esempio, dell'ipotesi in cui le parti controvertano sulla richiesta di provvedimenti cautelari, dove vige il noto divieto a che l'arbitro conceda misure cautelari ai sensi dell'art. 818 c.p.c.; ancora si pensi a procedimenti inerenti alla ricusazione degli arbitri che l'art. 815 cod proc civ rimette alla competenza del Presidente del Tribunale nel cui circondario è la sede

	dell'arbitrato; lo stesso si dica con riguardo alla nomina degli arbitri in virtù dell'art. 810 cod	
	proc civ che compete al medesimo Presidente del Tribunale.	
	Non sussiste, quindi, contrasto ma complementarietà tra le disposizioni in oggetto.	
	Orbene, poiché la causa nel merito concerne materia attinente alla <i>“progettazione, della</i>	
	<i>costruzione e/o della gestione dell'impianto”</i> , come previsto dall'art. 47 del Contratto e non	
	tocca profili riservati dalla legge all'autorità giudiziaria, non è dubbia l'esclusiva rilevanza	
	della clausola compromissoria.	
	3. Sulla sopravvenuta acquisizione di efficacia della clausola compromissoria.	
	Il Collegio ha così appurato la tempestività dell'eccezione sollevata dal Comune di Lomagna	
	e chiarito quale sia la volontà delle parti in punto di soluzione delle controversie, di talché può	
	essere esaminato il profilo inerente al regime della clausola compromissoria in questione.	
	A tal proposito, va considerato che:	
	a) l'appalto in questione è regolato da capitolato speciale prestazionale in data 2015;	
	b) il relativo contratto di appalto era stato stipulato in data 16. 9. 2015;	
	c) la presente controversia è stata promossa con domanda di arbitrato e contestuale	
	nomina di arbitro notificata dalla società istante al Comune di Lomagna in data 11.5.2022.	
	Ne consegue che:	
	- la pattuizione della clausola compromissoria di cui all'art. 47 del Contratto di appalto	
	è avvenuta nel periodo di vigenza del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel testo risultante dalle	
	modifiche apportate dall'art. 1, 19° comma, l. 6 novembre 2012, n. 190, precisamente	
	individuato tra il 28.11.2012 e il 18.4.2016;	
	- la procedura arbitrale è stata attivata in data successiva e precisamente dopo l'entrata	
	in vigore del d.lgs. 50/2016 (19 aprile 2016).	
	Allo scopo di valutare la validità della clausola compromissoria e per decidere la questione	
	sorta a seguito dell'eccezione sollevata dal Comune di Lomagna occorre appurare quale sia la	
		Pagina 14 di 20

disciplina applicabile *ratione temporis*.

Sul punto il Collegio intende conformarsi a quanto deciso in fattispecie entrambe sovrapponibili a quella per cui è causa nel lodo arbitrale non definitivo pronunciato nel

procedimento iscritto al n. R.G.A. 02/21 tra Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l e

Comune di Formia e nel lodo arbitrale non definitivo pronunciato nel procedimento iscritto al

n. R.G.A. 7/2019 tra Servizi Dragona S.r.l. e altri e FARMACAP, Azienda Speciale

Farmasociosanitaria Capitolina.

Venendo dunque all'individuazione della disciplina applicabile *ratione temporis* si osserva quanto segue.

In particolare, per effetto dell'intervento di cui alla citata l. 190/2012, l'art. 241 d.lgs.

163/2006 aveva previsto che:

«1. 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 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.

1-bis. 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. L'aggiudicatario può ruscare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. E' vietato in ogni caso il compromesso».

Tali disposizioni condizionavano la validità della clausola compromissoria al perfezionamento dell'iter deliberativo della stazione appaltante, facendo di questo un requisito *ad validitatem*

della clausola compromissoria.

Successivamente, l'art. 209 d.lgs. 50/2016 ha sancito che:

«1. 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 raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri. L'arbitrato, ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 6 novembre 2012, n. 190, si applica anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.

2. 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. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. È vietato in ogni caso il compromesso.

3. 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. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice».

Pertanto, permane anche nel nuovo contesto normativo la regola che la validità della clausola compromissoria dipende dall'inserimento nel bando di gara e dalla previa autorizzazione.

Più in dettaglio, l'applicabilità dell'art. 209 cit. riguarda soltanto le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi sono pubblicati dopo la data (19 aprile 2016) di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528).

Senonché, posto che la controversia concerne una clausola arbitrale contenuta in atti anteriori

a tale data, occorre fare riferimento alla disciplina transitoria contenuta nell'art. 216, 22°

comma, d.lgs. 50/2016 (come modificato dall'art. 128, 21° comma 1, lett. f), d.lgs. 19 aprile

2017, n. 56), secondo la quale:

«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».

Secondo quanto ritenuto dai due lodi non definitivi sopra menzionati, dal cui orientamento il

Collegio non intende discostarsi condividendone l'impostazione ed il ragionamento che la

sorregge, la disposizione appena richiamata va circoscritta alle sole norme strettamente

procedurali contenute nell'art. 209 («le procedure di arbitrato»), quali la composizione del

Collegio (4° comma), la nomina degli arbitri (5° comma), l'incompatibilità (6° comma) e così

via, non anche alle norme che disciplinano la volontà delle parti (sia pure con riferimento

all'individuazione della sede nella quale attuare la tutela dei diritti soggettivi asseritamente

lesi) e che hanno natura ad un tempo negoziale e procedimentale, quale, in specie, quella

relativa all'inserimento della clausola arbitrale. Con la conseguenza che soltanto le prime

trovano immediata applicazione anche ai contratti i cui bandi erano stati pubblicati prima

dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (cfr. il lodo non definitivo n. 4/2019

emesso nel procedimento arbitrale R.G.A. n. 4/2018 A.N.A.C.).

Il Collegio condivide appieno poi quanto enunziato in particolare nel lodo non definitivo

pronunciato nel procedimento iscritto al n. R.G.A. 02/21 tra Gino Di Cesare Costruzioni e

Manutenzioni s.r.l e Comune di Formia, ossia che la disciplina transitoria ha carattere

eccezionale e deve, quindi, secondo i principi, essere fatta oggetto di stretta interpretazione,

esulando dal suo campo di applicazione le disposizioni di cui all'art. 209 che non concernono

le “procedure” di arbitrato.

La clausola compromissoria di cui all’art. 47 del Contratto di appalto, dunque, non può ritenersi assoggettata al regime di cui all’art. 209 d.lgs. 50/2016, in particolare a quello del 3° comma, bensì, in ipotesi, a quello anteriore di cui all’art. 241 d.lgs. 163/2006.

Tuttavia, l’art. 217, 1° comma, lett. ii), d.lgs. 50/2016 ha espressamente abrogato i commi da 19 a 25 dell’art. 1 della l. 190/2012, determinando il venir meno proprio di quelle disposizioni che, intervenendo sul testo dell’art. 241, avevano imposto la necessità dell’autorizzazione.

Pertanto, deve ritenersi che *«a seguito della suddetta abrogazione, la mancanza della previa autorizzazione motivata da parte dell’organo di governo dell’amministrazione non inficia più l’efficacia e la validità della clausola compromissoria, che ritorna ad essere nuovamente efficace e, in quanto tale, pienamente vincolante per le parti»* (Trib. Roma, sez. XVII, sentenza 28 febbraio 2018, in www.diritto.it).

Si noti che come rilevato dai due lodi non definitivi sopra richiamati, tale conclusione prescinde dalla retroattività della norma sopravvenuta; al contrario, riposa sull’immediata operatività dell’abrogazione in senso validante. Del resto, nella presente fattispecie non si tratta di invocare una norma ormai abrogata al fine di sottrarsi all’esecuzione di un negozio giuridico per il quale precedentemente si era prestato il proprio consenso, bensì di restituire efficacia al negozio stesso.

In definitiva, il regime di validità della clausola compromissoria contenuta nell’art. 47 del Contratto di appalto non può considerarsi regolato né dalle disposizioni dell’art. 209 d.lgs. 50/2016, né da quelle dell’art. 241 d.lgs. 163/2006, come modificato dall’art. 1 l. 190/2012.

Infatti:

- per un verso, «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» si applicano soltanto

«Le procedure di arbitrato» (v. art. 216, 22° comma, d.lgs. 50/2016), che non comprendono la

clausola arbitrale;

- per un altro verso, l'abrogazione dell'art. 241 comporta la sopravvenuta efficacia

della clausola, per effetto dell'abolizione, *ratione temporis*, della duplice condizione

(inserimento nel bando di gara e previa autorizzazione) di validità della stessa previste nel

regime di cui all'art. 1 l. 190/2012.

PQM

il Collegio Arbitrale, non definitivamente pronunciando, così provvede all'unanimità:

- rigetta l'eccezione di tardività formulata da Larioesco s.r.l. in riferimento

all'eccezione di invalidità della clausola compromissoria proposta dal Comune di Lomagna

per tutte le ragioni precisate in motivazione;

- rigetta l'eccezione di invalidità della clausola compromissoria formulata dal Comune

di Lomagna per tutte le ragioni precisate in motivazione;

- dichiara la propria competenza a decidere della controversia;

- dispone la prosecuzione del procedimento come da separata ordinanza emessa in data

odierna;

- rinvia al lodo definitivo la decisione di ogni diversa questione o domanda, ivi

compresa quella relativa alle spese del presente procedimento.

Il presente lodo è deliberato all'unanimità degli Arbitri e sottoscritto da ciascuno di essi nel

luogo e nel giorno indicato accanto a ciascuna sottoscrizione.

L'imposta di bollo viene assolta mediante versamento ad intermediario convenzionato con

l'Agenzia delle Entrate e conseguente rilascio di contrassegni in numero corrispondente ad

una marca ogni quattro facciate per un totale massimo di cento righe, moltiplicato per il

numero degli originali disposto dall'art. 209, comma 13, d.lgs. 50/2016. Si indicano di seguito

i codici numerici composti di quattordici cifre rilevabili dai contrassegni telematici rilasciati

dall'intermediario; il presente lodo, in formato nativo digitale, è trasmesso all'indirizzo di pec:

protocollo@pec.anticorruzione.it.

01211156625356 01211156625367 01211156625379 01211156625380

01211156625391 01211156625403 01211156625414 01211156625425

01211156625436 01211156625447 01211156625458 01211156625460

01211156625471 01211156625482 01211156625493

Ing. Roberto Gambarota, Presidente, in Bologna

Prof. Avv. Marco Frigessi di Rattalma, Arbitro, in Brescia

Prof.ssa Avv. Stefania Vasta, Arbitro, in Brescia.