

REPUBBLICA ITALIANA

AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI

Lodo non definitivo

pronunciato dal Collegio arbitrale composto dai Sigg.ri

Prof. Avv. Antonio Saitta (Arbitro con funzioni di presidente)

Avv. Augusta Ciminelli (Arbitro)

Avv. Alberto Costantini (Arbitro)

tra

Servizi Dragona S.r.l. (di seguito, “**Servizi Dragona**”), con sede in Roma,

Via Eleonora Duse n. 53, iscritta presso il Registro delle Imprese di Roma

con il numero di codice fiscale 05863061007, in persona del Signor Giuseppe

Giordano, nato a Roma il 7 settembre 1961, nella qualità di Amministratore

Unico e, come tale, legale rappresentante *pro tempore*;

Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S. (di seguito,

“**Latte e Biscotti**”) con sede in Roma, Via Oricola n. 57, codice fiscale e

partita IVA 09597351007, in persona della Signora Emanuela Ludovisi, nata

a Marino il 2 dicembre 1979, nella qualità di Presidente del Consiglio di

Amministrazione e, come tale, legale rappresentante *pro tempore*;

Ludus Cooperativa (di seguito, “**Ludus**”) con sede in Roma, Via Decio

Azzolino n. 33, codice fiscale e partita IVA 07164551009, in persona del

Signor Gaetano Debilio, nato a Roma il 10 agosto 1961, nella qualità di

Presidente del Consiglio di Amministrazione e, come tale, legale

rappresentante *pro tempore*;

tutte rappresentate e difese dall’Avv. Rocco Vincenzo Virgallita, codice

	fiscale	VRGRCV72R30C619Z,	PEC
	roccovincenzovirgallita@ordineavvocatiroma.org	unitamente	e
	disgiuntamente	all'Avv. Laura Tassone,	codice fiscale
	TSSLRA74L42H501N,	PEC lauratassone@ordineavvocatiroma.org	ed
	elettivamente	domiciliate presso lo studio dell'Avv. Rocco Vincenzo	
	Virgallita, sito in Roma, Lungotevere della Vittoria 9	- parti istanti -	
		contro	
	FARMACAP, Azienda Speciale Farmasociosanitaria Capitolina (di		
	seguito, " Farmacap "),	codice fiscale 97145550584,	partita IVA
	05903241007, con sede in Roma, via Ostiense n. 131/L, in persona del legale		
	rappresentante <i>pro tempore</i> , il Direttore Generale, il dott. Emiliano Mancini,		
	rappresentata e difesa dall'Avv. Gianrocco Catalano (codice fiscale		
	CTLGRC69C05H501C, pec: gianroccocatalano@ordineavvocatiroma.org)		
	ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, via Lutezia n.11		
		- parte convenuta, istante in via riconvenzionale -	
		nel procedimento arbitrale R.G.A. 7/2019	
	promosso da Servizi Dragona con " <i>atto di richiesta di arbitrato e di nomina</i>		
	<i>di arbitro</i> " notificato all'A.N.A.C. il 21 giugno 2019 e da Farmacap con		
	" <i>memoria di risposta con domanda riconvenzionale</i> " dell'11 luglio 2019.		
	<i>In fatto:</i>		
	In data 11 giugno 2015 Farmacap pubblicava sul proprio sito		
	aziendale un avviso per l'acquisizione di manifestazione di interesse		
	riguardante la locazione, finalizzata all'esercizio di asili nido in convenzione		
	con Roma Capitale, di tre immobili di proprietà Farmacap, siti in Roma, Via		
	M.E. Bossi n. 16, Via O. Gentiloni n. 3/13 e Via del Torraccio di Torrenova		
			2

n. 97, 97A e 97B.

In data 19 giugno 2015 Servizi Dragona manifestava il proprio interesse, in proprio e quale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese con Latte e Biscotti soc. coop. e Ludus Coop. A r.l., a gestire le tre strutture, qualora convenzionate con l'amministrazione comunale, con decorrenza dall'1 settembre 2015, assumendone in locazione gli spazi educativi.

Il 7 agosto 2015 Farmacap e Servizi Dragona stipulavano la convenzione di gestione (relativa al solo nido aziendale attivo presso l'unità immobiliare di Via Bossi n. 16) e tre contratti di locazione (per tutte e tre le unità immobiliari, con decorrenza dalla data di convenzionamento di ognuna delle strutture con l'amministrazione comunale).

In data 21 agosto 2015 veniva sottoscritta tra Roma Capitale e Farmacap una convenzione con la quale veniva garantito a quest'ultima il rinnovo del convenzionamento del nido di Via Bossi n. 16, autorizzandola ad affidare il servizio ad un soggetto terzo.

In data 27 agosto 2015 Farmacap e Servizi Dragona stipulavano un accordo per il distacco temporaneo di n. 7 unità lavorative della prima presso i nidi locati e gestiti dalla seconda.

Farmacap consegnava l'immobile di Via Bossi in data 1 settembre 2015 a Servizi Dragona e, successivamente, adottava la delibera 21 settembre 2015 n. 6, con cui ratificava la procedura di affidamento del servizio *de quo*.

Durante la gestione della struttura educativa sia Farmacap (note 24 giugno 2016, 30 agosto 2016, 21 settembre 2016, 14 novembre 2016, 11 gennaio 2017) che Servizi Dragona (note 2 febbraio 2016, 15 maggio 2016,

20 maggio 2016, 22 giugno 2016, 6 luglio 2016, 10 luglio 2016, 15 luglio 2016, 24 luglio 2016, 3 agosto 2016, 15 settembre 2016, 25 settembre 2016, 26 settembre 2016, 10 ottobre 2016, 27 ottobre 2016, 17 novembre 2016, 12 gennaio 2017) formulavano reciproche contestazioni sulla esecuzione dei rapporti e delle obbligazioni *inter partes*.

Il 21 settembre 2016 prot. n. 102/DG Farmacap comunicava a Servizi Dragona di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa contenuta nel contratto di locazione, intimando contestualmente la riconsegna dei locali di Via Bossi.

Con determinazione dirigenziale 22 dicembre 2016 n. 2899, Roma Capitale annullava in autotutela la convenzione, relativa all'asilo nido di Via Bossi, precedentemente sottoscritta con Farmacap.

Con atto notificato il 22 dicembre 2017 Servizi Dragona attivava un primo procedimento arbitrale dinanzi alla Camera arbitrale della Camera di commercio di Roma (di seguito, "Arbitra Camera"). Il Collegio ivi insediato dichiarava la propria incompetenza con lodo 14 dicembre 2018 n. 3480.

In data 12 febbraio 2019 Servizi Dragona procedeva alla riconsegna dei locali di Via Bossi alla Farmacap.

Successivamente, con "Atto di richiesta di arbitrato e nomina di arbitro" notificato all'A.N.A.C. in data 21 giugno 2019, oltre che a Farmacap e all'avv. Augusta Ciminelli, Servizi Dragona, Latte e Biscotti e Ludus proponevano domanda di arbitrato nei confronti di Farmacap, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, contestualmente nominando il proprio arbitro nella persona dell'Avv. Augusta Ciminelli ed invitando Farmacap a designare il proprio.

In particolare, le parti istanti esponevano che Farmacap non aveva adempiuto durante la gestione alle obbligazioni contrattualmente assunte e rendendosi responsabile di:

a) omesso versamento di tutti i corrispettivi dovuti per l'attività di gestione dell'asilo nido di Via Bossi n. 16 dal mese di settembre 2015 sino al mese di dicembre 2016 (ad eccezione del mese di ottobre 2015);

b) inosservanza dell'obbligo di garantire almeno n. 52 bambini per la struttura di Via Bossi;

c) inosservanza dell'obbligo di garantire una durata minima del convenzionamento pari almeno a sei anni rinnovabili di un ugual periodo;

d) messa a disposizione di personale distaccato da Farmacap non qualificato ed omesso controllo disciplinare;

e) erronea imputazione delle fatture relative alle utenze di Via Bossi ed erroneo addebito IVA;

f) omesso convenzionamento con Roma Capitale delle strutture di Via Gentiloni e Via del Torraccio di Torrenova.

Altresì, le istanti contestavano a Farmacap di aver tenuto una consapevole condotta inadempiente preordinata a provocare la risoluzione del rapporto e l'annullamento del convenzionamento dell'asilo di Via Bossi.

Infine, le parti istanti formulavano i seguenti quesiti, come precisati nella memoria del 14 gennaio 2020:

“A) dicano gli arbitri se, con riferimento alla Convenzione di Gestione ed ai contratti di locazione sottoscritti inter partes, Farmacap si sia resa gravemente e volontariamente inadempiente alle obbligazioni assunte verso Servizi Dragona S.r.l., Ludus Cooperativa e Latte & Biscotti Società

Cooperativa Sociale O.N.L.U.S. per tutte le ragioni esposte nella parte narrativa (i) dell'atto di richiesta di arbitrato e nomina di arbitro notificato il 20 giugno 2019 e (ii) della presente memoria difensiva;

B) dicano gli arbitri se la Convenzione di Gestione ed i contratti di locazione debbano ritenersi risolti a far data dall'1 gennaio 2017 per esclusivi fatto, dolo e/o colpa di Farmacap;

C) dicano gli arbitri se Farmacap sia tenuta a pagare a Servizi Dragona S.r.l. unitamente a Ludus Cooperativa e Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S., a titolo di risarcimento dei danni subiti, le somme qui di seguito indicate:

c.1) Euro 214.516,00 a titolo di danno emergente;

c.2) Euro 2.873.520,00 a titolo di lucro cessante;

c.3) Euro 50.998,00 a titolo di danni non prevedibili;

c.4) Euro 100.000,00 a titolo di danno all'immagine;

per complessivi Euro 3.238.734,00

ovvero le diverse somme maggiori o minori che saranno accertate come dovute nel corso del presente procedimento e che potranno essere liquidate dall'Eccellentissimo Collegio Arbitrale occorrendo anche mediante valutazione equitativa;

D) dicano gli arbitri se le somme dovute a Servizi Dragona S.r.l., Ludus Cooperativa e Latte & Biscotti Società Cooperativa Sociale O.N.L.U.S. debbano essere maggiorate della rivalutazione monetaria e degli interessi legali, con decorrenza dalla data di stipula della Convenzione di Gestione e dei contratti di locazione, ovvero dalle diverse date che fossero ritenute di giustizia e fino all'effettivo soddisfo;

E) emettano gli arbitri nei confronti di Farmacap, ogni conseguenziale provvedimento di condanna;

F) rigettino/dichiarino inammissibili gli arbitri tutte le domande anche riconvenzionali, le eccezioni e le richieste che sono state avanzate da Farmacap nella memoria di risposta con domanda riconvenzionale dell'11 luglio 2019 e che dovessero essere avanzate dalla stessa Farmacap nel prosieguo del presente procedimento arbitrale;

G) pongano gli arbitri a carico di Farmacap le spese di funzionamento della procedura arbitrale, i compensi del Collegio Arbitrale e gli onorari e le spese di difesa di tutte le Parti Istanti”.

Con “Memoria di risposta con domanda riconvenzionale” dell'11 luglio 2019, si costituiva in giudizio Farmacap, eccependo l'incompetenza del Collegio arbitrale adito per nullità, invalidità ed inefficacia della clausola compromissoria e contestando nel merito le domande delle parti istanti.

Farmacap chiedeva altresì la risoluzione dei contratti a causa dell'inadempimento delle controparti ed il risarcimento di tutti i danni subiti.

Nominava infine quale arbitro di sua elezione l'Avv. Alberto Costantini e formulava le seguenti conclusioni, come precisate nella seconda memoria del 5 febbraio 2020:

“- in via preliminare accogliere la eccezione di incompetenza, anche parziale, del Collegio Arbitrale essendo venuta meno, per i suesposti motivi, la clausola compromissoria e conseguentemente la possibilità di compromettere ad arbitri la presente controversia, essendo invece competente il giudice ordinario;

- in via parimenti preliminare accertare e dichiarare la nullità, invalidità e/o

inefficacia della clausola compromissoria per tutti i motivi suesposti;

- in via principale e nel merito, respingere tutte le richieste avverse in quanto

inammissibili ed infondate per tutti i motivi suesposti;

- in via parimenti principale e/o riconvenzionale e nel merito, accertare

l'inadempimento della Servizi Dragona srl e del RTI cit. per quanto sopra

indicato ed accertare e dichiarare la risoluzione di tutti i contratti sottoscritti

tra Farmacap ed il RTI cit. e Servizi Dragona srl;

- condannare la Servizi Dragona ed il RTI cit. al risarcimento di tutti i danni

sopra indicati.

Col favore delle spese di lite”.

Con “Richiesta di nomina del Presidente del Collegio Arbitrale” del 17 luglio 2019, le parti istanti richiedevano alla Camera Arbitrale di nominare, ai sensi di legge, il Presidente del Collegio Arbitrale.

Come da comunicazione a mezzo pec del 17 ottobre 2019, il Consiglio della Camera Arbitrale, nella seduta del 14 ottobre 2019, deliberava all'unanimità dei voti di nominare il costituendo Collegio arbitrale nelle persone del Prof Avv. Antonio Saitta, quale terzo arbitro con funzioni di Presidente, dell'Avv. Augusta Ciminelli, quale componente designato da Servizi Dragona, Latte e Biscotti e Ludus, dell'Avv. Alberto Costantini, quale componente designato da Farmacap.

All'udienza del 5 dicembre 2019 si costituiva il Collegio Arbitrale, che stabiliva il regolamento dell'arbitrato e determinava la sede dell'arbitrato presso la sede della Camera arbitrale in Roma, Via Marco Minghetti n. 10; assegnava altresì a entrambe le parti i termini per il deposito di memorie e repliche con la formulazione definitiva delle domande, eccezioni e difese,

nonché per la produzione di documenti e per le richieste istruttorie, fissando l'udienza del 12 marzo 2020 per il tentativo di conciliazione, la trattazione e la discussione delle eventuali richieste istruttorie.

Le parti depositavano memorie e documenti, nonché formulavano istanze istruttorie nei termini loro assegnati.

Con ordinanza 10 marzo 2020 il Presidente accoglieva l'istanza congiunta di rinvio presentata dalle parti *“per sopravvenuti eventi che non ci consentono di escludere con la dovuta cautela eventuali situazioni di pregiudizi”*, disponendo il rinvio dell'udienza del 12 marzo 2020 a data da destinarsi e riservandosi di adottare i provvedimenti più opportuni per la prosecuzione dell'arbitrato.

Con ordinanza 5 maggio 2020 il Presidente fissava l'udienza del 26 maggio 2020 per il tentativo di conciliazione, la trattazione e la discussione delle eventuali richieste istruttorie, disponendone la celebrazione mediante collegamento da remoto, giusta circolare A.N.A.C. 23 marzo 2020.

All'udienza del 26 maggio 2020, alla presenza delle parti e dei loro difensori in collegamento telematico, il Collegio Arbitrale esperiva il tentativo di conciliazione e, vista l'impossibilità di raggiungere un accordo, faceva illustrare le difese alle parti, riservandosi ogni decisione.

Nelle camere di consiglio del 10 giugno 2020 e del 24 giugno 2020 il Collegio Arbitrale discuteva le questioni prospettate dalle parti nei rispettivi atti difensivi e nella discussione tenuta nel corso dell'udienza del 26 maggio 2020.

Con ordinanza del 24 giugno 2020, il Collegio Arbitrale fissava l'udienza del 7 luglio 2020 per la precisazione delle conclusioni, anche di

natura istruttoria, e la relativa discussione. Con ordinanza del 3 luglio 2020 il Presidente stabiliva la sede dell'arbitrato quale luogo di celebrazione della predetta udienza, in presenza.

All'udienza del 7 luglio 2020 le parti precisavano le conclusioni riportandosi alle difese in atti e manifestavano la volontà di posporre la data di emissione del lodo al 31 dicembre 2020. Il Collegio Arbitrale assegnava alle parti i termini per il deposito di memorie conclusionali e repliche, riservandosi ogni decisione.

Nei termini fissati entrambe le parti provvedevano a depositare comparse conclusionali e repliche.

Il Collegio si riuniva in conferenza telematica degli arbitri in data 19 novembre 2020, 26 novembre 2020, 3 dicembre 2020 e 15 dicembre 2020

In diritto:

1. La Farmacap ha dedotto eccezioni preliminari che il Collegio è tenuto a risolvere *in limine litis* perché propedeutiche alla delibazione del merito della controversia a norma dell'art. 817 c.p.c.

1.2. In particolare, nella "Memoria di risposta con domanda riconvenzionale" dell'11 luglio 2019, parte convenuta ha eccepito l'incompetenza di questo Collegio arbitrale per nullità, invalidità ed inefficacia della clausola compromissoria. L'eccezione è stata reiterata anche nella "prima memoria" del 15 gennaio 2020 e nei successivi atti difensivi.

Secondo Farmacap la clausola arbitrale (ma, invero, come appena ricordato, le clausole arbitrali sono due: una inserita all'art. 16 della "Convenzione di gestione" stipulata tra le parti il 7 agosto 2015; una seconda, dal contenuto contraddittorio, all'art. 10 del contratto di locazione

dell'immobile di Via M.E. Bossi del 7 agosto 2015) sarebbe invalida per due ordini di ragioni: a) perché non espressamente approvata dalla stazione appaltante a norma dell'art. 209, comma 3, D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50; b) perché l'arbitrato avrebbe ad oggetto (anche) il risarcimento dei danni asseritamente subiti da Servizi Dragona a causa dell'annullamento della convenzione di gestione intercorrente tra Farmacap e Roma Capitale del 21 agosto 2015 rispetto alla quale, nella ricostruzione proposta, la Servizi Dragona potrebbe vantare una posizione di interesse legittimo, come tale azionabile solo dinanzi al g.a. secondo la previsione degli artt. 12 e 30 c.p.a.

1.3. A tale eccezione ha replicato Servizi Dragona affermando anche l'esistenza di un giudicato esterno favorevole alla competenza del Collegio arbitrale nascente dal lodo 14 dicembre 2018 emesso a definizione della procedura arbitrale n. 20/2017 celebrata *inter partes* dinanzi ad Arbitra Camera (Arbitri Prof. Avv. Giovanni Cabras, Prof. Avv. Federico Tedeschini, Prof. Avv. Guido Meloni). Secondo le parti istanti, quel lodo, non impugnato da Farmacap e ormai dotato di autorità di giudicato, avrebbe affermato l'inefficacia sopravvenuta della clausola arbitrale solo nella parte in cui dichiarava l'incompetenza della Camera Arbitrale costituita presso la Camera di Commercio di Roma in luogo di quella istituita presso l'A.N.A.C. divenuta l'unica competente *ope legis* in materia di contenzioso sugli appalti pubblici.

In sostanza, ferma la competenza arbitrale (sulla quale si sarebbe formato il giudicato) il lodo di "Arbitra Camera" avrebbe soltanto declinato il procedimento in favore della Camera arbitrale presso l'A.N.A.C.

Servizi Dragona ha, altresì, contestato, ancorché genericamente, anche la seconda eccezione di incompetenza mossa da parte convenuta (in

riferimento agli artt. 12 e 30 c.p.a.).

2. L'eccezione di invalidità della clausola arbitrale, nella duplice declinazione in cui è stata dedotta, appare al Collegio non fondata nei termini seguenti.

2.1. Preliminarmente occorre chiarire l'oggetto ed il rapporto intercorrente tra le due clausole arbitrali presenti nei contratti in causa. A tal fine si riporta il testo di entrambe:

Convenzione di gestione del 7 agosto 2015:

«ART 16 – FORO COMPETENTE: *“Per tutte le controversie è competente, la Camera Arbitrale costituita presso la Camera di Commercio di Roma”*».

Contratto di locazione di Via Bossi del 7 agosto 2015:

Art. 10 – CONTROVERSIE E FORO COMPETENTE: *“In assenza di una soluzione concordata, per qualsiasi controversia di natura tecnica, amministrativa o giuridica che dovesse sorgere in ordine all'interpretazione ed esecuzione del contratto è competente la Camera Arbitrale costituita presso la Camera di Commercio di Roma. E' in ogni caso esclusa la competenza arbitrale.”*

La prima delle due clausole trova sede in un contratto inerente i servizi di gestione di tre asili nido in Roma; la seconda nei contratti di locazione degli immobili, di proprietà di Farmacap, ove i detti asili avrebbero dovuto essere ospitati.

Sul piano astratto, come anche rilevato dal lodo del 14 dicembre 2018 nel procedimento arbitrale 20/2017 presso Arbitra Camera, la convenzione di gestione configura un appalto di servizi rientranti nelle tipologie di cui ai numeri 24 (servizi relativi all'istruzione, anche professionale) e 25 (servizi

sanitari e sociali) dell'allegato IIB al d.lgs. n. 163/2006, vigente all'epoca della stipula dei contratti da quali è scaturita l'odierna controversia. All'epoca della stipula della detta convenzione, a tali appalti di servizi si applicava l'art. 20 del vecchio codice con esclusione, per quanto qui interessa, delle norme relative alle modalità di risoluzione delle controversie, contenute nell'art. 241. Viceversa, il d.lgs. n. 50/2016 non annovera tra i contratti esclusi dal suo ambito di applicazione (artt. da 4 a 20) gli appalti di servizi di gestione di asili nido.

Dal canto suo il contratto di locazione è un contratto che, già radicalmente escluso dall'ambito di applicazione della normativa sugli appalti e sulle concessioni di lavori e di servizi nel regime vigente all'epoca della stipula dei tre contratti gemelli di cui è causa (*cf.* art. 19, comma 1, lett.a) del d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.), resta tutt'oggi completamente estraneo allo spettro di applicazione della normativa speciale sui contratti pubblici, ivi compresa la disciplina sulle modalità di risoluzione delle controversie.

Procedendo in ordine di priorità logica, il Collegio deve innanzitutto interrogarsi se la clausola compromissoria contenuta nei contratti di locazione, invocati da entrambe le parti a fondamento delle loro domande ed eccezioni, possa rappresentare valido ed efficace presupposto della propria competenza a decidere sulle dette domande ed eccezioni, in quanto inserita in contratti che né all'epoca della stipula né all'epoca di insorgenza della presente controversia erano soggetti alla disciplina sostanziale e, *latu sensu*, processuale sui contratti pubblici. Come, del resto, non lo sono tuttora.

A tal proposito deve osservarsi come le parti non abbiano eccepito, tantomeno nei termini decadenziali di cui all'art. 817, secondo comma, c.p.c.,

carezza di competenza in capo a questo Collegio in riferimento ai rapporti nascenti dai contratti di locazione. Appare peraltro evidente, anche in applicazione dell'art. 1362 secondo comma c.c., come le parti abbiano voluto deferire in arbitri il complesso dei rapporti nascenti sia dalla "Convenzione di gestione" che dal "Contratto di locazione" del 7 agosto 2015.

Quanto appena osservato sarebbe di per sé sufficiente per affermare la competenza del Collegio a decidere sull'insieme delle domande prospettate dalle parti. In ogni caso, al fine di dare compiuta risposta al detto quesito, dal punto di vista oggettivo del contenuto dei rapporti contrattuali deve muoversi dalla convenzione di gestione del 7 agosto 2015, ove i contratti di locazione "delle tre strutture" (non si parla più semplicemente di "immobili") stipulati lo stesso giorno sono definiti come "sottostanti alla presente convenzione di gestione quadro..." (*cf.* art.2); ulteriormente, all'art.1 della Convenzione di gestione si affida al Raggruppamento con a capo Servizi Dragona "la conduzione dei propri asili a tale scopo mettendo a disposizione del Soggetto Gestore i fabbricati...".

Dal canto loro i tre contratti di locazione contengono una esplicita condizione sospensiva (art. 4), che ne subordina l'efficacia alla stipula di una convenzione tra Farmacap e Roma Capitale, che avrebbe consentito l'effettivo esercizio degli asili; convenzione che, come già chiarito sopra, è effettivamente intervenuta solo per l'immobile di Via Bossi; tanto vero è che l'unico contratto di locazione che ha avuto concreta attuazione è quello avente ad oggetto il detto immobile di via Bossi.

Sembra dunque evidente che tra i due contratti ove sono contenute le clausole compromissorie sopra riportate esiste uno stretto collegamento

negoziale, che si determina fra rapporti contrattuali strutturalmente indipendenti e astrattamente in grado di esistere a prescindere dagli altri, che tuttavia, ad una analisi complessiva della vicenda negoziale, svelano un inscindibile nesso concreto. Tale nesso può essere definito come una sorta di rapporto sinallagmatico tra due o più contratti, dove ciascuno di essi deve la propria ragione giustificativa all'esistenza dell'altro.

A tale proposito deve innanzitutto considerarsi che le problematiche potenzialmente emergenti dalla devoluzione in arbitrato di rapporti avvinti da un collegamento negoziale derivano, da un lato, dalla opportunità di valutare il rapporto nel suo complesso per una risoluzione attendibile e corretta della controversia, e dall'altro lato, dalla necessità di misurarsi con il tenore letterale di ciascun contratto e, segnatamente, degli articoli dedicati alle modalità di risoluzione delle controversie, che ben possono divergere quanto a contenuti ed effetti; come, del resto, accade nel caso di specie a causa sia della differente formulazione letterale delle due clausole sia del differente regime normativo che regge il contratto di appalto, da un lato, e quelli di locazione, dall'altro.

Sulla base di tali premesse, è necessario domandarsi se, per effetto del detto collegamento negoziale, possa darsi luogo ad un fenomeno di "ultra-applicabilità" dell'accordo compromissorio e se, specularmente, la efficace soluzione della controversia possa essere pregiudicata da una cognizione parziale, nel caso in cui una delle due clausole sulle modalità di risoluzione delle controversie non fosse ad esempio idonea, di per sé considerata, a sostenere la competenza a decidere del collegio arbitrale effettivamente investito della controversia.

Per dare risposta a detti interrogativi va pur sempre considerato che il potere degli arbitri deriva da una scelta volontaria delle parti, che gli conferiscono il potere di decidere la controversia. La genesi derivativa del potere arbitrale richiede dunque una preliminare interpretazione di ciò che è stato individuato dalle parti come oggetto della complessa operazione negoziale dalle stesse posta in essere, per poter poi definire, di conseguenza, l'oggetto ed il perimetro della *potestas indicandi* del collegio arbitrale investito della controversia.

In tale prospettiva si è già visto sopra che i due contratti posti a fondamento delle reciproche domande di risoluzione e di condanna sono legati da un fortissimo vincolo di reciproca dipendenza; a tanto dovendosi ribadire che entrambe le parti, pur nella contrapposta rappresentazione dei fatti e delle loro conseguenze logico-giuridiche, hanno tuttavia mostrato di considerare la controversia tra le stesse insorta come unitaria, mai avendo prospettato la necessità e/o la possibilità che una parte dei diritti e/o degli obblighi dalle stesse invocati ed evocati potesse essere assoggettata ad regime processuale distinto dalla restante parte. In altre parole, sia il RTI attore, quando ha chiesto al Collegio di dichiarare risolti sia la convenzione di gestione che i contratti di locazione, sia l'azienda comunale convenuta, quando ha a sua volta chiesto la declaratoria di risoluzione di tutti indistintamente i detti contratti, hanno dato prova di considerare la controversia, così come prospettata al Collegio, come una controversia unitaria e risolvibile solo attraverso la valutazione complessiva di tutte le fonti del rapporto tra loro intercorso. Ed anche Farmacap, quando ha sollevato l'eccezione di nullità per la mancata preventiva approvazione degli organi

deliberativi dell’Azienda, si è opposta alla devoluzione ad arbitri dell’intera controversia e non solo della parte riconducibile alla convezione di gestione, confermando anche per tale via la visione assolutamente unitaria dell’intera vicenda negoziale.

Nei termini sopra chiariti va, pertanto, affermata la piena competenza del presente Collegio arbitrale sulle domande poste dalle parti.

2.2. Sulla base di tali premesse, occorre quindi passare all’esame dell’eccezione di Farmacap relativa alla mancata previa approvazione della clausola arbitrale contenuta nella convenzione di gestione.

A tale proposito va innanzitutto rilevato, in punto di fatto, che la clausola arbitrale inserita nella Convenzione di gestione del 7 agosto 2015 (così come quella contenuta nel contratto di locazione di pari data) non sono state previamente autorizzate dalla stazione appaltante né inserite nel bando. Infatti, l’unico documento amministrativo propedeutico alla gara per cui è lite depositato in atti è l’Avviso pubblico 11 giugno 2015, Prot. n. 185/CS, nel quale non vi è autorizzazione alcuna all’inserimento della clausola in discussione.

Pertanto, occorre verificare quale sia la validità e l’efficacia di siffatta clausola arbitrale nell’ambito di un contratto stipulato in data 7 agosto 2015.

Al momento della sottoscrizione della Convenzione di Gestione tra Farmacap e Servizi Dragona (7 agosto 2015) era vigente l’art. 241, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel testo risultante a seguito delle modifiche apportate dall’art. 1, comma 19, l. 6 novembre 2012, n. 190, a mente del quale “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".

La Corte costituzionale è stata chiamata a scrutinare la legittimità dell'art. 1, comma 19, L. n. 190 del 2012, in riferimento ai contratti stipulati anteriormente alla novella del 2012. Essa ha chiarito in proposito che "lo ius superveniens consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti. Non si pone conseguentemente alcun problema di retroattività della norma censurata o di ragionevolezza della supposta deroga all'art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale" (C. cost., n. 108 del 2015, ord. 58 del 2019. La giurisprudenza di legittimità ha confermato tale interpretazione (cfr. ad esempio, Cass. civ., Sez. 17 maggio 2019, n. 13.410; cfr. pure Determinazione A.N.A.C. 10 dicembre 2015, n.

13).

Tale limitazione, però, non era applicabile nel caso di specie poiché, come già rilevato, trattandosi di appalto avente ad oggetto servizi di cui all'All. II B, nn. 24 ("Servizi relativi all'istruzione, anche professionale") e 25 ("Servizi sanitari e sociali") restava soggetto alla previsione dell'art. 20 del D. Lgs. n. 163/2006 che circoscriveva l'applicazione del codice dei contratti pubblici del 2006 ai "servizi esclusi", come quelli di specie, ai soli artt. 65, 68 e 225, ma non anche all'art. 241 (cfr. in merito all'art. 20, C.d.S., Sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; Sez. IV, 4 giugno 2014, n. 2853; Sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768).

Al momento dell'accesso a questo Collegio arbitrale (21 giugno 2019), però, non era più vigente il D. Lgs. n. 163 del 2006, bensì il D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, al quale occorre rapportarsi per delibare la validità (e quindi l'efficacia) della clausola arbitrale in rilievo.

L'art. 209 del nuovo codice dei contratti pubblici dispone 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”.

Tuttavia, a norma dell'art. 216, comma 1, D. Lgs. n. 50 del 2016, il nuovo codice degli appalti del 2016 si applica soltanto alle procedure ed ai contratti per i quali i bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore dello stesso Codice (cfr. C.d.S., Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528; Sez. III, 25 novembre 2016, n. 4994; T.A.R. Veneto, Sez. I, 14 dicembre 2016, n. 1365; T.A.R. Lazio, Sez. II, 29 ottobre 2018, n. 10398).

Pertanto, poiché qui si discute di clausole arbitrali contenute in contratti anteriori all'entrata in vigore del codice del 2016, occorre fare riferimento al regime transitorio previsto dallo stesso D. Lgs. n. 50 del 2016, secondo il 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*” (art. 216, comma 22, come modificato dall'articolo 128,

comma 1, lettera f), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56).

Si tratta di vedere se, a questo punto, in base alla richiamata disposizione transitoria, alla fattispecie oggi in esame si applica il comma 3 dell'art. 209, D. Lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui dispone la nullità della clausola arbitrale non previamente autorizzata dalla stazione appaltante.

In materia non è dato rinvenire giurisprudenza della suprema Corte, ma solo una pronuncia del Tribunale di Roma Sez. XVII, 28 febbraio 2018, n. 4298, e alcuni lodi formati in esito ad arbitrati tenuti dinanzi a questa Camera arbitrale, nonché quello del 14 dicembre 2014 emesso da Arbitra Camera in questa stessa controversia.

In particolare, eccezion fatta per quest'ultimo, la non numerosa giurisprudenza in materia ha valorizzato l'elemento ermeneutico testuale dell'art. 216, comma 22, D. Lgs. n. 50 del 2016, nel quale si afferma che per le controversie sui diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici per i quali i bandi o gli avvisi siano stati pubblicati anteriormente alla data di entrata in vigore del nuovo codice si applicano "le procedure di arbitrato di cui all'art. 209". Il riferimento, pertanto, sembra essere circoscritto alle sole norme procedurali contenute nell'art. 209 ("le procedure di arbitrato", appunto) quali la composizione del Collegio (comma 4), la nomina degli arbitri (comma 5), incompatibilità (comma 6, etc.) e non anche a quelle sostanziali quali devono essere considerate quelle che disciplinano la volontà negoziale delle parti (in specie, per quanto attiene all'inserimento della clausola arbitrale).

Secondo il lodo non definitivo pronunciato nel procedimento arbitrale R.G.A. n. 2/20 A.N.A.C. "la nuova disposizione [art. 216, comma 22, D Lgs.

n. 50 del 2016, n.d.r.] fa espresso riferimento alle ‘procedure’ di arbitrato con la conseguenza che essa si riferisce, come notato in dottrina, solo alle disposizioni aventi natura processuale (nomina degli arbitri, incompatibilità, termini, ecc.), che trovano così immediata applicazione anche ai contratti i cui bandi erano stati pubblicati prima dell’entrata in vigore del nuovo codice, ma non anche alle altre disposizioni, come quelle inerenti la validità delle clausole compromissorie (v. art. 209, comma 3, D.lgs. 50/2016), che hanno natura procedimentale e negoziale. La norma processuale è infatti quella che disciplina i tempi e le modalità di svolgimento del procedimento giurisdizionale, non quella che precisa particolari forme o modalità necessarie ai fini della validità ed efficacia della norma contrattuale (in tal senso, ad esempio, Trib. Padova, Sez. II, 30 agosto 2019, che ha chiarito che l’art. 1341 c.c., pur comportando la nullità della clausola compromissoria priva di espressa sottoscrizione specifica, non è una norma processuale)”. Nello stesso senso il lodo non definitivo n. 4/2019 emesso nel procedimento arbitrale R.G.A. n. 4/2018 A.N.A.C. secondo il quale “la richiamata disposizione [art. 209, comma 3, D. Lgs. n. 50 del 2016, n.d.r.] non può che trovare applicazione con riguardo alle clausole compromissorie inserite in contratti di appalto sottoscritti in epoca successiva alla sua entrata in vigore. In base al principio tempus regit actum l’eccezione va dunque respinta mentre va affermata la validità della clausola compromissoria in forza della quale è stato avviato il giudizio e la conseguente competenza del Collegio arbitrale costituito presso la Camera.

Non smentisce ma anzi conferma questa conclusione anche la disposizione transitoria di cui all’art. 216, c. 22 del citato decreto legislativo

n. 50 a mente del quale ‘le procedure di arbitrato di cui all’art. 9 [recte, 209] si applicano anche alle controversie sui diritti soggettivi derivanti dall’esecuzione dei contratti pubblici (...) per i quali bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice’.

È chiaro infatti che la deroga al principio di irretroattività è limitata all’applicazione delle disposizioni che riguardano le procedure di arbitrato e non è in alcun modo estensibile al diverso tema della compromettibilità in arbitri. La disciplina transitoria ha carattere eccezionale e deve quindi essere fatta oggetto di stretta interpretazione (tra le altre, Cons. Stato, sez. III, 9.3.18 9520; Cons. Stato, sez. IV, 29.5.2014, n. 2783). Sono dunque da escludere dal suo campo di applicazione le disposizioni presenti nell’articolo 209 che non concernono le procedure di arbitrato.

Ulteriore conferma di tale conclusione si ritrova altresì nella previgente disciplina di cui all’articolo 1, comma 25, legge n. 190 del 2012 ai sensi del quale la disposizione di cui al comma 19 del medesimo articolo 1 (previsione del tutto analoga a quella dell’articolo 209, comma 3, decreto legislativo n. 50 del 2016) non si applica(va) ‘agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge’. La disposizione transitoria di cui al citato articolo 1, comma 25, legge n. 190/2012 (a differenza di quanto oggi previsto dall’articolo 216, comma 22, decreto legislativo 50 del 2016) prevedeva un chiaro rinvio anche alla disposizione di cui al comma 19 (oggi trasfuso nell’articolo 209 comma 3 decreto legislativo n. 50 del 2016). È dunque evidente che mentre il legislatore del 2012 aveva voluto esplicitamente ricomprendere nel campo di applicazione della disciplina transitoria anche la disposizione di cui

all'articolo 1, c. 19, legge 190 del 2012, il legislatore del 2016 ha invece voluto ricompredervi solo le 'procedure di arbitrato di cui all'articolo 20', così delimitando il campo di applicazione della disciplina transitoria di cui all'articolo 216, comma 22, decreto legislativo n. 50 del 2016, lasciandone fuori la previsione di cui al comma 3 di tale articolo, che impone l'autorizzazione motivata dell'organo di governo. Tale previsione è dunque inapplicabile alla clausola compromissoria di cui al contratto de quo, che è stato sottoscritto in data 17.9.2002, e da ciò discende la competenza del Collegio arbitrale a decidere la presente controversia”

Il Collegio è ovviamente ben consapevole dell'ondivaga evoluzione normativa in materia, secondo cui le clausole arbitrali inserite senza autorizzazione espressa dalla stazione appaltante in contratti anteriori al 2012 sarebbero state inefficaci tra il 2012 e il 2016 per poi tornare efficaci qualora precedentemente non attivate.

Tuttavia, il diverso approdo ermeneutico cui sembra essere giunto il precedente Collegio appare isolato nella pur scarna giurisprudenza esistente e, soprattutto, non ha affrontato specificamente il punto, essenziale, per la corretta esegesi dell'art. 216, comma 22, D. Lgs. n. 50 del 2016, relativa all'oggetto semantico e sostanziale del rinvio alle “procedure di arbitrato” alle quali soltanto si applica l'art. 209 del medesimo codice, lasciando, invece, escluse l'applicazione delle norme di ordine sostanziale ai contratti anteriori al nuovo codice quali sono quelle attinenti alla validità ed efficacia della clausola arbitrale.

Nel caso di specie, le parti istanti hanno correttamente applicato, senza che sul punto vi sia contestazione alcuna, le “procedure di arbitrato” di cui

all'art. 209, D. Lgs. n. 50 del 2016, rivolgendosi alla Camera Arbitrale presso l'A.N.A.C. presso la quale si è ritualmente incardinato il presente procedimento.



In dissenso rispetto alle decisioni condivise dagli altri due Arbitri esposte nel presente § 2.2., l'avv. Alberto Costantini esprime la propria diversa opinione che di seguito si riporta.

«L'interpretazione del comma 22 dell'art. 216 del d.lgs. n. 50/2016 ("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. (omissis)" fatta propria dagli altri due Arbitri conduce a conseguenze invero paradossali, perché se tale interpretazione fosse corretta si avrebbe che, per clausole inserite senza autorizzazione in contratti antecedenti al 2012 (ossia prima dell'entrata in vigore della "legge Severino"):

- ✓ *se azionate tra il 2012 e il 2016 tali clausole dovrebbero essere ritenute inefficaci, in forza del combinato disposto del comma 25 e del comma 19 dell'art. 1 della citata legge Severino;*
- ✓ *se azionate dopo il 2016 quelle stesse clausole recupererebbero efficacia.*

Tale effetto potrebbe invero trovare una qualche giustificazione se la formulazione dell'art. 209 del vigente codice avesse modificato l'atteggiamento del Legislatore verso l'arbitrato nei contratti pubblici, allentando le forti restrizioni e limitazioni all'accesso all'arbitrato nei

contratti pubblici introdotte dalla legge n. 190/2012. Il fatto è che l'atteggiamento del Legislatore del vigente codice verso l'arbitrato è rimasto invece perfettamente aderente alla scelta di forte restrizione introdotta dalla legge Severino, avendone il d.lgs. n. 50/2016 riprodotto il medesimo impianto che impone, ai fini della validità della clausola, la previa autorizzazione da parte dell'organo di governo dell'ente (art. 209, comma 3).

Da tanto consegue che l'imprecisa formulazione lessicale della disciplina transitoria contenuta nell'art. 216, comma 22, del codice vigente (che affligge, purtroppo, tutto il d.lgs. n. 50/2016) va letta in continuità con la disciplina dell'arbitrato introdotta a partire dal 2012 e si supera agevolmente se si pensa che, nel 2016, la disciplina sostanziale dell'arbitrato già da quattro anni era nel senso della nullità della clausola priva di autorizzazione; tanto vero è che la norma transitoria del 2016 non prevede neppure quella sorta di "sanatoria" contenuta invece nella disciplina transitoria della legge Severino, che "salvava" dalla nullità "gli arbitrati conferiti o autorizzati" prima della data di entrata in vigore della medesima legge (art. 1, comma 25).

Pertanto, proprio muovendo dall'assunto, invero corretto come argomentato al § 2.1., che le clausole compromissorie espresse dall'art.16 della Convenzione di gestione e dall'art. 10 del contratto di locazione erano state entrambe validamente stipulate durante la vigenza del d.lgs. n. 163/2006 perché sottratte alla sua sfera di applicazione, non pare che possa uscirsì dalla seguente alternativa:

a) le dette clausole devono ritenersi tuttora valide ed efficaci, con conseguente erroneità del lodo del 14 dicembre 2018 emesso dal

Collegio di Arbitra Camera, peraltro mai impugnato;

b) ovvero le dette clausole, in quanto venute oggi all'attenzione del Collegio arbitrale insediato presso la Camera Arbitrale dell'ANAC, devono essere vagliate alla luce della disciplina sull'arbitrato attualmente vigente in materia di contratti pubblici, che, come appena argomentato, conduce necessariamente alla declaratoria di nullità o, quantomeno, di inefficacia sopravvenuta delle medesime clausole.

Conclusivamente, quale che sia la soluzione prescelta, resta in ogni caso esclusa la competenza di questo Collegio a dirimere la controversia sottoposta alla sua attenzione».



In ragione di quanto sopra, il Collegio giudica a maggioranza la clausola arbitrale espressa all'art. 16 della Convenzione di gestione sottoscritta il 7 agosto 2015 (ma analoga conclusione va tratta in riferimento alla clausola arbitrale dell'art. 10, del contratto di locazione dell'immobile di Via E. Bossi, n. 16), valida ed efficace.

2.3. Sempre in via preliminare, e per quanto occorrer possa, appare non fondata l'eccezione di giudicato mossa da Servizi Dragona per contrastare l'invalidità della clausola arbitrale invocata da Farmacap in riferimento al lodo emesso dal Collegio costituito presso Arbitra Camera il 14 dicembre 2014.

Innanzitutto va rilevato come nella parte dispositiva del detto lodo, in coerenza con gli argomenti svolti nell'ampia parte motiva – e contrariamente a quanto eccepito da Servizi Dragona – il Collegio ha dichiarato l'inefficacia di tutta la clausola arbitrale e non soltanto nella parte in cui afferma la

competenza di Arbitra Camera: “*dichiara che per le clausole compromissorie (contenute nella convenzione di gestione e nel contratto di locazione, stipulati il 7.8.2015, e poste a base del presente giudizio arbitrale), è venuta meno – a seguito della sopravvenuta applicabilità dell’art. 209 del d. lgs. n. 50/2016 – l’efficacia; e che, a seguito dell’entrata in vigore del medesimo art. 209, le controversie in materia di arbitrati pubblici sono riservate alla competenza della Camera arbitrale presso l’ANAC, con conseguente carenza di competenza di questo Collegio Arbitrale a decidere la controversia in questione alla stregua del procedimento di Arbitra Camera, previsto nelle medesime clausole arbitrali*”.

Precisato ciò, non è ravvisabile nessuna forma di pregiudizialità da giudicato esterno nascente da quel lodo per il semplice motivo che ogni Collegio è tenuto a delibare preliminarmente la propria competenza in riferimento alla legge ed alla clausola arbitrale a norma dell’art. 817, primo comma, c.p.c., non potendo restare condizionato sul punto da un lodo assunto da un altro Collegio che, peraltro, si è dichiarato del tutto privo di competenza in riferimento allo specifico rapporto contrattuale.

Infatti, le statuizioni di carattere processuale (come quelle relative alla natura e ai limiti della *potestas iudicandi* attribuita agli arbitri) producono effetti limitatamente al rapporto processuale nel quale sono state emanate, perché viene in rilievo la regola generale di cui all’art. 817 c.p.c. (principio di *kompetenz-komptenz*) secondo cui ciascun giudice è giudice della propria competenza.

I superiori principi trovano conferma nella giurisprudenza della suprema Corte, secondo la quale solo nel caso in cui il giudice affermi la

propria giurisdizione, la decisione sulla validità della clausola compromissoria ha efficacia di giudicato: *“la sentenza dichiarativa dell'improponibilità della domanda, perché devoluta alla cognizione degli arbitri, non vincola questi ultimi quanto alla giuridica esistenza ed alla validità della clausola compromissoria, spettando ad essi di verificare la regolarità della loro investitura ad opera dei contraenti; ne consegue che il giudicato derivante dall'omessa impugnazione di quella statuizione è meramente formale, preclusivo della riproposizione della medesima questione davanti al giudice dello stesso processo, ma non in un diverso giudizio promosso dalle parti dinanzi ad altra autorità giudiziaria, né spiega efficacia vincolante nel successivo procedimento arbitrale, che non è la prosecuzione di quello originariamente instaurato, ma costituisce una definizione negoziale della lite, la cui previsione comporta l'improponibilità suddetta per effetto della rinuncia delle parti alla giurisdizione”* (Cass. civ., sez. I, 08-10-2014, n. 21213); *“in tema di efficacia di giudicato esterno del lodo arbitrale, la forza del giudicato sostanziale assiste soltanto le pronunzie giurisdizionali a contenuto decisorio di merito, vale a dire quelle che statuiscono in ordine all'esistenza delle posizioni soggettive tutelate e dedotte in giudizio, ma non assiste le statuizioni di carattere processuale, attinenti cioè alla costituzione del giudice, o alla determinazione dei suoi poteri, ovvero allo svolgimento del processo, decisioni che producono effetti limitati al rapporto processuale nel quale sono emanate; pertanto, la decisione circa la natura ed i limiti della potestas iudicandi attribuita agli arbitri, appartenendo alle statuizioni di carattere processuale, non spiega alcuna efficacia esterna con riguardo ad un successivo giudizio, neppure se vertente*

tra le stesse parti e concernente il medesimo rapporto sostanziale” (Cass. civ., sez. I, 07-09-2017, n. 20899); “la sentenza che declina la propria competenza trattandosi di controversia devoluta ad arbitri non contiene alcun accertamento vincolante in ordine alla giuridica esistenza e alla validità della clausola compromissoria, essendo rimessa agli arbitri la verifica della regolarità della loro investitura ad opera dei contraenti” (Cass. civ. Sez. I Sent., 08/06/2007, n. 13508).

2.4. Farmacap ha, infine, eccepito il difetto di competenza di questo Collegio perché alcune domande avrebbero ad oggetto (anche) il risarcimento dei danni asseritamente subiti da Servizi Dragona a causa dell’annullamento della convenzione di gestione intercorrente tra Farmacap e Roma Capitale del 21 agosto 2015 rispetto alla quale, nella ricostruzione proposta, la Servizi Dragona potrebbe vantare solo una posizione di interesse legittimo, come tale azionabile esclusivamente dinanzi al g.a. secondo la previsione degli artt. 7, comma 4, 12 e 30 c.p.a.

Anche questa eccezione non coglie nel segno. Servizi Dragona, infatti, nel presente procedimento invoca il risarcimento dei danni direttamente conseguenti al mancato adempimento – secondo la ricostruzione di parte istante – degli obblighi nascenti dalla Convenzione di gestione del 7 agosto 2015, avente natura sicuramente contrattuale e, quindi, generatrice di rapporti obbligatori, come tali estranei all’ambito della giurisdizione esclusiva del g.a. a norma degli artt. 7, comma 4, 12 e 30 c.p.a.

Le vicende a seguito delle quali Farmacap si sarebbe resa inadempiente dei propri obblighi – tra le quali andrebbe annoverato l’annullamento della convenzione tra questa e il Comune di Roma – non

condizionano la competenza arbitrale, venendo qui in giudizio soltanto le obbligazioni sinallagmatiche generate direttamente dalla richiamata Convenzione di gestione del 7 agosto 2015 e del connesso contratto di locazione e le loro eventuali violazioni.

Pertanto, le domande svolte da Servizi Dragona nel presente giudizio restano ricomprese nel perimetro di competenza di questo Collegio arbitrale.

Quanto sopra premesso e ritenuto,

il Collegio arbitrale

pronunciando in via non definitiva, a maggioranza:

1) dichiara valida ed efficace la clausola arbitrale espressa all'art. 16 della Convenzione di gestione sottoscritta il 7 agosto 2015 nonché le clausole arbitrali contenute nell'art. 10 dei contratti di locazione stipulati lo stesso 7 agosto 2015 e, pertanto dichiara la propria competenza a decidere sulle domande e le eccezioni svolte dalle parti; e, all'unanimità

2) Rigetta la eccezione di difetto di competenza del Collegio arbitrale in relazione alle contestazioni che le parti istanti muovono in merito all'annullamento della convenzione di gestione intercorrente tra Farmacap e Roma Capitale del 21 agosto 2015;

3) dispone la prosecuzione del giudizio come da separata ordinanza.

4) riserva al definitivo per le spese;

5) dispone la comunicazione alle parti a cura del Segretario del Collegio.

Così deciso in Messina e Roma e in conferenza telematica degli arbitri in data 19 novembre 2020, 26 novembre 2020, 3 dicembre 2020 e 15 dicembre 2020.

Messina-Roma, nelle date delle sottoscrizioni.

