



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

Delibera n. 228 del 2 Marzo 2016

OGGETTO: Richiesta di parere presentata dai componenti, nominati dalle parti interessate, della Commissione di accordo bonario per le riserve nel rapporto di appalto tra Autostrada Pedemontana Lombarda e ATI Strabag AG – Affidamento della progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori concernenti le Tratte B1, B2, C e D e opere di compensazione del Collegamento autostradale Dalmine-Como-Varese-Valico del Gaggiolo ed opere connesse – Interpretazione degli artt. 240, commi 8 e 9bis e 241, commi 5 e 6 del d.lgs. 163/2006.

AG 10/2016/AP

Accordo bonario – nomina terzo componente della Commissione con funzione di Presidente – incompatibilità – arbitrato

La valutazione della sussistenza di cause di incompatibilità in capo al soggetto che i componenti della Commissione di accordo bonario già nominati hanno concordato di nominare quale terzo componente con funzioni di Presidente deve essere svolta avendo riguardo a due distinte tipologie di cause di incompatibilità: le cause di incompatibilità generali, comuni a tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, per le quali l'art. 240, comma 8 rinvia all'art. 241, comma 6, assimilando i componenti di detta commissione agli arbitri, e la causa di incompatibilità speciale, specificamente prevista per il terzo componente che assume la funzione di Presidente della Commissione di accordo bonario, per la quale l'art. 240, comma 9bis rinvia all'art. 241, comma 5, assimilando il terzo componente al Presidente del collegio arbitrale.

Le ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, cui rinvia l'art. 240 comma 8 del Codice medesimo, comuni a tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, compreso il terzo componente con funzioni di Presidente, riguardano condizioni in cui può trovarsi il soggetto da nominare che determinano l'impossibilità di essere nominato al fine di scongiurare il conflitto di interessi e comprendono i casi in cui il soggetto da nominare abbia compilato il progetto o diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi e le forniture a cui si riferiscono le controversie, nonché i casi in cui detto soggetto abbia espresso un parere sul progetto o un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie "in qualsiasi modo", quindi anche al di fuori di un collegio arbitrale o di una commissione di accordo bonario.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

L'interpretazione dell'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, cui rinvia l'art. 240, comma 9bis del Codice stesso, porta ad affermare che la causa di incompatibilità speciale ivi specificamente prevista per il terzo componente con funzione di Presidente della Commissione di accordo bonario, aggiuntiva rispetto alle cause di incompatibilità generali, comuni a tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, sussiste solo se i componenti della Commissione di accordo bonario già nominati hanno concordato di nominare quale terzo componente con funzioni di Presidente un soggetto che ha esercitato nell'ultimo triennio le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006.

Artt. 240, commi 8 e 9bis e 241, commi 5 e 6 d.lgs. 163/2006

Il Consiglio

Visto il decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i.;

Visto l'appunto dell'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici;

Considerato in fatto

Con nota acquisita al prot. n. 167948 del 10 dicembre 2015, l'Ufficio Vigilanza Lavori, in applicazione dell'art. 8, comma 1, lettera a) del "Regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi nel settore dei contratti pubblici", ha trasmesso all'Ufficio Precontenzioso e Affari Giuridici la richiesta di parere in oggetto, pervenuta al protocollo di questa Autorità n. 149054 del 9 novembre 2015 e inerente l'interpretazione delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici indicate in epigrafe.

Nello specifico i richiedenti, avv. Aldo Linguati e avv. Fabrizio Pollari Maglietta, nominati dalle parti interessate componenti della Commissione di accordo bonario di cui all'art. 240 del d.lgs. n. 163/2006 per la formulazione della proposta di definizione delle riserve avanzate nel corso dell'esecuzione del rapporto di appalto in oggetto, hanno rappresentato di aver raggiunto l'accordo per nominare quale terzo componente un soggetto dotato di specifica ed alta competenza in materia, che non ha svolto nel triennio precedente né funzioni di arbitro in collegi arbitrali, né funzioni di difensore in giudizi arbitrali, né funzioni di componente di commissioni di bonario componimento nominato dalle parti. Detto



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

soggetto, peraltro, ha svolto le funzioni di Presidente di collegi arbitrali per controversie nelle quali non erano, tuttavia, interessate le parti dell'appalto in questione.

Ad avviso dei richiedenti il soggetto così individuato non ricade nelle ipotesi di incompatibilità dettate dall'art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006 con riferimento ai collegi arbitrali, espressamente estese alle procedure di bonario componimento dall'art. 240, comma 8 del Codice medesimo, e neppure rientra nelle ipotesi disciplinate dall'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, espressamente richiamate dall'art. 240, comma 9bis con riguardo ai requisiti che deve possedere, ai fini della nomina, il terzo componente che assume la funzione di Presidente della Commissione di accordo bonario.

Con specifico riferimento a quest'ultimo profilo, i richiedenti hanno osservato che *“solo se la scelta del terzo componente – da assimilare al Presidente del collegio arbitrale – cadesse su un soggetto che avesse esercitato nel triennio precedente le funzioni di arbitro di parte – da assimilare al componente di collegio arbitrale – ovvero di difensore in giudizi arbitrali potrebbe determinarsi la nullità della proposta di definizione delle riserve cui la Commissione pervenisse – da assimilare al lodo arbitrale”*.

Sulla correttezza dell'interpretazione sopra richiamata, si chiede all'Autorità di esprimere il proprio avviso, tenendo conto dell'accordo raggiunto dalle parti sull'individuazione del terzo componente e dell'esigenza che la procedura di bonario componimento sia svolta in tempi rapidi.

Ritenuto in diritto

Al fine di rendere il richiesto parere, si richiama preliminarmente il quadro normativo di riferimento per la fattispecie in esame.

La composizione della Commissione costituita per la formulazione della proposta motivata di accordo bonario, volta a definire le riserve avanzate nel corso dell'esecuzione degli appalti e delle concessioni, nonché i criteri di scelta dei suoi componenti sono disciplinati dall'art. 240, commi 8, 9 e 9bis del d.lgs. n. 163/2006.

In particolare, le citate disposizioni stabiliscono che *“ 8. La commissione è formata da tre componenti aventi competenza specifica in relazione all'oggetto del contratto, per i quali non ricorra una causa di astensione ai sensi dell'articolo 51 codice di procedura civile o una incompatibilità ai sensi dell'articolo 241, comma 6, nominati, rispettivamente, uno dal responsabile del procedimento, uno dal soggetto che ha formulato le riserve, e il terzo, di comune accordo, dai componenti già nominati, contestualmente all'accettazione congiunta del relativo incarico, entro dieci giorni dalla nomina. Il responsabile del procedimento designa il componente di propria competenza nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore o di altra pubblica amministrazione in caso di carenza dell'organico. 9. In caso di mancato accordo entro il termine di dieci giorni dalla nomina, alla nomina del terzo componente provvede, su istanza della parte più diligente, il presidente del tribunale del luogo dove è stato stipulato il*



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

contratto. 9-bis. Il terzo componente assume le funzioni di presidente della commissione ed è nominato, in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali in possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale”.

Come si evince dal tenore letterale delle richiamate disposizioni, il legislatore rinvia espressamente all'art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006 per quanto riguarda le cause di incompatibilità di tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, compreso il terzo componente con funzioni di Presidente, assimilati sotto tale profilo agli arbitri, e rinvia altresì all'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006 per ciò che concerne i requisiti richiesti per la nomina del terzo componente con funzioni di Presidente, assimilato per tale aspetto al Presidente del collegio arbitrale.

Da ciò discende che la valutazione della sussistenza di cause di incompatibilità in capo al soggetto che i componenti della Commissione di accordo bonario già nominati hanno concordato di nominare quale terzo componente con funzioni di Presidente deve essere svolta avendo riguardo a due distinte tipologie di cause di incompatibilità: le cause di incompatibilità generali, comuni a tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, per le quali l'art. 240, comma 8 rinvia all'art. 241, comma 6, assimilando i componenti di detta commissione agli arbitri, e la causa di incompatibilità speciale, specificamente prevista per il terzo componente che assume la funzione di Presidente della Commissione di accordo bonario, per la quale l'art. 240, comma 9bis rinvia all'art. 241, comma 5, assimilando il terzo componente al Presidente del collegio arbitrale.

Iniziando dalla prima tipologia di cause di incompatibilità, si deve rilevare che l'art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006 stabilisce che “6. In aggiunta ai casi di ricsuzione degli arbitri previsti dall'articolo 815 del codice di procedura civile, non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse, anche ai sensi dell'articolo 240”.

Dal dato testuale della citata disposizione si evince chiaramente che le ipotesi di incompatibilità ivi previste riguardano condizioni in cui può trovarsi il soggetto da nominare che determinano l'impossibilità di essere nominato al fine di scongiurare il conflitto di interessi. Si tratta di una serie di condizioni decisamente più ampie di quelle considerate e rappresentate nella richiesta di parere in esame, nella quale si riferisce che il soggetto che i componenti già nominati della Commissione di accordo bonario hanno concordato di nominare quale terzo componente con funzione di Presidente “non ha svolto nel triennio precedente né funzioni di arbitro in collegi arbitrali, né funzioni di difensore in giudizi arbitrali, né funzioni di componente di commissioni di bonario componimento nominato dalle parti. Detto soggetto,



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

peraltro, ha svolto le funzioni di Presidente di collegi arbitrali per controversie nelle quali non erano, tuttavia, interessate le parti dell'appalto in questione”.

Le ipotesi di incompatibilità contemplate dal predetto art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, comprendono, infatti, anche i casi in cui il soggetto da nominare abbia compilato il progetto o diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi e le forniture a cui si riferiscono le controversie, nonché i casi in cui detto soggetto abbia espresso un parere sul progetto o un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie *“in qualsiasi modo”*, quindi anche al di fuori di un collegio arbitrale o di una commissione di accordo bonario, unici ambiti di operatività del soggetto da nominare considerati nella richiesta di parere in esame per escludere l'esistenza di incompatibilità in capo al soggetto medesimo.

Peraltro, il concreto verificarsi delle suddette ipotesi di incompatibilità anche al di fuori dello svolgimento di funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali o di componente di commissioni di accordo bonario è ben possibile, tenuto conto che la scelta del terzo componente che assume la funzione di Presidente deve avvenire, ai sensi del citato art. 240, comma 9bis del d.lgs. n. 163/2006, *“in ogni caso, tra i magistrati amministrativi o contabili, tra gli avvocati dello Stato o i componenti del Consiglio superiore dei lavori pubblici, tra i dirigenti di prima fascia delle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, che abbiano svolto le funzioni dirigenziali per almeno cinque anni, ovvero tra avvocati e tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria ed architettura, iscritti ai rispettivi ordini professionali in possesso dei requisiti richiesti dall'articolo 241, comma 5, per la nomina a presidente del collegio arbitrale”.*

Infatti, tutte le predette categorie di soggetti potenzialmente nominabili Presidente della Commissione di accordo bonario ben potrebbero aver espresso un parere sul progetto o un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie nell'esercizio delle loro funzioni istituzionali o attività libero-professionali e perciò stesso risultare incompatibili, se nominati, ai sensi del citato art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, richiamato dall'art. 240 comma 8 del Codice medesimo per tutti i componenti della Commissione compreso il Presidente, anche se, avendo reso l'ipotetico parere al di fuori dello svolgimento, nell'ultimo triennio, delle funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali, non sussisterebbe la causa di incompatibilità speciale, aggiuntiva e di più circoscritto ambito applicativo, prevista dall'art. 240, comma 9bis, in forza del rinvio all'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, per il solo terzo componente con funzioni di Presidente.

Si può pertanto rilevare, con riguardo alle cause di incompatibilità generali esaminate, che l'interpretazione dell'art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, cui rinvia il citato art. 240, comma 8 del Codice medesimo al fine di disciplinare le cause di incompatibilità di tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, compreso il terzo componente con funzioni di Presidente, induce a ritenere necessaria, nel caso di specie, una rivalutazione della sussistenza delle suddette cause di



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

incompatibilità in capo al soggetto che i componenti già nominati della Commissione hanno concordato di nominare quale terzo componente con funzione di Presidente, affinché si tenga effettivamente conto di tutte le ipotesi di incompatibilità previste dal citato art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, sopra esplicitate.

Passando ad esaminare la causa di incompatibilità speciale, specificamente prevista per il terzo componente che assume la funzione di Presidente della Commissione di accordo bonario, per la quale l'art. 240, comma 9bis del d.lgs. n. 163/2006 rinvia all'art. 241, comma 5 del Codice stesso, assimilando il terzo componente al Presidente del collegio arbitrale, si osserva quanto segue.

Ai sensi dell'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006 "Il Presidente del collegio arbitrale è scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce, muniti di precipui requisiti di indipendenza, e comunque tra coloro che nell'ultimo triennio non hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico. La nomina del presidente del collegio effettuata in violazione del presente articolo determina la nullità del lodo ai sensi dell'articolo 829, primo comma, n. 3, del codice di procedura civile".

Dal tenore letterale della citata disposizione si evince, assimilando il terzo componente con funzioni di Presidente della Commissione di accordo bonario al Presidente del collegio arbitrale, che al suddetto terzo componente è richiesto il possesso di precipui requisiti di indipendenza, tanto da ritenere requisito indefettibile quello di non aver esercitato nell'ultimo triennio le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006, ossia giudizi arbitrali afferenti all'esecuzione di contratti pubblici, anche se l'arbitrato precedente sia stato relativo a parti diverse.

Unica deroga ammessa è per i difensori che facciano parte dell'Avvocatura dello Stato o di un ente locale o, comunque, per gli avvocati dipendenti pubblici, qualora la difesa nei giudizi arbitrali costituisca adempimento di doveri d'ufficio.

La sussistenza della suddetta causa di incompatibilità speciale comporta, per ciò solo, la nullità insanabile della proposta di definizione delle riserve, cui la Commissione di accordo bonario pervenisse, da assimilare al lodo arbitrale.

Applicando tale disposizione al caso di specie si può concludere nel senso che l'interpretazione dell'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, cui rinvia il citato art. 240, comma 9bis del Codice, porta ad affermare che la causa di incompatibilità speciale ivi specificamente prevista per il terzo componente con funzione di Presidente della Commissione di accordo bonario, aggiuntiva rispetto alle cause di incompatibilità generali comuni a tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, sussiste solo se i componenti della Commissione di accordo bonario già nominati concordano di nominare



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

quale terzo componente con funzioni di Presidente un soggetto che ha esercitato nell'ultimo triennio le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006. Nel caso di specie, invece, i componenti della Commissione di accordo bonario già nominati hanno precisato nella richiesta di parere che il soggetto che si intende nominare Presidente della Commissione non ha svolto nel triennio precedente le funzioni di arbitro o di difensore in giudizi arbitrali. Né rileva, ai fini dell'applicazione dell'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, il fatto che detto soggetto non ha svolto funzioni di componente di commissioni di bonario componimento nominato dalle parti e che ha svolto le funzioni di Presidente di collegi arbitrali per controversie nelle quali non erano interessate le parti dell'appalto in questione, trattandosi di condizioni non contemplate dalla norma medesima come cause di incompatibilità.

Il Consiglio

ritiene, nei limiti di cui in motivazione, che:

- l'interpretazione dell'art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, cui rinvia l'art. 240, comma 8 del Codice medesimo al fine di disciplinare le cause di incompatibilità di tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, compreso il terzo componente con funzioni di Presidente, induce a ritenere necessaria, nel caso di specie, una rivalutazione della sussistenza delle suddette cause di incompatibilità in capo al soggetto che i componenti già nominati della Commissione hanno concordato di nominare quale terzo componente con funzione di Presidente, affinché si tenga effettivamente conto di tutte le ipotesi di incompatibilità previste dal citato art. 241, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006, esplicitate in motivazione;
- l'interpretazione dell'art. 241, comma 5 del d.lgs. n. 163/2006, cui rinvia l'art. 240, comma 9bis del Codice, porta ad affermare che la causa di incompatibilità speciale ivi specificamente prevista per il terzo componente con funzione di Presidente della Commissione di accordo bonario, aggiuntiva rispetto alle cause di incompatibilità generali comuni a tutti i componenti della Commissione di accordo bonario, sussiste solo se i componenti della Commissione di accordo bonario già nominati concordano di nominare quale terzo componente con funzioni di Presidente un soggetto che ha esercitato nell'ultimo



Autorità Nazionale Anticorruzione

Presidente

triennio le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dall'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006.

Il Presidente

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 10 marzo 2016

Il Segretario, Maria Esposito