**N. 02/23 Ruolo
Giudizi arbitrali**

*Camera Arbitrale
presso Autorità Nazionale Anticorruzione*

IL COLLEGIO ARBITRALE

composto dai signori

prof. avv. **Giuseppe della Pietra**

terzo arbitro con funzioni di presidente del Collegio Arbitrale

prof. avv. **Guido Greco**

componente, designato da Asolo Hospital Service s.p.a.

avv. **Giovanni Sala**

componente, designato dall'Azienda ULSS n. 2 Marca Trevigiana

con sede (fissata *ex lege* e, in ogni caso, nel verbale di costituzione del Collegio arbitrale 8.6.2023) in Roma, via M. Minghetti 10, presso la Camera Arbitrale presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, riunito in conferenza personale telematica di tutti gli arbitri il 23.10.2023 nella *virtual room* della Camera Arbitrale, al link https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403, ha pronunciato il seguente

LODO DEFINITIVO

nel procedimento arbitrale R.G.A. 02/23

TRA

ASOLO HOSPITAL SERVICE s.p.a., con sede in (31033) Castelfranco Veneto (TV), via dei Carpani, n. 16/Z, Cod. Fisc., P. IVA e Iscrizione al Registro delle Imprese di Treviso - Belluno n. 03896890260, in persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante dott.

Giulio Parolari rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Modenesi (Cod. Fisc. MDNSFN70R10F205F - Pec. *stefano.modenesi@milano.pecavvocati.it*), Giorgia Romitelli (Cod. Fisc. RMTGRG68B45E098X - Pec. *giorgia.romitelli@pec.dlapipersecure.it*) Nicola Naccari (Cod. Fisc. NCCNCL76C30C638X - Pec. *nicola.naccari@milano.pecavvocati.it*), e Marco Annoni (Cod. Fisc. NNNMRC55D11H501R - Pec. *marcoannoni@ordineavvocatiroma.org*), presso il cui studio "DLA Piper Studio Legale Tributario Associato" in (20123) Milano, via della Posta n. 7 è elettivamente domiciliata

parte istante

E

l'AZIENDA ULSS n. 2 MARCA TREVIGIANA (C.F. 03084880263), con sede legale in 31100 Treviso Via Sant' Ambrogio di Fiera n. 37, in persona del Direttore Generale e legale rappresentante dott. Francesco Benazzi (C.F. BNZFN56C02L407Z), rappresentata e difesa dall'avv. Diego Signor (C.F. SGNDGI74L06A471Q - fax 0438/402221 - Pec: *diegosignor@pec.ordineavvocatitrevise.it*, presso il cui studio in Treviso, viale Monte Grappa 45 è elettivamente domiciliata

parte resistente

IN RELAZIONE

alla controversia insorta relativamente all'esecuzione della "Convenzione per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione dei servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna", rep. n. 810 del 15 settembre 2014

IN VIRTÙ

della clausola compromissoria recata dall'art. 43, commi da 4 a 8, della Convenzione, che testualmente recita:

“Tutte le controversie derivanti dall’esecuzione della presente Convenzione, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell’accordo bonario di cui al 1° c., saranno deferite alla cognizione di un collegio di tre Arbitri rituali, di cui il primo nominato dalla parte attrice e il secondo dalla parte convenuta, entro 30 giorni dalla comunicazione di nomina del primo arbitro, ed il terzo, con funzioni di Presidente, di comune accordo tra gli arbitri nominati dalle parti o, in caso di disaccordo, dal Presidente del Tribunale Civile di Treviso.

5. Il Collegio arbitrale giudicherà, entro 90 giorni dalla costituzione del Collegio, secondo diritto rispettando in ogni caso le regole del contraddittorio e le norme del codice di procedura civile in materia di arbitrato.

6. Prima di adire il Collegio arbitrale, il Concessionario dovrà comunque notificare motivata domanda al Concedente, il quale dovrà provvedere in merito nel termine di 30 giorni dalla ricevuta comunicazione.

7. Qualora la questione oggetto della controversia comporti più approfonditi accertamenti il Concedente avrà diritto di prorogare il ridetto termine, dandone comunicazione al Concessionario prima della scadenza del medesimo, per ulteriori 60 giorni.

8. Il Concessionario non potrà adire il Collegio arbitrale prima che il Concedente abbia comunicato la propria adesione o sia decorso il termine per provvedervi”.

CONSIDERATO

che l’arbitrato ha natura rituale, il procedimento è soggetto alla legge italiana, in particolare a quella relativa agli arbitrati presso ANAC, e la decisione è stata presa secondo diritto

IL COLLEGIO EMETTE

il seguente lodo arbitrale, il cui dispositivo è stato deliberato il 3.10.2023 con la partecipazione di tutti gli arbitri in video-conferenza nella *virtual room* della Camera Arbitrale

SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO

1.1. Il 15.9.2014 l’allora Azienda ULSS n. 8 della Regione Veneto e Asolo Hospital Service s.p.a. stipularono Convenzione di concessione “*per l’affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione dei servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna*”.

Evocando la clausola compromissoria di cui all'art. 43, commi da 4 a 8, della Convenzione, riprodotta in epigrafe, in data 31.10.2022 Asolo Hospital Service S.p.a. (di seguito, per brevità, "Asolo Hospital") ha notificato atto di nomina di arbitro all'Azienda ULSS n. 2 "Marca Trevigiana" (di seguito, per brevità, "Azienda ULSS"), subentrata nel tempo all'Azienda ULSS originaria firmataria. Con quest'atto, esposto il contenuto dell'articolo 29 della predetta Convenzione avente ad oggetto "Canone per prestazioni di servizi non sanitari", ha chiesto la condanna dell'Azienda ULSS - in riferimento alle previsioni di detto articolo, nonché per effetto di costi aggiuntivi che ha asserito essere stati quantificati dall'azienda sanitaria concedente con una deliberazione del 2010 - al pagamento, in favore di Asolo Hospital, per gli anni dal 2013 al 2021, dell'importo complessivo di Euro 6.492.030,68, oltre a interessi e rivalutazione monetaria, nonché alla rifusione delle spese del procedimento.

1.2. In data 31.11.2022 l'Azienda ULSS, nel nominare come proprio arbitro l'avv. Giovanni Sala, ha eccepito preliminarmente l'inefficacia della clausola arbitrale di cui all'articolo 43 della Convenzione, da un lato in quanto Asolo Hospital non avrebbe rispettato quanto previsto nel medesimo articolo 43 - e cioè che il concessionario avrebbe dovuto, prima di adire il Collegio arbitrale, notificare motivata domanda al concedente, sulla quale il medesimo concedente avrebbe dovuto pronunciarsi entro 30 giorni (a certe condizioni prorogabili) - dall'altro in applicazione dell'articolo 241 del Dl. Lgs 163/2006, così come modificato dall'art. 1, comma 19, della L. 190/2012 (norma assunta come applicabile *ratione temporis*).

Nel merito, l'Azienda ULSS ha respinto come infondate le pretese di Asolo Hospital (contestando tra l'altro la debenza del ristoro di costi aggiuntivi ulteriori rispetto a quanto previsto dall'art. 29 della Convenzione), e anzi

assumendo di aver versato alla concessionaria, negli anni di riferimento, importi in eccesso per complessivi euro 6.541.904,00, per il cui pagamento ha chiesto in via riconvenzionale la condanna di Asolo Hospital, il tutto maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria, nonché condanna al pagamento delle spese del giudizio.

1.3. Dopo la rinuncia dell'avv. Marco Annoni, originariamente indicato da Asolo Hospital come proprio arbitro, e la designazione in sostituzione del prof. avv. Guido Greco, il Consiglio della Camera Arbitrale, nella seduta del 19.4.2023, ha nominato il Collegio arbitrale nelle persone elencate in epigrafe. Resa dagli arbitri la dichiarazione di cui all'art. 813, 1° co., c.p.c., prima con atto separato indirizzato alla Camera Arbitrale e poi nel verbale di costituzione del Collegio arbitrale 8.6.2023, con lo stesso verbale gli arbitri hanno accettato la nomina e assegnato alle parti primo termine fino al 15.7.2023 per precisazione dei quesiti, deposito di memorie difensive e documenti, nonché eventuali istanze istruttorie, e un secondo termine fino al 15.9.2023 per memorie di replica, eventuali ulteriori documenti e eventuali richieste di prova contraria, disponendo la comparizione delle parti per la riunione del 27.9.2023, con la precisazione che in tale riunione, impregiudicata ogni questione processuale e sostanziale sollevata dalle parti o rilevabile d'ufficio, sarebbe stato esperito il tentativo di conciliazione e, ove non riuscito, si sarebbe proceduto alla discussione.

1.4. Con memoria trasmessa in data 14.7.2023 Asolo Hospital ha replicato in primo luogo alle eccezioni pregiudiziali sollevate dall'Azienda ULSS. Ha contestato l'applicabilità al caso *del quo* dell'art. 1, comma 19, della L. 190/2012, assumendo che tale previsione è stata *medio tempore* abrogata dal D.Lgs 50/2016, disciplina che dunque costituirebbe *ratione temporis* parametro di riferimento ai fini della valutazione di efficacia della clausola compromissoria. Tale efficacia, ha soggiunto, riuscirebbe confermata

anche da numerosi lodi, alcuni dei quali resi da collegi arbitrali costituiti presso l'ANAC.

Ha inoltre respinto la contestazione di non aver notificato motivata domanda prima dell'instaurazione del giudizio arbitrale, assumendo di avere richiesto più volte, a partire dal 2014, e con una lunga corrispondenza successiva, la corretta definizione del canone di cui all'articolo 29 della Convenzione.

1.4.1. In relazione alla domanda riconvenzionale avanzata dall'Azienda ULSS, Asolo Hospital ha contestato i presupposti da cui essa ha preso le mosse, a partire dall'affermazione dell'Azienda sanitaria che il canone annuo da corrispondere al concessionario sia stato riconosciuto dalla medesima in misura molto superiore a quanto indicato nell'articolo 29 della Convenzione.

1.4.2. Da ultimo, con la predetta memoria, Asolo Hospital ha aggiornato il conteggio della propria originaria pretesa creditoria, sommandovi il valore maturato per l'anno 2022, per un ammontare complessivo che assomma dunque a euro 10.338.031,48.

1.4.3. Nella stessa memoria, e con separato atto trasmesso sempre il 14.7.2023, Asolo Hospital così ha precisato i quesiti posti al Collegio arbitrale:

"In via preliminare/pregiudiziale

Quesito n. 1

Accertare e dichiarare, per le ragioni esposte da Asolo Hospital Service S.p.A. nella propria memoria con scadenza del 15 luglio 2023 e in quelle successive, la validità ed efficacia della clausola compromissoria di cui all'Art. 43 della Convenzione di concessione *"per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione dei servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna"* sottoscritta in data 15 settembre 2014, rep. n. 810, e per l'effetto dichiarare la propria giurisdizione e/o competenza e ammissibilità delle domande azionate da Asolo Hospital Service S.p.A.

Nel merito

Quesito n. 2

Verificata la correttezza della determinazione della percentuale fissa del 28,496% prevista espressamente dall'Art. 29, comma 5 della Convenzione, condannare l'Unità Locale Socio Sanitaria n. 2 "Marca Trevigiana" al pagamento, in favore di Asolo Hospital Service S.p.A. dell'importo complessivo pari ad **Euro 10.338.031,48**, per i canoni di concessione e i costi aggiuntivi, relativamente agli anni 2013-2022, il tutto oltre ad interessi e rivalutazione monetaria;

Quesito n. 3

Accertata e dichiarata l'erroneità del presupposto della domanda riconvenzionale dell'Unità Locale Socio Sanitaria n. 2 "Marca Trevigiana" nella parte in cui sostiene che vi sia stata una *"revisione del Canone su base 2000 ("canone di Concessione su base anno 2000") da € 29.140.000,00 (quale originariamente indicato nella Convenzione) ad un importo complessivo annuo di € 35.935.145,00 IVA compresa"*, rigetti integralmente la stessa.

Quesito n. 4

Condanni Unità Locale Socio Sanitaria n. 2 "Marca Trevigiana", alla rifusione in favore di Asolo Hospital Service S.p.A. di spese, competenze ed onorari del presente procedimento, ivi incluso il compenso spettante al Collegio".

1.6. Con memoria trasmessa il 14.7.2023 l'Azienda ULSS ha preliminarmente eccepito la prescrizione delle pretese creditorie vantate da Asolo Hospital in relazione agli esercizi 2013, 2014, 2015, 2016, 2017.

1.6.1. Di seguito ha confermato le eccezioni preliminari precedentemente svolte; in particolare, quanto all'eccezione di inefficacia della clausola arbitrale basata sull'applicazione dell'art. 1, comma 19, della L. 190/2012, ha rimarcato come la fondatezza della medesima si desumerebbe dalle pronunce della Corte Costituzionale nn. 108/2015 e 58/2019 e della Corte di Cassazione nn. 24641/2020 e 16143/2022.

1.6.2. Ancora di seguito, dopo avere richiamato l'origine e lo sviluppo del procedimento di *project financing* che ha visto dapprima nel ruolo di promotore la compagine che ha dato in seguito vita ad Asolo Hospital, e poi la medesima Asolo Hospital nel ruolo di concessionaria, l'Azienda ULSS ha descritto il contenuto della Convenzione e in particolare i meccanismi di remunerazione delle obbligazioni assunte dal concessionario (da rinvenirsi in particolare nel combinato disposto degli

articoli 26 e 29 della Convenzione). L'Azienda ULSS ha di seguito esposto le vicende della Convenzione, dalla sua sottoscrizione in data 15.9.2004 agli atti aggiuntivi del 2005 e del 2007, quest'ultimo contenente rilevanti modifiche all'articolo 29 in relazione agli accordi finalizzati al completamento del c.d. "corpo quintuplo", con conseguente modifica anche della tempistica della c.d. "fase transitoria".

L'Azienda ULSS ha poi rappresentato quelli che, a suo dire, sono gli importi da riconoscersi al concessionario negli anni 2013 - 2021, calcolati in base ai fatturati annui aziendali complessivi e alle diverse percentuali di fatturato di anno in anno ritenute applicabili, indicando altresì, alla luce delle fatture effettivamente pagate ad Asolo Hospital nel periodo di riferimento, la somma che ritiene di avere corrisposto in eccesso alla medesima concessionaria, precisandola in euro 6.541.904,00.

1.6.3. Nella stessa memoria, e con separato atto trasmesso sempre il 14.7.2023, l'Azienda ULSS ha così precisato i proprio quesiti:

"Quesito n. 1

(in via preliminare-pregiudiziale)

Dica l'Ecc.mo Collegio Arbitrale se, in considerazione delle ragioni esplicitate dalla deducente Azienda nel proprio atto di nomina di arbitro in data 30 novembre 2022 e per le ulteriori ragioni sviluppate nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, sia efficace la clausola arbitrale di cui all'articolo 43 della convenzione di concessione *"per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione dei servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna"* sottoscritta dalla deducente con Asolo Hospital Service s.p.a. in data 15 settembre 2014, rep. n. 810, come modificata ed integrata dall'*"atto aggiuntivo interpretativo alla convenzione stipulata il 15 settembre 2004 rep. n. 810 per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione dei servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna"*, sottoscritto dalla deducente con Asolo Hospital Service s.p.a. in data 30 maggio 2005, rep. n. 821, nonché dall'*"atto aggiuntivo alla convenzione stipulata il 15 settembre 2004 rep. n. 810 per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione dei servizi*

*relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna” sottoscritto dalla deducente con Asolo Hospital Service s.p.a. in data 31 dicembre 2007, rep. n. 844 (di seguito: “**Convenzione di concessione**”) e, in caso di soluzione negativa al quesito, dichiarare l’inammissibilità delle domande azionate da Asolo Hospital Service s.p.a. e dei quesiti dalla stessa formulati nel presente giudizio arbitrale per inefficacia della su indicata clausola arbitrale e condanni Asolo Hospital Service s.p.a. (c.f. - p.iva 03896890260) alla rifusione in favore dell’Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 2 “Marca Trevigiana” di spese e competenze del presente procedimento, nonché al pagamento del spese di funzionamento del Collegio, ivi compresi compensi e spese degli arbitri*

*

Nel merito

(In caso di soluzione positiva al quesito n. 1 e quindi in via subordinata e per l’ipotesi di mancato accoglimento della domanda con cui si chiede di dichiarare l’inammissibilità delle domande azionate e dei quesiti formulati da Asolo Hospital Service s.p.a. nel presente giudizio arbitrale per inefficacia della su indicata clausola arbitrale)

Quesito n. 2

Dica l’Ecc.mo Collegio arbitrale se, per le ragioni sviluppate dalla deducente nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, sia prescritto *ex art. 2948 n. 4 cod. civ.* il diritto di Asolo Hospital Service s.p.a. al pagamento di importi dalla stessa chiesti nel presente giudizio a titolo di canoni annuali di gestione relativi agli esercizi 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017 e asseritamente dovuti al Concessionario secondo quanto previsto dall’art. 29 della Convenzione di concessione e dichiarare, in caso di soluzione positiva al quesito, l’intervenuta prescrizione *ex art. 2948 n. 4 cod. civ.* del diritto di Asolo Hospital Service s.p.a. al pagamento di importi dalla stessa chiesti nel presente giudizio a titolo di canoni annuali di gestione relativi agli esercizi 2013, 2014, 2015, 2016 e 2017 e asseritamente dovuti al Concessionario secondo quanto previsto dall’art. 29 della Convenzione di concessione

Quesito n. 3

Dica l’Ecc.mo Collegio arbitrale se, per le ragioni sviluppate dalla deducente nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, sia prescritto *ex art. 2948 n. 4 cod. civ.* il diritto di Asolo Hospital Service s.p.a. al pagamento di interessi maturati sino al 31 ottobre 2017 su importi asseritamente spettanti al Concessionario ai sensi della Convenzione di concessione e dichiarare, in caso di soluzione positiva al quesito, l’intervenuta prescrizione *ex art. 2948 n. 4 cod. civ.* del diritto di Asolo Hospital Service s.p.a. al pagamento di interessi maturati sino al 31 ottobre 2017 su importi asseritamente spettanti al Concessionario ai sensi della Convenzione di concessione

Quesito n. 4

Dica l’Ecc.mo Collegio arbitrale, anche sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla deducente nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, quali siano, a far data dal collaudo del “Corpo quintuplo”

del presidio ospedaliero di Montebelluna di cui all'art. 29, comma 3 della Convenzione di concessione, gli importi da considerare rispettivamente come *"canone complessivo base riferito all'anno 2000 dei servizi offerti dal concessionario"* [C0] e come *"fatturato del Concedente riferito all'anno 2000"* [F0] nella formula $P0$ (percentuale) = $C0 / F0 \times 100$ quale prevista dall'articolo 29, comma 5 sub 3) della Convenzione di concessione e dica conseguentemente quale sia, a far data dal collaudo del su indicato *"Corpo quintuplo"*, la *"percentuale da applicare sul fatturato annuo del concedente"* o *"percentuale di riferimento"* $P0$ di cui alla sopra indicata formula ai sensi e secondo quanto previsto dell'articolo 29, comma 5 sub 3) della Convenzione di concessione

Quesito n. 5

Dica l'Ecc.mo Collegio arbitrale, anche sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla deducente nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, se, considerati i fatturati dell'Azienda concedente riferiti agli anni consecutivi 2015 e 2016 (fatturati intesi come valorizzazione delle prestazioni delle attività di ricovero nonché di specialistica ambulatoriale verso esterni, nei due anni consecutivi 2015 e 2016) si è verificata la *"situazione di non accettabilità"* quale contemplata dall'articolo 29, comma 6 della Convenzione di concessione e dica se conseguentemente sussistano i presupposti per procedere in relazione al successivo anno 2017 al ricalcolo della *"nuova percentuale di equilibrio che rispetti le nuove condizioni di equilibrio"* secondo quanto previsto dal citato articolo 29, comma 6 della Convenzione di concessione

Quesito n. 6

Dica l'Ecc.mo Collegio arbitrale, anche sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla deducente nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, se, considerati i fatturati del Concedente riferiti ai quattro anni consecutivi 2013, 2014, 2015 e 2016 (fatturati intesi come valorizzazione delle prestazioni delle attività di ricovero nonché di specialistica ambulatoriale verso esterni, nei quattro anni consecutivi 2013, 2014, 2015 e 2016) si è verificata la *"situazione di non accettabilità"* quale contemplata dall'articolo 29, comma 7 della Convenzione di concessione e dica se conseguentemente sussistano i presupposti per procedere in relazione al successivo anno 2017 al ricalcolo della *"nuova percentuale di equilibrio che rispetti le nuove condizioni di equilibrio"* secondo quanto previsto dal citato articolo 29, comma 7 della Convenzione di concessione

Quesito n. 7

Nel caso di risposta positiva al quesito n. 5 e/o al quesito n. 6, dica l'Ecc.mo Collegio arbitrale, anche sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla deducente nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, quali siano, nell'anno in cui ricalcolare la *"nuova percentuale di equilibrio che rispetti le nuove condizioni di equilibrio"* in conseguenza della positiva risposta al quesito n. 5 e/o al quesito n. 6, gli importi da considerare rispettivamente come *"canone complessivo base riferito all'anno 2000 dei servizi offerti dal concessionario"* [C0] e come *"fatturato del Concedente riferito all'anno 2000"* [F0] nella formula $P0$ (percentuale) = $C0 / F0 \times 100$ quale

prevista dall'articolo 29, comma 5 sub 3) della Convenzione di concessione e dica conseguentemente quale sia, a far data dall'anno prima indicato, la "percentuale da applicare sul fatturato annuo del concedente" o "percentuale di riferimento" P0 di cui alla sopra indicata formula ai sensi e secondo quanto previsto dell'articolo 29, comma 5 sub 3) della Convenzione di concessione

Quesito n. 8

Dica l'Ecc.mo Collegio, anche sulla base delle argomentazioni sviluppate dalla deducente nella prima memoria difensiva e nei successivi scritti difensivi, quali siano gli importi complessivamente pagati in eccesso ed indebitamente a favore di Asolo Hospital Service s.p.a. (c.f. - p.iva 03896890260) da parte dell'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 2 "Marca Trevigiana" a titolo di canoni annuali di gestione per gli esercizi dal 2013 al 2021 e conseguentemente condanni Asolo Hospital Service s.p.a. (c.f. - p.iva 03896890260) al pagamento in favore dell'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 2 "Marca Trevigiana" dell'importo complessivo pari ad Euro 6.541.961,35 oltre iva, o del diverso importo, maggiore o minore, che a tale titolo risulterà dovuto, eventualmente anche in via equitativa, all'esito del contenzioso, il tutto maggiorato di interessi e rivalutazione monetaria;

Quesito n. 9

Dica l'Ecc.mo Collegio Arbitrale se le spese di funzionamento del Collegio, ivi compresi compensi e onerari degli arbitri, e se le spese di lite competenze e onorari, debbano essere poste a carico di Asolo Hospital Service s.p.a. (c.f. - p.iva 03896890260) e, in caso di soluzione positiva, condanni Asolo Hospital Service s.p.a. (c.f. - p.iva 03896890260) alla rifusione in favore dell'Azienda Unità Locale Socio Sanitaria n. 2 "Marca Trevigiana" di spese e competenze del presente procedimento, nonché al pagamento delle spese di funzionamento del Collegio, ivi compresi compensi e spese degli arbitri".

1.7. Nella memoria depositata il 15.9.2023, Asolo Hospital ha in primo luogo replicato a quanto dedotto dall'Azienda ULSS in ordine alle eccezioni pregiudiziali; in particolare, quanto all'eccezione di inefficacia della clausola compromissoria *ex art. 1, comma 19, della L. 190/2012*, ha argomentato circa l'inapplicabilità, al caso in esame, dei pronunciamenti della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione fatti valere dall'Azienda ULSS, e ha insistito viceversa per l'attendibilità, rispetto al caso di specie, delle soluzioni impresse nei lodi già citati nella propria precedente memoria.

17.1. In ordine all'eccepita prescrizione delle proprie pretese creditorie per gli anni da 2013 a 2017 ha invece opposto l'effetto interruttivo, anche

implicito, derivante dall'interlocuzione tenuta tra concedente e concessionario in ordine ai canoni dovuti.

17.2. Nel merito Asolo Hospital ha contestato radicalmente i presupposti ricostruttivi sviluppati nella memoria dell'Azienda ULSS, in particolare negando che l'Atto aggiuntivo del 2017 abbia apportato radicali modifiche all'art. 29 della Convenzione e che vi sia stata in quella occasione, come sostenuto invece dall'azienda sanitaria, una concordata approvazione della revisione del canone.

Asolo Hospital ha, infine, a propria volta ricostruito quella che, a suo dire, sarebbe la corretta modalità interpretativa e applicativa delle previsioni convenzionali, e ha conseguentemente esposto dettagliatamente gli importi che ritiene debbano esserle riconosciuti negli anni 2013 - 2021, determinati applicando ai fatturati aziendali complessivi annui la percentuale base di cui all'articolo 29 (28,4964%), percentuale a cui applicarsi, laddove dovuti, i correttivi contrattualmente previsti.

1.8. Nella propria memoria di replica l'Azienda ULSS ha preso posizione sulle deduzioni svolte da Asolo Hospital, con considerazioni sostanzialmente non dissimili da quelle svolte nella propria prima memoria, tanto sulle eccezioni pregiudiziali quanto nel merito delle pretese creditorie (a quest'ultimo proposito, in particolare, contestando la pretesa di Asolo Hospital di applicare per ogni anno, con i correttivi dovuti, sempre la medesima percentuale del 28,4964%).

1.8.1. L'Azienda ULSS ha inoltre eccepito l'inammissibilità dell'aggiornamento della pretesa creditoria svolta da Asolo Hospital con la memoria e con l'atto di precisazione dei quesiti in data 14.7.2023.

1.9. Nella riunione del 27.9.2023, tenuta in video-conferenza su piattaforma Teams, mediante *link* fornito dalla Camera arbitrale, il Collegio ha dato atto della necessità di regolarizzare alcune produzioni di

Asolo Hospital, dando termine a tal fine e fissando una nuova riunione per il successivo 3.10.2023 per i medesimi incombenti.

1.10. Nella riunione del 3.10.2023, tenuta in video-conferenza nella *virtual room* della Camera Arbitrale, è stato esperito, senza esito, il tentativo di conciliazione, per cui, preso atto dell'indisponibilità delle Parti, perlomeno allo stato, a ricercare un'intesa, il Collegio ha rappresentato l'opportunità di risolvere preliminarmente le questioni pregiudiziali di rito sollevate dall'Azienda ULSS, e precisamente:

- 1) inefficacia della clausola compromissoria recata dall'art. 43 della Convenzione 15.9.2004 tra l'Azienda ULSS n. 8 della Regione Veneto e Asolo Hospital Service s.p.a.;
- 2) omessa notifica al concedente di preventiva domanda motivata secondo la previsione dell'art. 43, 6° co. della Convenzione.

Le Parti, su invito del Collegio, hanno così precisato le proprie conclusioni:

“L'avv. Naccari conclude richiamando le conclusioni su ambo i punti di cui alle memorie di Asolo Hospital Service e, dunque, per il rigetto di entrambe le questioni per la perdurante efficacia della clausola e per l'adempimento della condizione di cui all'art. 43, 6° co. della Convenzione. L'avv. Signor conclude per l'inefficacia della clausola compromissoria per le ragioni illustrate nelle memorie dell'Azienda ULSS e l'omissione della notifica al concedente di preventiva domanda motivata nel rispetto dei termini fissati dall'art. 43, 6° co., della convenzione di concessione e, dunque, per l'accoglimento dell'una e dell'altra eccezione”.

Sempre su invito del Collegio, le Parti hanno anche proceduto a ampia, esaustiva discussione, al cui esito il Collegio si è riservato di decidere sulle predette questioni.

1.11. Nella camera di consiglio di quello stesso giorno il Collegio, sempre riunito in conferenza personale telematica di tutti gli arbitri nella *virtual room* della Camera arbitrale, ha deliberato il lodo nei sensi risultanti dal dispositivo che, inviato alla Camera arbitrale e ai difensori delle parti con PEC del presidente del Collegio 5.10.2023, è riprodotto in calce a questo

lodo. Il 23.10.2023 il Collegio si è riunito di nuovo in conferenza personale telematica di tutti gli arbitri nella detta *virtual room* per discutere collegialmente, deliberare e sottoscrivere il presente lodo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.- Il quadro normativo

Dispone(va) l'art. 241, 1° co., d.lgs. n. 163/2006 (nella versione introdotta dall'art. 1, 19° co., l. 6.11.2012 n. 190):

“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”.

Sul piano transitorio l'art. 1, 25° co., l. n. 190/2012, ha escluso dall'applicazione del nuovo art. 241, 1° co., gli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della stessa legge (e dunque prima del 28.11.2012). Se n'è tratta la necessità dell'autorizzazione motivata per tutti gli arbitrati basati su clausole compromissorie pur anteriori al 2012, ma innescati successivamente a quella legge.

L'art. 217, 1° co., lett. ii), d.lgs. n. 50/2016, ha abrogato i commi 19 e 25 della l. n. 190/2012. L'istanza sottesa a quella disciplina è stata, però, replicata dall'art. 209, 3° co., dello stesso d.lgs. n. 50/2016:

“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”.

Pari disposizione reca anche l'ultimo codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 36/2023, all'art. 213, 3° co.

2.- L'eccezione dell'Azienda ULSS

Evocando il superiore quadro normativo, fin dall'atto di nomina del proprio arbitro l'Azienda ha eccepito l'inefficacia della clausola compromissoria a base dell'odierno arbitrato, adducendo che il patto arbitrale né era stato autorizzato negli atti prodromici alla firma della convenzione (delibera D.D.G. n. 748 del 17.07.2003 d'indizione della procedura: doc. 6 della produzione dell'Azienda; delibera D.D.G. n. 1067 del 23.10.2003 approvativa della lettera d'invito: doc. 7 della produzione dell'Azienda), né figurava postumamente consentito in atti successivi, compresi quelli del presente arbitrato, in cui la nomina dell'arbitro e la difesa nel merito sono state svolte sempre in via subordinata e con la premessa che non è intenzione dell'Azienda di rilasciare l'autorizzazione, ritenendo che la peculiarità della materia ne suggerisca la devoluzione all'Autorità giudiziaria ordinaria.

3.- La difesa di Asolo Hospital Service

Ha resistito all'eccezione Asolo Hospital. Ricordata l'abrogazione dei commi 19 e 25 dell'art. 1, l. n. 190/2012, ad opera del d.lgs. n. 50/2016, la società attrice ha invocato la sentenza n. 58/2019 della Corte costituzionale, per dedurre che la Consulta avrebbe ancorato la necessità dell'autorizzazione a due presupposti: l'antioriorità della clausola alla l. n. 190/2012 e l'avvio del giudizio arbitrale nella vigenza delle disposizioni introdotte da detta legge. Ha soggiunto che l'arbitrato *de quo* non ricade nella seconda condizione, perché promosso in epoca successiva all'abrogazione delle disposizioni del 2012. Ha richiamato lodi, anche di questa Camera arbitrale, che hanno negato la necessità dell'autorizzazione per le clausole anteriori. Ha evocato la giurisprudenza della Cassazione che, in difetto di previsione testuale, ai fini della verifica della validità della pattuizione vuole applicati i principi in materia di successione di leggi al tempo del perfezionamento del patto. Ne ha tratto che la legge in vigore al momento della pattuizione della clausola compromissoria, la n.

205/2000, non imponeva il rilascio di alcuna autorizzazione da parte della pubblica amministrazione.

4.- La decisione del Collegio arbitrale

Il Collegio arbitrale, a maggioranza dei suoi componenti, con il voto contrario dell'arbitro Greco, che con nota allegata al presente lodo motiva il suo dissenso, reputa fondata l'eccezione dell'Azienda in virtù del seguente percorso.

Nel 2012 il legislatore subordina la validità delle clausole arbitrali alla preventiva autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione. Con norma intertemporale estende la prescrizione alle clausole anteriori, qualora i relativi arbitrati non siano stati ancora innescati. Il d.lgs. n. 50/2016 sopprime ambo le prescrizioni, ma (con disposizione poi rinnovata par pari dal d.lgs. n. 36/2023) séguita a sancire con la nullità le clausole compromissorie non autorizzate.

Adduce Asolo Hospital che la clausola compromissoria, valida perché stipulata nel 2004 e, dunque, franca all'origine da ogni autorizzazione, sarebbe divenuta inefficace nel periodo che corre fra il 2012 e il 2016, per poi tornare efficace per il periodo successivo e conservarsi tale all'attualità, in virtù dell'abrogazione delle disposizioni del 2012 ad opera del secondo codice dei contratti pubblici.

Per il Collegio, nella detta maggioranza, la tesi non ha base.

Peccherebbe d'incoerenza il legislatore se, estesa nel 2012 la necessità dell'autorizzazione alle clausole preesistenti, avesse inteso disinnescarla nel 2016 per le stesse clausole, non solo senza un apparente scopo, ma proprio nello stesso frangente e in virtù della stessa fonte con cui andava confermando la necessità dell'autorizzazione per le nuove clausole. Se nel 2012, nel 2016 e ancora nel 2023 la legge mostra l'esigenza che le clausole conseguano il gradimento espresso e motivato della P.A., non v'è ragione per desumere che il legislatore abbia inteso elidere per le antiche clausole

quell'autorizzazione che, imposta nel 2012, ha conservato intatta per le nuove clausole nel 2016 e, di nuovo, nel 2023.

A poter condividere la prospettiva di Asolo, la sequenza temporale apparirebbe illogica: gli arbitrati conferiti entro il 28 novembre 2012 sarebbero stati esenti da autorizzazione; quelli non conferiti, ma fondati su clausole anteriori al 2012, introdotti fra il 2012 e il 2016, avrebbero richiesto il *placet* dell'Amministrazione; i medesimi, fondati su clausole *ante* 2012, ma promossi successivamente al 2016, tornerebbero esenti da autorizzazione; quelli fondati su clausole successive al 2016 (e al 2023) esigerebbero, invece, l'autorizzazione.

La soluzione patrocinata a maggioranza da questo Collegio suona ben più armonica. Nel 2012 il legislatore prescrive definitivamente l'autorizzazione, anche per le clausole anteriori, salvi gli arbitrati già innescati. Sposata quella linea, la rinnova per le clausole successive nel 2016 e nel 2023. Nel contempo, lascia intatta la prescrizione per le clausole anteriori, in modo che dal 2012 ad oggi, senza soluzione di continuità, non si possano tenere arbitrati che non ricevano il gradimento dell'Amministrazione.

Non collide con questa interpretazione (ed anzi, corrobora la visione della maggioranza del Collegio) la circostanza che il codice del 2016 abbia soppresso le disposizioni del 2012. L'art. 217, 1° co., lett. ii), d.lgs. n. 50/2016, sancisce che gli articoli che qui rilevano sono abrogati "*... a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente codice ...*". Per questo Collegio, nella ridetta maggioranza, la disposizione va intesa nel senso che, a partire dal 19 aprile 2016, le norme in parola hanno cessato di operare per il futuro perché soppiantate per i contratti di nuovo conio dall'art. 209, 3° co., stesso codice. Quanto ai contratti (e alle clausole) anteriori, le disposizioni del 2012, soppresse per l'avvenire e con le quali l'art. 209, 3° co., si pone in linea di perfetta continuità, séguitano ad avere

effetto, nel senso che conservano l'efficacia «invalidante» (salvo autorizzazione postuma) già dispiegata al tempo dell'entrata in vigore e ad esse mai sottratta.

Questa lettura salva anzitutto la coerenza del legislatore che, nel regolare l'introduzione della clausola all'art. 209, 3° co., ha spazzato via per il futuro le disposizioni che ne costituivano un doppione, senza per questo smentire per il passato il principio introdotto quattro anni prima, rinnovato nel 2016 e replicato nel 2023. L'interpretazione rispetta anche i principi in materia di successione di leggi quanto al governo del patto, invocati da Asolo nelle sue difese. Volta che il regime della clausola fu integrato nel 2012 con l'introduzione di un requisito di efficacia (l'autorizzazione dell'Amministrazione), quei principi impongono che l'operatività della clausola sia apprezzata in base alle disposizioni pur successive, ma dichiaratamente retroattive che quel requisito introdussero (l'art. 1, 19° e 25° co., l. n. 190/2012), sottraendola all'effetto sia delle regole anteriori, vigenti al momento della stipula (che non prevedevano l'autorizzazione), sia dell'abrogazione disposta dalla legge successiva (che opera solo per le nuove clausole).

Il superiore tessuto smentisce anche la deduzione di Asolo per la quale il codice del 2016 non avrebbe rinnovato la prescrizione in punto di autorizzazione del deferimento agli arbitri, recata dall'art. 241, 1° co., prima parte, d.lgs. n. 163/2006, e non dall'art. 209, 3° co., d.lgs. n. 53/2016. L'omissione si spiega agevolmente. Ai sensi dell'art. 1, 25° co., l. n. 190/2012, la nuova disciplina era destinata a valere anche per arbitrati fondati su clausole anteriori, cui perciò mal si adattava la prescrizione dell'art. 241, 1° co., seconda parte. Di tali clausole, infatti, per un verso era impossibile esigere la preventiva autorizzazione (essendo già pattuite), per l'altro suonava distonico predicare la nullità, vizio squisitamente genetico, chiaramente sancito dall'art. 241 per le clausole future. Di qui la previsione

di un'autorizzazione non solo per la clausole (quelle nuove, recata da detta seconda parte), ma anche per gli arbitrati che si fossero innescati in forza delle clausole preesistenti. Quest'ultima, però, non aveva ragion d'essere nel codice del 2016, oltre il quale tutte le clausole sarebbero state o preventivamente autorizzate o invalide, sicché non v'era margine per arbitrati bisognevoli di autorizzazione "in corso d'opera".

5.- Gli indirizzi della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale

L'approdo cui la maggioranza del Collegio ritiene di pervenire ha ricevuto recente avallo da Cass. 19.5.2022 n. 16143, in un caso di genesi inversa, ma di perfetta aderenza a quello odierno.

Adito con opposizione a decreto ingiuntivo dalla parte pubblica, il Tribunale aveva declinato la propria competenza in favore del collegio arbitrale. Investito ai sensi dell'art. 42 c.p.c., il S.C. ha ritenuto assorbente la questione dell'inefficacia sopravvenuta della clausola comminata dalla l. n. 190/2012 e non elisa dall'abrogazione operata dal d.lgs. n. 50/2016 " ... *in quanto l'abrogazione non ha efficacia retroattiva, ma vale solo per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della norma abrogante (Cass. 24641/ 2020, nei motivi), «irretroattività» ribadita dalla decisione n. 58 del 2019 della Corte Costituzionale*".

L'ultimo inciso sgombra il campo ad altra replica di Asolo Hospital, secondo cui dalla sentenza della Consulta n. 58/2019 si estrarrebbe che le disposizioni della l. n. 190/2012 seguirebbero ad applicarsi ai soli arbitrati già pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, con esclusione di quelli (come l'odierno) successivi a quella data.

La tesi non convince.

È vero che la Corte costituzionale ha escluso la restituzione degli atti al collegio remittente, sul rilievo che si trattava di arbitrato instaurato prima del 2016, per cui le disposizioni della l. n. 190/2012 trovavano piena applicazione, senza essere incise dalla sopravvenuta abrogazione. Ma la

pronuncia non autorizza a concludere che per gli arbitrati fondati su clausola anteriore, ma promossi successivamente al d.lgs. n. 50/2016, non occorre autorizzazione, perché l'ordinanza non lo implica, né la Corte aveva necessità di dirlo. L'inciso che Asolo ha provato a valorizzare allude ai soli arbitrati *ante* d.lgs n. 50/2016 perché nel concreto di simile arbitrato si trattava; in nessun punto, però, l'ordinanza statuisce che opposta soluzione si dovrebbe attingere per gli arbitrati introdotti nel vigore del d.lgs n. 50/2016, vicenda invero estranea al caso deliberato dalla Consulta.

Tutto, del resto, lascia supporre che, ove mai avessero dovuto occuparsi anche di questo caso, l'approdo dei Giudici costituzionali sarebbe stato identico, come dichiara la Cassazione nell'evocata ordinanza e come pure riconosce Asolo, quando evoca i principi in materia di successione di leggi al momento del perfezionamento del patto. Proprio in virtù di questi principi, sul regime di efficacia della clausola compromissoria incidono le norme vigenti al momento della sua stipulazione e quelle, pur sopravvenute, espressamente dichiarate retroattive, non certo la data in cui è concretamente promosso l'arbitrato, salvo che non sia la stessa legge (come, nel caso, l'art. 1, 25° co., l. n. 190/2012, nel far salve le procedure già avviate) a valorizzare questo dato.

Sul punto va anche smentito l'assunto di Asolo per cui l'ordinanza n. 16143/2022 concernerebbe un procedimento introdotto prima dell'entrata in vigore del d.lgs n. 50/2016: se Asolo allude al procedimento arbitrale, è agevole rilevare che al tempo della decisione della Cassazione il giudizio arbitrale non era stato neppure avviato, sorgendo il regolamento a istanza di parte da una declinatoria di competenza del giudice ordinario, adito in prima battuta con ricorso per ingiunzione; se, invece, Asolo allude al giudizio ordinario (ma a quel punto, non si scorgerebbe con quale utilità), nell'epigrafe del provvedimento si legge che l'ordinanza declinatoria fu resa il 20.4.2021 in un procedimento recante il n. R.G.A.C. 990/2018, sicché

- salvo il caso di un'opposizione tardiva al decreto ingiuntivo cui, però, l'ordinanza della Cassazione neppure accenna - l'avvio del procedimento monitorio fu verosimilmente successivo al vigore del d.lgs n. 50/2016.

Fu senz'altro anteriore, invece, a questa data il giudizio nel quale la Cassazione ha regolato la competenza con ordinanza n. 24641/2020, evocata da sia Cass. n. 16143/2022, sia da Asolo. Come già per la Corte costituzionale, però, anche per questa ordinanza la soluzione astrattamente attinta dalla Cassazione per un giudizio avviato in tempo anteriore al d.lgs. n. 50/2016 (l'inefficacia della clausola, se il Fallimento avesse tempestivamente eccepito il difetto di autorizzazione) non implica neppure indirettamente, né la S.C. vi fa cenno, che l'approdo sarebbe stato opposto se il giudizio avesse avuto inizio dopo il 2016.

6.- I lodi di questa Camera arbitrale

I precedenti di questa Camera arbitrale che fin qui hanno concluso nel senso della sopravvivenza della clausola arbitrale, taluni dei quali evocati anche da Asolo Hospital nelle sue memorie, o non collimano con la fattispecie oggetto di questo giudizio, o non persuadono la maggioranza di questo Collegio.

In particolare, ma senza pretesa di completezza, non collimano:

- i lodi resi nelle procedure R.G.A. 12/19 e 12/20, che hanno ritenuto autorizzata in forma postuma la clausola dall'amministrazione, ciò che nel concreto - come si sta per dire nel seguente § 7 - non è dato ravvisare;
- il lodo reso nella procedura R.G.A. 7/19, che ha escluso l'applicazione dell'art. 241, d.lgs 163/2006, in ragione del fatto che la convenzione aveva ad oggetto i servizi in favore di un asilo nido, esclusi dall'applicazione generalizzata della legge perché ricadenti nell'allegato IIB dello stesso decreto legislativo, laddove l'appalto in favore di Asolo, relativo a servizi dichiaratamente «non sanitari» rientra pacificamente nell'allegato IIA, per

il quale l'art. 20, 2° co., dispone(va) l'applicazione integrale dello stesso codice dei contratti pubblici.

Non persuadono, invece, ma sempre senza aspirazione di completezza:

- il lodo reso nella procedura R.G.A. 3/21, il quale, dal rilievo che per l'art. 209, 22° co., 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*», ha tratto che, in mancanza di diversa ed espressa statuizione, l'unico margine di applicazione dell'art. 209 ai contratti anteriori concerne la disciplina delle procedure arbitrali, non la pattuizione delle relative clausole, con esclusione, pertanto, dell'autorizzazione richiesta dall'art. 209, 3° co. Ad avviso della ridetta maggioranza del Collegio, l'approdo – condivisibile nella premessa, per cui l'art. 209, 22° co., fa riferimento alle sole regole di svolgimento dell'arbitrato – non lo è nell'esito, dal momento che oblitera del tutto la tematica relativa alla disciplina introdotta dalla l. n. 190/2012 e alla sua perdurante efficacia verso le clausole anteriori a dispetto dell'abrogazione disposta (ma non in forma retrospettiva, per le ragioni sopra espresse) dal d.lgs n. 50/2016;

- pari obliterazione si ravvisa anche dal lodo reso nella procedura R.G.A. 6/2020, ove, però, la validità/efficacia della clausola è affermata dagli arbitri soprattutto in ragione delle peculiarità della vicenda concreta, estranee alla clausola che impegna questo Collegio:

- i lodi resi nelle procedure R.G.A. 2/20, 7/21, 2/21, che per un verso negano giustamente l'applicazione dell'art. 209, 3° co, alle clausole anteriori, per la ragione di cui al lodo reso nella procedura R.G.A. 3/21, ma per l'altro ritengono definitivamente abrogate e perciò non più operanti le disposizioni di cui alla l. n. 190/2012, con decisioni invero

tranchantes sul punto che la maggioranza di questo Collegio ha, invece, motivatamente dichiarato di non condividere.

Più convincenti suonano a questo Collegio, nella maggioranza di cui s'è detto, i lodi che hanno concluso nel senso dell'inefficacia sopravvenuta della clausola. Fra questi, e pur qui senza pretesa di completezza, il lodo reso nella procedura R.G.A. 11/21, per il quale "*... non si comprende in base a quale logica l'abrogazione di una norma, che ammette lo svolgimento di arbitrati iniziati o autorizzati prima della sua entrata in vigore nonostante l'inefficacia sopravvenuta della relativa clausola compromissoria, potrebbe ampliare l'ambito entro cui è consentito alle parti di introdurre nuovi giudizi arbitrali, che neppure nella vigenza della più permissiva norma abrogata potevano aver luogo*". O il lodo reso nella procedura R.G.A. 10/20, che ha incentrato la dichiarazione d'inefficacia sull'inciso di Corte cost. n. 58/2019, per la quale l'abrogazione nel 2016 della norma del 2012 "*non è retroattiva, ma opera solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici introdotto dal d.lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del suo art. 217, in ossequio al principio generale di cui all'art. 11 delle Preleggi*".

7.- Il difetto di autorizzazione postuma

Ferma l'inefficacia sopravvenuta della clausola compromissoria recata dalla Convenzione fra l'Azienda ULSS e Asolo Hospital Service, non v'è dubbio che il patto arbitrale tornerebbe a vivere se nella condotta della parte pubblica potesse scorgersi un gradimento o, quantomeno, una condiscendenza verso il giudizio privato, tale da configurare quell'autorizzazione postuma all'arbitrato consentita dall'art. 241, 1° co., prima parte, d.lgs. n. 163/2006.

Simile adesione alla scelta arbitrale non è ravvisabile nell'operato dell'Azienda. Non solo atti o condotte extra-arbitrali in tal senso non sono stati allegati dalle parti, ma la strategia difensiva dell'Azienda è interamente ispirata al ripudio dell'arbitrato. Nell'atto di nomina

30.11.2022, sia la designazione del proprio arbitro, sia le conclusioni di merito sono formulate in via dichiaratamente gradata rispetto all'eccezione d'inefficacia della clausola compromissoria. Nell'atto di precisazione dei quesiti 14.7.2023, i quesiti di merito (dal n. 2 in poi) sono sciorinati in via espressamente subordinata al quesito n. 1, relativo all'inoperatività della clausola. In ambo le memorie autorizzate non solo è confermata la pregiudizialità dell'eccezione di rito rispetto ai profili di merito, ma il legale rappresentante dell'Azienda esplicitamente e motivatamente dichiara che non intende rilasciare autorizzazione postuma all'arbitrato.

Il Collegio, pertanto, nella ridetta maggioranza, ne trae definitivamente che è affetta da inefficacia sopravvenuta per la perdurante operatività dell'art. 1, 19° e 25° co., l. n. 190/2012, la clausola compromissoria di cui all'art. 43 della Convenzione di concessione *“per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione dei servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna”* fra l'allora ULSS n. 8 della Regione Veneto con Asole Hospital Service s.p.a. il 15 settembre 2014, rep. n. 810, e che tale inefficacia perdura in difetto di autorizzazione successiva all'arbitrato dell'Azienda ULSS n. 2 Marca Trevigiana che le è succeduta, che né riesce espressamente rilasciata, né è desumibile da atti dell'Azienda o condotte del suo legale rappresentante in tal senso.

L'inoperatività della clausola induce la dichiarazione d'incompetenza del Collegio arbitrale a provvedere su tutte le domande, sia principali sia riconvenzionali, che restano devolute alla cognizione dell'Autorità giudiziaria ordinaria.

8.- Spese

L'incertezza del profilo che ha indotto la declinatoria di competenza, la circostanza che lodi di questa Camera arbitrale, reperibili sul sito dell'ANAC, hanno concluso nel senso della sopravvivenza delle clausole anteriori, il rilievo che la sentenza della Cassazione n. 16143/2022, ad avviso della maggioranza del Collegio la più nitida sul punto, non compare massimata né nella rassegna mensile dell'Ufficio del Massimario di maggio 2022, né tuttora nel sito Italgire Web del Ministero della Giustizia (benché leggibile nei *data base* di editori privati e scaricabile dalla sezione SentenzeWeb del portale della Suprema Corte), inducono questo Collegio all'unanimità a compensare integralmente fra le parti le spese di lite e a compensare altresì integralmente, fermo il vincolo di solidarietà, le spese di funzionamento e le competenze del Collegio arbitrale.

9.- Determinazione del valore della controversia

Ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 209, comma 12, D.Lgs. 50/2016, tenuto conto di quanto dispone l'art. 1, comma 3, D.M. del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ("MIT") 31 gennaio 2018, letto il comunicato della Camera arbitrale n. 1 del 6 maggio 2020, il Collegio Arbitrale è chiamato a determinare in via definitiva il valore della controversia. A tal fine, l'art. 1, co. 3, d.m. MIT 31 gennaio 2018 dispone che *"per valore della controversia si intende la somma aritmetica delle richieste economiche in conto capitale contenute nelle domande comunque decise dal Collegio, con l'aggiunta, ove richiesti, degli interessi e della rivalutazione monetaria calcolati sino al giorno della proposizione della domanda"*; il successivo co. 5 precisa che: *"Ai fini della determinazione del valore della controversia, le domande riconvenzionali si sommano alle domande principali. Non si sommano le domande proposte in via subordinata o alternativa"*.

Considerato che ai fini della determinazione del valore interessi e rivalutazione, ove domandati (come nel concreto) si sommano al capitale, il valore della domanda di Asole Hospital è il seguente:

Anno	Capitale	Interessi (sino al 3.10.2023)	Interessi +Rivalutazione	C+I+R
2013	1.653.377,72	132.084,50	451.575,86	2.104.953,58
2014	1.266.318,84	88.517,43	345.420,95	1.611.739,79
2015	953.649,01	61.900,96	252.323,81	1.205.972,82
2016	509.100,67	32.025,93	127.758,79	636.859,46
2017	1.409.701,82	87.262,47	335.988,28	1.745.690,10
2018	351.019,46	20.670,71	79.638,89	430.658,35
2019	417.583,29	21.258,42	89.202,03	506.785,32
2020	454.452,83	22.908,03	95.429,97	549.882,80
2021	385.732,69	19.392,32	60.368,13	446.100,82
2022	3.846.000,81	144.883,59	155.312,05	4.001.312,86
TOT	11.246.937,14		1.993.018,76	
C +I+R	13.239.955,90			

Allo stesso modo, il valore delle domande dell'Azienda ULSS è il seguente:

A	C	I (sino al 3.10.2023)	I+R	C + I + R
2013	342.768,23	27.382,95	93.617,96	436.386,19
2014	675.253,11	47.201,12	184.192,59	859.445,70
2015	1.218.126,79	79.068,09	322.301,39	1.540.428,18
2016	1.243.415,73	78.219,37	312.035,13	1.555.450,86
2017	255.691,57	15.827,65	60.941,51	316.633,08
2018	1.015.338,21	59.790,90	230.358,75	1.245.696,96
2019	902.675,29	45.953,60	192.824,95	1.095.500,24
2020	1.113.906,52	56.149,74	233.907,86	1.347.814,38
2021	286.169,04	14.386,85	44.786,16	330.955,20
TOT	7.053.344,49		1.674.966,30	
Somma di C+I+R	8.728.310,79			

Considerato che ai fini della determinazione del valore domande principali e domande riconvenzionali si sommano, il Collegio Arbitrale

determina il valore della controversia in € 21.968.266,69, e per l'effetto in € 21.968,27 la somma pari all'uno per mille del valore della controversia che le parti debbono con vincolo di solidarietà versare ad ANAC entro il termine di quindici giorni dal deposito del presente lodo.

PQM

il Collegio, nella suindicata maggioranza:

- 1) accoglie l'eccezione d'inefficacia della clausola compromissoria per difetto di autorizzazione sollevata dall'Azienda ULSS n. 2 Marca Trevigiana e perciò dichiara affetta da inefficacia sopravvenuta la clausola compromissoria di cui all'art. 43 della *«Convenzione per l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva nonché per la disciplina della concessione avente ad oggetto la realizzazione di lavori di costruzione e la gestione di servizi relativi alle infrastrutture ospedaliere ubicate nei Comuni di Castelfranco Veneto e di Montebelluna»*, rep. n. 810 del 15.9.2004;
- 2) per l'effetto dichiara l'incompetenza del Collegio arbitrale su tutte le domande, sia principali, sia riconvenzionali;
- 3) dichiara assorbita la questione pregiudiziale relativa all'omessa notifica al concedente di preventiva domanda motivata secondo la previsione dell'art. 43, 6° co. della Convenzione;
- 4) compensa integralmente fra le parti le spese di lite e compensa altresì integralmente, fermo il vincolo di solidarietà, le spese di funzionamento e le competenze del Collegio arbitrale.

Così deliberato a maggioranza dal Collegio Arbitrale, riunito in conferenza personale di tutti gli arbitri mediante collegamento telematico in video-conferenza, il 3.10.2023, quanto al dispositivo, e il 23.10.2023, quanto all'intero lodo, i quali formano in pari data il presente lodo in originale digitale e lo sottoscrivono con firma digitale nelle rispettive città di domicilio ai sensi e per gli effetti delle disposizioni vigenti e della

delibera del Consiglio dell’Autorità Nazionale Anticorruzione del 30 gennaio 2019, n. 48.

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, del D.Lgs. 50/2016.

Sulla base delle indicazioni fornite dall’Agenzia delle Entrate nella riposta 25 luglio 2019, n. 321, ad interpello, si indicano di seguito i codici numerici composti di quattordici cifre rilevabili dai contrassegni telematici rilasciati dall’intermediario:

01220285320706 - 01220285320717 - 01220285320728 - 01220285320739 -
01220285320740 - 01220285320751 - 01220285320762 - 01220285320773 -
01220285320785 - 01220285320796 - 01220285320808 - 01220285320819 -
01220285320820 - 01220285320831 - 01220285320842 - 01220285320853 -
01220285320864 - 01220285320876 - 01220285320887 - 01220285320898 -
01220285320900 - 01220285320911 - 01220285320922 - 01220285320933

Tali contrassegni vengono conservati mediante applicazione degli stessi su copia analogica del presente documento informatico, dalla quale è successivamente estratta copia informatica per immagine, anche essa sottoscritta digitalmente da tutti i componenti del Collegio Arbitrale e trasmessa, unitamente al presente lodo in formato nativo digitale, all’indirizzo di pec: protocollo@pec.anticorruzione.it, con riserva di depositarne l’originale analogico, ove occorra.

prof. avv. **Giuseppe della Pietra** – Presidente

Napoli, 23 ottobre 2023

prof. avv. **Guido Greco** – Componente

Milano, 23 ottobre 2023

avv. **Giovanni Sala** – Componente

Vicenza, 23 ottobre 2023

Motivato dissenso dell'arbitro Greco

L'opinione dissenziente scaturisce dal rilievo che l'abrogazione di una norma non può valere per talune fattispecie e per altre no. Essa vale per tutte le fattispecie rientranti nell'ambito precettivo della norma abrogata.

Ora nella specie è pacifico tra le parti che la clausola compromissoria, attinente ad un contratto del 2004, sia stata "incisa" da quanto disposto dall'art. 1, c. 19 e c. 25 della legge 190/2012 (che ha modificato l'art. 241 del D.Lgs. 163/2006). Ma è parimenti pacifico che tale clausola sia diventata non nulla, ma inefficace (Corte costituzionale 58/2019).

Ne deriva che detta clausola, divenuta inefficace a causa della legge 190/2012, poteva e può sempre riacquistare efficacia a causa di una sopravvenienza normativa. Il che è quanto si è verificato con l'art. 217, punti *ii*, del D.Lgs. 50/2016.

Infatti, quest'ultima norma ha espressamente abrogato la legge 190/2012. E l'abrogazione, pur avendo pacificamente efficacia *ex nunc* (Cass. n. 24641 del 2020), ben può trovare applicazione agli arbitrati "conferiti" o "attivati" successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016 e così all'abrogazione di quelle norme (art. 1, c. 19 e 25 della legge 190/2012) impeditive dell'efficacia della clausola compromissoria di cui si è detto.

Vale, dunque, quanto giudicato con lodo (non definitivo) relativo al procedimento 02/21 della Camera arbitrale presso l'Autorità nazionale anticorruzione: *“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). 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”*.

Vero è che argomento contrario può apparentemente trarsi dalla sentenza 19 maggio 2022 n. 16143 della Sezione VI della Corte di cassazione, che ha affermato che *“l'abrogazione non ha efficacia retroattiva ma vale solo per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della norma abrogante (Cass. 24641/2020, nei motivi), “irretroattività” ribadita dalla decisione n. 58 del 2019 della Corte Costituzionale”*. Infatti la stessa non si è limitata a dire che l'abrogazione non ha efficacia retroattiva, ma ha anche aggiunto una affermazione apparentemente limitativa dell'ambito di applicazione dell'abrogazione.

Ma tale aggiunta -che sembra piuttosto un *obiter dictum*- non pare significativa. Non solo perché introdurrebbe un'inammissibile efficacia relativa dell'abrogazione (essa varrebbe per alcune fattispecie e per altre no, mentre la norma abrogante non dice nulla di simile), ma anche perché

pare frutto di un fraintendimento in ordine alla motivazione di altra precedente sentenza della medesima Corte (la n. 24641/2020, espressamente richiamata). Infatti quest'ultima sentenza si limita a riconoscere che *“l'abrogazione della norma suddetta, “disposta dal citato “ius superveniens”, non è retroattiva, ma opera solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici introdotto dal D.Lgs. n. 50 del 2016, ai sensi del suo art. 217, in ossequio al principio generale di cui all'art. 11 preleggi” (Corte Cost., ord. 20 marzo 2019, n. 58)”*.

Come si può constatare, la sentenza da ultimo richiamata (la n. 24641/2020) non contiene affatto la precisazione che l'abrogazione *“vale solo per i contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della norma abrogante”*, che la successiva sentenza 16143/2022 vorrebbe attribuirle. Ma si limita ad affermare l'efficacia non retroattiva della norma abrogante, che peraltro è pacifica nel presente giudizio.

Non pare, dunque, che la sentenza 16143/2022 possa assumere quel valore decisivo e determinante, attribuitole dalla maggioranza del Collegio arbitrale. Anzi l'ultroneo richiamo al precedente del 2020 rafforza l'impressione che si tratti di un *obiter dictum*, che non supera il lineare ragionamento del loro arbitrale sopra citato.

Va soggiunto, del resto, che il D.Lgs. n. 50 del 2016 prevedeva uno specifico regime transitorio, che non comprendeva affatto l'estensione della disciplina dell'art. 209 c. 3 (necessaria autorizzazione motivata degli organi di governo) ai contratti pregressi. Infatti, ai sensi dell'art. 216, comma 22 (come modificato dall'articolo 128, comma 1, lettera f), del D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56) *“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”*.

Come si può constatare “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, n. 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” (lodo arbitrale non definitivo, relativo al procedimento 7/19 della Camera Arbitrale presso l’ANAC).

Il tutto con la conseguenza 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 ricomprendervi solo le ‘procedure di arbitrato di cui all’articolo 209’, 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” (lodo arbitrale non definitivo, relativo al procedimento 7/19 della Camera Arbitrale presso l’ANAC).

La mia opinione corrisponde perfettamente alle conclusioni testé riferite.