



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

### L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale

#### 1. 2016: le sfide del nuovo codice e le incognite del periodo transitorio

Come per ogni periodo di transizione, l'anno di passaggio dal codice dei contratti pubblici contenuto nel d.lgs. n. 163/2006 al codice contenuto nel d.lgs. n. 50/2016 si è dimostrato impegnativo anche per l'istituto dell'arbitrato in quanto applicato a questa materia.

Se infatti l'impatto di una nuova normativa, orientata da indirizzi in parte non secondaria diversi dal passato, non poteva non provocare anche in questo campo rallentamenti analoghi a quelli riscontrati nell'applicazione e nello svolgimento degli istituti e delle attività variamente implicate nella contrattualità pubblica, è stata soprattutto l'attuazione di un regime di diritto intertemporale non compiutamente definito a evidenziare le più rilevanti criticità.

Occorre in primo luogo riepilogare sinteticamente gli elementi di innovazione introdotti in tema di arbitrato con il d.lgs. n. 50/2016. Sotto questo profilo, non si può non cominciare richiamando il criterio di delega per il recepimento delle direttive europee 2014 e il riordino della disciplina in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, posto con la lett. aaa) dell'art. 1 della legge n. 11/2016, laddove esso prevedeva la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali *al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrative, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari*. È per l'appunto in applicazione di tale criterio che l'art. 209, comma 4, del decreto delegato ha innanzitutto introdotto due fondamentali novità.

La prima consiste nell'effettiva riconduzione a unità dell'arbitrato per i contratti pubblici, eliminando un dualismo di regime non più sostenibile, mediante la previsione in ogni caso della nomina del Presidente del collegio arbitrale ad opera della Camera arbitrale costituita presso l'ANAC. La seconda consiste nell'attribuzione alla titolarità della Camera arbitrale, oltre che del potere di scelta del presidente, anche del potere di nomina dell'intero collegio, ferma restando la designazione degli arbitri di parte ad opera dei soggetti interessati dalla controversia deferita all'arbitrato, con le conseguenze che si vedranno successivamente.

Va detto che la scelta di fondo del legislatore è risultata convergere con l'auspicio avanzato in questa sede, all'interno delle *Relazioni* presentate dall'ANAC al Parlamento negli ultimi due anni, laddove veniva espressa la convinzione che una funzione di arbitrato opportunamente revisionata nella direzione della trasparenza e della efficienza in quanto assistita e garantita da un organismo neutro e imparziale come la Camera arbitrale costituita presso l'ANAC avrebbe potuto essere in grado di agire nel senso della deflazione del contenzioso giudiziale in un settore di assai rilevante



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

interesse per l'economia nazionale, con effetti di riduzione dei tempi e soprattutto dei costi complessivamente connessi a singole operazioni contrattuali. E tale auspicio veniva allora formulato prendendo come spunto – pur con tutte le distinzioni che il riferimento imponeva – e quasi come parametro della riflessione in tema la presa d'atto della costante e anzi crescente vitalità della funzione di precontenzioso esercitata dall'Avcp e poi dalla stessa ANAC per la fase di aggiudicazione..

Novità sono poi intervenute anche quanto all'ambito soggettivo e oggettivo di esperibilità dell'arbitrato per le controversie relative ai contratti pubblici. Sotto il primo profilo, per il vero, trattasi di novità solo formale, in quanto il primo comma dell'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016 ha incorporato la previsione (peraltro anche espressamente richiamata) di cui all'art. 1, comma 20, legge n. 190/2012, per la quale l'arbitrato si applica anche a concessioni e appalti pubblici 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. Sotto il secondo profilo, la circostanza per la quale non solo le concessioni di lavori e di servizi, ma pure altri moduli contrattuali più propriamente appartenenti alla nozione del partenariato pubblico-privato (quali finanza di progetto, locazione finanziaria di opere pubbliche, contratto di disponibilità e tutti quei moduli che presentano caratteristiche simili a quelli espressamente nominati: art. 180) abbiano trovato disciplina sostanziale anche di dettaglio nel corpo del nuovo codice dei contratti pubblici induce infatti a ritenere che anche per essi le relative controversie possano essere deferite all'arbitrato (amministrato, l'unico ormai legittimato dalla normativa di riforma); in ciò venendo a inverare quanto auspicato sul punto specifico nelle *Relazioni* degli anni scorsi, ove si segnalava l'opportunità di fornire più certa copertura alle multiformi figure del partenariato pubblico-privato, per loro struttura richiedenti necessariamente un più duraturo e consapevole coinvolgimento dei soggetti privati, che per l'appunto può essere stimolato dalla prospettiva dell'utilizzabilità dell'istituto arbitrale. Con riguardo poi agli oggetti delle controversie arbitrali, merita di essere anche evidenziato che, in effetti, i dati riferiti al 2016 e relativi alla tipologia di contratto interessata dal ricorso all'arbitrato confermano, come risultava già pure dalla *Relazione* precedente, la vocazione tradizionale dell'istituto, vale a dire di essere utilizzato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto l'appalto di lavori, e di tutte quelle prestazioni che con i lavori sono connesse. Per quanto si riferisce ai lodi pronunciati all'esito di una procedura amministrata, in particolare, dei 9 arbitrati conclusi nel 2016, 8 hanno riguardato appalti di lavori e 1 la progettazione di lavori; dai 23 lodi pronunciati all'esito di una procedura libera, continua a risultare che il settore dei lavori corrisponde a circa i due terzi del dato totale (in specie si è trattato di pronunce relative a 13 arbitrati per appalti di lavori, 2 per progettazione di lavori, 3 per appalti di servizi, 4 per concessione di servizi, 1 per concessione di costruzione e gestione). Si conferma altresì ancora la inesistenza di arbitrati su controversie riguardanti solo contratti per forniture.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Ulteriori novità disposte dal d.lgs. n. 50/2016 hanno riguardato: a) la più stringente definizione complessiva dei requisiti per il conferimento dell'incarico arbitrale; b) una parziale (ma soprattutto relativa alle modalità) ridisciplina dei compensi dei collegi arbitrali; c) le modalità di deposito del lodo; d) gli obblighi di pubblicazione a carico dell'Autorità.

Rinviando ai paragrafi successivi la presa in considerazione dei primi tre punti, meritevole di specifico rilievo nel presente paragrafo è il disposto di cui al comma 13 dell'art. 210, laddove è prescritta la pubblicazione sul sito dell'ANAC dell'elenco degli arbitrati in corso e definiti, dei dati relativi alle vicende dei medesimi, dei nominativi e dei compensi degli arbitri e dei periti. Tale disposizione, che evidentemente reca una nuova incombenza in capo alla Camera arbitrale e che può essere ritenuta come comprensiva della pubblicazione dei dati relativi anche alla eventuale soluzione conciliativa della controversia come vicenda conclusiva della procedura avviata con la domanda di arbitrato, viene certamente a costituire un significativo tassello del mosaico di strumentazione volta a garantire la trasparenza dell'applicazione dell'istituto arbitrale nella materia *de qua*, in conformità al già citato criterio di delega di cui all'art. 1, lett. aaa), legge n. 11/2016.

A tale compito la Camera arbitrale ha inteso provvedere con due distinte modalità. In primo luogo, ha predisposto il formato contenente i dati relativi a ciascun arbitrato in quanto previsti dalla legge, che è stato inserito nell'apposita finestra dedicata alla Camera arbitrale all'interno del sito web dell'ANAC. In secondo luogo, proprio in considerazione dell'orientamento del legislatore volto a prescrivere sempre più diffuse e puntuali forme di pubblicità e trasparenza, anche mediante un ampio avvalimento degli strumenti della tecnologia informatica, circa lo svolgimento dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, ivi compreso l'eventuale momento del contenzioso, in funzione di rafforzamento delle finalità istituzionali di integrità e di legalità in settori che presentano più alti gradi di rischio di fenomeni corruttivi, ha sottoposto all'avviso dell'ANAC una risoluzione volta a prevedere anche la pubblicazione integrale dei testi dei lodi depositati, nel rispetto della normativa circa la garanzia della riservatezza dei dati personali, in particolare previa anonimizzazione d'ufficio dei dati personali relativi ai soggetti terzi rispetto alle parti interessate e agli altri soggetti impegnati nei ruoli funzionali tipici dei giudizi arbitrali.

È possibile ora passare a esporre la questione del diritto intertemporale, come rapportata alla materia dell'arbitrato. La questione è stata subito rilevata per il caso di specie come di particolare rilevanza. Infatti, in presenza di una regola generale di diritto transitorio quale quella contenuta nel comma 1 dell'art. 216 del nuovo codice, che in buona sostanza viene a riferire il codice stesso solo alle operazioni contrattuali effettivamente avviate successivamente alla sua entrata in vigore, salva diversa disposizione (art. 216, comma 1), è veramente agevole comprendere che *per le controversie relative alla esecuzione dei contratti, le sole deferibili in arbitrato*, il momento temporale ivi stabilito ai fini della identificazione del regime applicabile avrebbe comportato che



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

la disciplina attualmente presente nello stesso d.lgs. n. 50/2016 non avrebbe trovato per lungo tempo applicazione, lasciando senza concreta conseguenza la pur disposta (dall'art. 217) abrogazione delle precedenti norme sull'arbitrato come recate in particolare dal d.lgs. n. 163/2006 (gli artt. 241-243 e s.m.i., ivi compreso l'art. 5 del d.lgs. n. 53/2010).

Ciò, per l'effetto, avrebbe condotto al verificarsi, tra le altre, di tre precise conseguenze, come del resto la Camera arbitrale ha potuto verificare nell'ambito della sua attività dispiegata successivamente alla data del 19 aprile 2016:

(i) la possibilità dello svolgimento di procedure di "arbitrato libero", senza quindi nessuna di quelle garanzie che il legislatore delegante aveva previsto e che il legislatore delegato ha congegnato, come sopra indicato;

(ii) il possibile insorgere di interpretazioni diverse (come tali all'origine di un possibile contenzioso) anche quando si trattasse di dare corso a procedure di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale circa la identificazione della disciplina allo stato rilevante, soprattutto con riguardo alle cause di più stringente incompatibilità (*rectius*: inconferibilità) e ai requisiti che adesso il codice dei contratti pubblici prevede al fine della nomina ad arbitro;

(iii) la possibilità del riprodursi di situazioni che vedano il verificarsi del superamento dei limiti che il legislatore, attraverso successive modifiche normative, aveva identificato come compenso per gli arbitri, sia con riguardo agli scaglioni di riferimento per la determinazione del compenso, sia al rispetto dell'importo massimo stabilito in 100.000 euro, che relativamente al dimezzamento del compenso stesso. Come è per il vero emerso dalla prassi verificata attraverso l'analisi dei dati disponibili in forza del deposito dei lodi e delle ordinanze di liquidazione dei compensi dei collegi arbitrali successivamente all'approvazione del d.lgs. n. 50/2016 (peraltro oggetto della Segnalazione n. 1/2017 inoltrata dalla Camera all'ANAC e alla Cabina di regia ai sensi dell'art. 210, comma 6, del nuovo codice), tale pericolosa "fuga" dai limiti stabiliti per i suddetti compensi arbitrali si è manifestata per gli arbitrati "liberi" ma poi anche in proposte di liquidazione, cui nondimeno hanno fatto seguito le conseguenti determinazioni di riallineamento poste in essere dalla Camera arbitrale, relative agli arbitrati "amministrati" dalla Camera stessa, con rischi dunque di evidente pregiudizio delle già richiamate esigenze di economicità e di moralizzazione.

Siffatte evenienze avrebbero prodotto anche delle esternalità giuridiche negative immediatamente apprezzabili. Innanzitutto, in ordine alla certezza, alla prevedibilità e alla credibilità complessiva del sistema; in secondo luogo, in quanto si sarebbero venute a creare delle antinomie evidenti tra le esigenze, come noto immediatamente precettive, manifestate con la legge delega e gli "esiti" del decreto delegato, esprimendo quindi una irragionevolezza tale da porre a rischio la stessa tenuta costituzionale della materia.

Alla luce di quanto appena esposto, è da valutare in modo estremamente positivo la novità recata dall'art. 128 del d.lgs. ... (c.d. decreto correttivo del codice dei contratti pubblici), che al comma



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

22 dell'art. 216, laddove già prevede l'applicazione in via transitoria dell'art. 10, commi da 1 a 6, e tariffa allegata, del decreto ministeriale 2 dicembre 2000, n. 398 fino all'approvazione del nuovo atto di fonte ministeriale per la determinazione dei compensi dei collegi arbitrali, ha preposto una disposizione a più ampia portata per la quale: "le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo art. 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della entrata in vigore del presente codice."

Tale modifica, infatti, che viene a dare corpo a una proposta espressamente avanzata dall'ANAC in occasione dell'audizione del suo Presidente presso le competenti commissioni parlamentari, libera il campo dai rischi che una indiscriminata estensione del regime dell'ultrattività del codice del 2006 come regola prioritaria per la definizione del diritto intertemporale avrebbe comportato per l'arbitrato e per le sue specifiche esigenze di integrità, legalità e responsabilità nella materia dei contratti pubblici. E ciò con specifico riguardo a tutte e tre i motivi di rischio indicati in precedenza.

Non è certamente da escludere che possano venire ancora sollevate questioni richiedenti particolare attenzione circa la applicazione a fattispecie pregresse della nuova disciplina del 2016 come ora disposta dalla testé riportata novella del 2017: tale è possibile ritenere, ad esempio, il caso della permanenza o meno dell'obbligo dell'autorizzazione espressa – nella forma della c.d. autorizzazione postuma – da parte dell'organo di governo del soggetto pubblico al deferimento in arbitrato per le controversie inerenti a contratti stipulati prima della entrata in vigore della legge n. 190/2012 (che tale autorizzazione, come è noto, nella forma dell'atto previo all'inserimento nel contratto della clausola compromissoria aveva introdotto), ma la cui domanda di arbitrato non sia stata presentata in vigenza del codice del 2006 e delle sue modifiche e integrazioni, bensì solo successivamente alla entrata in vigore del codice del 2016. Alla Camera arbitrale è infatti ben presente che, a seguito della intervenuta abrogazione ad opera dell'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016 del comma 25 (insieme ad altri commi rilevanti in materia di arbitrato) dell'art. 1 della citata legge n. 190/2012, su cui era stato fondato (anche dalla Determinazione ANAC n. 6/2013 e s.m.i.) tale obbligo di autorizzazione "postuma", sono stati formulati orientamenti diversi appunto quanto alla permanenza o meno dell'obbligo in questione. Nondimeno si ritiene che, previa attenta e doverosa valutazione di tutti gli atti concretamente posti in essere per ogni specifica vicenda contrattuale dalle parti interessate, sia possibile pervenire in via interpretativa e pur nel rispetto degli indirizzi espressi dalla Corte costituzionale a una equilibrata soluzione soddisfacente per tutti gli interessi in gioco, pubblici e privati, in coerenza con le regole di decisione che la Camera arbitrale ha seguito ogni qual volta abbia dovuto procedere all'assunzione in questo periodo delle proprie determinazioni al riguardo ed anche in occasione della presentazione di una apposita risoluzione contenente proposta per la revisione della Determinazione ANAC.



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Anche quest'anno denso di sfide e di incognite, peraltro, non è comunque trascorso senza l'accadimento di fatti meritevoli di specifica segnalazione sia sul piano dell'ordinamento generale che sul piano dell'ordinamento amministrativo.

Con riguardo al primo, occorre fare riferimento soprattutto alla sentenza n. 250, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 241, comma 5, del d.lgs. n. 163/2006, nel testo modificato dall'art. 5, comma 1, lettera c), del d.lgs. n. 53/2010, nella parte in cui stabiliva che il presidente del collegio arbitrale è scelto "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". Tale sentenza, tuttavia, sembra mostrare una portata con incidenza minore sul regime dell'arbitrato in materia e sulla interpretazione futura delle sue regole rispetto a quella che possono o potranno avere pronunce di poco precedenti (e pure citate nelle *Relazioni* degli ultimi due anni, quali la sentenza n. 108/2015 e la ordinanza n. 99/2016); per un verso, infatti, la pur sintetica affermazione della ultrattività della disciplina del 2006 (piuttosto alla stregua di una conseguenza naturale della non retroattività dello jus superveniens: punto 4.4. del considerato in diritto) non ha preso in esame – non essendo per il vero rilevante per la decisione in merito al giudizio di legittimità costituzionale promosso dal collegio arbitrale di Roma – la questione delle eventuali deroghe o eccezioni a tale regime di ultrattività, e comunque la questione è oggi superata dalla novella del decreto correttivo; per altro verso, la stessa dichiarazione di incostituzionalità della norma del codice del 2006 (che pure presenta analogia formulazione nel codice del 2016) è stata pronunciata in ragione dell'eccesso di delega riscontrato nel caso specifico di *quel* decreto delegato dal giudice delle leggi, il quale del resto ha altresì avuto cura di precisare che la pronuncia stessa "in nessun modo ed in nessun punto investe le successive norme che hanno disciplinato ex novo la materia" (punto 6 del considerato in diritto)

Con riguardo al secondo, occorre fare riferimento a otto delibere generali, esterne nelle forme di altrettanti *Comunicati*, con le quali la Camera arbitrale ha da un lato inteso aggiornare e revisionare (anche in via sostitutiva di delibere assunte negli anni precedenti), nella mutata composizione soggettiva operante dal febbraio 2015 e proprio in funzione di una più certa garanzia in termini di trasparenza, integrità ed efficienza dello svolgimento dell'istituto arbitrale per quanto sottoposto alla sua giurisdizione, portata e contenuti delle regole generali in conformità alle quali la Camera medesima esercita alcuni dei principali compiti ad essa assegnati dalla legge; d'altro lato, ha inteso definire (o ridefinire, anche per questa parte con eventuale sostituzione di delibere degli anni precedenti) il quadro regolatorio relativo all'esercizio delle funzioni come ora disciplinate (o ridisciplinate) dal codice dei contratti pubblici del 2016. Si tratta, in particolare, del *Comunicato* n. 1, relativo alla archiviazione dei procedimenti quiescenti



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

di amministrazione di arbitrati; del *Comunicato* n. 2, relativo alla procedura informatica per la nomina del terzo arbitro; del *Comunicato* n. 3, relativo a modalità e criteri di identificazione degli “esperti” per le procedure di “accordo bonario”; del *Comunicato* n. 4, relativo al Codice deontologico degli arbitri camerali; del *Comunicato* n. 5, relativo al procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell’incarico posti a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, d.lgs. n. 50/2016; del *Comunicato* n. 6, relativo alla iscrizione all’albo degli arbitri e all’elenco dei periti ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e alle modalità di presentazione delle domande; del *Comunicato* n. 7, relativo alla iscrizione all’elenco dei segretari dei collegi arbitrali ai sensi del d.lgs. n. 50/2016 e alle modalità di presentazione delle domande; del *Comunicato* n. 8, ancora relativo alle modalità di indizione e di svolgimento del procedimento pubblico di estrazione per la nomina del terzo arbitro; del già menzionato *Comunicato* n. 1/2017 relativo alla pubblicità dei lodi..

### **2. Una prima rassegna dei dati sull’arbitrato e qualche ulteriore valutazione sul percorso riformatore**

Come già è stato inizialmente rilevato, il complesso delle incognite relative al passaggio al nuovo regime ha certamente rafforzato il fenomeno di decremento nell’utilizzo dell’istituto arbitrale per le controversie insorte nell’esecuzione dei contratti pubblici emerso negli anni più recenti e già segnalato nelle relative *Relazioni* annuali.

Innanzitutto, il numero, pari a 7, delle domande di arbitrato “amministrato” dalla Camera arbitrale ai sensi dell’art. 241, c. 15, del codice dei contratti pubblici del 2006, che sono state introdotte nel 2016 con istanza di nomina del terzo arbitro, risulta in decremento rispetto al dato del 2015, così confermando, e anzi irrobustendo, il trend in netta diminuzione nell’ultimo quadriennio delle domande stesse rispetto al periodo precedente, decremento secondo un andamento che ha avuto il suo momento di svolta appunto nel 2013 e che in definitiva ha condotto a una media annuale per questo periodo pari a poco più di 10 istanze, a fronte di più di 26 istanze costituenti invece la media per il quadriennio precedente (una volta depurata del numero alquanto alto di procedimenti sospesi per mancato versamento dell’acconto: v. Fig. 1, in allegato al presente Capitolo).

Del pari in diminuzione (qui peraltro senza momento alcuno di discontinuità) risulta il trend degli arbitrati “liberi”, vale a dire quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è stato scelto d’accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte) ai sensi dell’art. 241, c. 5, del d.lgs. n. 163/2006. Il dato rilevante in proposito – pur non pienamente omogeneo con il precedente, ma l’unico che è conoscibile dalla Camera arbitrale sulla base dell’adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal comma 10 del citato articolo, e che per il 2016 è pari a 23 – rafforza infatti in modo vistoso una ulteriore flessione in atto negli ultimi quattro anni (vale a dire appunto dal 2013 in poi), che ha portato in sostanza a dimezzare il numero medio di lodi pronunciati all’esito di una procedura libera rispetto alla quota 100 raggiunta (e superata) fino al



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

2011, e comunque a fronte di una media dei quattro anni precedenti che era superiore al numero di 111 lodi (v. ancora Fig. 1).

Solo parzialmente nella stessa direzione di senso risulta essere orientata una seconda serie di dati, peraltro questa volta più strettamente omogenea al suo interno. Il valore delle controversie risolte con i lodi emessi a seguito di procedura amministrata (9 nel 2016) ha presentato un valore medio di circa 15.816.777 (formata da importi disposti tra un valore minimo di poco superiore a 679.450 euro e un valore massimo di poco inferiore ai 54.713.253 euro, con un forte incremento dell'intervallo tra i valori più bassi e i valori più alti), che porta a un netto aumento rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a circa 7.356.997 euro; quindi un dato che si conferma comunque sopravanzato da quello relativo all'ultimo anno anche ove questo fosse "depurato" dal valore più alto). Per converso, lo stesso dato per il 2016 relativo ai 23 lodi depositati presso la Camera arbitrale a seguito di procedura libera espone un valore medio delle controversie pari a circa 8.241.940 (formata da importi disposti tra un valore minimo di circa 56.332 euro e un valore massimo di circa 63.573.000 euro), in questo caso in leggera flessione rispetto al dato rilevato per l'anno precedente (pari a circa 8.555.861 euro, che rappresentava dal canto suo una flessione più evidente rispetto agli oltre 14 milioni di euro costituente la media del 2014) (v. Tab. 1, che ricomprende nel VI scaglione come definito sulla base del d.m. 398/2000 i suddetti valori medi per il 2016, ripartiti, rispettivamente, tra valori sotto e sopra media).

D'altro canto, anche l'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla tenuta dell'albo degli arbitri per i giudizi arbitrali può essere assunto come dato a conferma della declinante "fortuna" e comunque della situazione di sostanziale stasi in cui è costretto l'arbitrato per il contenzioso dei contratti pubblici (seppure la discesa risulti per questo aspetto notevolmente rallentata). Tenuto conto dell'elemento normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione al suddetto albo è triennale (con una interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale, nuova iscrizione: art. 210, c. 10, del d.lgs. n. 50/2016), in effetti, anche nel 2016 le "uscite" dal sistema non sono state compensate dalle "entrate". Ciò vale peraltro, seppure con numeri però proporzionalmente diversi (come del resto nel 2015), anche per l'iscrizione all'elenco dei periti (anche questa avente le caratteristiche temporali previste per l'iscrizione all'albo degli arbitri): l'albo degli arbitri, infatti, ha visto 74 cancellazioni a fronte di 71 nuove iscrizioni nell'ultimo anno; l'elenco dei periti ha visto, invece, 54 cancellazioni a fronte di sole 33 nuove iscrizioni nel 2016.

Già questi primi dati, dunque, sembrano sufficienti per rappresentare una situazione caratterizzata da una sorta di "fuga" dall'arbitrato, favorita – è ragionevolmente da ritenere – dalle sinergie che si sono venute a realizzare tra alcuni fattori di indole anche diversa. Il clamore suscitato da alcuni episodi di malcostume che si sono verificati negli anni trascorsi; l'esplosione dei costi del giudizio arbitrale, particolarmente penalizzante per le finanze delle amministrazioni pubbliche; una serie di misure normative – prima l'obbligo per le amministrazioni pubbliche di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

inserimento della clausola compromissoria fin dal bando di gara, poi il divieto del compromesso, infine la già menzionata necessità per le amministrazioni stesse di munirsi di apposita autorizzazione da parte del rispettivo organo di governo, anche a integrazione dei patti arbitrari preesistenti – che è da pensare abbiano in vario modo scoraggiato l'idea stessa del ricorso all'arbitrato nella materia dei contratti pubblici.

Per converso, occorre muovere in proposito dalla consapevolezza (del resto confermata anche dai contenuti delle domande di introduzione dell'arbitrato, anche solo con riguardo a quello amministrato deciso nel 2016, e relativi a motivi quali carenze nella compiuta definizione dell'appalto anche con maggiori costi di gestione, anomalo andamento dei lavori, mancato riconoscimento di prestazioni o mancata contabilizzazione di lavori, errata applicazione di penale, pretesa a crediti derivanti da garanzie non svincolate) che i fattori di criticità si annidano in ogni momento dell'azione contrattuale pubblica, a partire dalla fase della programmazione e della progettazione delle prestazioni che saranno assunte a oggetti contrattuali, a seguire nelle procedure di aggiudicazione dei contratti, nella redazione delle clausole contrattuali, nella gestione dell'esecuzione del regolamento contrattuale, e che quindi le eventuali criticità nel momento del contenzioso sono spesso solamente l'ultima "coda" se non la sommatoria delle risultanze precedenti; come anche del fatto che quei fattori possono trovare la loro origine in comportamenti della parte pubblica o in comportamenti della parte privata o nell'interazione perversa tra i comportamenti di entrambe le parti (come può ancora verificarsi nella stessa fase dell'arbitrato in caso di mancato versamento dell'acconto previsto per legge, che provoca una situazione di quiescenza – in numero di 4 per il 2016 – del relativo procedimento). Se è vero che l'obiettivo della più recente regolamentazione dell'azione contrattuale pubblica contenuta nel nuovo codice dei contratti pubblici deve essere quello di favorire e promuovere la flessibilità e l'adeguatezza delle scelte delle stazioni appaltanti, anche perché questo è l'obiettivo dichiaratamente formulato dal legislatore europeo al momento dell'adozione delle direttive 2014, di cui il suddetto codice è anche e soprattutto strumento del recepimento, allora anche la gestione del contenzioso deve poter svolgersi secondo quelle modalità di flessibilità e adeguatezza compatibili con le peculiari caratteristiche di questa fase di ogni vicenda contrattuale, per dare corpo anche per questa parte alla ricerca di modelli di *best practices*.

Sembra dunque necessario continuare ancora nell'impegno teso alla creazione delle condizioni per un diffuso mutamento di opinione sulla sostenibilità dell'arbitrato anche nella particolare materia dei contratti pubblici; impegno che del resto può rinvenire più pronto terreno di accoglimento e di sviluppo nel contesto nel quale si trova ad operare dal 2014 la stessa Camera arbitrale, quale organo ausiliario dell'Anac, posta a sua volta a presidio istituzionale delle *policies* per la trasparenza e l'integrità dell'azione amministrativa pubblica (e *in primis* di quella contrattuale).



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Nell'auspicata direzione non v'è dubbio che operi innanzitutto, come già evidenziato, la preclusione a procedure arbitrali diverse da quelle amministrative, disposta dal d.lgs. n. 50/2016 e da ultimo rafforzata quanto al regime transitorio dal decreto correttivo. Sullo stesso piano va opportunamente considerata anche l'altra già richiamata innovazione, apportata dal comma 8 dell'art. 209 laddove ha intestato alla Camera arbitrale, oltre alla scelta del presidente, la nomina dell'intero collegio, ferma restando la designazione degli arbitri di parte ad opera dei soggetti interessati dalla controversia deferita all'arbitrato. Ciò infatti necessariamente presuppone un potere di verifica ad opera della Camera della sussistenza degli elementi almeno formali prescritti dalle norme per la valida costituzione del collegio e quindi per l'efficace incardinamento della procedura arbitrale, a pena di nullità del successivo lodo (comma 7). Infatti, poiché la finalità di assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri (nonché dei loro eventuali ausiliari) costituisce uno degli obiettivi essenziali della razionalizzazione della disciplina delle procedure arbitrali disposta come criterio direttivo dalla lett. aaa) dell'art. 1 della legge delega, le disposizioni del decreto delegato che ne danno attuazione (in particolare il comma 6 dell'art. 209), attenendo a una rinnovata e più stringente valutazione da parte del legislatore di dette situazioni come vere e proprie cause di inconferibilità (come requisiti sostanzialmente "oggettivi" e "a carattere negativo" per lo status di eleggibilità ad arbitro, che si affiancano ai requisiti "soggettivi" o "a carattere positivo" di cui al comma 4 e, per la parte pubblica, al comma 5) degli incarichi arbitrali in ragione di rafforzate esigenze di trasparenza e di eliminazione di situazioni anche solo potenziali di conflitti di interesse (si vedano ad esempio le disposizioni sui magistrati), per loro natura comportano, come da consolidata giurisprudenza amministrativa, un effetto amministrativo preclusivo senza portata sanzionatoria ma concretante temporanea o parziale limitazione dell'accesso alla funzione e quindi conseguente e necessaria applicazione anche a fatti storici (disposizioni, quelle appena richiamate, alle quali la Camera arbitrale ha dato seguito con il *Comunicato* n. 4/2016, relativo al codice deontologico, e con il *Comunicato* n. 5/2016, quanto alle modalità di esercizio della verifica dell'assenza di cause ostative alla nomina). E proprio l'osservanza di siffatte regole applicate come imperative e quindi inderogabili può dunque favorire (insieme al pieno rispetto della nuove norme sulle incompatibilità in senso stretto disposte dal comma 10 dell'art. 210 indicate successivamente) il ristabilirsi di un clima di fiducia nei confronti dell'arbitrato anche nella materia dei contratti pubblici, che segni la ripresa di un percorso virtuoso quale quella che condusse all'opzione ordinamentale che il legislatore nazionale aveva compiuto nel 2009 con la legge n. 88; quando, cioè, in occasione del recepimento delle rilevanti modifiche all'originario testo delle "direttive ricorsi" apportate dalla dir. 2007/66/Ce, aveva posto tra i principi della delega in materia, tra l'altro, la previsione dell'arbitrato come "ordinario rimedio alternativo al giudizio civile" e il contenimento dei costi del giudizio arbitrale.

Da quest'ultimo punto di vista (cioè della economicità dei giudizi arbitrali, che pure costituisce uno dei criteri di delega), per il vero, e in assenza di specifici poteri di guida e d'ordine



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

legislativamente previsti in capo alla Camera arbitrale, la situazione si presenta meno favorevole. Oltre alla questione dei compensi dei collegi arbitrali e degli ausiliari, per la quale si rinvia al paragrafo successivo, viene qui in rilievo il punto della durata dei procedimenti arbitrali.

La considerazione di cui sopra, infatti, ha origine dalla osservazione del fatto che i dati concernenti la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2016 dimostrano che attualmente la durata stessa è relativamente indifferente al tipo di procedura seguita; trattasi in media di oltre 709 gg. per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato (che scende però a poco di più di 442gg. se si escludono i due arbitrati che hanno visto una anomala durata ben superiore ai 1.500 gg.) e di circa 495 gg. per quelli condotti secondo il rito libero, (che scende però a circa 419gg. se si escludono anche qui i due arbitrati che hanno visto una anomala durata almeno per uno superiore ai 1.400 gg.), medie risultanti da una serie di dati compresa, rispettivamente, tra un valore minimo di 214 gg. e un valore massimo di 1716gg., e tra un valore minimo di 118 gg. a un valore massimo di 1412gg.; e pochissimi sono i giudizi conclusi entro il termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c. (2 e 4 rispettivamente per il rito amministrato e per quello libero). Situazione di fatto a fronte della quale, allo stato della normativa vigente, non è possibile per la Camera arbitrale intervenire se non mediante strumenti di “spinta gentile” come quelli deliberati con il *Comunicato* n. 1/2016.

### **3. L'andamento delle attività della Camera arbitrale**

#### *3.1. Le funzioni attuali della Camera arbitrale*

Le funzioni esercitate dalla Camera arbitrale con l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, i, come è noto, sono indicate negli artt. 209 e 210. In particolare, tali disposizioni prevedono: la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti d'ufficio nei giudizi arbitrali ove sia stata disposta la CTU dai relativi collegi, nonché dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali al fine della nomina ove ritenuta necessaria (si veda al riguardo il *Comunicato* n. 4/2015); la redazione del codice deontologico degli arbitri camerali; la cura degli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale, oltre alla rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici per la successiva trasmissione all'Autorità e alla Cabina di regia. Inoltre, in forza delle stesse disposizioni la Camera provvede alla determinazione del compenso degli arbitri, dei consulenti tecnici d'ufficio e dei segretari, nonché della misura dell'acconto e del saldo per la decisione della controversia; provvede alla amministrazione del deposito dei lodi; infine cura le attività necessarie per la pubblicazione sul sito web dell'ANAC dei dati relativi agli arbitrati in corso e definiti.

#### *3.2. La tenuta degli albi ed elenchi e la nomina degli arbitri e degli ausiliari del collegio*

Possono essere iscritti all'albo degli arbitri gli appartenenti alle seguenti categorie:



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

- a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione (si veda al riguardo anche il *Comunicato* n. 1/2015);
- b) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritti ai relativi albi;
- c) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In particolare, il combinato disposto degli artt. 209 e 210 del d.lgs. n. 50/2016 ha comportato per l'esercizio della funzione di iscrizione all'albo degli arbitri da parte della Camera arbitrale, come correlata con la funzione di nomina dell'intero collegio arbitrale (seppure preceduta dalle designazioni di parte), le seguenti tre innovazioni (la terza già sopra anticipata in linea generale).

La prima consiste nella riduzione a tre delle categorie dei soggetti aventi titolo all'iscrizione all'albo, in ragione della avvenuta cancellazione nel corpo del comma 7 dell'art. 210 della prima categoria elencata nella norma precedente, relativa agli avvocati dello Stato e magistrati a riposo (con l'effetto dunque di escludere totalmente tale personale pubblico dallo svolgimento di incarichi arbitrali).

La seconda, contenuta ancora nel comma 7 dell'art. 210, comporta la venuta meno per i dirigenti delle pubbliche amministrazioni del requisito del possesso della laurea nelle materie giuridiche e tecniche, che connota di regola la qualificazione dei professori universitari di ruolo accomunati nel testo dello stesso comma nella categoria di cui alla lett. c).

La terza, contenuta nel comma 6 dell'art. 209, consiste nel riordino ed estensione delle regole di inconfiribilità dell'incarico arbitrale già presenti nella normativa previgente; e dunque non possono essere nominati:

- a) i magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari in servizio o a riposo nonché gli avvocati e procuratori dello stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie;
- b) coloro che nell'ultimo triennio 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;
- c) coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato;
- d) coloro che hanno espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

- e) coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere su esso;
- e) coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie;
- f) coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale è in corso l'arbitrato.

È poi da aggiungere la regola di vera e propria incompatibilità, contenuta nel comma 10 dell'art. 210, e per la quale durante il periodo di appartenenza, e nei successivi tre anni, i soggetti iscritti all'albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte.

Le regole per la nomina ad arbitro desumibili dalle disposizioni appena richiamate sono da intendersi applicabili, per la parte in cui possano venire in rilievo, anche per le nomine ad opera delle amministrazioni dei dirigenti pubblici come arbitri di parte, secondo la previsione originariamente introdotta dall'art. 1, cc. 22-24, legge n. 190/2012 e mantenuta con parziale ridefinizione dall'art. 209, c. 5, del nuovo codice, cui le amministrazioni sono tenute con obbligo diversamente graduato a seconda della natura della controparte in lite, fermi restando altresì in ogni caso gli obblighi di pubblicità e rotazione nelle nomine stesse, ove facciano uso, con atto motivato, della facoltà loro lasciata dalla norma di procedere alla designazione di arbitro con requisito soggettivo diverso purché con scelta operata nell'ambito dell'albo. In proposito, peraltro, si ritiene di dover segnalare, come nelle *Relazioni* degli ultimi anni, l'opportunità che le amministrazioni procedano alle nomine di loro competenza individuando il dirigente pubblico da designare, specialmente nei casi nei quali la controversia sia insorta con un soggetto privato, all'interno di un comparto di inquadramento del personale pubblico diverso da quello cui afferisce l'amministrazione parte in lite. Criterio, quello prospettato, del resto, di facile attuabilità, considerato che in 8 casi su 9 per quanto concerne i lodi amministrati depositati nel 2016 parte pubblica era un ente operante in ambito locale infra-regionale o al più regionale (e nel nono caso trattavasi di una università di medio-piccole dimensioni; per i lodi liberi, la percentuale è anche per quest'anno leggermente più bassa, seppure superiore all'anno precedente in quanto collocata ben sopra all'80 per cento).

L'individuazione del terzo arbitro è effettuata dal Consiglio della Camera arbitrale secondo una procedura a due fasi (ora disciplinata con i *Comunicati* n. 2 e n. 8 del 2016): nella prima fase, mediante sorteggio con modalità elettronica, è formato un elenco di quindici soggetti che garantisca la presenza, tra i primi undici, di tre estratti ricompresi in ciascuna delle categorie indicate nelle lettere a) e b), e di cinque estratti nelle categorie di cui alla lett. c) dell'art. 210, comma 7, del codice, mentre per i rimanenti quattro il sorteggio è effettuato tra tutte le categorie predeterminate dalla legge; nella seconda fase, fatte salve eventuali motivate controindicazioni provenienti dalle parti interessate, è determinato il nominativo del presidente del collegio



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

arbitrale secondo criteri predeterminati ed oggettivi, risultanti dal curriculum personale dei sorteggiati, e predefiniti dalla Camera stessa.

Per quanto riguarda l'iscrizione all'elenco dei periti, le innovazioni rispetto al codice del 2006, contenute nel comma 8 dell'art. 210 del codice del 2016, sono due. Nel nuovo testo è venuta meno la delimitazione dell'ambito dei soggetti legittimati a domandare l'iscrizione in questo elenco operata, come nel testo precedente, con espresso riferimento alla categoria dei tecnici individuati per l'esercizio della funzione arbitrale con l'aggiunta dei dottori commercialisti; ora si tratta solo di soggetti in possesso del diploma di laurea e comprovata esperienza professionale, maturata in almeno un quinquennio di attività (e questa è la seconda innovazione, rispetto al precedente limite decennale), con relativa iscrizione all'albo se richiesta.

Anche per il 2016 è stata confermata – e si è anzi rafforzata - la tendenza per la quale le concrete nomine nelle funzioni in oggetto ricadono in prevalenza più o meno marcata, per il terzo arbitro, su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche (per quest'anno, tutte le nomine); per il consulente d'ufficio, su soggetti titolari di competenze ed esperienze ingegneristiche (prendendo come riferimento i lodi amministrati depositati nel 2016, anche qui per tutti e due i casi nei quali è stata disposta la consulenza). Peraltro, per quanto riguarda in specie la nomina dei CTU, anche al fine di agevolare l'orientamento dei collegi arbitrali nella richiesta alla Camera di nomina dei periti per specifiche competenze professionali e quindi di facilitare la gestione del relativo all'elenco da parte della Camera stessa in funzione dei provvedimenti conseguenti, con il *Comunicato* n. 6/2016 la Camera, tra l'altro, ha disposto che è facoltà del richiedente l'iscrizione indicare, oltre alla qualificazione professionale posseduta, anche la propria specializzazione professionale, nell'ambito della prima e in numero anche superiore a uno ma comunque non superiore a cinque, per la quale si presenta la domanda previa menzione dei pertinenti codici di riferimento ivi segnalati.

Infine, all'elenco dei segretari dei collegi arbitrali possono essere iscritti i funzionari in possesso di diploma di laurea in materia giuridica o economica o equipollenti e, ove necessario, in materie tecniche, inseriti nei ruoli delle pubbliche amministrazioni di cui al d.lgs. n. 165/2001, aventi un'anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni (art. 210, comma 12, del nuovo codice: si veda anche il *Comunicato* n. 7/2016). Rispetto al regime precedente, la disciplina ha optato, ai fini della delimitazione dell'area dei funzionari legittimati a presentare domanda di iscrizione all'apposito elenco, per la espressa menzione di una delle leggi – appunto quella sul rapporto di lavoro presso le pubbliche amministrazioni – che contengono una definizione legale di pubblica amministrazione, mantenendo nel contempo una indicazione specifica relativa ai funzionari dell'ANAC (art. 209, comma 8). Nel 2016 si sono registrate 13 iscrizioni, di cui in effetti 9 hanno riguardato funzionari ANAC.

*3.3. I compensi degli arbitri e dei consulenti tecnici d'ufficio e il riparto delle spese del giudizio arbitrale*



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

Fin dall'inizio il regime di diritto transitorio disposto sul punto dei compensi dei collegi arbitrali dal d.lgs. n. 50/2016 mediante il combinato disposto dell'art. 209, comma 16, e dell'art. 216, comma 22, ha contemplato la permanenza in essere della disciplina precedente.

In particolare, la normativa fino a quel momento vigente (art. 241, c. 12, del d.lgs. 163/2006 e s.m.i.) prevedeva una griglia di riferimento e tre limiti. La griglia era fornita da un anomalo rinvio recettizio a una fonte ministeriale– il decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 398/2000 – che a sua volta rinveniva il suo fondamento nella normativa primaria e secondaria in materia di appalti pubblici già abrogata: il decreto conteneva, comunque, una tariffa per la determinazione dei compensi articolata in 8 scaglioni, ciascuno parametrato al valore della controversia deferita in arbitrato e recante l'individuazione di un importo minimo e di uno massimo del compenso liquidabile. I limiti erano costituiti: in primo luogo, dal dimezzamento delle tariffe per scaglioni fissate dal decreto; in secondo luogo dal divieto di incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto (come invece era possibile nel regime precedente al decreto legislativo del 2006); in terzo luogo, dalla determinazione di un tetto massimo al compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, in ogni caso non superiore all'importo di 100 mila euro (seppure aggiornabile triennialmente con altro decreto interministeriale); a questi limiti ne sono stati aggiunti con il d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008, art. 61, comma 9, e con il d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011, art. 23-ter, un quarto e un quinto, applicabili solo alle categorie di soggetti indicate alla lett. d) del citato comma 6 dell'art. 242 (ed ora traslate alla lett. c) del citato comma 7 dell'art. 210 del d.lgs. n. 50/2016), che rispettivamente determinano, per i singoli appartenenti alle suddette categorie, l'ulteriore dimezzamento del compenso individuale così computato, che viene devoluto direttamente ad apposito capitolo del bilancio dello Stato, e comunque un limite massimo agli emolumenti percepibili individualmente dal dipendente pubblico.

Il rinvio fisso al d.m. 398/2000 è stato ora opportunamente superato con un rinvio mobile a un decreto del Ministero delle infrastrutture, anch'esso aggiornabile con cadenza triennale quanto al limite massimo dei compensi del collegio; questa diversa modalità di rinvio costituisce anche la principale (o meglio l'unica) innovazione al riguardo, stante il fatto che sembra assicurata la permanenza dei limiti già disposti.

In questo contesto, è significativa l'osservazione dell'andamento delle liquidazioni dei compensi, che consente di mettere in rilievo gli esiti dell'opera di razionalizzazione messa in campo dalla Camera arbitrale (si vedano i *Comunicati* n. 2 e 3 del 2015). I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per i 9 lodi amministrati depositati e liquidati nel 2016 ammontano a 364.540,78 euro per una media pari a 40.504,53 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 19.000 euro e di un compenso massimo pari a 90.000 euro;



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 39,15 per cento.

Nei due anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2015a 28.562,50 euro, nel 2014 a 32.974,14 euro (v. Fig. 2), e quanto a scostamento in diminuzione, pari nel 2015 al 53,40 per cento, nel 2014 al 29,62 per cento (v. Fig. 5); peraltro, ove si tenga conto del fatto che il valore medio delle relative controversie nel 2016 è all'incirca raddoppiato rispetto all'anno precedente e all'incirca quintuplicato rispetto all'anno ancora precedente e si proceda per esempio con sottrazione almeno del valore massimo liquidato (per una controversia di oltre 54 milioni di euro), la media dei compensi arbitrali nell'anno di riferimento assume il valore di 34.317,60 euro, dunque solo apparentemente (e di poco) superiore, in considerazione appunto del parametro assunto per disposto normativo ai fini della liquidazione, ai livelli degli anni precedenti.

Per quanto concerne i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto (art. 209, c. 18, del d.lgs. n. 50/2016), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da 49 a 58 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste

I compensi (comprensivi degli onorari degli eventuali collaboratori e delle spese riconosciute) liquidati a favore dei 6 consulenti d'ufficio nominati dalla Camera arbitrale (tenendo conto che in un giudizio la CTU è stata reiterata) ammontano nel 2016 a 63.725,62 euro, per una media pari a 10.620,94 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 8.010,22 euro e di un compenso massimo pari a 14.372 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei consulenti stessi è risultato complessivamente pari a circa il 64,54 per cento. Nei due anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2015a 10.584,75 euro, nel 2014 a 22.599,53 euro (Fig. 3), e quanto a scostamento medio in diminuzione, pari nel 2015 al 70,80 per cento, nel 2014 al 21,12 per cento (v. Fig. 5). Qui rilevante è anche il dato per il 2016 concernente gli incrementi ultratabellari richiesti dai consulenti, in 5 casi rispetto ai 6 e due di questi peraltro nella misura massima del 100 per cento: in nessun caso l'incremento è stato concesso. È utile il confronto con i dati immediatamente precedenti, ove può rilevarsi che se nessun incremento era stato riconosciuto nel 2015, nel 2014 in tutti i casi nei quali era stata avanzata richiesta di tale incremento, esso era stato sempre riconosciuto (salvo uno); in 5 casi, inoltre, la richiesta era stata totalmente accolta (ma mai relativamente a richieste formulate nella misura massima) (v. Fig. 4).

Per quanto riguarda poi i compensi dei 4 CTU nominati nell'ambito di procedure libere dei quali si dispone dei relativi dati (ma almeno in altri 5 casi il compenso del CTU pur nominato non è indicato), e che, come noto, venivano determinati dallo stesso collegio arbitrale, risultano essere



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

complessivamente pari a 88.317,78 euro, per una media pari a 22.079,44 euro, calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 1.600 euro e di un compenso massimo pari a 40.000 euro.

Meritevole d'altro canto di particolare evidenziazione – tanto da essere stata invero oggetto della Segnalazione n. 1/2017 già menzionata in precedenza – è la prassi quanto a determinazione dei compensi dei collegi arbitrali nominati per le suddette procedure c.d. libere come risultante dall'osservazione dei lodi e dalle apposite ordinanze depositate presso la Camera arbitrale ai sensi di legge (fermi restando altresì alcuni margini di opacità, derivanti dalla circostanza per la quale in alcuni casi l'atto - lodo o separata ordinanza - di liquidazione definitiva dei compensi si limita a confermare la determinazione del compenso stabilita con ordinanza in sede di anticipazione ai sensi dell'art. 816 *septies* del c.p.c., ovvero a definire il saldo rispetto a quanto anticipato, senza che tale prima ordinanza sia conoscibile dalla Camera arbitrale, stante il fatto che il collegio arbitrale non è tenuto a provvedere al suo deposito o comunque ad alcuna comunicazione). Si sono potute rilevare, infatti, le seguenti tipologie di anomalia (peraltro in taluni casi riferite allo stesso giudizio arbitrale):

- a) la determinazione del compenso per il collegio arbitrale non sulla base dell'applicazione del d.m. n. 398/2000 e del suo articolato sistema tariffario, ma del d.m. 10 marzo 2014, n. 55, recante parametri per la determinazione dei compensi per la professione forense;
- b) la determinazione largamente diffusa del compenso in misura comunque più o meno largamente sproporzionata rispetto ai parametri stabiliti con il d.m. 398/2000 (solo per circa un terzo di questi casi la differenza è poco significativa), anche in ragione del fatto che per alcuni di essi non sembra che sia stato operato il dimezzamento del compenso ;
- c) in tre casi il superamento dell'importo massimo di 100.000 (e in uno di questi in misura anche di 5 volte superiore)

A tali rilievi va aggiunto quello ulteriore relativo ai casi nei quali il compenso per il segretario (pur compreso nel limite complessivo dei 100.000 euro) ha superato, per una volta anche del doppio, il limite a suo tempo indicato dalla Camera arbitrale in apposito *Comunicato*, il n. 23/2006, che seppure non più in vigore come tale per la parte riguardante la fissazione in ogni caso di un compenso minimo, dovrebbe comunque essere tenuto in conto come riferimento per la determinazione della misura massima del compenso stesso.

Anomalie tutte queste che non appaiono sostenibili pur alla luce di prospettate differenze interpretative, a fronte di solide ragioni sistematiche sostenute anche da pregresse determinazioni dell'Avcp e della Camera arbitrale nella precedente composizione del suo consiglio.

In definitiva, anche per questa parte si evidenziano con forza le opportunità aperte da un meccanismo di unificazione delle procedure di arbitrato in materia e da operazioni di assestamento dei comportamenti conseguenti, idonei a favorire una attenta gestione pure di



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

questo profilo dell'istituto arbitrale, conformemente, del resto, al criterio direttivo del contenimento dei costi del giudizio arbitrale sancito dalla legge n. 11/2016. Va infine segnalato sul punto delle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre trattate in modo comprensivo dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa), come dai lodi amministrati depositati nel 2016 risulti che in nessun caso il riparto ha penalizzato la parte privata, in 5 casi è stato paritario tra le parti, nei 4 rimanenti ha penalizzato la parte pubblica (mai, diversamente dall'anno precedente, nella misura del 100 per cento). Dai lodi liberi depositati risulta che in due casi il riparto ha penalizzato la parte privata, in 13 casi è stato paritario, in 8 casi ha penalizzato la parte pubblica (in 4 casi nella misura del 100 per cento) (v. Fig. 6; in altri termini, dunque, l'imputazione al 50 per cento delle spese è stata deliberata nel 55,56 per cento dei giudizi nelle procedure amministrative, nel 56,52 per cento dei giudizi nelle procedure libere, con un equilibrio diverso rispetto all'anno precedente, che vedevano numeri pari, rispettivamente, al 63,64 per cento e al 59,62 per cento).

### *3.4. Il deposito dei lodi.*

Per quanto riguarda l'innovazione in punto di deposito dei lodi disposta con il comma 13 dell'art. 209, laddove prevede la possibilità che il deposito medesimo venga effettuato in forma telematica, la Camera arbitrale, al termine di approfondita istruttoria condotta in interlocuzione con gli uffici competenti dell'ANAC, ha provveduto alla formulazione di una proposta all'Autorità circa le modalità di attuazione della norma medesima, che è stata sottoposta al parere dell'Agenzia delle entrate per la parte concernente gli adempimenti ai fini dell'osservanza degli obblighi fiscali da parte dei soggetti gravati degli stessi.

In conclusione, dal complesso di questi dati risulta che la funzione di vigilanza sulla imparzialità, correttezza ed economicità del contenzioso arbitrale può avvantaggiarsi da un processo di crescita dell'autorevolezza che alla figura soggettiva titolare dei poteri in questione può derivare dal suo rinnovato inquadramento istituzionale. In questo senso elementi di conferma possono ulteriormente trarsi dallo stesso nuovo codice dei contratti, laddove ha intestato alla Camera arbitrale costituita presso l'ANAC la competenza alla formulazione di una lista di 5 esperti per la individuazione dell'esperto da nominare ai fini dell'accordo bonario (ed anche, in caso di disaccordo, alla nomina diretta), nonché alla determinazione del relativo compenso (art. 205, comma 5; si veda anche il *Comunicato* n. 3/2016; le regole in materia hanno avuto nel 2016 una applicazione come risultante dai verbali n. 423, n. 424 e n. 425 della Camera arbitrale).

Figura 1. Trend lodi "amministrati", "liberi" e domande di arbitrato amministrato



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

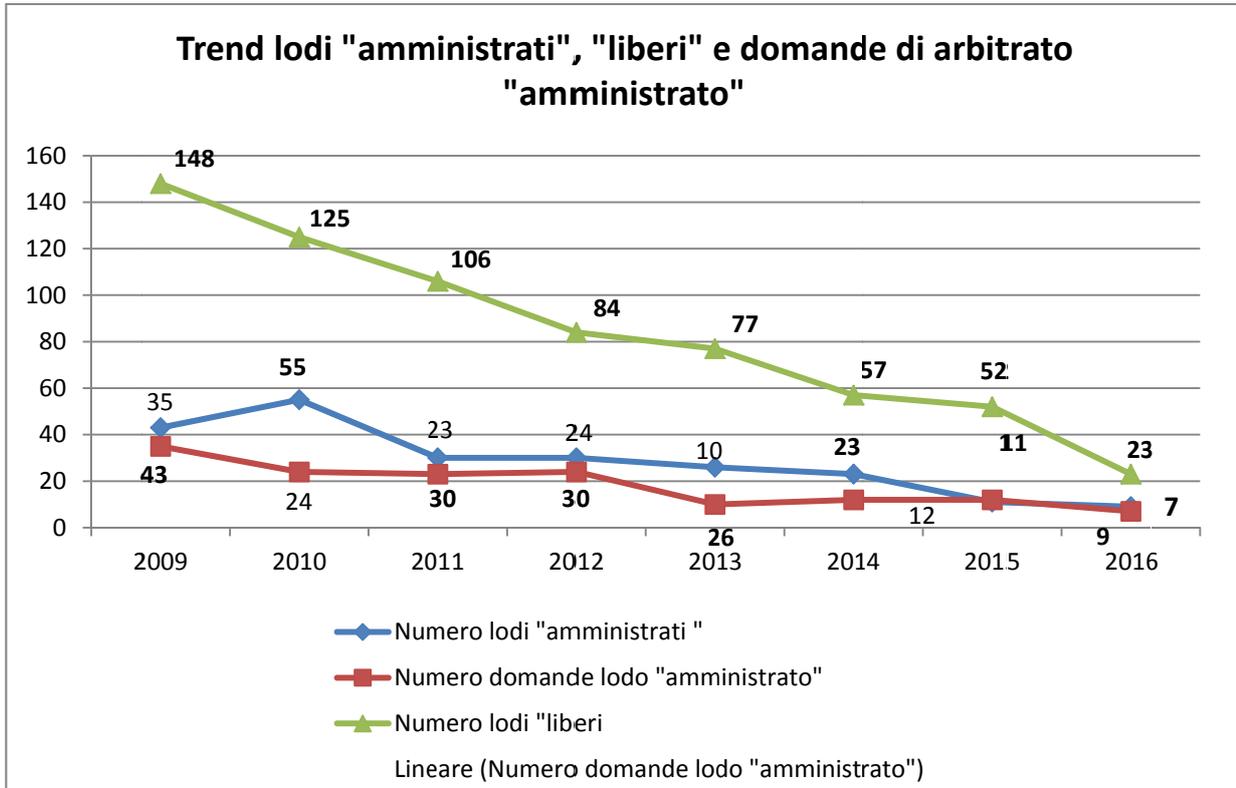


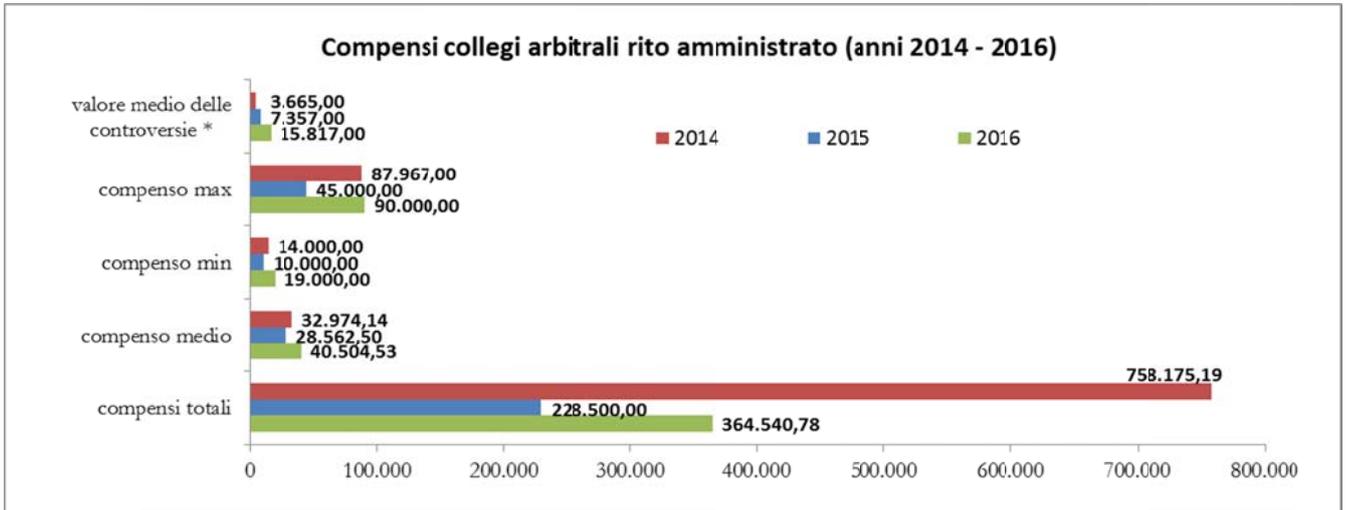
Tabella 1. Valore delle controversie in base alla Tariffa allegata al D.M. n. 398/2000

<i>Valore delle controversie in base alla Tariffa</i>	<b>Arbitrati amministrati</b>	<b>Arbitrati liberi</b>
I scaglione (fino a € 103.291,38 )	/	2
II scaglione (da € 103.291,38 a € 258.228,45)	/	2
III scaglione (da € 258.228,45 a € 516.456,90)	/	4
IV scaglione (da € 516.456,90 a € 2.582.284,49)	5	6
V scaglione (da € 2.582.284,49 a € 5.164.568,99)	/	2
VI scaglione (da € 5.164.568,99 a € 25.822.844,95)	<b>2 (1+1)</b>	<b>5 (0+5)</b>
VII scaglione (da € 25.822.844,95 a € 51.646.689,91)	1	1
VIII scaglione (oltre € 51.646.689,91 )	1	1

Figura 2. Compensi collegi arbitrali rito amministrato (anni 2014 - 2016)



*Autorità Nazionale Anticorruzione*



\* L'importo del valore delle controversie è in milioni di euro

Figura 3. Compensi liquidati a favore dei CTU nominati dalla Camera arbitrale (anni 2014 - 2016)

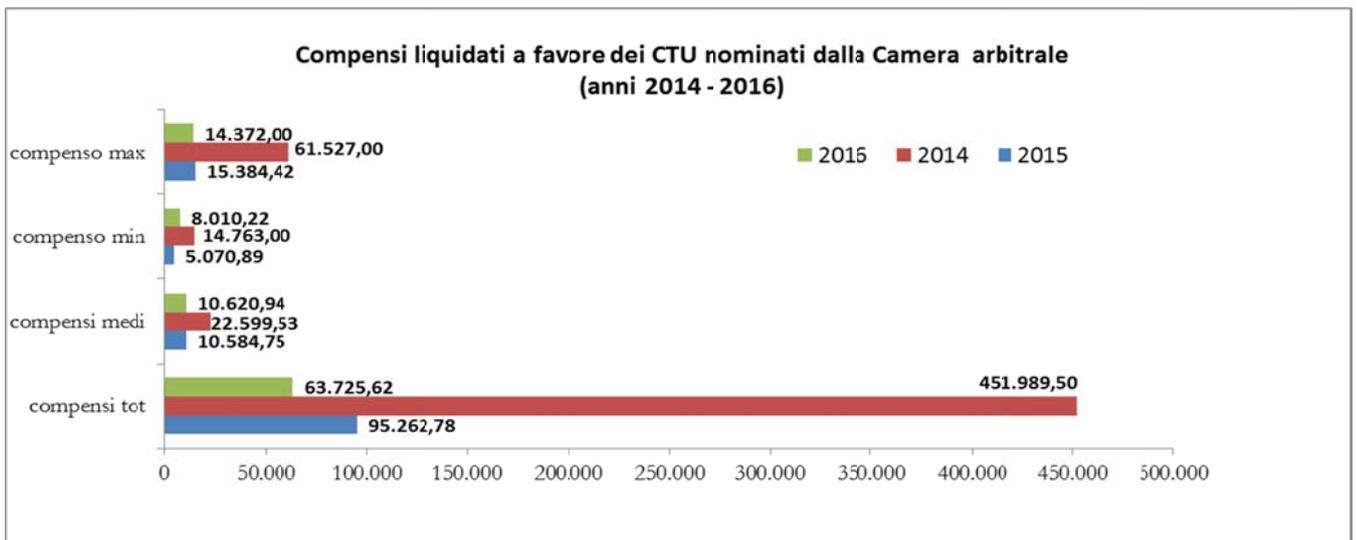


Figura 4. Incrementi ultratabellari richiesti dai CTU e riconosciuti dalla Camera arbitrale (anni 2014 - 2016)



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

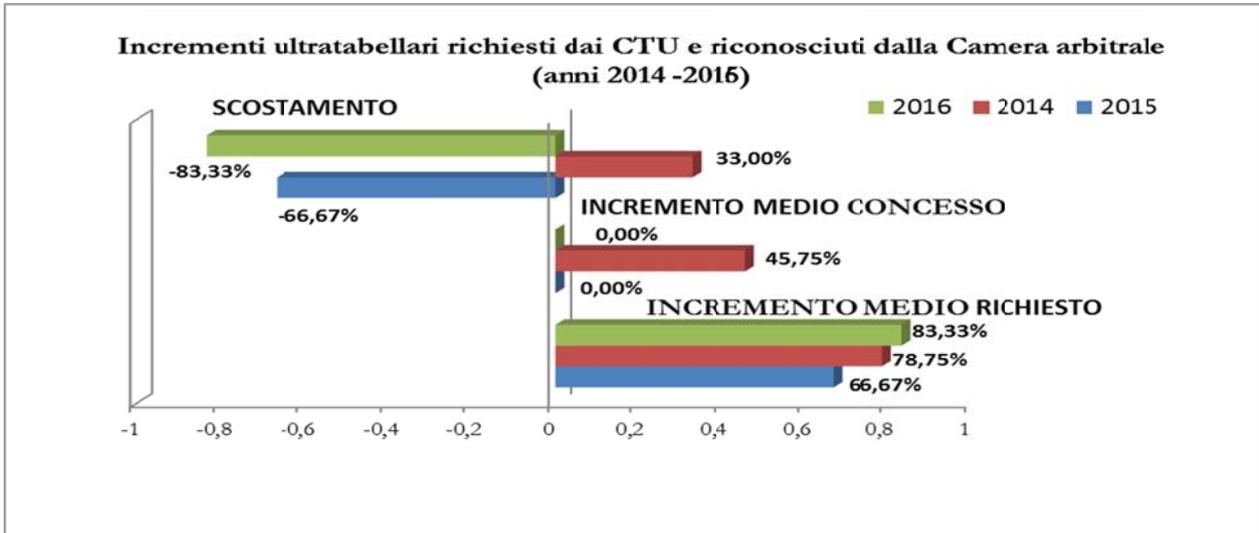


Figura 5. Scostamenti percentuali compensi colleghi arbitrali e CTU

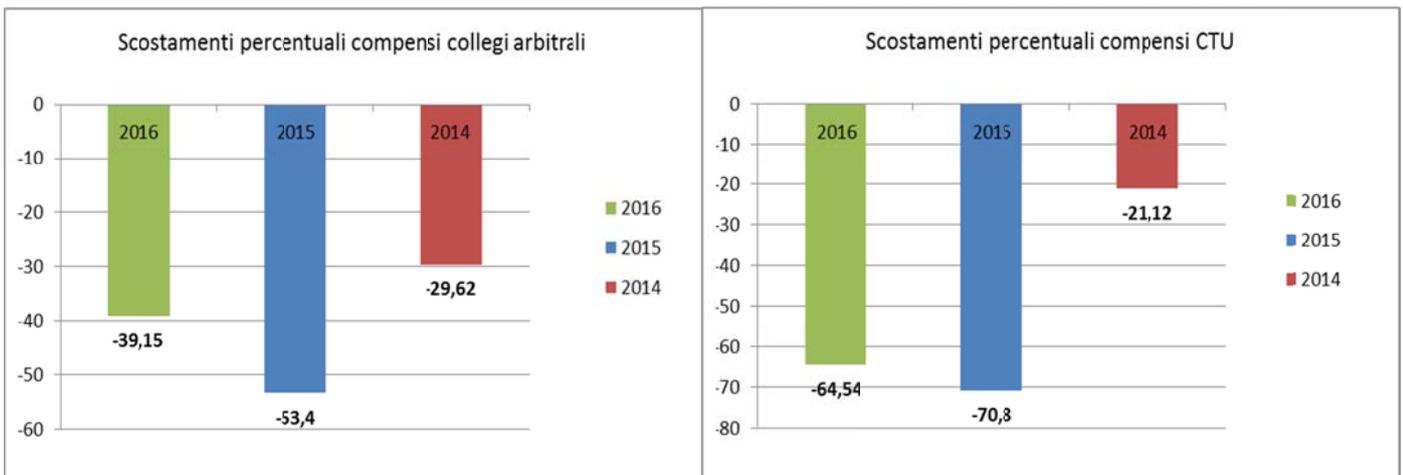


Figura 6. Soccombenze negli arbitrati amministrati e liberi

