

## COLLEGIO ARBITRALE

Prof. avv. Nicola Rocco di Torrepadula	Presidente
Prof. avv. Giuseppe Morbidelli	Arbitro
Avv. Filippo Lattanzi	Arbitro

costituitosi in data 6.10.2020 ai sensi del regolamento della Camera Arbitrale dei contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC) e con sede presso quest'ultima, ha pronunciato il seguente

### LODO

nel procedimento di arbitrato

### TRA

**Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a.**, con sede legale in Sondrio, Piazza Garibaldi n. 1 (C.F. e P.I. 00053810149), in persona del suo Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, prof. avv. Francesco Venosta, rappresentata e difesa, in virtù di procura rilasciata a margine dell'atto di avvio di procedimento arbitrale del 30.11.2018, dagli avvocati Carlo Maria Tanzarella e Giancarlo Tanzarella, presso i quali è elettivamente domiciliata in Milano, Via Senato n. 37, pec:

carlomaria.tanzarella@milano.pecavvocati.it;

giancarlo.tanzarella@milano.pecavvocati.it.

- Attrice -

### E

**Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti (CNPADC)**, con sede in Roma, Via Mantova n. 1 (C.F. 80021670585), in persona del suo Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, dott. Walter Anedda, rappresentata e difesa, in virtù di procura rilasciata a margine dell'atto di nomina dell'arbitro di parte del 21.12.2018, dagli avvocati prof. Aristide Police e Filippo Degni, presso i quali è elettivamente domiciliata in Roma, Viale Liegi n. 32, pec:

aristidepolice@ordineavvocatiroma.org;

filippodegni@ordineavvocatiroma.org;

- Convenuta -

## **FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO**

### 1. *Sul fatto.*

Con bando di gara pubblicato l'8.5.2014 la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti (d'ora innanzi anche solo CNPADC o Cassa) ha indetto una gara pubblica per il servizio di tesoreria a favore dei propri iscritti.

Per quanto qui interessa, il bando prevedeva l'erogazione del servizio di tesoreria per un periodo di 36 mesi dalla data di stipula del contratto (art. II. 3), ed a favore della Cassa "l'opzione prevista dall'art. 57, comma 5, lett. b). Come meglio stabilito all'art. 2 del Disciplinare di gara" (art. II. 2.2 bando di gara). Quest'ultimo attribuiva alla Cassa, appunto, la "facoltà di esercitare l'opzione di cui all'art. 57, co. 5, lett. b) del codice. In tale ipotesi, la ripetizione dei servizi, potrà essere richiesta per un periodo massimo di 36 (trentasei) mesi" (art. 2, disciplinare di gara).

È bene sottolineare, sin da subito, che il bando di gara faceva espresso riferimento all'art. 57 (*Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*) del codice degli appalti, all'epoca vigente, che prevedeva, fra l'altro, la possibilità delle stazioni appaltanti di aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in alcune determinate ipotesi. Ciò poteva avvenire, in particolare "*b) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza*

*bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'articolo 28.*" (vecchio art. 57, co. 5, lett. b del codice degli appalti).

La Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a. (d'ora innanzi anche solo BPS o Banca) ha partecipato e vinto la gara per l'indicato servizio di tesoreria.

Cosicché in data 1.4.2015 la Cassa e la Banca hanno stipulato il "Contratto per il servizio di tesoreria della Cassa Nazionale di Presidenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti".

Per quanto interessa in questa sede il contratto aveva una durata triennale a decorrere dalla firma: e quindi dal 1.4.2015 al 31.3.2018.

Era convenuto, inoltre, come previsto nella Sezione II. 2.2 del bando di gara, che *"la Cassa si riserva la facoltà di esercitare l'opzione di cui all'art. 57, c. 5, lett. b) del Codice degli appalti. In tale ipotesi, la ripetizione dei servizi potrà essere richiesta per un periodo massimo di 36 (trentasei) mesi"* (art. 3 *"Durata del contratto"* del contratto del 1.4.2015).

In sintesi era ipotizzato, oltre al primo triennio (2015-2018), un secondo triennio (2018-2021).

Va aggiunto che all'art. 23 (la cui rubrica è *"Controversie"*) le parti hanno convenuto che *"23.1. Qualsiasi controversia sull'applicazione, interpretazione ed esecuzione del presente contratto sarà demandata all'esame di un Collegio Arbitrale composto da tre membri, di cui due nominati dalle parti e il terzo, con funzioni di Presidente, scelto d'accordo tra le parti o, in caso di disaccordo, dal Presidente della Camera arbitrale dei contratti pubblici. Tale procedura, ivi compreso il termine per la resa del lodo, si svolgerà senza vincoli di forma e sarà determinata dagli Arbitri stessi.*

*23. 2. L'attivazione della presente clausola arbitrale per fatti riconducibili a quanto previsto dal precedente articolo 24, determina la sospensione dell'obbligo di pagamento della cauzione sino alla data del deposito del lodo arbitrale”.*

Fatta questa premessa sul piano delle fonti che vengono in luce, è bene avvertire che tutta la controversia ruota sul contenuto dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015.

Va detto che il rapporto intercorso tra le parti si è svolto regolarmente fino a quando, il 25.10.2017, la Cassa ha comunicato alla Banca la volontà di esercitare l'opzione prevista nell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 per l'ulteriore triennio 2018-2021, alle medesime condizioni economiche previste nel citato contratto.

A fronte di ciò, la Banca, con nota del 12.12.2017, ha contestato l'esercizio dell'opzione da parte della Cassa, sottolineando che essa avrebbe consentito a quest'ultima, a suo dire, solo la scelta tra indizione di nuova gara o continuazione del rapporto per l'ulteriore triennio 2018-2021, ma a nuove condizioni che le parti avrebbero dovuto negoziare.

Da questo momento in poi, si è susseguito un fitto scambio epistolare tra le parti nel quale ciascuna ha interpretato in modo diverso l'art. 3 del contratto del 1.4.2015, senza che si trovasse un accordo al riguardo.

Durante questo periodo, sul piano economico, il rapporto è proseguito normalmente fino alla naturale scadenza del 31.3.2018 (e, come si vedrà, anche oltre).

Prima di questa data, però, la Banca, con lettera del 12.3.2018, ha comunicato alla Cassa che, ferme ed impregiudicate le proprie contestazioni, avrebbe applicato ai medesimi rapporti bancari in essere dal 1.1.2019 delle nuove condizioni economiche (mantenendo ferme le vecchie condizioni dal 1.4.2018 al 31.12.2018).

In altri termini, sul piano economico, il rapporto ha avuto il seguente andamento:

- 1) 1.4.2015-31.3.2018 condizioni contrattuali;
- 2) 1.4.2018 – 31.12.2018 vecchie condizioni contrattuali;
- 3) 1.1.2019 – 31.3.2021 nuove condizioni indicate dalla Banca il 12.3.2018.

E, come si vedrà meglio dopo, quest'ultimo è il periodo in contestazione.

- - -

## 2. Sullo svolgimento del procedimento.

Non essendo riusciti a trovare un accordo sull'interpretazione della clausola contrattuale, con atto del 30.11.2018 la Banca ha instaurato il presente procedimento arbitrale, designando quale arbitro il prof. avv. Giuseppe Morbidelli ed invitando l'altra parte a designare il proprio arbitro, avanzando, inoltre, una serie di quesiti.

Con atto del 21.12.2018 la Cassa ha resistito, designando quale arbitro di parte dapprima il prof. avv. Eugenio Picozza e, poi, a seguito della rinuncia di questi l'avv. Filippo Lattanzi.

Nella seduta del 26.2.2020 (estratto verbale n. 2 comunicato con nota prot. n. 17599 del 2.3.2020), il Consiglio della Camera Arbitrale, ha designato quale terzo arbitro, con funzioni di Presidente, il prof. avv. Nicola Rocco di Torrepadula. Cosicché il Collegio arbitrale è risultato così composto:

- Prof. Avv. Nicola Rocco di Torrepadula, terzo Arbitro con funzioni di Presidente;
- Prof. Avv. Giuseppe Morbidelli, componente designato da BPS;
- Avv. Filippo Lattanzi, componente designato da CNPADC.

Il Collegio arbitrale si è costituito in data 6.10.2020, fissando la sede dell'arbitrato presso l'ANAC. Nel corso di tale riunione, il Collegio, alla presenza delle parti, ha esperito preliminarmente il tentativo di conciliazione (che è risultato vano) e, poi, ha:

- assegnato termine alle parti sino al 6.11.2020 per il deposito della comparsa di costituzione, contenente le precisazioni e integrazione dei quesiti, la formulazione di eventuali nuovi quesiti e la proposizione di domande ed eccezioni;
- assegnato termine alle parti sino al 27.11.2020 per il deposito di una memoria di replica alle domande ed eccezioni dell'altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l'indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
- assegnato termine alle parti sino all'11.12.2020 per il deposito di memoria di ulteriore replica contenente le sole indicazioni di prova contraria;
- preso atto della nomina della Dott.ssa Valentina Maurilli, quale segretario del Collegio arbitrale, funzionario presso l'ANAC scelta nell'elenco dei segretari presso la Camera Arbitrale ai sensi dell'art. 209, comma 8, d.lgs. 50/2016 e s.m.i. e autorizzata con nota prot. n. 68169 del 17.9.2020.

Nel termine del 6.11.2020, è stata depositata la comparsa di costituzione, con allegati documenti, da parte della Banca, anche con riformulazione dei quesiti (nel numero pari a 11), nonché la dichiarazione concernente il valore della controversia.

Nel medesimo termine anche la Cassa ha depositato la propria comparsa di costituzione con allegati documenti, e la dichiarazione concernente il valore della controversia.

Entro il successivo termine, entrambe le parti hanno provveduto a depositare le memorie di replica (prot. n. 91313 e prot. n. 90787).

Con comunicazioni pervenute in pari data, il 2.12.2020, le parti hanno rispettivamente rinunciato alla facoltà di presentare la terza memoria relativa alla indicazione di prova contraria.

Con ordinanza del 23.12.2020, il Collegio, viste le richieste delle parti e ferma la valutazione del merito della controversia, ha deliberato di ammettere la consulenza tecnica d'ufficio richiesta, con mandato al nominando perito di svolgere i seguenti accertamenti relativi ai rapporti per cui è causa e, in particolare, del contratto del 1.4.2015, alla luce dei documenti esibiti o da acquisire eventualmente in accordo tra le parti: «1. Accerti, per le prestazioni rese dal 1.4.2018 all'attualità, qual è il credito della BPS, da quest'ultima indicato, alla data del 6.11.2020, in euro 302.297,10 e a quanto ammontano, in particolare gli interessi maturati; 2. Accerti qual è il credito della CNPADC relativamente ai conti deposito a far data dal 1.4.2018 all'attualità e a quanto ammontano, in particolare, gli interessi maturati; 3. Accerti qual è il credito della CNPADC per interessi attivi a far data dal 1.4.2018 all'attualità da quest'ultima indicati, alla data del 6.11.2020, nella misura di euro 12.975.510,00; 4. Accerti quali siano le spese eventualmente sopportate dalle parti; 5. Effettui i relativi conteggi tenuto conto delle condizioni stabilite nel contratto del 1.4.2015, nonché secondo le condizioni proposte dalla Banca Popolare di Sondrio nell'anno 2018; 6. Accerti ogni altro elemento, sul piano contabile, utile alla decisione della presente controversia». Il Collegio ha deliberato, altresì, di riservarsi fino alla successiva udienza, l'indicazione del consulente tecnico d'ufficio per la necessaria designazione da parte della Camera Arbitrale, ponendo da subito a carico delle parti in via solidale e provvisoriamente il pagamento degli onorari e delle spese di consulenza tecnica. Il Collegio ha autorizzato, fino all'inizio delle operazioni peritali, la nomina dei consulenti tecnici di parte ed ha assegnato 90 giorni per il deposito della relazione peritale. Il Collegio ha fissato, infine, l'udienza del 18.1.2021 per il conferimento dell'incarico.

In questa data si è svolta in modalità telematica, tramite sistema di *Virtual room* della Camera Arbitrale – Anac, l'udienza per il conferimento dell'incarico di consulente, alla dott.ssa Claudia Marchioni, in virtù di nomina

del Consiglio della Camera Arbitrale del 13.1.2021, comunicato con nota prot. n. 2706 del 13.1.2021. Sempre in quest'occasione la dott.ssa Marchioni ha accettato l'incarico conferitole ed ha letto la formula di rito per il giuramento. La CTU ha fissato l'inizio delle operazioni di consulenza per il giorno 1.2.2021, ore 15,00.

Il Collegio ha autorizzato le parti alla nomina dei propri CTP fino al giorno 29.1.2021 ed ha autorizzato la CTU ad accedere agli atti e documenti di causa, assegnando termine fino al 31.3.2021 per la trasmissione alle parti costituite di una bozza di relazione, con assegnazione alle parti del termine fino al 15.4.2021 per comunicare alla CTU eventuali osservazioni sulla relazione e con assegnazione alla CTU del termine fino al 3.5.2021 per il deposito della relazione finale, comprensiva delle osservazioni delle parti.

Il Collegio ha rinviato, infine, il procedimento all'udienza del 31.5.2021 per l'esame della CTU e per la precisazione delle conclusioni.

Le parti, entro il termine assegnato, hanno indicato i nominativi dei rispettivi consulenti tecnici di parte.

All'udienza del 31.5.2021, svolta in modalità telematica con sistema di *Virtual room* della Camera arbitrale - Anac, il Collegio ha dato atto dell'avvenuto deposito nei termini previsti da parte della CTU della relazione tecnica d'ufficio, composta di due parti, con la connessa documentazione allegata.

Terminata la fase istruttoria, le parti hanno precisato, all'udienza del 31.5.2021, le rispettive conclusioni.

La Banca, con foglio di precisazione delle conclusioni del 31.5.2021, ha così concluso: "Quesito n. 1 Accerti e dichiarare il Collegio che, interpretato alla luce degli atti di gara e del disposto di cui all'art. 57, comma 5 lett. b) D. lgs 163/06, l'art. 3 del contratto in data 1.4.2015 comporta che alla data di sua naturale scadenza (31.3.2018) alla Cassa Nazionale di previdenza e assistenza ai Dottori Commercialisti compete la sola facoltà di avviare un

procedura negoziata senza bando con Banca Popolare di Sondrio per l'eventuale affidamento, di un nuovo contratto avente ad oggetto “*nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi*”, secondo la formula e la corretta interpretazione del richiamato articolo di Legge e della relativa disciplina regolamentare di cui al DPR 207/2010. Quesito n. 2 Con riguardo alle medesime disposizioni contrattuali, di gara e di normativa primaria e secondaria, accerti e dichiari il Collegio la inesistenza, negli atti di gara, nel contratto e nella normativa di legge e regolamentare di settore, di qualsivoglia prescrizione o pattuizione per la quale, in caso di avvalimento da parte della Cassa della facoltà riconosciutale ai sensi dell'art. 3 del contratto, BPS sia tenuta al rendimento del servizio “*alle medesime condizioni economiche e contrattuali attualmente vigenti*”, così come per la prima volta preteso dalla Cassa con nota n. 126057/17 del 25.10.2017. Quesito n. 3 In ragione di quanto sopra, accerti e dichiari il Collegio che il ricorso da parte della Cassa alla facoltà riconosciutale dall'art. 3 del contratto e dalle corrispondenti prescrizioni degli atti di gara la legittima solo all'avvio di procedura negoziata con l'appaltatore in essere, esclusa ogni pretesa al rinnovo unilaterale e non negoziato del contratto. Quesito n. 4 In accoglimento dei quesiti da 1 a 3, accerti e dichiari il Collegio che il contratto in essere si è definito alla data del 31.3.2018 per non avere la Cassa, tempestivamente e correttamente, esercitata la facoltà, riservatasi ai sensi del paragrafo II. 2.2 del Bando, dell'art. 2 del Disciplinare e riconosciutale dall'art. 3 del contratto, di interpellare in regime di procedura negoziata BPS al fine di verificare la possibilità di provvedere allo affidamento di “*nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi*” in accordo alla formulazione della norma primaria (art. 57, comma 5 lett. b D.lgs. 163/06) richiamata negli atti di gara e nel contratto. Quesito n. 5 Avuto conto della interpretazione che della pattuizione negoziale è offerta dalla Cassa, voglia nel caso il Collegio accertare e

dichiarare che, ove effettivamente a detta clausola fosse riconducibile l'effetto indicato dalla Cassa, essa sarebbe nulla (art. 1418 c.c.) per contrasto con l'art. 57, comma 5 lett. b) del Codice dei contratti (D. lgs. 163/2006) nonché con i principi generali, anche di diritto europeo, che governano la materia (art. 2, D. Lgs. 163/2006). Quesito n. 6 In accoglimento del quesito n. 4, voglia il Collegio: a) Accertare e dichiarare che i servizi resi da BPS in favore di CNPADC nel triennio di rinnovo contrattuale (1.4.2018 – 31.3.2021) devono essere remunerati alle condizioni proposte da BPS con nota in data 8 marzo 2018 e, per l'effetto, condannare la Cassa al pagamento dei corrispettivi per i servizi resi a far tempo dal giorno 1.4.2018 alle condizioni di mercato del periodo, come richiesto da BPS con nota in data 8 marzo 2018, nell'entità che, per l'intero triennio 1.4.2018 – 31.3.2021 la CTU Dott.ssa Claudia Marchioni ha quantificato in € 608.707,50 (relazione di CTU, Tabella F), quale differenza tra quanto corrisposto e quanto dovuto da CNPADC a BPS secondo le condizioni proposte da BPS con la ridetta nota in data 8 marzo 2018, il tutto con maggiorazione degli interessi computati ai sensi del D. Lgs. n. 231/2002; b) Accertare e dichiarare che il compenso dovuto alla Cassa per i depositi a far tempo dal giorno 1.4.2018 è a sua volta da computarsi in applicazione dei criteri medi del periodo che si specificano essere pari al tasso BCE vigente, aumentato di 0,01 (zero virgola zero uno) punti percentuali, con liquidazione annuale, e per effetto condannare CNPADC alla restituzione in favore di BPS della somma di € 5.087.713.24 (relazione di CTU, Tabella 4), a titolo di interessi creditor netti indebitamente percetti nel periodo di riferimento da CNPADC. Quesito n. 7 In via subordinata, per la ipotesi di intervenuto rigetto dei quesiti n. 1, 2, 3, 4, 5, accerti e dichiarare il Collegio che ai servizi oggetto del contratto trova piena applicazione il disposto di cui all'art. 5, comma 9 D. lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 e che, nei termini, la Cassa è stata resa edotta delle condizioni cui BPS sarebbe stata disposta alla continuazione del rapporto, con piena ed

esaustiva informazione del diritto di recesso da esercitarsi nei sessanta giorni successivi alla intervenuta ricezione della dichiarazione operata da BPS con nota in data 12 marzo 2018. Quesito n. 8 In via subordinata, per la ipotesi di intervenuto rigetto dei quesiti n. 1, 2, 3, 4, e 5, accerti e dichiari il Collegio che nei termini di cui all'art. 5, comma 9 D. lgs. 218/17 la Cassa non ha esercitato il diritto di recesso e che, di conseguenza, a far tempo dall'1 gennaio 2019 e fino alla cessazione effettiva del servizio in ipotesi prorogato in applicazione del disposto di cui all'art. 3 del contratto, BPS ha titolo alla percezione del corrispettivo nei termini da essa indicati alla Cassa nella nota in data 12 marzo 2018. Quesito n. 9 In via subordinata, in accoglimento dei quesiti nn. 7 e 8, voglia il Collegio: (i) condannare CNPADC al pagamento, in favore di BPS, della somma di € 477.633,48 a titolo di corrispettivo per i servizi resi nel periodo 1 gennaio 2019 – 31 marzo 2021 (relazione di CTU, Tabella G); (ii) accertare che nulla è dovuto tra le Parti in relazione agli interessi creditori sulle giacenze di conto corrente (relazione di CTU, pag. 25, primo cpv.) Quesito n. 10 Voglia il Collegio respingere ogni avversa deduzione di rito, di merito e istruttoria e, in ragione dell'intervenuto accoglimento dei quesiti di parte attrice, disporre la condanna della convenuta al pagamento del compenso degli Arbitri, del Segretario e del CTU, alla rifusione delle spese di funzionamento del Collegio e alla rifusione delle spese di lite”.

La Cassa, dal canto suo, ha concluso affinché il Collegio: “a) accerti e dichiari che l'art. 57, co. 5, lett. b), del d.lgs n. 163/2006 deve essere interpretato nel senso di consentire la prosecuzione del Servizio con invarianza degli altri termini e condizioni contrattuali; b) accerti e dichiari che l'art. 3 del Contratto deve essere interpretato, anche alla luce di noti canoni ermeneutici enunciati dagli artt. 1362 c.c., 1363 c.c. e 1367 c.c., nel senso di attribuire alla CNPADC la facoltà di richiedere a BPS di rendere il Servizio per ulteriori 36 mesi, a decorrere dal 1 aprile 2018 alle stesse

condizioni economiche e medesimi termini contrattuali; c) accerti e dichiarati che la CNPADC ha validamente esercitato la facoltà prevista dall'art. 3 del Contratto nei confronti di BPS; d) accerti e dichiarati il diritto di CNPADC a ricevere da BPS il pagamento degli interessi attivi dovuti a valere sui conti correnti intestati alla Cassa, nella misura indicata nella opzione 1 della relazione del C.T.U: incaricato dal Collegio arbitrale pari ad € 25.820.131,70 per interessi creditorî lordi, corrispondenti ad € 19.106.897,46 netti, relativi al periodo compreso dal 1.1.2019 al 31.12.2020, nonché a ricevere da BPS la restituzione delle spese corrisposte dalla Cassa alla Banca nella misura indicata nella opzione 1 della relazione del C.T.U. incaricato dal Collegio arbitrale pari ad € 640.163,70. La CNPADC, inoltre, chiede che il Collegio arbitrale voglia: - rigettare le pretese avanzate con i quesiti n. 1, n. 2, n. 3, n. 4, n. 5, n. 6, n. 7, n. 8, n. 9 e n. 10 dell'atto di avvio di procedimento arbitrale di BPS notificato in data 5 dicembre 2018, perché inammissibili. e/o comunque infondati; - accogliere le prospettazioni e le domande di cui ai quesiti formulati *sub a)*, *sub b)*, *sub c)*, *sub d)* della presente memoria conclusionale; - condannare BPS al pagamento delle somme indicate *sub d)* della presente memoria conclusionale; - condannare BPS al pagamento degli ulteriori importi maturati dal dì del dovuto e sino ad integrale soddisfo, oltre interessi, legali e di mora, e rivalutazione; - condannare BPS al pagamento del compenso degli Arbitri e del Segretario, nonché alla rifusione delle spese di funzionamento del Collegio e delle spese di lite”.

Il Collegio, quindi, ha:

- assegnato alle parti termini per il deposito delle memorie conclusive e repliche, rispettivamente sino al 30.6.2021 e sino al 20.7.2021, con preclusione di deposito di ogni altra documentazione;
- precisato che su iniziativa di entrambe e/o una delle parti sarebbe stato possibile richiedere entro il 30.7.2021 l'eventuale fissazione di udienza per la discussione orale.

Entro i termini loro assegnati le parti hanno depositato le memorie conclusionali (rispettivamente prot. n. 51596 e prot. n. 51466), nonché le repliche (rispettivamente prot. n. 56812 e prot. n. 56770).

Con istanza del 29.7.2021 (prot. n. 58873) la Cassa ha presentato la richiesta di fissazione di udienza per la discussione orale.

Con ordinanza del 30.7.2021 il Collegio, vista quest'istanza, ha fissato l'udienza di discussione orale per il 4.10.2021. Con successiva ordinanza del 13.9.2021 il Collegio, stante il perdurare delle misure di sicurezza adottate dall'Anac, ha deliberato lo svolgimento della fissata udienza del 4.10.2021 mediante modalità telematica con il sistema di *Virtual room* della Camera arbitrale.

In data 4.10.2021, si è svolta, in modalità telematica, l'udienza di discussione orale a cui hanno partecipato le parti, al termine della quale il Collegio si è riservato di decidere.

Nel corso delle camere di consiglio è emersa l'eventualità che potesse porsi una questione di nullità d'ufficio, in tema di formazione del consenso sull'art. 3 seconda parte del contratto del 1.4.2015. Per questo motivo, ai sensi dell'art. 101, co. 2, c.p.c., il Collegio, con ordinanza del 20.10.2021 (comunicata il 21.10.2021), ha assegnato alle parti il termine di 20 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza per il deposito di una memoria contenente osservazioni sulla questione.

Nell'indicato termine le parti hanno depositato le rispettive memorie.

La Cassa ha depositato anche dell'ulteriore documentazione in violazione della preclusione di presentazione di altra documentazione in questa fase, come presente nel sistema e ribadito dal Collegio il 31.5.2021. Di tale documentazione non si terrà conto e la stessa andrà stralciata dal procedimento. Analoga sorte vale per le ulteriori deduzioni della Banca, depositate fuori termine, nonché, a maggior ragione, per l'ulteriore nota fatta pervenire in data 12.11.2021 dalla difesa della Cassa.

Il Collegio, riunitosi nelle camere di consiglio del 4.10.2021, 12.10.2021, 18.10.2021 e 11.11.2021, ha deliberato il presente lodo.

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

#### **3. Sulla mancata formazione del consenso**

Come anticipato, le parti hanno stipulato in data 1.4.2015 un contratto per il servizio di tesoreria che la Banca si impegnava a rendere a favore dei dottori commercialisti iscritti alla Cassa.

Si è già visto, anche, che l'art. 3, seconda parte, del contratto del 1.4.2015, prevedeva testualmente che *“la Cassa si riserva la facoltà di esercitare l'opzione di cui all'art. 57, c. 5, lett. b) del Codice degli appalti. In tale ipotesi, la ripetizione dei servizi potrà essere richiesta per un periodo massimo di 36 (trentasei) mesi”*.

Le parti, però, non concordano sull'interpretazione da dare a questa disposizione, e, di conseguenza, all'opzione esercitata dalla Cassa il 25.10.2017.

Il punto centrale di tutta la questione ruota qui intorno.

A fronte dell'univocità del testo contrattuale, le parti intendono quest'opzione in modo diverso.

Per la Cassa l'opzione esercitata le avrebbe consentito la continuazione del rapporto *alle medesime condizioni economiche* per altri trentasei mesi (1.4.2018-31.3.2021).

Al contrario, per la Banca tale opzione avrebbe consentito alla Cassa solo di evitare una nuova gara e di permettere la continuazione del rapporto per altri trentasei mesi (1.4.2018-31.3.2021), ma a *condizioni economiche da negoziare*.

In sostanza le parti concordano su vari profili della disposizione, ma non su tutti. Esse concordano sul testo da loro sottoscritto; sul fatto che lì era prevista un'opzione a favore della Cassa; sul fatto che attraverso l'opzione il rapporto sarebbe proseguito per uguale periodo (trentasei mesi dal 1.4.2018

al 31.3.2021); sul fatto che ciò sarebbe avvenuto mediante l'esercizio dell'opzione da parte della Cassa; sul fatto che il richiamo all'art. 57, c. 5, lett. b) del Codice degli appalti sarebbe da intendersi nel senso che la continuazione sarebbe avvenuta senza un ulteriore bando di gara.

Nonostante ciò, vi è un punto su cui le parti non concordano. Si tratta della diversa interpretazione che danno le stesse all'art. 3, seconda parte, del citato contratto del 1.4.2015 con riguardo al trattamento economico del nuovo periodo.

Come visto, secondo la Cassa, l'opzione comportava la prosecuzione del rapporto alle medesime condizioni economiche (prosecuzione che chiameremo per comodità "*proroga*"), mentre, secondo la Banca, l'opzione comportava la prosecuzione del rapporto a condizioni economiche che le parti avrebbero dovuto concordare attraverso una libera negoziazione (prosecuzione che chiameremo per comodità "*rinnovo*").

Di qui la necessità di accertare, attraverso un'opera di interpretazione dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015, se ha ragione la Cassa, o la Banca, oppure nessuno dei due.

Va precisato che i criteri ermeneutici non possono che essere quelli utilizzati per un qualsiasi contratto, sia di diritto privato, sia pubblico.

Priva di fondamento, pertanto, è la tesi della Cassa secondo cui si sarebbe in presenza di un contratto pubblico per cui "le regole di interpretazione non seguono pedissequamente i criteri civilistici". Si aggiunga, peraltro, che nella specie si è al cospetto di un normale contratto di diritto privato, dato che solo la fase di scelta del contraente ha rivestito il carattere pubblico.

Si è già visto che il testo contrattuale è univoco, ma le interpretazioni delle parti divergono.

Per cercare di fare chiarezza è opportuno soffermarsi, innanzitutto, sul dato letterale. Qui vengono in rilievo soprattutto quattro espressioni: "*opzione*";

“art. 57, c. 5, lett. b) del Codice degli appalti”; “ripetizione dei servizi”; “richiesta”.

Quanto al termine “opzione” la Banca ritiene che ciò significherebbe che era rimessa alla volontà della Cassa la scelta di proseguire nel rapporto (a nuove condizioni), oppure bandire una nuova gara.

In realtà, più propriamente, con il termine “opzione” si deve intendere, nella specie, ciò che di regola rappresenta l’opzione (art. 1331 c.c.). E cioè l’attribuzione del potere di una parte di costituire un rapporto contrattuale mediante la manifestazione della propria dichiarazione di volontà.

Riportato al caso in esame ciò è da intendere nel senso che la Cassa, attraverso l’esercizio dell’opzione, aveva il potere di far continuare il contratto di tesoreria per altri trentasei mesi.

Il riferimento all’opzione, però, non aggiunge nulla alla soluzione della questione, perché non è chiaro se l’opzione riguardasse, anche, il mantenimento delle medesime condizioni, così imponendo alla Banca la prosecuzione del contratto (c.d. *proroga*). Oppure l’opzione riguardasse solo il tempo, lasciando libera la Banca di negoziare le nuove condizioni del contratto (c.d. *rinnovo*).

Va osservato, poi, che l’opzione prevista nell’art. 3 del contratto del 1.4.2015 richiama il contenuto dell’art. 57, c. 5, lett. b, del codice degli appalti. Qui, tuttavia, non vi è alcuna vera e propria opzione. Quest’ultima disposizione (rubricata “*Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*”) prevede al comma 5 testualmente che “*nei contratti pubblici relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo<sup>1</sup> è, inoltre, consentita: ..b) per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all’operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale della medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale*

---

<sup>1</sup> N.d.r. procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

*progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta; in questa ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l'importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all'art. 28”.*

In estrema sintesi, tale disposizione di legge consente di evitare il bando di gara per la scelta del contraente relativamente a “nuovi servizi” consistenti nella “ripetizione di servizi analoghi”, già eseguiti dal precedente affidatario. Per effetto del richiamo contenuto nell'art. 3 a tale disposizione l'attività interpretativa deve spostarsi, quindi, dalla previsione contrattuale (art. 3 del contratto del 1.4.2015) a quella di legge (art. 57, co. 5, lett. b, del codice degli appalti; per chiarezza va detto che questa disposizione, all'epoca vigente, è stata sostituita dall'art. 63 codice degli appalti).

Focalizzando l'attenzione sul punto che ci interessa (relativo al mantenimento o meno nel nuovo periodo delle medesime condizioni economiche) si può dire che il citato art. 57 non dice nulla. Si tratta, com'è evidente, di una questione che non viene minimamente toccata, posto che la disposizione è tesa solo a regolare, sul piano procedurale, il nuovo periodo di un rapporto già in essere.

Sempre fermandoci al piano letterale, si potrebbe dire che l'uso del sintagma “*procedura negoziata*” contenuto nella rubrica dell'art. 57 citato lascerebbe supporre (a favore della tesi della Banca) che vi possa essere una prosecuzione del rapporto, ma solo a condizioni da concordarsi tra le parti (c.d. *rinnovo*).

E lo stesso farebbe intendere il fatto che si tratta di servizi (*recte*: prestazioni) non identici, ma “*analoghi*” a quelli già resi (“*ripetizione dei servizi analoghi*”).

Va detto, però, che vi sono locuzioni che orientano, in senso opposto, verso la ripetizione del rapporto alle stesse condizioni (c.d. *proroga*). Ad esempio, il fatto che i nuovi servizi debbano essere contenuti in un “*progetto di base*”. Oppure la previsione per cui il valore del contratto vada determinato sulla base dell’importo complessivo “*stimato*” (e, quindi, valutato unitariamente *ex ante*).

Elementi che supporterebbero la tesi della Cassa, orientando il lettore verso l’ipotesi della mera proroga del contratto alle medesime condizioni.

Non si può fare a meno di rilevare, inoltre, che le difficoltà interpretative che ruotano intorno all’art. 57 citato sono confermate dalla giurisprudenza che, occupandosi, sia pure incidentalmente, di questa disposizione, non indica una chiara lettura della disposizione. Spesso, anzi, vengono utilizzati termini ambivalenti. Ad esempio, talvolta, si parla di rinnovo (intendendosi proroga alle medesime condizioni) e, talaltra, ripetizione di servizi analoghi (intendendosi rinnovo a diverse condizioni)<sup>2</sup>.

In altri casi, invece, si distingue, tra proroga (che “*sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria*”) e rinnovo (che “*comporta una nuova rinegoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell’autonomia negoziale*”)<sup>3</sup>.

In definitiva l’art. 57 citato non permette di sciogliere il dubbio se il richiamo effettuato dall’art. 3 del contratto del 1.4.2015 all’opzione fosse nel senso della proroga alle medesime condizioni, come vorrebbe la Cassa, oppure nel senso che occorresse una rinegoziazione delle condizioni, come vorrebbe la Banca.

Va osservato, anche, che neppure l’art. 63 del Codice degli appalti, che, come visto, ha sostituito il citato articolo 57 permette di sciogliere questo dubbio.

---

<sup>2</sup> Cfr., Cons. Stato, 11 maggio 2009, n. 2882, in *Riv. trim. appalti*, 2010, 545, con nota di Vivarelli.

<sup>3</sup> Cons. Stato, 5 marzo 2018, n. 1337, in *Pluris*.

All'inizio si è detto che i termini da esaminare contenuti nell'art. 3 del contratto del 1.4.2015, che potrebbero servire nell'attività interpretativa, sono quattro. Ne restano due.

Il terzo è fornito dal sintagma *“ripetizione dei servizi”*. Qui, però, si aggiunge ben poco rispetto a quanto indicato nell'art. 57 citato, che, come si è appena visto, parla, appunto, di *“ripetizione di servizi analoghi”* per riferirsi a quelli da rendere nel nuovo periodo. Nulla di utile, quindi.

Il quarto ed ultimo termine da considerare è dato dalla parola *“richiesta”*, riferita alla ripetizione dei servizi (*“...la ripetizione dei servizi potrà essere richiesta...”*).

Ebbene questa parola va riferita, ovviamente, alla Cassa, o meglio all'opzione che quest'ultima può esercitare. Il che, però, non serve ad orientare l'interprete, dato che l'espressione *“richiesta”* appare riguardare i servizi. Nel senso che i *“nuovi servizi”* vengono *“richiesti”* con l'esercizio dell'opzione. Nulla consente di comprendere se il corrispettivo di questi nuovi servizi debba essere lo stesso, o, invece, debba essere rinegoziato.

Anche questo termine, quindi, poco aggiunge al lavoro dell'interprete e non permette di arrivare a risultati utili a fare chiarezza.

In conclusione, si può affermare, che la lettura del testo dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 non consente di dare una risposta ai quesiti posti dalle parti.

Né, tantomeno, può essere utilizzato l'art. 57 del codice degli appalti a cui si fa rinvio e sul quale si sono soffermate a lungo le parti, dato che, per i motivi anzidetti, è anch'essa una disposizione non utile a chiarire quali siano le condizioni economiche delle prestazioni da rendere nel secondo triennio.

Per fare un passo avanti è necessario indagare, allora, su qual era la comune intenzione delle parti allorché è stato sottoscritto il contratto del 1.4.2015, tenendo conto del loro comportamento complessivo, anche posteriore alla conclusione dello stesso (art. 1362 c.c.).

Al riguardo il punto di partenza non può che essere il testo dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015. Testo redatto in unico momento e sottoscritto contemporaneamente dalle parti e che può essere considerato sicuramente univoco.

Come già visto, non vi è alcuna contestazione tra le parti rispetto al fatto che quel testo corrisponde a quanto da loro sottoscritto. Nel senso che rispetto all'elemento testuale, e puramente formale, vi è apparente concordanza delle rispettive dichiarazioni delle parti contenute nel citato comma.

In realtà, è da ritenere che, nonostante l'apparenza, le parti, quando hanno sottoscritto questo testo, intendevano riferirsi a situazioni diverse. In altri termini, pur in presenza di un unico testo, le parti erano animate da volontà divergenti, avendo ciascuna inteso in modo diverso la propria e l'altrui dichiarazione contrattuale.

Ciò significa che la dichiarazione contenuta nella seconda parte dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 (specificamente il punto in cui "*la Cassa si riserva la facoltà di esercitare l'opzione di cui all'art. 57, c.5, lett. b) del Codice degli appalti*") è senza dubbio esteriormente coincidente, ma non lo è nella sostanza, poiché l'espressione ivi contenuta è plurivoca (susceptibile, cioè, di più sensi). Ed appunto, è stata intesa diversamente dalle parti.

La Cassa, infatti, ha inteso che l'ipotetico prolungamento del rapporto (a seguito dell'eventuale opzione), di un ulteriore triennio, dovesse avvenire alle stesse condizioni, dando vita ad una *proroga*. Mentre la Banca ha inteso che l'eventuale prolungamento richiesto dalla Cassa (opzione) prevedesse, comunque, la rinegoziazione delle condizioni, dando vita ad un *rinnovo*.

Ed è evidente che tale divergenza ha generato una questione di non poco conto.

Basti osservare che, se si accede alla tesi della Cassa, l'opzione comporterebbe che la prosecuzione del contratto (*adde*: proroga) verrebbe

imposta alla Banca, senza alcuna possibilità di uscita da parte di quest'ultima.

Qualora, invece, si preferisse la tesi della Banca, l'opzione comporterebbe per quest'ultima solo un dovere di instaurare delle trattative per la negoziazione delle condizioni. La Banca stessa, però, resterebbe sempre libera di autodeterminarsi e non accettare la prosecuzione.

In sostanza sin dalla sottoscrizione del contratto del 1.4.2015 vi era tra le parti un dissenso occulto sull'art. 3 seconda parte.

E, proprio perché occulto, questo dissenso non ha dato problemi all'inizio. È ovvio che, durante il periodo naturale del contratto, e cioè prima dell'esercizio dell'opzione, nessuno aveva da lamentarsi di alcunché. Il rapporto si è svolto pacificamente, infatti, almeno fino al 25.10.2017.

Il dissenso occulto, si ripete, è dovuto soprattutto all'ambiguità dell'art. 3 citato e dell'art. 57 del codice degli appalti.

A scanso di equivoci, va precisato che quest'ambiguità non è superabile in alcun modo. Essa è tale da non poter dare preferenza al significato attribuito da nessuna delle due parti, né è possibile individuare delle differenti interpretazioni che permettano di dare un significato oggettivo al tenore della disposizione contrattuale citata.

La conseguenza di ciò è che la presenza di un dissenso occulto, espressione della mancanza della volontà comune e delle intenzioni comuni delle parti, impedisce di ritenere che sulla seconda parte dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 si sia formato il consenso.

È bene sottolineare che questo dissenso adesso è divenuto palese, ed è confermato proprio dal comportamento coerente tenuto da entrambe le parti nel corso del tempo.

Si è visto che nel primo periodo il rapporto si è svolto pacificamente. Quando, però, la Cassa ha esercitato l'opzione (in data 25.10.2017), dichiarando che il rapporto sarebbe proseguito "alle medesime condizioni

economiche e contrattuali vigenti, per un ulteriore periodo di tre anni”, il dissenso da occulto si è trasformato in palese.

La Banca, infatti, ha replicato (in data 12.12.2017) che questa non era la previsione contenuta nell’art. 3 del contratto del 1.4.2015 e che non corrispondeva alla propria originaria volontà.

In tutto il fitto scambio di lettere successivo all’esercizio dell’opzione è lampante il fatto che le parti intendevano l’art. 3 seconda parte del contratto del 1.4.2015 in modo diverso. E ciascuna ha confermato, ogni volta, di aver inteso il dato testuale in modo diverso da come lo aveva inteso controparte.

In altri termini, il comportamento delle parti dopo l’esercizio dell’opzione conferma l’esistenza del dissenso tra le stesse.

A corroborare questa conclusione vi è la stessa instaurazione del procedimento arbitrale. Nel senso che nell’insanabile dissidio le parti non hanno trovato altra strada per risolvere la mancanza dell’accordo che rimettere tutto ad una decisione arbitrale.

A definitiva conferma di ciò vi è pure il comportamento tenuto dalle parti nel corso del procedimento arbitrale.

Dalla lettura degli scritti difensivi emerge con chiarezza che la Cassa ha sempre inteso l’art. 3 citato come attributivo di un potere di *proroga* alle stesse condizioni.

Mentre la Banca ha sempre inteso l’art. 3 citato come attributivo di un potere di *rinnovo* a condizioni da rinegoziare. E queste tesi sono state mantenute ferme coerentemente per tutto il corso del procedimento arbitrale.

Detto ciò, è evidente che l’effetto del dissenso occulto è che la disposizione dell’art. 3, seconda parte, del contratto del 1.4.2015 è da considerarsi inesistente perché sulla stessa non si è formato l’accordo delle parti.

Ciò significa che il contratto di tesoreria del 1.4.2015 è cessato al termine del primo triennio (1.4.2015-31.3.2018), e che l’opzione esercitata dalla Cassa in

data 25.10.2017 è da considerarsi, anch'essa, inesistente o, comunque, priva di effetto.

Rispetto a questa conclusione vanno fatte due precisazioni.

La prima è che nella specie non può trovare spazio quella disposizione, espressione del principio generale di conservazione del contratto (art. 1367 c.c.), secondo cui, nel dubbio, le singole clausole debbono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbero alcuno. È noto, infatti, che questa regola non opera rispetto ad una clausola inesistente o nulla, dato che, altrimenti, si arriverebbe ad una sorta di conversione dell'elemento contrattuale viziato mediante la sostituzione, in sede interpretativa, dell'intenzione delle parti<sup>4</sup>.

La seconda precisazione è che l'inesistenza della seconda parte dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 non produce alcun effetto sulla restante parte del contratto, il quale in massima parte era, ed è, valido ed efficace. Opera al riguardo, infatti, un'altra declinazione del principio generale di conservazione del contratto. Ci si riferisce a quella disposizione per la quale la nullità (*adde*: inesistenza) di una singola clausola non incide sull'intero contratto, salvo, ovviamente, che risulti che i contraenti non lo avrebbero concluso senza la clausola affetta da nullità (art. 1419, co. 1, c.c.). Circostanza, quest'ultima, esclusa dal fatto che la seconda parte dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 conteneva un'opzione che è, di per sé, un elemento eventuale. E quindi, un fattore privo di essenzialità nell'equilibrio del contratto.

Si aggiunga, poi, che non vi è alcun elemento che induca a ritenere che l'opzione fosse un elemento essenziale.

Vale la pena di porre in luce, infine, che l'inesistenza della seconda parte dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 non è stata dedotta dalle parti.

---

<sup>4</sup> Cfr. Cass., 15 settembre 2021, n. 24901, in *Il caso.it*, che, appunto, sottolinea che nell'attività interpretativa il giudice incontra il limite dell'impossibilità di procedere ad una interpretazione sostitutiva della volontà delle parti, dovendo in tal caso solo dichiarare la nullità del contratto o della clausola.

Ciononostante è noto che l'inesistenza di un contratto, al pari della nullità, può essere rilevata d'ufficio in qualsiasi momento<sup>5</sup>.

In argomento, comunque, le parti sono state poste in grado di interloquire nel rispetto del principio del contraddittorio (art. 101, co. 2, c.p.c.).

- - -

#### 4. Sulle conseguenze dell'inesistenza.

Accertata l'inesistenza della seconda parte dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 ne vanno valutate le conseguenze concrete rispetto ai comportamenti delle parti.

Come precisato, il rapporto tra la Cassa e la Banca è proseguito normalmente anche successivamente alla naturale scadenza del 31.3.2018, ed è tuttora in corso. Ne discende che le prestazioni delle parti, successive a questa data, sono state rese in una situazione priva di copertura contrattuale e, pertanto, configurano un arricchimento di una parte a carico dell'altra parte (art. 2041 c.c.).

Ciò comporta necessariamente che chi si è arricchito ingiustificatamente è tenuto ad indennizzare l'altra parte. E dalla documentazione in atti risulta che di questo arricchimento ha beneficiato la Cassa rispetto alla Banca, che, viceversa, ha continuato ad erogare il servizio di tesoreria.

All'esatta determinazione di questo indennizzo sono dedicate le prossime considerazioni.

Innanzitutto, va precisato che (come emerso nel corso dell'indagine peritale) non vi è contestazione tra le parti sul tempo, nonché sulla quantità e tipologia delle prestazioni rese dalla Banca. Prestazioni che risultano essere le stesse eseguite nel periodo coperto dal contratto.

La questione si pone, come visto, solo per il corrispettivo dovuto dalla Cassa per aver beneficiato di queste prestazioni.

---

<sup>5</sup> Da ultimo Cass., 19 febbraio 2020, n. 4175, in *Il caso.it*; Cass., 17 ottobre 2019, n. 26495, in *Studium juris*, 2020, 5607; Cass., 26 gennaio 2010, n. 1526, in *Pluris*.

Anzi, è bene essere più precisi. Attraverso l'esercizio dell'opzione in data 25.10.2017 (come detto inesistente) la Cassa ha inteso far sì che il contratto proseguisse, alle medesime condizioni economiche, dal 1.4.2018 al 31.3.2021. La Banca, dal canto suo, ha contestato che la prosecuzione dovesse avvenire alle medesime condizioni, ma necessitasse, invece, di una negoziazione dei corrispettivi.

Tenendo fermo che il rapporto è andato avanti nel (secondo) triennio 1.4.2018-31.3.2021, occorre distinguere questo periodo in due fasi: 1) la prima fase dal 1.4.2018 – al 31.12.2018; 2) la seconda fase dal 1.1.2019 al 31.3.2021.

Ebbene la prima fase, quella dal 1.4.2018 al 31.12.2018, non crea problemi di sorta dato che la Banca ha applicato alle operazioni eseguite le medesime condizioni economiche applicate durante il primo triennio. In sostanza non vi è alcun conflitto in questa fase, dato che la Banca, senza effettuare alcun riconoscimento, ha mantenuto inalterate, come pretendeva la Cassa, le condizioni economiche.

La seconda fase, quella che va dal 1.1.2019 al 31.3.2021 è quella problematica e che maggiormente interessa, dato che, come risulta dalla documentazione esibita ed incontestata tra le parti, in questo periodo la Banca ha applicato delle nuove condizioni economiche alle proprie prestazioni non coperte dal contratto, né condivise dalla Cassa (condizioni di cui alla comunicazione del 12.3.2018). Prestazioni che pacificamente sono state rese e che hanno comportato un ingiustificato arricchimento della Cassa. E su queste si tornerà a breve.

Va anche osservato che come dichiarato dalle parti il rapporto è proseguito ed è attualmente in corso. Esso terminerà il 31.12.2021, dato che per il 2022 vi è stata una nuova gara vinta dalla Banca.

È necessario, quindi, concentrare la determinazione dell'indennizzo dovuto dalla Cassa nel secondo periodo (che va dal 1.1.2019 al 31.3.2021).

Vale la pena di osservare, prima di ogni cosa, che nella specie non soccorrono i rimedi di integrazione contrattuale previsti dall'ordinamento settoriale. Non opera, infatti, la disposizione contenuta nell'art. 117, co. 7, TUB, posto che essa è riferibile esclusivamente al fenomeno dell'anatocismo concernente la nullità di clausole di rinvio agli usi.

Non opera neppure l'art. 118 TUB perché manca il presupposto di base per l'applicazione della disposizione. E cioè un valido rapporto contrattuale in essere che permetta alla Banca la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali. Per effetto dell'illegittimità dell'opzione, infatti, nel periodo che ci riguarda, come visto, non vi era alcun rapporto negoziale.

Eliminate queste opzioni, per identificare l'indennità che la Cassa è tenuta a versare alla Banca per l'arricchimento di cui ha beneficiato non resta che fare ricorso all'equità (art. 1226 c.c.).

In questa linea si ritiene che le condizioni economiche applicate dalla Banca nel periodo in esame (anni 2019-2021) corrispondano a quelle di mercato, e, pertanto, possano essere prese in considerazione. È evidente che queste condizioni coincidono in buona sostanza con quelle che un qualsiasi altro operatore bancario avrebbe offerto alla Cassa in quel periodo, qualora quest'ultima avesse cercato un nuovo soggetto cui richiedere i servizi di tesoreria.

Da ciò discende che per la liquidazione dell'indennità dovuta dalla Cassa appare fondato fare riferimento, in via equitativa, a quanto applicato dalla Banca ai rapporti nel periodo che va dal 1.1.2019 al 31.3.2021.

Per l'esatta quantificazione dell'importo è sufficiente richiamare la perizia della CTU.

Essa è stata redatta nel rispetto delle regole procedurali e sostanziali. Il percorso seguito nell'elaborato è consequenziale e privo di salti logici.

Occorre sottolineare che sia il percorso della consulenza, sia i risultati cui si è giunti sono stati integralmente condivisi da entrambe le parti.

Tenendo conto di queste premesse, pertanto, si ritiene che la terza opzione contenuta nella citata perizia sia quella da prendere in considerazione. Essa, dapprima, si è limitata a calcolare gli importi dal 1.1.2019 al 31.12.2020 e, poi, come richiesto da entrambe le parti, e consentito dall'ordinanza del Collegio, ha calcolato gli importi relativi al periodo dal 1.1.2019 al 31.3.2021. Vale la pena di sottolineare che, in virtù della domanda "in futuro" avanzata dalla Banca, risulta legittimo, e non contestato, tener conto delle operazioni compiute prima della precisazione delle conclusioni.

Dalla terza opzione della consulenza risulta che la Banca ha corrisposto alla Cassa quanto dovuto a titolo di interessi creditorî. Mentre la Cassa deve versare alla Banca, per le spese, ancora € 477.633,48 (avendo versato solo il minor importo calcolato sulla base delle originarie condizioni contrattuali).

In conclusione, la Cassa va condannata a versare alla Banca l'importo di € 477.633,48, oltre interessi, nella misura legale, dalla domanda fino al soddisfo ed oltre rivalutazione monetaria.

- - -

##### 5. Sulle spese e competenze.

Stante la reciproca soccombenza delle parti, le spese e competenze difensive vanno integralmente compensate.

Quanto all'onere relativo alla consulenza tecnica, che verrà liquidato dalla Camera Arbitrale, esso sarà dovuto in misura paritaria dalle parti, fatta salva la solidarietà per l'intero.

Per quanto riguarda, infine, le spese e competenze del Collegio Arbitrale, ivi comprese quelle del segretario, queste, che pure verranno liquidate dalla Camera Arbitrale, saranno dovute in misura paritaria dalle parti, fatta salva la solidarietà per l'intero.

#### **PQM**

il Collegio, definitivamente pronunciando nella controversia promossa dalla Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a. contro la Cassa Nazionale di Previdenza e

Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti, ogni altra domanda, istanza, richiesta ed eccezione disattesa, così provvede:

- 1) Dichiarare l'inesistenza della seconda parte dell'art. 3 del contratto del 1.4.2015 e per l'effetto l'inesistenza dell'opzione esercitata con lettera del 25.10.2017 dalla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti.
- 2) Dichiarare che la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti ha conseguito un arricchimento con riguardo ai servizi resi dalla Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a. nel periodo che va dal 1.1.2019 al 31.3.2021.
- 3) Dichiarare che la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti è tenuta a versare alla Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a., l'importo di € 477.633,48, oltre interessi, nella misura legale, dalla domanda fino al soddisfo ed oltre rivalutazione monetaria.
- 4) Condannare la Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza a favore dei Dottori Commercialisti, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, al versamento a favore della Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a. dell'indicato importo.
- 5) Compensare tra le parti le spese e competenze difensive.
- 6) Condannare le parti, in via solidale tra loro, al pagamento in misura paritaria delle spese e competenze relative alla consulenza tecnica d'ufficio, nella cifra che verrà liquidata dalla Camera Arbitrale, oltre oneri di legge, e fatta salva la solidarietà per l'intero, da versarsi nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo.
- 7) Condannare le parti, in via solidale tra loro, al pagamento in misura paritaria delle spese e competenze relative a ciascun componente del Collegio Arbitrale e del segretario, nella cifra che verrà liquidata dalla Camera Arbitrale, oltre oneri di legge, e fatta salva la solidarietà

per l'intero, da versarsi nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo.

Così deliberato a maggioranza con la partecipazione di tutti i componenti il Collegio Arbitrale. Si allega la *dissentig opinion* dell'avv. Filippo Lattanzi (allegato 1). Il lodo è stato firmato in

Roma, 22 novembre 2021

Allegato 1 *dissentig opinion* dell'avv. Filippo Lattanzi.

Prof. avv. Nicola Rocco di Torrepadula	Presidente
----------------------------------------	------------

Prof. avv. Giuseppe Morbidelli	Arbitro
--------------------------------	---------

Avv. Filippo Lattanzi	Arbitro
-----------------------	---------

Dott.ssa Valentina Maurilli	Segretario
-----------------------------	------------