

Camera Arbitrale presso l’Autorità Nazionale Anticorruzione

Lodo

pronunciato dal Collegio arbitrale composto dagli avvocati:

Antonio Albanese (presidente)

Giovanni Pesce (componente)

Paolo Starvaggi (componente)

nel procedimento arbitrale promosso da

Società IAS Industria Acqua Siracusana S.p.A. (in seguito **IAS S.p.A.**) (Partita IVA 00656290897), con sede in Siracusa, Viale Scala Greca n. 302, in persona del Direttore generale Ing. Enrico Monteleone e successivamente dell’Amministratore giudiziario, dott. Piero Capitini, rappresentata e difesa dall’avv. Gianluca Rossitto (C.F. RSSGLC70T30F205E) con domicilio digitale per il presente giudizio all’indirizzo di posta elettronica certificata gianluca.rossitto@avvocatisiracusa.legalmail.it

ricorrente

nei confronti di

Consorzio per lo sviluppo delle aree industriali di Siracusa in liquidazione (in seguito **Consorzio ASI**) (Partita IVA 00450670898), in persona del commissario liquidatore, avv. Achille Piritore, rappresentata e difesa dall’avv. Salvatore Campanella (C.F. CMPSVT52H16F258T) ed elettivamente domiciliata in via Alberto Portogallo, n. 18/c – 97015 Modica (RG), nello studio del suddetto difensore, che ha indicato il seguente indirizzo di posta elettronica certificata salvatore.campanella@avvocatimodica.legalmail.it

resistente

nonché nei confronti di

Istituto regionale per lo sviluppo delle attività produttive Sicilia (in seguito **IRSAP Sicilia**) (Partita IVA 06141650827), in persona del commissario *ad acta*, dott. Giovanni Perino, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Rotigliano (C.F. RTGR72C23G273J) ed elettivamente domiciliato in Via Filippo Cordova, n. 95 - 90100, Palermo (PA), nello studio del suddetto difensore, che ha indicato il seguente indirizzo di posta elettronica certificata riccardo.rotigliano@cert.avvocatitermini.it

resistente

SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO E DIFESE DELLE PARTI

1. In data 17 giugno 2021 la società IAS S.p.A. ha proposto domanda di arbitrato nei confronti del Consorzio ASI e dell'IRSAP Sicilia, ai sensi della clausola 9 della "Convenzione per la gestione dei servizi della fognatura e dell'impianto di depurazione consortili del Consorzio ASI di Siracusa", da essa stipulata con il medesimo Consorzio ASI in data 4 novembre 1999, che così testualmente stabilisce: "*Qualunque controversia dovesse insorgere tra le parti in ordine all'esecuzione o all'interpretazione del presente contratto dovrà essere deferita da ciascuna della (sic) parti alla decisione di un collegio arbitrale, composto da tre arbitri, di cui i primi due nominati uno per ciascuna delle parti e il terzo, di comune accordo, dalle parti medesime o, in difetto di accordo, dal Presidente del Tribunale di Siracusa su ricorso della parte più diligente.*

Il collegio arbitrale avrà competenza esclusiva; l'arbitrato è da intendere rituale e ad esso saranno applicabili le disposizioni di cui agli artt. 810 e segg. ti c.p.c., 816 e segg. ti c.p.c.. Il collegio arbitrale avrà sede in Siracusa".

2. Nel proporre la domanda IAS S.p.A., assistita e difesa dall'avv. Gianluca Rossitto, ha dedotto che: (i) essa gestisce, in qualità di concessionaria, l'impianto per il trattamento e la depurazione dei reflui industriali e civili sito nel Comune di Priolo Gargallo in forza della sopracitata Convenzione, (ii) l'IRSAP Sicilia è subentrato per un certo periodo nella

concessione, ritrasferendone successivamente la titolarità al Consorzio ASI; (iii) entrambi gli enti concedenti, per il periodo di rispettiva competenza, si sono rifiutati di adempiere gli obblighi di ammodernamento ed efficientamento degli impianti, costringendola a sostituirsi ad essi nel compimento degli interventi improrogabili e a sostenerne gli ingenti costi; (iv) l'impianto realizzato dal Consorzio ASI si è rivelato fin dall'origine privo di un adeguato sistema di deodorizzazione e per tale ragione essa è stata «attratta ad un procedimento penale per ipotetici e mai accertati reati ambientali»; (v) per conformarsi al provvedimento in tale sede emesso dal GIP presso il Tribunale di Siracusa ha sostenuto costi per € 686.217,00 e in futuro avrebbe dovuto effettuare spese in misura stimata non inferiore a € 10.467.821,00. IAS S.p.A.; (vi) sono altresì necessari ulteriori interventi per l'adeguamento/miglioramento sismico e per l'efficientamento dell'impianto di trattamento dei fanghi con conseguenti esborsi rispettivamente preventivati in misura di € 900.000,00 e di € 600.000,00; (vii) era stata convenuta in un precedente giudizio arbitrale dal Consorzio ASI, per sentirla condannare al pagamento dei canoni di gestione rimasti insoluti a far data dal 2011, e in tale sede aveva eccepito la compensazione con il proprio credito al rimborso delle spese indebitamente sostenute nel periodo dal 2011 al secondo semestre del 2016; (viii) non avendo ottenuto integrale riconoscimento delle proprie ragioni nel procedimento arbitrale, ha impugnato il lodo dinanzi alla Corte di appello di Catania.

Sulla base di tali fatti IAS S.p.A. ha proposto domanda di risarcimento del danno subito in conseguenza dei suddetti inadempimenti, per la parte di rispettiva competenza del Consorzio ASI e dell'IRSAP, e consistente nei costi già sopportati a far data dal 2016 e in quelli che avrebbe dovuto sopportare successivamente nonché nella lesione dell'immagine e della reputazione determinata dal coinvolgimento nel procedimento penale sopra citato. In applicazione della clausola compromissoria sopra menzionata e

degli artt. 209 ss. del d. lgs. n. 50/2016, IAS S.p.A. ha quindi designato come arbitro dapprima l'avv. Antonio Lirosi e, dopo il rifiuto dell'incarico da parte di quest'ultimo, l'avv. Paolo Starvaggi.

3. Con atto di resistenza del 12 luglio 2021, l'IRSAP Sicilia, rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Rotigliano, si è opposto alla domanda di arbitrato, eccependo: (i) l'incompetenza del Collegio arbitrale per sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria, in difetto della «autorizzazione motivata dell'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice», prescritta dall'art. 209, co. 3, d.lgs. n.50/2016; (ii) l'invalidità sopravvenuta della convenzione del 1999 per mancanza di una regolare procedura di evidenza pubblica nella scelta del soggetto concessionario; (iii) il proprio difetto di legittimazione passiva in quanto soggetto privo di qualsiasi potere gestionale sull'impianto oggetto di concessione; (iv) l'infondatezza nel merito delle domande in base alla convenzione in questione, che a suo avviso pone in capo alla società concessionaria tutti gli oneri relativi alla manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti nonché agli interventi volti a migliorarne la funzionalità.

4. Con atto di resistenza del 26 luglio 2021, anche il Consorzio ASI, rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Campanella, si è opposto alla domanda di arbitrato, deducendo: (i) la carenza in capo a IAS S.p.A. del potere di promuovere il presente giudizio arbitrale in ragione dell'arbitrato precedentemente instaurato e conclusosi con lodo del 24 giugno 2019; (ii) l'incompetenza del Collegio arbitrale per la sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria, derivante dal difetto della preventiva autorizzazione dell'autorità di governo; (iii) la mancanza di una regolare procedura di evidenza pubblica e la conseguente inammissibilità della domanda di arbitrato fondata su una clausola compromissoria inserita in un contratto privo di tale requisito essenziale; (iv) la nullità dell'affidamento diretto in concessione senza una gara pubblica; (v) l'infondatezza nel

merito della domanda di arbitrato in mancanza del presupposto del diritto al rimborso di spese per opere per le quali era stata negata la necessaria autorizzazione; (vi) l'inadempimento da parte di IAS S.p.A. dell'obbligo di pagare i canoni scaduti e la conseguente legittimità del proprio rifiuto di adempiere a quanto richiesto dalla controparte; (vii) la sussistenza esclusivamente in capo a IAS S.p.A. dell'obbligo di dare esecuzione alle prescrizioni del GIP presso il Tribunale di Siracusa; (viii) l'impossibilità della concedente di anticipare somme per il compimento di opere non esplicitamente autorizzate; (ix) l'inesistenza di qualsiasi danno all'immagine.

5. In data 26 agosto 2022 IAS S.p.A. ha proposto istanza all'ANAC per la nomina del terzo arbitro, con funzioni di presidente. Le parti resistenti, a loro volta, dopo aver proceduto a separate designazioni, hanno congiuntamente designato come arbitro l'avv. prof. Giovanni Pesce.

6. Successivamente, il Consiglio della Camera arbitrale presso l'ANAC, tenuto conto di tali atti, con delibere del 4 novembre e del 15 dicembre 2021, ha nominato gli arbitri sopra indicati, i quali hanno manifestato la disponibilità ad accettare l'incarico, dichiarando altresì (i) di non versare in alcuna delle situazioni di incompatibilità di cui all'art. 815 c.p.c. e agli artt. 209, co. 6, e 210, co. 10, d.lgs. n. 50/2016 e (ii) di aver preso visione e di accettare il Codice deontologico degli arbitri camerale redatto ai sensi dell'art. 210, c. 2, d.lgs. n. 50/2016.

7. Mediante comunicazione via pec del 7 febbraio 2022, il prof. avv. Antonio Albanese ha convocato le parti e i loro difensori all'udienza del 18 febbraio 2021 alle ore 15:00, che si è svolta in via telematica nella *virtual room* della Camera Arbitrale presso l'ANAC mediante collegamento all'indirizzo web https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403, alla presenza degli arbitri nominati.

8. In tale udienza le parti, rappresentate dai rispettivi difensori hanno dichiarato di non avere alcuna obiezione in merito alla procedura di nomina del Collegio arbitrale e alla dichiarazione di indipendenza degli arbitri. Questi hanno quindi accettato la nomina e hanno costituito il Tribunale arbitrale, la cui sede è stata concordemente stabilita in Milano, via Pietro Moscati 8, presso lo studio del prof. avv. Antonio Albanese. Gli arbitri e le parti hanno comunque convenuto di riunirsi di regola nella *virtual room* messa a disposizione dalla Camera arbitrale, mediante collegamento telematico all'indirizzo web https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403. Il Collegio arbitrale ha quindi assegnato alle parti i seguenti termini a pena di decadenza: fino al 22 marzo 2022 per proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza delle domande e/o eccezioni proposte dalla controparte, nonché per precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni già proposte; fino al 21 aprile 2022 per replicare alle domande ed eccezioni nuove, o modificate dall'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; fino all'11 maggio 2022 per le sole indicazioni di prova contraria. Il Tribunale arbitrale ha fissato l'udienza del 24 maggio 2022 alle ore 15.00 per interrogatorio libero delle parti, tentativo di conciliazione ed eventuale discussione sulle istanze processuali e istruttorie, autorizzando altresì le parti a chiedere 10 giorni prima dell'udienza che ad essa partecipasse un proprio tecnico a conoscenza dei fatti oggetto di controversia.

9. Ciascuna delle parti ha tempestivamente depositato due memorie difensive, precisando le allegazioni a sostegno delle proprie domande ed eccezioni, svolgendo le proprie difese e replicando a quelle avversarie. In particolare, nella sua prima memoria autorizzata, la ricorrente si è opposta alle eccezioni avversarie e, contro la dedotta incompetenza del Collegio arbitrale, ha rilevato che «con l'entrata in vigore del nuovo

codice dei contratti pubblici (decreto legislativo numero 50/2016) il requisito della preventiva autorizzazione all'inserimento della clausola arbitrale non opera con effetto retroattivo, e dunque non determina la inefficacia sopravvenuta delle clausole arbitrali inserite in mancanza di autorizzazione e contenute in Convenzioni (quale quella oggetto della presente controversia) antecedenti all'entrata in vigore del codice.».

Nella seconda memoria autorizzata IAS S.p.a. ha formulato istanza di CTU volta a valutare se le spese da essa documentate fossero relative a opere di ammodernamento dell'impianto e se altre opere oggetto di un determinato progetto, in ragione della loro natura, fossero in realtà di competenza del Consorzio ASI in quanto proprietario del medesimo impianto. A sostegno delle proprie allegazioni ha inoltre prodotto nuovi documenti. I resistenti hanno a loro volta ribadito l'eccezione di incompetenza e hanno replicato che il nuovo codice dei contratti pubblici riproduce la medesima disposizione introdotta dalla l. n. 190/2012, stabilendo anch'esso la nullità della clausola compromissoria priva della prescritta autorizzazione, e che l'abrogazione del regime transitorio della disciplina previgente non può sanare retroattivamente le clausole che, sulla base di quest'ultima, erano già affette da inefficacia. Con la seconda memoria autorizzata Irsap Sicilia ha inoltre prodotto nuovi documenti.

10. Successivamente, il Collegio arbitrale, accogliendo l'istanza proposta in data 13 maggio 2022 da IAS S.p.A., ha ammesso la partecipazione dell'ing. Enrico Monteleone all'udienza del 24 maggio 2022.

11. In tale udienza, constatato che non sussistevano le condizioni per conciliare la controversia, il Collegio arbitrale ha espletato l'interrogatorio libero delle parti, le quali hanno chiarito gli argomenti a sostegno delle proprie difese sulle questioni controverse. Le parti hanno altresì dibattuto in ordine alle eccezioni di incompetenza e di difetto di legittimazione passiva dell'Irsap Sicilia, precisando le rispettive tesi al riguardo. I

resistenti hanno inoltre insistito sulla definizione prioritaria delle questioni sollevate con le eccezioni preliminari. Il Collegio arbitrale ha quindi assegnato alle parti termine fino al 10 giugno 2022 per il deposito di memorie, invitandole a sviluppare le proprie difese in diritto sulla questione relativa all'eccepita incompetenza del Collegio arbitrale.

12. Le parti hanno depositato entro i termini assegnati le rispettive memorie integrative, ribadendo e ulteriormente argomentando le proprie tesi difensive. IAS S.p.A., peraltro, a sostegno della perdurante efficacia della clausola compromissoria da essa azionata nel presente giudizio arbitrale, ha dedotto che questo doveva ritenersi implicitamente autorizzato *a posteriori* dai comportamenti inequivoci delle controparti, consistenti nella nomina congiunta di un arbitro, nella proposizione del precedente dall'arbitrato da parte del Consorzio ASI nonché dalla proroga della Convenzione di gestione ad opera del commissario liquidatore di quest'ultimo.

13. Esaminate gli scritti difensivi depositati dalle parti entro il termine assegnato, il Collegio arbitrale ha rigettato l'istanza di CTU, ritenendola allo stato irrilevante ai fini della decisione della presente controversia; ha dichiarato chiusa l'istruzione e ha invitato le parti a depositare un foglio di precisazione delle rispettive conclusioni entro il 30 giugno 2022. Il Collegio arbitrale ha altresì assegnato alle parti a pena di decadenza il termine del 19 luglio 2022 per il deposito di una memoria conclusionale e ha fissato l'udienza del 29 luglio 2022 alle ore 14.30 per la discussione orale.

14. Tutte le parti hanno tempestivamente depositato i rispettivi fogli di precisazione delle conclusioni. In tale occasione, peraltro, IAS S.p.A. ha comunicato che con decreto del 12 maggio 2022, allegato in copia, il GIP presso il Tribunale di Siracusa aveva disposto il sequestro preventivo dell'impianto di depurazione oggetto della presente controversia e del 100% delle quote azionarie della stessa IAS S.p.A., nominando amministratore

giudiziale il dott. Piero Capitini. Ciò considerato, IAS S.p.A. ha chiesto il differimento di tutti i termini assegnati con l'ordinanza n. 1 del 23 giugno 2022.

15. Il Collegio arbitrale ha esaminato la richiesta della parte ricorrente e il decreto di sequestro da essa prodotto in giudizio, prendendo atto che per effetto del suddetto provvedimento «tutte le facoltà spettanti ai titolari dei diritti sui beni e sulle aziende oggetto della misura» sono esercitate dall'amministratore giudiziario, il quale può essere autorizzato dal giudice delegato a stare in giudizio. In ragione di ciò, il Collegio arbitrale, con ordinanza n. 2 del 7 luglio 2022, ha sospeso i termini per il deposito delle memorie e delle attività difensive precedentemente autorizzate e ha fissato l'udienza del 29 luglio 2022 alle ore 14.30 per valutare, in presenza delle parti e dei loro difensori, le misure idonee a garantire il contraddittorio nella prosecuzione del giudizio, disponendo altresì che tale provvedimento fosse notificato a cura della parte più diligente all'amministratore giudiziario di IAS S.p.A., dott. Piero Capitini, entro l'11 luglio 2022, per ogni opportuna valutazione.

16. Al termine della successiva udienza, il Collegio arbitrale ha rinviato la trattazione della causa, per l'assunzione dei provvedimenti necessari all'integrazione del contraddittorio e alla prosecuzione del procedimento, all'udienza dell'8 settembre 2022, disponendo che tale provvedimento fosse notificato a cura della parte più diligente all'amministratore giudiziario di IAS S.p.A., dott. Piero Capitini, entro il 5 agosto 2022.

17. Il GIP presso il Tribunale di Siracusa con provvedimento del 1° agosto 2022, accogliendo l'istanza proposta dall'Amministratore giudiziario, lo ha autorizzato a stare in giudizio nel presente procedimento arbitrale e l'Avvocatura dello Stato, debitamente informata, non ha ritenuto di assumere il patrocinio della controversia ai sensi dell'art. 39 d.lgs. 159/2011.

18. L'Amministratore giudiziario si è costituito nel presente giudizio con atto trasmesso via pec in data 6 settembre 2022, facendo proprie tutte le istanze, anche istruttorie, difese ed eccezioni formulate da IAS S.p.A. e conferendo mandato alle liti all'avvocato Gianluca Rossitto, già difensore della suddetta società nella precedente fase del procedimento arbitrale.

19. All'udienza dell'8 settembre 2022, in considerazione delle dilazioni rese necessarie dai provvedimenti di sequestro e nomina dell'Amministratore giudiziario, al fine di permettere a quest'ultimo di costituirsi nel presente giudizio e per consentire lo svolgimento del procedimento in tempi congrui, i difensori delle parti, in forza dei poteri da esse conferitigli, hanno prorogato al 16 maggio 2023 il termine di deposito del lodo.

20. Nella medesima udienza il Collegio arbitrale ha invitato le parti a precisare nuovamente le rispettive conclusioni in un separato foglio da depositare entro il 18 settembre 2022 e ha assegnato loro, a pena di decadenza, i seguenti termini: il 18 novembre 2022 per il deposito di memorie conclusionali; il 12 dicembre 2022 per il deposito di memorie di replica alle conclusionali avversarie.

21. La ricorrente IAS S.p.A. ha precisato le proprie conclusioni come di seguito testualmente riportato:

«La Società Industria Acqua Siracusana s.p.a. come sopra rappresentata e difesa, precisa le proprie conclusioni, riportandosi alle domande avanzate con l'atto introduttivo del giudizio e successiva memoria numero 1 e 2 ovvero chiede:

In via istruttoria:

Disporre CTU avente ad oggetto il seguente quesito:

1) Dica il CTU se le opere eseguite da IAS indicate nel documento 3 del fascicolo di parte e documentate con le fatture prodotte in occasione della II Memoria Doc 37 hanno natura di ammodernamento dell'impianto;

2) Dica il CTU se e opere inserite nel progetto denominato “REO”, avuto riguardo alla nature delle stesse ed al contenuto della convenzione in atti, siano di competenza e quindi a carico del proprietario del proprietario dell’impianto Consorzio ASI di Siracusa.

Nel merito:

1) Accertare, per le ragioni esposte negli atti di causa, l’inadempimento contrattuale del Consorzio ASI e di IRSAP agli obblighi previsti dalla Convenzione del 4 novembre 1999 (e successive modifiche) e/o la violazione della buona fede nell’esecuzione della medesima Convenzione, ex art. 1375 c.c., da parte del Consorzio ASI e di IRSAP.

E, per l’effetto,

2) condannare, il Consorzio ASI e IRSAP, anche in solido fra loro:

a) al pagamento in favore di IAS di una somma di denaro, di almeno € 2.015.482.66 (così precisata in seno alla memoria numero 1) pari ai costi sostenuti da IAS per la progettazione e realizzazione delle opere e degli interventi di “ammodernamento” degli impianti realizzati in luogo del proprietario/concedente;

b) al pagamento in favore di IAS di una somma di denaro, di almeno € 686.217 pari ai costi già sostenuti da IAS per dare esecuzione alle prescrizioni dell’Autorità Giudiziaria, indicate nel Decreto del Tribunale di Siracusa R.G.N.R. 5136/17 - n. 7/18 R.G. GIP del 7 gennaio 2019;

c) a rifondere ad IAS tutti i costi che la progettazione, realizzazione, oneri finanziari e di *permitting* ovvero quant’altro dovesse occorrere per la realizzazione del c.d. progetto denominato REO e per dare esecuzione alle prescrizioni dell’Autorità Giudiziaria in particolare indicate nel Decreto del Tribunale di Siracusa R.G.N.R. 5136/17 - n. 7/18 R.G. GIP del 7 gennaio 2019 sino alla concorrenza non inferiore di € 10.467.821,00, previa rendicontazione ed evidenza fiscale del costo effettivo sostenuto;

- d) a rifondere altresì ad IAS le somme relative alle voci indicate al capitolo 4 delle premesse dell'atto introduttivo per quanto sarà effettivamente realizzato;
- e) A risarcire ad IAS il danno all'immagine e alla reputazione commerciale subito da IAS in ragione della condotta del Consorzio ASI e di IRSAP quantificato in € 500.000, o nel diverso importo che verrà determinato anche in via equitativa ex art. 1226 c.c.
- f) Senza alcun recesso da quanto sopra, in via meramente subordinata e residuale – per la sola non temuta ipotesi in cui la Convenzione conclusa *inter partes* venga dichiarata nulla e/o inefficace – condannare le parti convenute, anche in solido fra loro, al pagamento in favore di IAS della somma pari ad almeno € 2.015.482.66, come sopra precisata, corrispondente al valore delle opere di ammodernamento eseguite sugli impianti dall'esponente Società, dal 2016 ad oggi, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2041 c.c.
- g) Condannare in ogni caso le parti convenute al pagamento delle spese e degli onorari, ivi compresi quelli degli Arbitri».

20. Il Consorzio ASI a sua volta ha precisato le proprie conclusioni come di seguito testualmente riportato:

«L'Avv. Salvatore Campanella nell'interesse del Consorzio ASI di Siracusa in liquidazione, resistente, reitera le conclusioni già precisate il 29/06/2022 riportandosi al petitum dell'atto di resistenza del 26/7/2021 e memoria n.1 del 15/03/2022;

Chiede pertanto che il Collegio arbitrale:

A) in via preliminare dichiarare la carenza dell'adito Collegio arbitrale di risolvere la presente controversia per la litispendenza dell'altro giudizio tra il Consorzio ASI e l'IAS pendente avanti la Corte di Appello di Catania, N.1983/2019 R.G., e comunque per avere consumato l'I.A.S. il potere di adire gli arbitri a seguito della precedente procedura arbitrale, nella quale il mandato conferito agli arbitri del primo Collegio è stato

interamente espletato con la pronunzia del lodo che vincola le parti, le quali non possono pertanto conferire altro mandato avente ad oggetto un incarico già espletato;

B) Sempre in via preliminare e in subordine accerti e dichiari la invalidità dell'odierna domanda di arbitrato per la sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria con conseguente difetto della potestas iudicandi arbitrale essendo la odierna controversia rimessa alla giurisdizione della A.G.O.; 2

C) Sempre in via preliminare e in via gradata rispetto alla precedente eccezione, accerti e dichiari la nullità o comunque la sopravvenuta inefficacia della convenzione inter partes del 1999 per l'insanabile contrasto della stessa con le regole dell'evidenza pubblica dettate dalla normativa statale ed eurocomunitaria;

D) Rigettare comunque, con ogni statuizione, perché infondate in fatto e in diritto, tutte le domande formulate dall'I.A.S.

Col favore delle spese del giudizio arbitrale.»

21. L'Irsap Sicilia ha anch'esso precisato le proprie conclusioni come di seguito testualmente riportato:

«Al riguardo, si ribadisce quanto già precisato con foglio trasmesso il 30 giugno scorso, ovvero:

1) accertare e dichiarare, in linea preliminare, la invalidità della domanda di arbitrato per la sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria, con conseguente difetto della *potestas iudicandi*, per essere la cognizione della controversia rimessa alla giurisdizione dell'a.g.o.;

2) sempre in linea preliminare, e solo in via gradata rispetto alla superiore conclusione, accertare e dichiarare la nullità e/o la sopravvenuta inefficacia della convenzione del 1999, stante il suo contrasto con le regole dell'evidenza pubblica, anche di matrice euronunitaria;

- 3) in subordine, accertare e dichiarare il difetto di legittimazione passiva dell'IRSAP, in ordine alle pretese avanzate dall'IAS in seno alla domanda di arbitrato;
- 4) ancora in ulteriore subordine, rigettare perché infondate, ovvero con ogni altra statuizione, tutte le domande dell'IAS.

Col favore delle spese».

22. Ciascuna delle parti ha successivamente depositato entro i termini assegnati la sola memoria conclusionale, richiamando o sviluppando gli argomenti a sostegno delle rispettive tesi già esposte nei precedenti scritti difensivi.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Il Collegio ritiene opportuno esaminare preliminarmente le questioni relative all'eccezione di incompetenza, che i resistenti hanno sollevato deducendo la sopravvenuta inefficacia della clausola compromissoria, in forza della quale la ricorrente ha introdotto il presente giudizio arbitrale.

Ai sensi dell'art. 209, comma 1, d. lgs. n. 50/16, «Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206 possono essere deferite ad arbitri. L'arbitrato, ai sensi dell'articolo 1, comma 20, della legge 6 novembre 2012, n. 190, si applica anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici».

Il successivo comma terzo aggiunge però che «È nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per

le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice».

2. La disciplina in questione riproduce sostanzialmente quella prevista dal precedente codice dei contratti pubblici (d. lgs n. 163/2006) all'art. 241, co. 1, come modificato dall'art. 1, co. 19, l. n. 190/2012, che aveva già stabilito la nullità della clausola compromissoria in difetto della prescritta autorizzazione.

Sul presupposto dell'operatività di tale norma anche rispetto alle controversie relative a contratti e appalti pubblici stipulati prima della sua entrata in vigore, l'art. 1, co. 25, della l. n. 190/2012, aveva sottratto alla sua applicazione gli «arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della presente legge». A favore della legittimità costituzionale di tale regime transitorio si era peraltro espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 108 del 2015, secondo cui «Lo *ius superveniens* consistente nel divieto di deferire le controversie ad arbitri senza una preventiva e motivata autorizzazione non ha l'effetto di rendere nulle in via retroattiva le clausole compromissorie originariamente inserite nei contratti, bensì quello di sancirne l'inefficacia per il futuro, in applicazione del principio, espresso dalla costante giurisprudenza di legittimità, secondo il quale la nullità di un contratto o di una sua singola clausola, prevista da una norma limitativa dell'autonomia contrattuale che sopravvenga nel corso di esecuzione di un rapporto, incide sul rapporto medesimo, non consentendo la produzione di ulteriori effetti, sicché il contratto o la sua singola clausola si devono ritenere non più operanti».

In tale contesto normativo, quindi, la clausola compromissoria contenuta nella Convenzione del 1999, in forza della quale è stato introdotto il presente giudizio, non consentiva di avviare nuovi arbitrati che non fossero già stati autorizzati.

3. Tale conclusione resta peraltro ferma anche in seguito all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti e degli appalti pubblici, non potendosi condividere la ricostruzione

proposta dalla società ricorrente secondo la quale la suddetta clausola compromissoria avrebbe acquistato nuovamente efficacia con l'abrogazione dell'art. 1, commi 19 ss., della l. n. 190 del 2012 disposta dall'art. 217 del d.lgs. n. 50/2016.

Al riguardo va anzitutto rilevato, in conformità con quanto testualmente affermato dalla Corte Costituzionale nell'ordinanza n. 58 del 2019, che tale abrogazione «non è retroattiva, ma opera solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici introdotto dal d.lgs n. 50 del 2016, ai sensi del suo art. 217, in ossequio al principio generale di cui all'art. 11 delle Preleggi» e pertanto non determina alcuna modifica del regime transitorio precedentemente applicabile.

Ma anche a voler prescindere da tale considerazione, di per sé decisiva, non si comprende in base a quale logica l'abrogazione di una norma, che ammette lo svolgimento di arbitrati iniziati o autorizzati prima della sua entrata in vigore nonostante l'inefficacia sopravvenuta della relativa clausola compromissoria, potrebbe ampliare l'ambito entro cui è consentito alle parti di introdurre nuovi giudizi arbitrali, che neppure nella vigenza della più permissiva norma abrogata potevano aver luogo.

Ne consegue che, in base al diritto applicabile alla presente controversia, il Collegio arbitrale non è competente a decidere sulla domanda di arbitrato proposta in difetto della necessaria autorizzazione.

4. Un atto autorizzativo non può peraltro desumersi dalla nomina congiunta di un arbitro da parte del Consorzio ASI e dell'IRSAP Sicilia né dalla precedente proposizione di altro giudizio arbitrale né infine dalla proroga della Convenzione che contiene la clausola arbitrale in questione.

In realtà, contrariamente a quanto sostiene IAS S.p.A., in nessuna di queste ipotesi si possono configurare atti idonei a manifestare implicitamente la volontà di accettarne gli

effetti, in difetto dei presupposti che sono necessari per integrare un atto amministrativo implicito.

5. A tal fine, infatti, dall'esplicito compimento di un atto "a monte" deve potersi desumere in modo non equivoco la volontà implicita dell'atto "a valle", che «deve essere l'unica conseguenza possibile di quello espresso» (CdS n. 589/2019). Nel caso di specie, invece, la proposizione della precedente domanda arbitrale non presuppone logicamente la volontà di proporre un successivo e diverso arbitrato, trattandosi di due scelte distinte e autonome, che possono conseguire a valutazioni differenti dell'interesse pubblico, in relazione alle circostanze del caso concreto. Allo stesso modo la nomina di un arbitro non implica necessariamente la volontà di sanare *ex post* l'inefficacia della clausola compromissoria, autorizzando le parti a sottoporre agli arbitri la decisione della controversia, potendo essere invece funzionale alla tempestiva formazione di un Collegio arbitrale dotato di determinati requisiti di professionalità, che accerti preliminarmente la propria incompetenza. La proroga della Convenzione è infine generica e neppure da essa si può desumere una precisa volontà di rendere in concreto operativa la specifica pattuizione resa inefficace dallo *ius superveniens*.

6. La giurisprudenza del resto ammette la sussistenza di un atto amministrativo implicito soltanto qualora i suoi contenuti sostanziali siano univocamente determinati «anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte» (CdS n. 1034/2018), elemento di cui non è stata però fornita prova nel caso di specie.

7. Si ritiene infine necessario che la manifestazione di volontà provvedimento provenga da un organo amministrativo competente a porre in essere l'atto implicito (CdS n. 589/2019), ma neppure di tale requisito la ricorrente ha fornito evidenza.

8. Alla luce delle considerazioni e dei motivi sopra esposti il Collegio arbitrale accoglie quindi l'eccezione di incompetenza sollevata dai resistenti e ritiene di non poter giudicare

la presente controversia, che dovrà essere quindi rimessa alla competente Autorità giudiziaria.

9. Fermo quanto sopra, il Collegio ravvisa ragioni sufficientemente gravi per compensare integralmente tra le parti le spese di difesa e i costi della procedura arbitrale, anzitutto in ragione dell'incertezza in ordine alla propria competenza ingenerata dall'arbitrato precedentemente instaurato tra alcuni degli odierni contendenti, in forza della medesima clausola compromissoria. A ciò si aggiunga che l'eccezione di incompetenza ha sollevato complesse questioni di diritto transitorio in ragione della successione temporale dei diversi provvedimenti legislativi e della loro dibattuta efficacia retroattiva, tali da giustificare le convinzioni divergenti dei litiganti. Tali questioni non erano infatti agevoli da risolvere al momento in cui è sorta la controversia e solo al termine del procedimento e all'esito di un attento esame ne è risultata chiara la soluzione.

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale, pronunciando in via definitiva sulla controversia allo stesso devoluta:

- 1) dichiara la propria incompetenza a decidere nel merito la presente controversia;
- 2) compensa integralmente tra le parti le spese di lite;
- 3) pone in capo alle parti, con vincolo di solidarietà e salvo rivalsa fra loro ai sensi dell'articolo 209, co. 21, d.lgs. n. 50/2016, le spese del procedimento arbitrale e i compensi degli arbitri, nella misura liquidata dalla Camera Arbitrale presso l'ANAC.

Così deciso in conferenza personale telematica audio/video del 27 gennaio 2023 all'unanimità dei componenti del Collegio arbitrale che, predisposto il presente lodo in originale digitale, lo sottoscrivono con firma digitale ai sensi e per gli effetti delle disposizioni vigenti e della delibera ANAC n. 48 del 30.1.2019 nella data indicata in ciascuna sottoscrizione.

L'imposta di bollo viene assolta mediante versamento ad intermediario convenzionato con l'Agenzia delle Entrate e conseguente rilascio di contrassegni in numero corrispondente ad una marca ogni quattro facciate per un totale massimo di cento righe, moltiplicato per il numero degli originali in conformità a quanto disposto dall'art. 209, co. 13, d.lgs. 50/2016. Si indicano di seguito i codici numerici composti di quattordici cifre rilevabili dai contrassegni telematici rilasciati dall'intermediario:

01210072201605	01210072201569	01210072201514	01210072201478
01210072201593	01210072201558	01210072201503	01210072201467
01210072201581	01210072201547	01210072201490	01210072201456
01210072201570	01210072201525	01210072201489	01210072201445
01210072201434	01210072201423	01210072201412	01210072201401

Il presente lodo, in formato nativo digitale, è trasmesso all' indirizzo di pec: protocollo@pec.anticorruzione.it.

Data delle firme digitali degli arbitri