

N. 14/2020 Ruolo

Giudizi Arbitrali

**CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI
PRESSO L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE**

LODO ARBITRALE DEFINITIVO

Il Collegio Arbitrale

composto da

Prof. Avv. Francesco Scalia, Arbitro con funzioni di Presidente

Prof. Avv. Ignazio Zingales, Arbitro di parte istante

Prof. Avv. Bernardo Giorgio Mattarella, Arbitro di parte resistente

costituito per la risoluzione della controversia insorta

TRA

IDRA RINNOVABILI S.R.L., (C.F. e P.I.: 05503530874), con sede legale in Acireale (CT), Via Dafnica, 149, in persona del suo Amministratore e legale rappresentante *pro tempore*, sig.ra Loredana Pagano, (C.F.: PNGLDN88D57A028I), rappresentata e difesa, come da procura allegata alla domanda di arbitrato del 17.12.2020, dall'Avv. Antonino Pisciotta, (C.F.: PSCNNN64R09F126M), pec: antonino.pisciotta@avvsciacca.legalmail.it, email: avvpsciotta@virgilio.it, con studio in Palermo, Via Goethe, 1, presso il quale è elettivamente domiciliata,

- PARTE ISTANTE -

E

ACOSSET S.P.A., (C.F. e P.I. 00132380874), con sede legale in Catania, Viale Mario Rapisardi, 164, in persona del Suo Presidente e legale rappresentante *pro tempore*, dott. Diego Di Gloria, rappresentata e difesa, come da procura allegata all'atto di nomina dell'arbitro di parte del

05.01.2021, dal Prof. Avv. Giuseppe Berretta, (C.F.: BRRGPP70H11C351U), pec: giuseppe.berretta@pec.ordineavvocaticatania.it, email: giuseppeberretta@avvocati-associati.eu, con studio in Catania, Corso Italia, 46, presso il quale è elettivamente domiciliata,

- PARTE RESISTENTE -

IN RELAZIONE

al contratto di *«Concessione di lavori per il servizio di “Sfruttamento potenziale idroelettrico dell’acquedotto potabile gestito da Acoset S.p.A che va dal Serbatoio P2 Adrano Alto ai Serbatoi idrici di Adrano Basso siti nel Comune di Adrano” con capitali privati ovvero con “finanza di progetto”, con procedura attivata da promotore ai sensi della L.R. 12/2011, di rinvio al D.Lgs. 50/2016 e s.m.i. (Project Financing)»*, stipulato tra le parti in data 18.12.2018, a seguito dell’aggiudicazione del Bando di gara *«“Manutenzione straordinaria e sfruttamento potenziale idroelettrico dell’acquedotto potabile gestito dall’Azienda Acoset S.p.A.” Codice CUP: H66J17000020005 Codice CIG: 70114710E9»*,

IN DIPENDENZA

della clausola compromissoria di cui all’art. 50 del Capitolato speciale e prestazionale, ai sensi del quale *«1. Ove non si proceda all’accordo bonario ai sensi dell’articolo 49 e l’appaltatore confermi le riserve, trova applicazione il comma 2. 2. La definizione di tutte le controversie derivanti dall’esecuzione del contratto è attribuita al procedimento arbitrale ai sensi dell’articolo 241 del Codice dei contratti, e degli articoli 33 e 34 del capitolato generale d’appalto, in quanto applicabili. Il terzo arbitro con funzioni di presidente è nominato dalle parti o, su delega di queste, dai primi due arbitri e, in caso di inerzia o mancato accordo entro un termine perentorio definito dalla parte diligente, dalla Camera arbitrale in applicazione degli articoli 242 e 243 del Codice dei contratti. 3. L’organo che decide sulla controversia decide anche in ordine all’entità delle spese di giudizio e alla loro imputazione alle parti, in*

relazione agli importi accertati, al numero e alla complessità delle questioni. 4. La sede del collegio arbitrale è quella della stazione appaltante»,

nel giudizio arbitrale n. 14/2020 R.G.A. ha pronunciato il seguente lodo.

FATTO

1. Con Bando di gara – avente ad oggetto «“*Manutenzione straordinaria e sfruttamento potenziale idroelettrico dell’acquedotto potabile gestito dall’Azienda Acoset S.p.A.*” Codice CUP: H66J17000020005 Codice CIG: 70114710E9» – pubblicato in G.U. 5° Serie Speciale - Contratti Pubblici n. 51 del 05.05.2017, Acoset S.p.A. ha indetto la procedura aperta per l’affidamento in concessione, mediante *project financing*, della progettazione, definitiva ed esecutiva, e dell’esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria e di sfruttamento del potenziale idroelettrico dell’acquedotto potabile che va dal Serbatoio P2 Adrano Alta ai Serbatoi idrici di Adrano Bassa, siti nel Comune di Adrano, da aggiudicarsi con l’istituto della finanza di progetto, di cui all’art. 183, comma 15, del D.Lgs. n. 50/2016, con diritto di prelazione a favore del soggetto promotore.

2. All’esito dell’esperimento della procedura di gara, le società Ghiggia Ingegneria d’Impianti S.r.l. (mandataria) ed ETRA S.r.l. (mandante), costituitesi in A.T.I., si sono aggiudicate la concessione di lavori in *project financing* con provvedimento del 03.10.2017.

3. In data 19.10.2017, le società aggiudicatarie hanno costituito, la società di scopo Idra Rinnovabili S.r.l., al fine di dare esecuzione alle opere oggetto della concessione.

4. Stante il ritardo nel rilascio delle autorizzazioni amministrative, prodromiche alla stipula della convenzione di concessione – e, in particolare, della concessione per la derivazione di acque pubbliche, *ex art. 7 del R.D. n. 1775/1933*, di competenza del Genio Civile di Catania, richiesta con istanza del 14.07.2017 – e a seguito di talune modifiche unilaterali delle pattuizioni originarie (contenute nella bozza di convenzione allegata al Bando di gara), introdotte dalla concedente – alcune delle quali incidenti sulle condizioni regolanti il diritto di recesso (art. 21)

–, Idra Rinnovabili S.r.l. e Acoset S.p.A., in data 18.12.2018, hanno stipulato il contratto di concessione dei lavori in *project financing*.

5. Nonostante l'intervenuta stipula del contratto e l'approvazione del progetto esecutivo da parte di Acoset S.p.A. – comunicata il 28.01.2019 –, l'esecuzione dei lavori non veniva avviata, a causa della pendenza dei procedimenti amministrativi di rilascio delle autorizzazioni necessarie da parte delle autorità competenti, essenziali ai fini della cantierabilità delle opere, la cui mancanza impediva l'inizio delle attività.

6. L'*iter* autorizzativo di competenza del Genio Civile si è definito solo in data 17.12.2019, con il rilascio della concessione ad uso idroelettrico delle acque e l'emissione del Decreto di concessione per derivazione di acque pubbliche, ai sensi del R.D. n. 1775/1933, dell'Assessorato regionale dell'energia e dei servizi di pubblica utilità - Dipartimento dell'acqua e dei rifiuti.

7. Il 18.12.2019, Idra Rinnovabili S.r.l. ha comunicato detta circostanza alla concedente, la quale veniva, altresì, informata del deposito dell'istanza di costruzione degli impianti presso il Comune di Adrano, avvenuto il 17.12.2019.

8. Con comunicazione del 20.12.2019, Acoset S.p.A., considerato il mancato avvio dei lavori entro il termine perentorio di 12 mesi e l'omesso pagamento della fattura relativa alla voce "*Accantonamento R.U.P.*", ha esercitato la facoltà di recesso, nelle modalità e nei termini di cui all'art. 21 della convenzione, con contestuale diffida ad adempiere al pagamento delle somme dovute relativamente alla fattura inevasa, con riserva di agire per il recupero delle stesse in caso di inadempimento.

9. Falliti i tentativi di ricomposizione dei rapporti negoziali, Idra Rinnovabili S.r.l. ha instaurato il presente procedimento.

SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO

10. Con atto notificato in data 17.12.2020, parte istante ha proposto domanda di arbitrato nei confronti di Acoset S.p.A. ed ha nominato contestualmente il proprio arbitro, nella persona del Prof. Avv. Ignazio Zingales, invitando parte resistente a designare il proprio e chiedendo all'ANAC di provvedere alla nomina del Presidente del Collegio.

11. Con memoria del 05.01.2021, Acoset S.p.A. si è costituita nel giudizio arbitrale, iscritto al n. 14/2020 R.G.A., designando quale proprio arbitro il Prof. Avv. Bernardo Giorgio Mattarella.

12. Il Consiglio della Camera Arbitrale, nella seduta del 12.02.2021, preso atto della designazione degli arbitri di parte, ha deliberato all'unanimità dei voti espressi di nominare il costituendo Collegio Arbitrale nelle persone del Prof. Avv. Francesco Scalia, quale terzo arbitro con funzioni di Presidente, del Prof. Avv. Ignazio Zingales, quale componente designato da Idra Rinnovabili S.r.l., e del Prof. Avv. Bernardo Giorgio Mattarella, quale componente designato da Acoset S.p.A..

13. Nella seduta telematica del 16.04.2021, si è costituito il Collegio Arbitrale, il quale – confermata la nomina dell'Avv. Silvia Stopponi per lo svolgimento delle funzioni di Segretario e determinata quale sede dell'arbitrato quella della Camera Arbitrale, in Roma, Via Marco Minghetti, 10 – ha disposto la convocazione delle parti e dei loro difensori per l'udienza del 21.05.2021, in seduta telematica, al fine di esperire il tentativo di bonario componimento della lite, assegnando i seguenti termini:

«- fino al 30.4.2021 per il deposito della formulazione dei quesiti che Idra Rinnovabili S.r.l. intende sottoporre all'esame del Collegio e/o per la produzione di memorie ed eventuale documentazione ritenuta utile alla decisione della controversia;

- fino al 14.5.2021 per il deposito da parte di Acoset S.p.A. di memoria di replica alle domande dell'altra parte e di proposizione di eventuali domande riconvenzionali, oltre che di eventuale documentazione ritenuta utile alla decisione della controversia».

14. Le parti, entro i termini previsti, hanno depositato memorie e documenti, articolando le rispettive difese.

15. In particolare, con memoria versata in atti in data 30.04.2021, Idra Rinnovabili S.r.l., svolte alcune considerazioni preliminari sulla compromettibilità della lite e operata una disamina relativa all'esercizio del diritto di recesso, al fine di affermare l'inesistenza dei presupposti per la risoluzione per inadempimento del contratto e la conseguente risarcibilità del danno subito, ha rassegnato le seguenti conclusioni:

«*1 – in via principale e nel merito, **ritenere e dichiarare illegittimo, abusivo nonché arbitrario il recesso unilaterale esercitato da Acoset S.p.a.***;

2 – in subordine, ove l'adito Collegio ritenesse di individuare non già un recesso bensì una ipotesi di risoluzione per inadempimento, dire e dichiarare altresì illegittimo tale esercizio per difetto di presupposti oggettivi per come meglio articolato e per la ragioni tutte esposte al superiore punto § 2.b;

*3 – ancora in via principale, riconoscere nel contegno della Acoset S.p.a. elementi di incompatibilità con i principi di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. e dunque **affermare la sussistenza di una ipotesi riconducibile alle categorie dell'abuso del diritto**;*

*4 – per l'effetto, condannare conseguentemente Acoset S.p.a. al risarcimento del danno in favore di Idra Rinnovabili S.r.l. secondo il disposto di cui agli artt. 1218, 1223 e 1373 C.c. per i danni emergenti pari ad €.**72.484,48** e il lucro cessante da liquidarsi secondo l'equo apprezzamento del Collegio, tenuto conto del valore di sfruttamento degli impianti come da P.E.F. e, in ogni caso, per una cifra (comprensiva della prima voce di danni) non inferiore a €.**490.000,00 (quattrocentonovantamila/00)**, oltre a interessi e oneri di legge, come meglio rappresentato sub punto n. III, lett. a) e b) e per le ragioni tutte ivi esposte;*

5 – in ulteriore subordine, nella denegata e non temuta ipotesi di mancato accoglimento della superiore richiesta, dire e dichiarare il comportamento di Acoset S.p.a. quale integrante

*un'ipotesi di responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 C.c. e, quindi, condannare la stessa al risarcimento del danno da liquidarsi in via equitativa per un importo comunque non inferiore ad €.**490.000,00 (quattrocentonovantamila/00)**, oltre a interessi e oneri di legge.*

6 – con vittoria di spese, competenze ed onorari come per legge».

16. Con memoria depositata il 13.05.2021, Acoset S.p.A., eccepita, in via preliminare, l'incompetenza degli arbitri a decidere la controversia, ha affermato la legittimità dell'esercizio del diritto di recesso – per il mancato inizio dei lavori nel termine di 12 mesi dalla stipula del contratto e per l'omesso versamento delle somme relative alle competenze del R.U.P. – e, in via subordinata, spiegato domanda riconvenzionale di accertamento o di pronuncia costitutiva della risoluzione del contratto per inadempimento e di risarcimento del danno, rassegnando le seguenti conclusioni:

«1) In via preliminare, ed in rito, dichiarare la propria incompetenza in favore del Tribunale civile ordinario di Catania;

2) In via subordinata, nel merito e per la sola ipotesi di ritenuta competenza del Collegio arbitrale sulla causa, rigettare tutte le domande avanzate dalla Idra s.r.l., in quanto infondate in fatto e diritto e, comunque, sfornite di prova;

3) In via ulteriormente subordinata e riconvenzionale, per l'ipotesi in cui il Collegio ritenga che le clausole dell'art. 21 del contratto di concessione non attribuissero ad Acoset s.p.a. un diritto al recesso unilaterale ma alla risoluzione del contratto:

- dichiarare l'avvenuta risoluzione del contratto per effetto della nota inviata da Acoset s.p.a. ad Idra s.r.l., in data 20.12.2019;

- in via gradata, pronunciare la risoluzione del contratto concluso inter partes, previo accertamento dell'inadempimento della Idra s.r.l. e, per l'effetto, con riguardo ad entrambe le superiori ipotesi,

- condannare la *Idra s.p.a.* al risarcimento dei danni in favore di *Acoset s.p.a.*, pari alla complessiva somma di Euro 706.284,10, oltre interessi, o alla diversa somma che verrà determinata in corso di causa o in via equitativa dal giudice ex art. 1226 c.c.

4) condannare l'attrice al pagamento di spese, compensi e onorari, relativi al presente procedimento arbitrale, come per legge».

17. All'udienza del 21 maggio 2021, tenutasi alla presenza dei difensori delle parti, il Collegio, ritenuto necessario pronunciarsi sull'eccezione di incompetenza degli arbitri, formulata da *Acoset S.p.A.* nella memoria del 13.05.2021, ha trattenuto la controversia in decisione, assegnando altresì alle parti i seguenti termini:

«- termine di 30 giorni (fino al **20.6.2021**) per il deposito di memoria conclusionale e precisazione delle conclusioni in merito alla eccezione di incompetenza formulata;

- termine di ulteriori 10 giorni (fino al **30.6.2021**) per il deposito di memoria di replica».

18. Con memoria conclusionale del 18.06.2021, parte resistente ha insistito nell'accoglimento della spiegata eccezione di incompetenza, richiamando sul punto quanto dedotto con la precedente memoria. In particolare, con memoria autorizzata del 13.05.2021, *Acoset S.p.A.* ha eccepito l'incompetenza del Collegio Arbitrale a decidere la lite, ritenendo che la relativa cognizione spetti «per legge e per volontà delle parti, unicamente al Giudice civile ordinario», in considerazione delle seguenti ragioni:

(a) la competenza degli arbitri non può fondarsi sul contratto di concessione stipulato in data 18.12.2018, il cui art. 22 – a norma del quale «[o]gni controversia che dovesse insorgere tra le parti relativamente alla validità, interpretazione, esecuzione, risoluzione del presente Contratto sarà demandata al foro competente, il Foro di Catania» – a prescindere dal tenore della rubrica (“*clausola compromissoria*”), esprime la volontà delle parti di individuare il Foro di Catania quale foro giurisdizionale di carattere esclusivo, in (eventuale) deroga ai criteri di riparto territoriale;

(b) il contratto, per espressa ammissione di controparte – la quale ha, in un primo momento (con memoria autorizzata del 30.04.2021), rilevato l'inesistenza e/o l'inapplicabilità della clausola compromissoria contenuta nell'art. 22 per “*carenze strutturali*” –, non contiene una clausola arbitrale;

(c) l'art. 50 del Capitolato speciale e prestazionale del giugno 2016 – unico elemento testuale sul quale Idra Rinnovabili S.r.l. fonda la competenza arbitrale –, il quale prevede la devoluzione agli arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, ai sensi dell'art. 241 del vecchio Codice dei contratti, è privo di rilievo giuridico, non essendo stato riprodotto dalle parti nel contratto di concessione concluso nel 18.12.2018 e ponendosi, per di più, in contrasto con esso;

(d) il predetto art. 50 è, peraltro, smentito dall'art. 3.1. del Disciplinare di gara del 2017 – e dunque da un atto della procedura successivo –, a mente del quale «[è] *esclusa la competenza arbitrale*»;

(e) a norma dell'art. 209, comma 3, del D.Lgs. n. 50/2016, l'inserimento di una clausola arbitrale con riguardo al rapporto di concessione avrebbe dovuto essere autorizzato, con adeguata motivazione, dall'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice, pena la nullità dell'eventuale clausola compromissoria, e Acoset S.p.A. non ha mai autorizzato, neppure in via indiretta, l'inserimento nel contratto di concessione di detta clausola compromissoria.

In virtù delle argomentazioni sopra compendiate, parte resistente ha ritenuto che «*non sussiste la competenza degli arbitri, ed in particolare di codesto Collegio arbitrale, a decidere sull'odierna controversia*», spettando la competenza al Giudice civile ordinario ed in particolare al Tribunale civile di Catania, quale giudice competente per materia, valore e territorio e dovendosi escludere altresì quella del Tribunale delle acque pubbliche, quale giudice specializzato.

19. Con memoria conclusionale versata in atti in pari data, parte istante ha affermato l'infondatezza dell'eccezione di incompetenza e/o giurisdizione *ex adverso* dedotta, deducendo sul punto che:

(a) la compromettibilità della lite emerge dalla rubrica dell'art. 22 citato, ma anche dal contenuto del medesimo che esprime «*l'individuazione di una competenza territoriale, senz'altro specificare in ordine alla "natura" del giudice cui devolvere la cognizione della controversia*»;

(b) in materia di contratti pubblici, la disciplina applicabile deve desumersi, oltre che dal contratto di concessione, anche dal quadro normativo che deriva dall'applicazione del Codice dei contratti e da quanto stabilito nel Capitolato speciale e prestazionale;

(c) la devoluzione al Collegio Arbitrale deriva, invero, da un'analisi scientifica della documentazione contrattuale e da un'interpretazione delle volontà negoziali delle parti stipulanti ivi recepita, coordinatamente con quanto rinviato al Bando e al Disciplinare di gara, nonché al Capitolato speciale e prestazionale;

(d) l'art. 50 del Capitolato non costituisce l'unica previsione su cui si fonda la competenza arbitrale, prevedendo il Bando di gara, all'art. 7.4, lett. h), che «*tutte le controversie derivanti dal contratto sono deferite alla competenza arbitrale ai sensi dell'art. 208 del D.Lgs. 50/2016*»;

(e) Acoset S.p.A. volle una clausola compromissoria, con inserimento dell'art. 22 nel contratto, e Idra Rinnovabili S.r.l. non la ricusò, secondo quanto previsto dall'art. 209, comma 2, del Codice, con la conseguenza che la predetta clausola deve ritenersi pienamente regolare;

(f) la previsione di cui all'art. 3.1. del Disciplinare di gara – invocata da controparte a sostegno dell'esclusione di competenza arbitrale –, considerato che tale atto della procedura «*integra, illustra e specifica i contenuti del bando di gara*», trova unica spiegazione nel fatto che la stessa non attiene alla dimensione contrattuale della concessione, ma a quella prodromica della presentazione delle offerte e della relativa gara.

Per le suesposte ragioni, nonché per quanto precedentemente rilevato in sede di memoria difensiva (del 30.04.2021), Idra Rinnovabili S.r.l. ha concluso per il rigetto dell'eccezione d'incompetenza formulata.

20. Con memoria di replica del 30.06.2021, Acoset. S.p.A., ribadite le deduzioni svolte nei precedenti scritti difensivi, ha evidenziato che:

(a) l'eccezione di incompetenza si fonda sul presupposto che la volontà delle parti di devolvere la lite agli arbitri, oltre a soggiacere al requisito della forma scritta, deve essere chiara ed univoca, ovvero espressa in termini tali da non lasciare adito a dubbi in ordine all'intendimento di rinunciare alla giurisdizione ordinaria, in favore dell'Autorità arbitrale;

(b) la clausola dell'art. 22, a dispetto della rubrica, non è clausola arbitrale ed è comunque radicalmente nulla e/o inefficace, oltre a non esprimere una "chiara ed univoca" volontà delle parti di devolvere le liti agli arbitri;

(c) la circostanza che l'art. 22 non contenga alcun riferimento all'Autorità arbitrale e non specifichi la natura del Giudice al quale deferire la lite (se non sul piano territoriale) conferma l'assoluta inidoneità della lettera della previsione a fondare la competenza degli arbitri;

(d) il rinvio al Foro di Catania è comunque incompatibile con il deferimento della lite agli arbitri, atteso che qualsiasi arbitrato relativo al contratto di concessione concluso *inter partes* avrebbe potuto svolgersi esclusivamente innanzi alla Camera Arbitrale istituita presso l'ANAC ed avente sede in Roma;

(e) come riconosciuto dalla giurisprudenza di legittimità, in tema di competenza arbitrale, il contenuto di un contratto pubblico prevale sulle eventuali previsioni contenute negli atti della procedura antecedenti alla stipula dello stesso (cfr. Cass. civ. n. 7682/2020);

(f) in ogni caso, anche la *lex specialis* di gara – costituita nel caso di specie dal Bando, dal Capitolato speciale e prestazionale e dal Disciplinare di gara – presenta «*evidenti aspetti di ambiguità e contraddittorietà in punto di competenza arbitrale*»;

(g) l'affermazione di parte istante, secondo cui la clausola del Disciplinare di gara sull'esclusione non atterrebbe alla "*dimensione contrattuale della concessione*", ma solo a quella "*prodromica della presentazione delle offerte e della relativa gara*", è smentita dal fatto che la competenza arbitrale in materia di contratti pubblici è limitata per legge, ai sensi dell'art. 209 del Codice, alle sole «*controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici*» – quali certamente non sono quelle relative all'espletamento della procedura di gara ad evidenza pubblica –, per cui la clausola di esclusione della competenza arbitrale contenuta nel Disciplinare non poteva che essere riferita alle sole controversie compromettibili, come, peraltro, confermato dalla collocazione della stessa (tra le «*prescrizioni contrattuali e informazioni complementari*»).

21. All'udienza tenutasi in Camera di Consiglio il 15.07.2021, il Collegio, esaminati gli atti del procedimento arbitrale, ha disposto di riunirsi nuovamente per proseguire l'esame degli stessi, in data da concordarsi.

22. All'udienza tenutasi in Camera di Consiglio il 13.09.2021, il Collegio, deliberando a maggioranza, ha accolto l'eccezione di incompetenza, determinando, in relazione agli adempimenti conseguenti, che il valore della controversia, secondo quanto richiesto da Idra Rinnovabili S.r.l. nell'atto di accesso, sia pari a € 490.000,00 e disponendo che, tenuto conto dell'ambiguità delle clausole contrattuali a cui fare riferimento per l'identificazione della volontà delle parti di deferire le future controversie agli arbitri, appare equo ripartire tra le parti, in misura del 50% ciascuna, le spese del presente procedimento.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Al fine di vagliare la fondatezza dell'eccezione di incompetenza sollevata dalla difesa di parte resistente, è necessario procedere alla disamina degli atti di gara.

Va anzitutto rilevato che il Bando di gara prevede espressamente il deferimento delle controversie derivanti dal contratto alla competenza arbitrale, ai sensi dell'art. 209 del Codice degli appalti.

Alla lettera h) dell'ultimo paragrafo – rubricato «*Ulteriori informazioni*» – del punto 7.4 del Bando è, infatti, stabilito che «[t]utte le controversie derivanti dal contratto sono deferite alla competenza arbitrale ai sensi dell'art. 208 del D.Lgs. 50/2016» (cfr. Bando di gara, p. 20).

Posto che il riferimento operato dalla disposizione in parola all'art. 208 – relativo alla «*Transazione*» – è un mero refuso, essendo evidente, oltre che pacifico, che trattasi di rinvio al procedimento arbitrale, disciplinato dal successivo art. 209 – dedicato all'«*Arbitrato*» –, al fine di individuare l'effettiva portata della richiamata prescrizione della *lex specialis* di gara, pare opportuno muovere dall'*iter* procedurale delineato dalla previsione codicistica.

L'art. 209 del Codice degli appalti – dopo aver stabilito, al primo comma, che «[l]e 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» (1° cpv) e che «[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» (2° cpv) – prevede, al comma 2, che «[l]a stazione appaltante indica nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria. L'aggiudicatario può ricusare la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel

contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione. È vietato in ogni caso il compromesso».

Nella fattispecie *de qua*, il Bando di gara prevede il deferimento alla competenza arbitrale delle controversie nascenti dal contratto e Idra Rinnovabili S.r.l. non ha ricusato la clausola compromissoria nel termine previsto.

La lettera del Bando di gara e la mancata ricusazione della clausola compromissoria da parte dell'aggiudicatario, ai sensi della norma citata, parrebbero dunque deporre in favore della compromettibilità della lite.

Contrariamente a quanto ritenuto da parte resistente, è invece da escludersi l'invocata applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 209, comma 3, del Codice degli appalti – secondo cui «[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» –, non essendo Acoset S.p.A. un'amministrazione aggiudicatrice, ma un ente aggiudicatore.

Anche l'art. 50 del Capitolato speciale e prestazionale del giugno 2016, recante «DEFINIZIONE DELLE CONTROVERSIE», parrebbe deporre in favore della devoluzione in arbitri della controversia, laddove dispone, al comma 2, che «[1]a definizione di tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto è attribuita al procedimento arbitrale ai sensi dell'articolo 241 del Codice dei contratti, e degli articoli 33 e 34 del capitolato generale d'appalto, in quanto applicabili. Il terzo arbitro con funzioni di presidente è nominato dalle parti o, su delega di queste, dai primi due arbitri e, in caso di inerzia o mancato accordo entro un termine perentorio definito dalla parte diligente, dalla Camera arbitrale in applicazione degli articoli 242 e 243 del Codice dei contratti» (cfr. Capitolato speciale e prestazionale, p. 23).

La previsione in parola rinvia all'art. 241 del vecchio Codice (D.Lgs. n. 163/2006) – abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. e), del D.Lgs. n. 50/2016, a far data dal 19 aprile 2016 –, il cui comma 1-*bis* ha analogo tenore rispetto alla corrispondente previsione contenuta nel nuovo Codice degli appalti (l'art. 209, comma 2, del D.lgs. n. 50/2016), sopra riportata.

Le richiamate prescrizioni del Bando e del Capitolato speciale e prestazionale si pongono, tuttavia, in palese contrasto con quelle contenute in un atto successivo della medesima procedura, il Disciplinare di gara del 2017, il cui art. 3.1, recante «*PRESCRIZIONI CONTRATTUALI E INFORMAZIONI COMPLEMENTARI*», dispone, tra l'altro, che «[è] esclusa la competenza arbitrale» (cfr. Disciplinare di gara, p. 4).

Ebbene, tale conflitto non può che risolversi nel senso della prevalenza del Bando di gara.

Come noto, infatti, secondo un consolidato orientamento, in presenza di antinomie irriducibili, è accordato valore preponderante alle disposizioni del Bando di gara, le quali prevalgono rispetto a quelle del Disciplinare e del Capitolato (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 3 marzo 2021, n. 1813: «*la giurisprudenza del giudice amministrativo ha chiarito che benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto abbiano ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la lex specialis della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 25 maggio 2010, n. 3311; id. 12 dicembre 2009, n. 7792), in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione dei principi costituzionali fissati dall'art. 97.*

Quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della lex specialis ed alla loro risoluzione, è stato osservato che tra i ricordati atti sussiste nondimeno una gerarchia

differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id. 23 giugno 2010, n. 3963), laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439)»).

L'anzidetta circostanza assume comunque rilievo sul piano dell'interpretazione della volontà delle parti, la quale va ricercata facendo ricorso ai tradizionali criteri di interpretazione del contratto (artt. 1362 e ss. c.c.), non essendo la devoluzione in arbitri delle controversie nascenti dal contratto desumibile in maniera chiara ed univoca neppure dagli atti di gara (sul punto v. *infra*), i quali, al contrario, presentano evidenti profili di contraddittorietà in punto di competenza arbitrale.

Venendo ora alla disamina del contratto stipulato *inter partes*, deve essere rilevato che l'art. 22 dello stesso, rubricato «*Clausola compromissoria*», stabilisce che «[o]gni controversia che dovesse insorgere tra le parti relativamente alla validità, interpretazione, esecuzione, risoluzione del presente Contratto sarà demandata al foro competente, il Foro di Catania».

La clausola negoziale, dunque, a dispetto della rubrica (sulla quale ovviamente prevale il contenuto dell'articolo), non compromette in arbitri le liti nascenti dal contratto, ma riserva la relativa cognizione al Foro di Catania.

Il tenore letterale della previsione contrattuale in parola la renderebbe invero qualificabile come clausola di elezione del Foro.

Sul punto, è appena il caso di precisare che la deduzione di Idra Rinnovabili S.r.l., secondo cui detta clausola esprimerebbe esclusivamente l'individuazione di una competenza territoriale, senza specificare la "natura" del Giudice cui è devoluta la cognizione della controversia, è priva di pregio.

Il riferimento al Foro di Catania è chiaramente indice della devoluzione delle liti al Giudice ordinario ed è incompatibile con il deferimento delle controversie agli arbitri, considerato che

qualsiasi arbitrato relativo al contratto concluso tra le parti avrebbe potuto avere luogo solo innanzi alla Camera Arbitrale istituita presso l'ANAC, con unica sede in Roma.

Resta comunque il fatto che la previsione contrattuale, non derogando alla ordinaria competenza territoriale – il Foro di Catania è quello competente per territorio –, sarebbe comunque del tutto superflua e priva di utilità, anche considerato che la stessa non contiene l'indicazione del Foro giurisdizionale esclusivo.

Secondo la pacifica giurisprudenza della Suprema Corte, infatti, «*la designazione convenzionale di un foro territoriale, anche se coincidente con uno di quelli previsti dalla legge, non attribuisce a tale foro carattere di esclusività in difetto di pattuizione espressa in tal senso, pattuizione che, pur non dovendo rivestire formule sacramentali, non può essere desunta in via di argomentazione logica da elementi presuntivi, dovendo per converso scaturire da una non equivoca e concorde manifestazione di volontà delle parti volta ad escludere la competenza degli altri fori previsti dalla legge*» (così è stata chiaramente massimata Cass. sez. 3, 18 maggio 2005 n. 10376, che si esprime sulla linea di Cass. sez. 1, 15 febbraio 2001 n. 2214, Cass. sez. 2, 15 maggio 1998 n. 4907 e Cass. sez. 1, 27 marzo 1997 n. 2723; e da ultimo è conforme Cass. sez. 6-2, ord. 4 settembre 2014 n. 18707); e, specificamente, è stato chiarito proprio che l'espressione «*per qualsiasi controversia*» è inidonea a identificare un foro esclusivo, perché è diretta soltanto ad individuare l'ambito oggettivo di applicabilità del foro convenzionale (Cass. sez. 3, ord. 5 giugno 2009 n. 13033 e Cass. sez. 3, ord. 9 agosto 2007 n. 17449)» (Cass. civ., sez. VI, 25 gennaio 2018, n. 1838).

Tanto premesso in ordine al contenuto della clausola, si evidenzia, quanto alla rilevata incongruenza tra il contenuto e la rubrica, che la coesistenza, nel medesimo contratto, della clausola compromissoria con quella di individuazione del Foro competente sarebbe invero astrattamente ipotizzabile.

Come rilevato dalla giurisprudenza di legittimità, infatti, è possibile la compresenza di una clausola compromissoria e di una clausola di elezione del Foro, la quale ultima opera per le controversie non compromettibili oppure per l'ottenimento di tutte quelle misure che non sono emanabili dal Collegio Arbitrale (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2002, n. 2208). Tuttavia, nel caso di specie, non pare ricorrere l'ipotesi anzidetta, atteso che la formula utilizzata non lascia in alcun modo intendere la devoluzione al Foro di Catania delle sole controversie non compromettibili in arbitri, riferendosi, al contrario, ad “*ogni controversia*” che dovesse insorgere tra le parti.

Esclusa, quindi, la simultanea presenza di entrambe le clausole, si potrebbe ritenere che la rubrica dell'art. 22 operi quale rinvio al Bando di gara, il quale a sua volta, come si è visto, rinvia al procedimento di cui all'art. 209 del Codice.

Contro tale interpretazione milita, però, il dato letterale della previsione, il quale la rende inidonea allo scopo, stante l'assenza di un esplicito rinvio al documento di gara citato.

Ed invero, la previsione della devoluzione agli arbitri delle liti scaturenti dall'interpretazione e dall'esecuzione del contratto deve avvenire, ai sensi dell'art. 808 c.p.c., tramite una clausola compromissoria redatta in forma scritta *ad substantiam*, la quale identifichi con esattezza le future controversie aventi origine dal contratto principale: tale requisito di forma è soddisfatto, con riguardo alle clausole compromissorie *per relationem* – previste in un diverso negozio o documento cui il contratto faccia riferimento – allorché il rinvio, contenuto nel contratto, preveda un richiamo espreso e specifico della clausola compromissoria (Cass. civ., Sezioni Unite, 19 maggio 2009, n. 11529; cfr. in termini anche Tribunale Piacenza, 14 gennaio 2020, n. 22).

In particolare, in una fattispecie del tutto analoga a quella in esame (in cui, non solo il contratto non operava un espreso richiamo alla clausola arbitrale contenuta nel Capitolato speciale, ma addirittura conteneva una previsione di segno contrario, stabilendo la devoluzione di tutte le

controversie che dovessero insorgere in dipendenza del contratto al Foro di Lecce), è stato ritenuto che:

«nei contratti d'appalto stipulati [...] a seguito di gara indetta da un ente pubblico, la volontà di devolvere ad arbitri le relative controversie debba essere espressa in maniera esplicita ed univoca, non essendo sufficiente un richiamo meramente formale al capitolato speciale che preveda eventualmente la clausola compromissoria (Cass., 04/01/2017, n. 81);

il richiamo della disciplina della competenza arbitrale fissata in un distinto documento, come un capitolato speciale, debba rivestire, invero, i caratteri della "relatio perfecta", ossia debba essere predisposto in funzione regolamentare di un singolo rapporto che sia effettuato dalle parti contraenti, sulla premessa della piena conoscenza di tale documento ed al fine dell'integrazione del rapporto negoziale nella parte in cui difetti di una diversa regolamentazione (Cass., 22/10/2003, n. 15783; Cass., 30/03/2011, n. 7197);

a tal fine il rinvio, contenuto nel contratto, debba di conseguenza contenere un richiamo espresso e specifico della clausola compromissoria e non, invece, un generico rinvio, mediante il mero riferimento al documento o al formulario che contenga la clausola stessa, in quanto soltanto il richiamo espresso assicura la piena consapevolezza delle parti in ordine alla deroga alla giurisdizione (Cass. Sez. U., 19/05/2009, n. 11529)» (Cass. civ., sez. VI, 31 ottobre 2018, n. 27764, la quale ha concluso che «la clausola contrattuale non fa, pertanto, neppure salva la specifica previsione [...] del capitolato speciale, evidentemente assorbendola nella previsione onnicomprensiva di una competenza esclusiva che concerne tutte le controversie [...] scaturenti dal medesimo contratto»).

Alla luce delle suesposte considerazioni deve escludersi che la rubrica della previsione contrattuale possa integrare i requisiti di validità della clausola compromissoria *per relationem*. In definitiva, la volontà di devolvere ad arbitri le controversie, la quale deve essere formulata in maniera esplicita (cfr. Cass. civ., sez. I, 4 gennaio 2017, n. 81), non risulta nel caso di specie

essere stata espressa in modo chiaro ed univoco, non essendo la stessa desumibile con certezza né dal contratto – il quale contiene esclusivamente una clausola di elezione del Foro – e neppure dalle – contrastanti – previsioni della *lex specialis* di gara.

L’eccezione di incompetenza deve essere, quindi, accolta.

OPINIONE DISSENZIENTE DEL PROF. IGNAZIO ZINGALES

Il Prof. Zingales ritiene infondata l’eccezione di incompetenza formulata da parte resistente.

Ad avviso del Prof. Zingales, il Collegio Arbitrale è competente per le seguenti ragioni:

- a) l’ente ha chiaramente manifestato la propria volontà nel Bando di gara;
- b) il predetto bando, invero, non si è limitato a prevedere il successivo inserimento di una clausola compromissoria nel contratto, ma ha, *illico et immediate*, stabilito espressamente che «*tutte le controversie derivanti dal contratto sono deferite alla competenza arbitrale ai sensi dell’art. 208 del D.Lgs. 50/2016*» (art. 7.4, lett. h);
- c) tale clausola così formulata non è stata ricusata da Idra Rinnovabili S.r.l. nel termine previsto dall’art. 209, comma 2, D.Lgs. 50/2016;
- d) la disposizione contenuta nel Bando e la mancata ricusazione da parte di Idra Rinnovabili S.r.l. costituiscono (tanto più nell’ambito di una fase fortemente procedimentalizzata ed involgente interessi pubblici) elementi ostativi ad un “ripensamento” in ordine alla scelta – esplicitamente manifestata dall’ente nel Bando, e non ricusata dalla parte privata – di deferire alla competenza arbitrale le controversie derivanti dal contratto;
- e) inoltre, la previsione contenuta nel Bando è in linea con quanto stabilito nell’art. 50, comma 2, del Capitolato speciale e prestazionale; disposizione, quest’ultima, che individua nel procedimento arbitrale la sede di «*definizione di tutte le controversie derivanti dall’esecuzione del contratto*»;

f) il contenuto del predetto art. 50 assume ancor più rilevanza se letto unitamente agli articoli 7, comma 1, lett. b, e 8 del medesimo Capitolato speciale e prestazionale. Ed invero, la prima disposizione stabilisce espressamente che il Capitolato costituisce «*parte integrante e sostanziale del contratto*»; la seconda prevede che, con la firma del contratto, la parte privata accetta incondizionatamente anche il contenuto del Capitolato. Di conseguenza, la previsione relativa alla competenza arbitrale contenuta nell'art. 50 del Capitolato deve considerarsi automaticamente “riprodotta” nel contratto e prevalente rispetto alla ambigua clausola contenuta nell'art. 22, comma 1, del contratto medesimo; clausola, quest'ultima, che, peraltro, ove interpretata quale manifestazione di volontà idonea ad escludere la competenza arbitrale, non solo si porrebbe in aperto contrasto con il Bando di gara, ma, altresì, si tradurrebbe, con riferimento all'ente, nell'esercizio di uno *ius poenitendi* carente di ogni presupposto, e, con riferimento alla parte privata, in una ricusazione tardiva estranea al sistema;

g) in questo quadro, del tutto irrilevante risulta poi l'indicazione («è esclusa la competenza arbitrale») contenuta nell'art. 3.1 del Disciplinare di gara; e ciò, alla luce sia della natura e della funzione di quest'ultimo atto, sia della prevalenza del Bando di gara su tutti gli altri atti del procedimento, e quindi anche sul Disciplinare;

h) in conclusione, la menzionata clausola di cui all'art. 7.4, lett. h, del Bando, la mancata ricusazione di detta clausola da parte Idra Rinnovabili S.r.l. e, infine, il Capitolato (che, come già evidenziato, costituisce “*parte integrante e sostanziale del contratto*”) inducono, alla luce delle argomentazioni formulate, ad affermare la competenza del Collegio Arbitrale.

P.Q.M.

Il Collegio Arbitrale, come innanzi composto, definitivamente pronunciando in ordine alla controversia insorta tra Idra Rinnovabili S.r.l. e Acoset S.p.A., così decide:

- accoglie, deliberando a maggioranza, l'eccezione di incompetenza formulata da parte resistente e dichiara la competenza dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria;

- compensa, per le ragioni in motivazione, le spese di lite, e dispone, apparendo equo per le ragioni in motivazione, di ripartire tra le parti, in misura del 50% ciascuna e fermo il vincolo di solidarietà di cui all'art. 209, comma 21, del D.Lgs. n. 50/2016, il compenso dovuto agli Arbitri e le spese di funzionamento relative al Collegio e al giudizio arbitrale, in conformità a quanto sarà liquidato con separato provvedimento dal Consiglio della Camera Arbitrale dell'ANAC.

Manda al Segretario per il deposito presso la Camera Arbitrale.

Così è deciso in conferenza personale mediante collegamento telematico audio/video in data 13 settembre 2021 a maggioranza dei componenti del Collegio arbitrale i quali formano il presente lodo in originale digitale e lo sottoscrivono con firma digitale ai sensi e per gli effetti delle disposizioni vigenti e della delibera del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 30 gennaio 2019, n. 48.

L'imposta di bollo viene assolta mediante versamento ad intermediario convenzionato con l'Agenzia delle Entrate e conseguente rilascio di contrassegni in numero corrispondente ad una marca ogni quattro facciate per un totale massimo di cento righe, moltiplicato per il numero degli originali disposto dall'art. 209, comma 13, d.lgs. 50/2016. Sulla base delle indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate nella risposta 25 luglio 2019, n. 321, ad interpello, si indicano di seguito i codici numerici composti di quattordici cifre rilevabili dai contrassegni telematici rilasciati dall'intermediario, contrassegni che vengono conservati mediante applicazione degli stessi su copia analogica del presente documento informatico, dalla quale è successivamente estratta copia informatica per immagine, anche essa sottoscritta digitalmente da tutti i componenti del Collegio Arbitrale e trasmessa, unitamente al presente lodo in formato nativo digitale, all'indirizzo di pec: protocollo@pec.anticorruzione.it, con riserva di depositarne l'originale analogico:

01192256306042

01192256306031

01192256306020

01192256306019

01192256306008

01192256305997

01192256305986

01192256305975

01192256305963

01192256305952

01192256305941

01192256305930

01192256305929

01192256305918

01192256305907

01192256305895

01192256305884

01192256305872

Prof. Avv. Francesco Scalia, Arbitro con funzioni di Presidente

Roma, data della firma digitale

Prof. Avv. Ignazio Zingales, Arbitro di parte istante

Catania, data della firma digitale

Prof. Avv. Bernardo Giorgio Mattarella, Arbitro di parte resistente

Roma, data della firma digitale

Il sottoscritto Prof. Avv. Francesco Scalia attesta, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 16-bis, co. 9-bis, d.l. 179/2012, conv. Legge 221/2012, e dell'art. 23, co. 1, d.lgs. 82/2005 ove occorrer possa, che la copia cartacea del sujesteso lodo composto di n. 23 facciate è copia analogica conforme al documento informatico originale, sottoscritto con firma digitale, e su tale copia vengono apposti i contrassegni rilasciati dall'Agenzia delle Entrate numerati:

01192256306042; 01192256306031; 01192256306020; 01192256306019; 01192256306008;
01192256305997; 01192256305986; 01192256305975; 01192256305963; 01192256305952;
01192256305941; 01192256305930; 01192256305929; 01192256305918; 01192256305907;
01192256305895; 01192256305884; 01192256305872.

Roma,

Prof. Avv. Francesco Scalia