

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI
PRESSO L'AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Il collegio Arbitrale composti dai Signori:

- Prof. Avv. Pietro Perlingieri, Arbitro;
- Avv. Luigi Stefano Sorvino, Arbitro;
- Prof. Avv. Domenico Dalfino, Presidente;

ha pronunciato il seguente

LODO NON DEFINITIVO

nel procedimento iscritto al n. R.G.A. 02/21 tra

- Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l. (p.i. 13307651003), in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig. Di Cesare Williams, con sede in Roma alla piazza Cavour P2 scala B int 2, rappresentata e difesa nel presente giudizio arbitrale dall'avv. Walter Mauriello, ed elettivamente domiciliata in Avellino alla via Iannaccone 7 presso il suddetto difensore che ha dichiarato di voler ricevere le comunicazioni e gli avvisi previsti dalla legge al n. di tel. e fax 0825/35799 o all'indirizzo di posta elettronica certificata walter.mauriello@avvocatiavellinopec.it

e

- Comune di Formia (c.f. 81000270595), in persona del Sindaco e legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Formia (LT), alla via via Vitruvio, 190, rappresentato e difeso dall'Avvocatura comunale, indirizzo di posta elettronica certificata protocollo@pec.cittadiformia.it.

* * *

Il presente procedimento è stato avviato in forza della clausola compromissoria contenuta nell'art. 1.50 del *Capitolato Speciale di Appalto del Progetto Esecutivo* relativo ai lavori di «*adeguamento e messa in sicurezza delle strutture portuali per ormeggio delle navi da crociera nel Comune di Formia*», il cui 2° comma stabilisce che «*La definizione di tutte le controversie*

derivanti dall'esecuzione del contratto è attribuita al procedimento arbitrale ai sensi dell'articoli 241 del Codice dei contratti, e degli articoli 33 e 34 del capitolato generale d'appalto, in quanto applicabili [...]». Sennonché, la validità/ammissibilità/esistenza di tale clausola è stata contestata dal Comune di Formia, che ha così posto una questione pregiudiziale che questo Collegio ha risolto con il presente lodo non definitivo.

* * *

SVOLGIMENTO DEL PROCEDIMENTO

A. Con pec del 5.2.2021 la Gino di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., Di Cesare Williams, notificava domanda di arbitrato con contestuale nomina di arbitro al Comune di Formia, rassegnando le seguenti conclusioni:

«1. accertare e dichiarare il diritto della Gino di Cesare Costruzioni e Manutenzioni srl, in persona del legale rapp.te p.t., alla corresponsione, in accoglimento delle n. 9 riserve meglio esposte in premessa [...] – da intendersi qui integralmente per riportate e trascritte -, della complessiva somma di Euro 922.544,34, cui aggiungere la ulteriore somma di Euro 300.000,00 da riconoscersi a titolo risarcitorio ex art. 2043 cc nonché per mancato arricchimento della istante, per complessivi Euro 1.222.544,34, o della diversa maggiore o minore da quantificarsi in corso di giudizio, oltre interessi come per legge e rivalutazione monetaria;

2. per lo effetto, condannare il Comune di Formia, in persona del Sindaco p.t., a corrispondere alla Gino di Cesare Costruzioni e Manutenzioni srl, in persona del legale rapp.te p.t., della complessiva somma di Euro 922.544,34, cui aggiungere la ulteriore somma di Euro 300.000,00 da riconoscersi a titolo risarcitorio ex art. 2043 cc nonché per mancato arricchimento della istante, per complessivi Euro 1.222.544,34, o della diversa maggiore o minore da quantificarsi in corso di giudizio, oltre interessi come per legge e rivalutazione monetaria;

3. condannare il Comune di Formia, in persona del Sindaco p.t., al pagamento delle spese e competenza della presente procedura.

Con ogni più ampia riserva istruttoria, anche di nomina CTU».

B. Nella riunione tenuta in data 9.9.2021, alle ore 17:00, in via telematica sulla

piattaforma della Camera Arbitrale accessibile tramite il collegamento al sito web https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403, si costituiva il Collegio arbitrale ai sensi degli art. 209 e 210 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (“Codice dei contratti pubblici”), nelle persone del prof. avv. Pietro Perlingieri, designato membro del Collegio dalla società istante, dell’avv. Luigi Stefano Sorvino, designato membro del Collegio dal Comune di Formia, del prof. avv. Domenico Dalfino, designato terzo arbitro con funzione di Presidente del Collegio Arbitrale.

Alla riunione era presente l’avv. Walter Mauriello, quale procuratore e difensore della Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l.

Veniva così fissata la sede della procedura presso la sede della Camera Arbitrale, ai sensi dell’art. 209, 9° comma, d.lgs. 50/2016, nonché dell’art. 2, 1° comma, Raccolta per l’unificazione e il coordinamento delle disposizioni adottate dalla Camera Arbitrale presso l’ANAC.

Il Collegio così costituito assegnava alle parti i seguenti termini perentori: fino al 29 settembre 2021 per il deposito di memorie e per la produzione di ulteriori documenti; fino al 19 ottobre 2021 per repliche. Disponeva il deposito di memorie e repliche mediante trasmissione agli indirizzi pec dei Componenti del Collegio e scambio con la controparte. Fissava – per ascoltare liberamente le parti e verificare la possibilità del raggiungimento di un accordo sulle questioni oggetto del presente procedimento e, in caso di esito negativo di quest'ultimo, per la trattazione nel merito – l’udienza del 25.10.2021 ore 17:00, da tenersi in via telematica sulla piattaforma della Camera Arbitrale accessibile tramite il collegamento al sito web https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403, invitando a comparire i rappresentanti legali delle Parti o procuratori speciali muniti di idonea procura.

C. Con memoria del 29.9.2021 il Comune di Formia così concludeva:

«Voglia l’Adito Collegio Arbitrale, contrariis rejectis, rigettare integralmente le domande di

accertamento e condanna svolte nei suoi confronti per essere inammissibili per inammissibilità del ricorso alla procedura arbitrale per essere competente il Giudice Ordinario e per nullità della clausola compromissoria invocata irrivalentemente nel Capitolato Speciale e non motivatamente nel bando, ovvero, in subordine nel merito, perché del tutto infondate in fatto e diritto e non provate.

Con vittoria di spese ed onorari della procedura.

In via istruttoria si producono gli atti richiamati ed elencai con apposito indice».

Contestava, in particolare, che dal 28.11.2012 al 18.4.2016 (quindi fino all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016), periodo durante il quale era stato indetto l'appalto per l'esecuzione dei lavori di adeguamento e messa in sicurezza delle strutture portuali per ormeggio navi da crociera (D.D. n. 59 del 21.5.2013) e affidato dal Comune stesso alla società istante il relativo contratto di appalto (6.2.2014, Rep. n. 11600), era vigore l'art. 241 d.lgs. 12.4.2006, n. 163, che: *i)* condizionava la possibilità del deferimento ad arbitri delle controversie su diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui all'art. 240, alla previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione; *ii)* stabiliva la nullità dell'inclusione della clausola compromissoria, senza previa autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui fosse indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o del ricorso all'arbitrato, senza previa autorizzazione.

Il Comune di Formia rilevava che nella procedura in oggetto non esistesse alcuna autorizzazione (tanto meno motivata) dell'organo di governo dell'ente all'inclusione della clausola compromissoria nel bando o nell'avviso con cui era stata indetta la gara. Al contrario, nel bando di gara, nella sez. XV – Controversie, era espressamente previsto che *«per ogni controversia relativa all'esecuzione del contratto è competente il giudice ordinario».*

Da questi elementi deduceva la nullità di diritto della clausola compromissoria contenuta nell'art. 1.50 del Capitolato Speciale di Appalto, nonché la inesistenza *«perché irrualmente inserita senza previa approvazione nel capitolato Speciale allegato al Progetto Esecutivo, anziché nel bando di gara»*.

Produceva, infine, gli atti e documenti di cui all'apposito indice.

D. Con memoria del 29.9.2021 la società istante insisteva per l'accoglimento nel merito delle domande proposte e chiedeva in via istruttoria la nomina di CTU per l'analisi dell'andamento dei lavori, l'evidenziazione di eventuali anomalie, la valutazione delle ragioni sottese alle diverse sospensioni e varianti, la quantificazione degli importi richiesti, con messa a disposizione di ogni documento utile, al fine di valutare l'effettività del danno, e la perdita di lucro e di *chance*.

Produceva atti e documenti e si riservava di replicare alle avverse deduzioni e di articolare prova contraria, ribadendo le domande già proposte.

E. Con memoria del 19.10.2021 il Comune di Formia insisteva per l'accoglimento della eccezione di *«Inammissibilità della domanda di arbitrato per inesistenza e nullità della clausola compromissoria»*.

Aggiungeva che *«Nessuna incongruenza o equivocità è riscontrabile nella lex specialis, come dimostra l'espressione letterale contenuta al punto 2 dell'art. 1.50 del Capitolato "in quanto applicabili"»*.

La clausola del Capitolato mira semplicemente a non escludere in termini necessariamente generali la possibilità del ricorso all'arbitrato, ove però esista la predetta motivata autorizzazione in via preventiva, che però nella fattispecie concreta non esiste».

Osservava che *«Sia la giurisprudenza che l'Autorità nazionale anticorruzione sono conformi nel chiarire che, per l'inserimento delle clausole compromissorie in contratti pubblici e bandi di gara, successivamente al 28 novembre 2012, l'autorizzazione non che essere espressa»*. Sosteneva, a sua volta, questo rilievo con richiami giurisprudenziali.

F. Con memoria del 19.10.2021 la società istante contestava la fondatezza dell'avversa eccezione di inammissibilità dell'arbitrato.

In particolare, faceva rilevare che l'art. 217, 1° comma, lett. *ii*) d.lgs. 50/2016 ha espressamente abrogato i commi da 19 a 25 dell'art. 1 l. 190/2012, facendo venir meno di quelle disposizioni che – intervenendo sul testo dell'art. 241 – avevano imposto la necessità dell'autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. A sostegno di tale rilievo richiama Trib. Roma, sez. XVII, sentenza 28 febbraio 2018.

Concludeva nel senso che, a seguito di tale abrogazione, la mancanza della previa autorizzazione motivata non inficiasse più l'efficacia e la validità della clausola compromissoria, che era tornata ad essere nuovamente efficace e, in quanto tale, pienamente vincolante per le parti a decorrere dal 19.4.2016, data di entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici.

Aggiungeva che l'art. 216, 22° comma, d.lgs. 50/2016, come integrato dal d.lgs. 56/2017, diversamente dall'art. 1, 25° comma, l. 190/2012, prevede che *«le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice»*. Osservava che le “procedure” di arbitrato fossero da riferire alle sole *«disposizioni aventi natura processuale [...], che trovano immediata applicazione anche ai contratti i cui bandi erano stati pubblicati prima dell'entrata in vigore del nuovo codice, ma non anche alle altre disposizioni, come la validità della clausola compromissoria (v. art. 209, comma 3, d.lgs. 50/2016), che hanno natura procedimentale e negoziale.*

Precisava che l'art. 1.50 cit. non prevedeva *«alcuna facoltà di declinare il procedimento in favore del G.O.»*.

Infine, richiama la giurisprudenza che afferma la prevalenza del contratto sul bando

di gara, in caso di disposizioni contrastanti, tanto più *«quando la disposizione contrastante riguarda la clausola compromissoria, dunque una clausola che non attiene al contenuto sostanziale di diritti ed obblighi della stazione appaltante e dell'impresa, ma riguarda l'aspetto processuale e i mezzi di tutela giurisdizionale, dimodoché non viene ad incidere sulla par condicio dei partecipanti alla gara, neppure in via indiretta»*.

G. All'udienza tenuta in data 25.10.2021, alle ore 17:00, in via telematica sulla piattaforma della Camera Arbitrale accessibile tramite il collegamento al sito web https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403, erano presenti l'avv. Walter Mauriello, quale procuratore e difensore della Gino Di Cesare Costruzioni e Manutenzioni s.r.l. e l'avv. Domenico Di Russo, quale procuratore e difensore del Comune di Formia.

Dato atto della tempestività del deposito delle memorie e delle repliche autorizzate nei termini (rispettivamente, 29.9.2021 e 19.10.2021) assegnati nella riunione del 6.9.2021, il Collegio invitava le parti a riferire circa l'esistenza di margini per coltivare una soluzione conciliativa o transattiva della controversia. All'esito di un primo confronto sulle rispettive posizioni, non esclusa la possibilità di un accordo bonario, le parti concordavano nel chiedere un rinvio dell'udienza.

Il Collegio, preso atto della richiesta concorde delle parti, rinviava l'udienza al 29.11.2021, ore 17:30.

H. All'udienza tenuta in data 29.11.2021, alle ore 17:30, in via telematica sulla piattaforma della Camera Arbitrale accessibile tramite il collegamento al sito web https://aenet.sala.vc/aver_sala_m403, il Collegio, alla presenza di entrambe le parti, dava atto del fallimento del tentativo di addivenire a una autonoma risoluzione conciliativa e/o transattiva esperito dalle parti, come da esse stesse concordemente richiesto all'udienza del 25.11.2021.

Invitava, quindi, le parti a esporre sinteticamente e nuovamente le rispettive posizioni in ordine alla vicenda oggetto della presente procedura arbitrale.

Concedeva, infine, alle parti termine fino al 6.12.2021 per dedurre sulla questione preliminare relativa alla validità/invalidità, esistenza/inesistenza della clausola compromissoria, riservandosi per la decisione della questione stessa.

DIRITTO

1.- Sulla contestata tardività dell'eccezione di «Inammissibilità della domanda di arbitrato – Inesistenza – nullità della clausola compromissoria».

Prima di verificare la fondatezza dell'eccezione di *«Inammissibilità della domanda di arbitrato – Inesistenza – nullità della clausola compromissoria»*, sollevata dal Comune di Formia nella memoria depositata in data 29.9.2021, occorre procedere alla verifica della sua eventuale tardività in quanto proposta *«non nell'atto di costituzione, ma solamente in fase istruttoria»*, come contestato dalla società attrice nella memoria depositata in data 6.12.2021.

A questo proposito, viene in rilievo l'art. 817, 2° comma, seconda parte, c.p.c., ai sensi del quale *«La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile»*. Tale disposizione indica il limite temporale ultimo oltre il quale alla mancata eccezione consegue l'effetto preclusivo dell'impugnabilità del lodo per il motivo ivi indicato. Questo non impedisce alla parte chiamata in arbitrato di proporla nella sua prima risposta, ma neanche glielo impone. Sicché, indipendentemente dal fatto che ciò avvenga (in maniera da subito compiuta o eventualmente anche con riserva di successiva formalizzazione), il termine si considera rispettato e la relativa attività di allegazione tempestivamente svolta, se l'eccezione è comunque sollevata entro e non oltre la “prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri”.

Nel caso di specie, i componenti del Collegio arbitrale hanno accettato l'incarico loro conferito nella prima riunione del 9.9.2021 e l'eccezione di *«Inammissibilità della domanda di arbitrato – Inesistenza – nullità della clausola compromissoria»* è stata proposta dal Comune di Formia nella prima memoria successiva alla riunione stessa, nel rispetto del termine

assegnato (29.9.2021). Pertanto, essa deve ritenersi pienamente tempestiva e può essere esaminata.

2.- Sulla fondatezza dell'eccezione di «Inammissibilità della domanda di arbitrato – Inesistenza – nullità della clausola compromissoria».

Nella memoria depositata in data 29.9.2021 il Comune ha sollevato eccezione di «Inammissibilità della domanda di arbitrato - Inesistenza – nullità della clausola compromissoria», sostenendo che:

«L'appalto per la esecuzione dei lavori di adeguamento e messa in sicurezza delle strutture portuali per ormeggio navi da crociera è stato indetto con Determinazione Dirigenziale n. 59 del 21/5/2013 e affidato dal Comune di Formia alla Società istante con Determinazione Dirigenziale del 10-12-2013 n. 126, ed il relativo contratto di appalto Rep. n. 11600 è stato stipulato in data 6/2/2014.

Pertanto, a tale periodo occorre riferirsi al fine di individuare, tra le diverse riforme legislative che hanno interessato la disciplina degli arbitrati in materia di contratti pubblici, la norma che in quanto vigente ratio temporis è applicabile alla presente fattispecie.

Dal 28 novembre 2012 al 18 aprile 2016 (quindi fino alle modifiche apportate dal D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50) era in vigore l'art. 241 del D.Lgs. 12/04/2006, n. 163 avente il seguente tenore: “1. Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli. (1128) (1130) (1131) 1-bis. La 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 recusare 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 procedura oggetto della presente controversia arbitrale, come risulta dai documenti allegati, non esiste alcuna autorizzazione (né tantomeno motivata), dell'Organo di Governo dell'Ente – e cioè del

Consiglio ovvero della Giunta Comunale - che abbia autorizzato l'inclusione della clausola compromissoria nel bando o nell'avviso con cui è stata indetta la gara.

Viceversa, nel bando di gara, nella [Sez XV - CONTROVERSIE] è espressamente previsto che "per ogni controversia relativa all'esecuzione del contratto è competente il giudice ordinario".

Ragion per cui, in assenza della motivata autorizzazione da parte dell'organo di governo dell'amministrazione la clausola compromissoria invocata da controparte e di cui al punto 1.50 del Capitolato Speciale di Appalto del progetto esecutivo è nulla di diritto ai sensi dell'art. 241 del D.Lgs. 12/04/2006, n. 163, nonché inesistente perché irritualmente inserita senza previa approvazione nel capitolato Speciale allegato al Progetto Esecutivo, anziché nel bando di gara.

Vorrà pertanto il Collegio dichiarare inammissibile la domanda con tutte le conseguenze di legge, anche in ordine alle spese».

La verifica della fondatezza di tale eccezione impone di esaminare due distinti profili: 1. Il rapporto tra bando di gara e capitolato speciale del progetto esecutivo; 2. Il regime della clausola compromissoria stipulata nel periodo di vigenza del d.lgs. 163/2006, come modificato dalla l. 190/2012, e attivata in data successiva all'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016.

2.1.- Sul rapporto tra bando di gara e capitolato speciale e sulla eccezione prevalenza del primo sul secondo.

Dagli atti e documenti di causa emerge un contrasto tra le previsioni del bando di gara e quelle del Capitolato speciale di appalto. Il primo, infatti, nella "Sez. XV – CONTROVERSIE" prevede espressamente che «per ogni controversia relativa all'esecuzione del contratto è competente il giudice ordinario». Il secondo, invece, all'art. 1.50, 2° comma, stabilisce che «La definizione di tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto è attribuita al procedimento arbitrale ai sensi dell'articoli 241 del Codice dei contratti, e degli articoli 33 e 34 del capitolato generale d'appalto, in quanto applicabili [...]».

In via del tutto preliminare, va osservato che gli atti della procedura (bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto) hanno ciascuno una propria autonomia e peculiare funzione nell'economia della procedura stessa. In particolare: *i)* il bando fissa le regole della gara; *ii)* il disciplinare ha ad oggetto il procedimento; *iii)* il capitolato speciale integra eventualmente le disposizioni del bando,

di norma in relazione agli aspetti tecnici, anche in funzione del vincolo contrattuale che si deve assumere.

In base a tale assetto, come afferma la giurisprudenza di legittimità, se è vero che le disposizioni concernenti diritti e obblighi della stazione appaltante e dell'impresa appaltatrice contenute nel bando non possono successivamente essere modificate, tanto non vale per quelle relative ai mezzi di tutela esperibili, dal momento che la diversa pattuizione – nella specie, la stipulazione della clausola compromissoria – non comporta alcuna deroga alla *par condicio* dei partecipanti alla gara (v. Cass. 4259/2019).

In sostanza, anche se il bando di gara contiene una determinata indicazione relativa alla sede di tutela dei diritti (nella specie, giurisdizione ordinaria), tale indicazione può ben essere modificata nel capitolato speciale, atto non solo integrativo sul piano tecnico-sostanziale, ma anche eventualmente specificativo di una diversa e successiva volontà circa la sede e lo strumento di tutela processuale dei diritti medesimi (nella specie, clausola arbitrale). Modificazione che, data l'ormai pacificamente acquisita equivalenza tra giurisdizione e arbitrato sul piano delle garanzie e degli effetti, non comporta di per sé alcuna menomazione della posizione delle parti.

Ciò premesso, deve ritenersi che l'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative alla esecuzione del contratto contenuta nel bando di gara sia stata validamente superata dalla successiva previsione del Capitolato speciale di appalto in favore della competenza arbitrale.

A questa conclusione si potrebbe obiettare che il contratto stipulato in data 6.2.2014 stabilisce che «*Per eventuali controversie che dovessero insorgere tra la stazione appaltante e l'appaltatore, il Foro competente è quello di Cassino*» (art. 9) e che tale disposizione, attraverso la clausola di competenza territoriale, denota la volontà delle parti di attribuire ogni controversia al giudice ordinario.

Senonché, il tenore di questa clausola va confrontato con quello di altre disposizioni del medesimo contratto: - in primo luogo, l'art. 21, nel quale il Capitolato speciale d'appalto è chiaramente inteso come «*parte integrante e sostanziale*»; - in secondo luogo, l'art. 18, 3° comma, che stabilisce espressamente che «*Nel caso di contrasto tra le norme del*

presente contratto e quelle del Capitolato Speciale d'appalto, prevalgono queste ultime, ove non altrimenti disposto».

Orbene, a fronte della non perfetta corrispondenza del dato testuale, la volontà delle parti può essere ciononostante ricostruita attraverso una lettura complessiva e sistematica, in base alle regole di ermeneutica di cui agli art. 1362 ss. c.c. (richiamati dall'art. 18, 1° comma, del contratto).

E dunque, per un verso, l'apparente perentorietà dell'indicazione del "foro" competente di cui all'art. 9 è destinata a stemperarsi alquanto a fronte dell'attribuzione, questa sì effettivamente perentoria, al Capitolato speciale del rango di fonte imprescindibile, sino a poter anche semplicemente riferirsi al "luogo" di svolgimento del procedimento (giurisdizionale o arbitrale che sia), con conseguente ininfluenza ai fini della competenza di questo Collegio (la cui sede è comunque stata individuata di comune accordo in "luogo" diverso); per un altro verso, la specificazione di cui all'art. 18, 2° comma (ancor più di quella di cui all'art. 21) va letta come precisa e consapevole volontà delle parti di regolare il rapporto tra norme del contratto e norme del Capitolato speciale.

In base a tutto quanto premesso, il contrasto tra bando di gara e Capitolato speciale, da un lato, e disposizioni del contratto, dall'altro, va risolto nel senso della prevalenza della clausola di cui all'art. 1.50 del Capitolato su ogni altra di differente tenore.

3.- Sulla sopravvenuta acquisizione di efficacia della clausola compromissoria.

Appurata la tempestività dell'eccezione sollevata dal Comune di Formia e superato il dubbio circa il documento cui fare riferimento per individuare l'esatta volontà delle parti, può essere esaminato il profilo relativo al regime della clausola compromissoria in questione.

A tal proposito, va considerato che:

a) l'appalto per l'esecuzione dei lavori di adeguamento e messa in sicurezza delle strutture portuali per ormeggio di navi da crociera era stato indetto con Determinazione dirigenziale n. 59 del 21.5.2013 e aggiudicato con Determinazione dirigenziale n. 126 del 10.12.2013 alla società attrice (*olim* ATI Impresa id Cesare Gino srl – SOGEMAR srl mandante);

b) il relativo contratto di appalto era stato stipulato in data 6.2.2014;

c) la presente controversia è stata promossa con domanda di arbitrato e contestuale nomina di arbitro notificata dalla società istante al Comune di Formia a mezzo pec in data 5.2.2021.

Ne consegue che:

- la pattuizione della clausola compromissoria di cui all'art. 1.50 del Capitolato speciale di appalto, inteso come parte integrante del contratto di appalto, è avvenuta nel periodo di vigenza del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, 19° comma, l. 6 novembre 2012, n. 190, precisamente individuato tra il 28.11.2012 e il 18.4.2016;

- la procedura arbitrale è stata attivata in data successiva e precisamente dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 (19 aprile 2016).

Per la verifica della validità/esistenza della clausola compromissoria e per decidere la questione sorta a seguito dell'eccezione sollevata dal Comune di Formia è necessario appurare, dunque, quale sia la disciplina applicabile *ratione temporis*.

In particolare, per effetto dell'intervento di cui alla citata l. 190/2012, l'art. 241 d.lgs. 163/2006 aveva previsto che:

«1. Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli.

1-bis. La 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. E' vietato in ogni caso il compromesso».

Tali disposizioni, dunque, facevano dipendere la validità e l'efficacia della clausola compromissoria dal perfezionamento dell'*iter* deliberativo della stazione appaltante, facendo di questo un requisito essenziale della clausola stessa sul piano negoziale.

Successivamente, l'art. 209 d.lgs. 50/2016 ha stabilito che:

«1. 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 20 risorse a carico dei bilanci pubblici.

2. La 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.

3. 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».

Anche nel nuovo contesto normativo la validità della clausola dipende dall'inserimento nel bando di gara e dalla previa autorizzazione.

Per la precisione, l'applicabilità dell'art. 209 cit. riguarda soltanto le procedure e i contratti per i quali i bandi o avvisi sono pubblicati dopo la data (19 aprile 2016) di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016 (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528).

Senonché, posto che l'oggetto di discussione è rappresentato da una clausola arbitrale contenuta in atti anteriori a tale data, occorre fare riferimento alla disciplina transitoria contenuta nell'art. 216, 22° comma, d.lgs. 50/2016 (come modificato dall'art. 128, 21° comma 1, lett. f), d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56), secondo cui:

«Le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice».

Secondo la giurisprudenza e buona parte della dottrina, la disposizione appena richiamata va circoscritta alle sole norme strettamente procedurali contenute nell'art. 209 (*«le procedure di arbitrato»*), quali la composizione del Collegio (4° comma), la nomina degli arbitri (5° comma), l'incompatibilità (6° comma) e così via, non anche alle norme che disciplinano la volontà delle parti (sia pure con riferimento all'individuazione della sede nella quale attuare la tutela dei diritti soggettivi asseritamente lesi) e che hanno natura ad un tempo negoziale e procedimentale, quale, in specie, quella relativa all'inserimento della clausola arbitrale. Con la conseguenza che soltanto le prime trovano immediata applicazione anche ai contratti i cui bandi erano stati pubblicati prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti (cfr. il lodo non definitivo n. 4/2019 emesso nel procedimento arbitrale R.G.A. n. 4/2018 A.N.A.C.).

E dato che la disciplina transitoria ha carattere eccezionale e deve, quindi, essere fatta oggetto di stretta interpretazione, esulano dal suo campo di applicazione le disposizioni di cui all'art. 209 che non concernono le “procedure” di arbitrato.

La clausola compromissoria in questione, dunque, non può ritenersi assoggettata al regime di cui all'art. 209 d.lgs. 50/2016, in particolare a quello del 3° comma, bensì, in ipotesi, a quello anteriore di cui all'art. 241 d.lgs. 163/2006.

Senonché, l'art. 217, 1° comma, lett. ii), d.lgs. 50/2016 ha espressamente abrogato i commi da 19 a 25 dell'art. 1 della l. 190/2012, determinando il venir meno proprio di quelle disposizioni che, intervenendo sul testo dell'art. 241, avevano imposto la necessità dell'autorizzazione. Pertanto, deve ritenersi che «a seguito della suddetta abrogazione, la mancanza della previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione non inficia più l'efficacia e la validità della clausola compromissoria, che ritorna ad essere nuovamente efficace e, in quanto tale, pienamente vincolante per le parti» (Trib. Roma, sez. XVII, sentenza 28 febbraio 2018, in *www.diritto.it*). Tale conclusione prescinde dalla retroattività della norma

sopravvenuta; al contrario, riposa sull'immediata operatività dell'abrogazione in senso validante. Del resto, nella presente fattispecie non si tratta di invocare una norma ormai abrogata al fine di sottrarsi all'esecuzione di un negozio giuridico per il quale precedentemente si era prestato il proprio consenso, bensì di restituire efficacia al negozio stesso.

In definitiva, il regime di validità/esistenza della clausola compromissoria contenuta nell'art. 1.50 del Capitolato speciale di appalto non può considerarsi regolato né dalle disposizioni dell'art. 209 d.lgs. 50/2016, né da quelle dell'art. 241 d.lgs. 163/2006, come modificato dall'art. 1 l. 190/2012.

Infatti:

- per un verso, *«alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice»* si applicano soltanto *«Le procedure di arbitrato»* (v. art. 216, 22° comma, d.lgs. 50/2016), che non comprendono la clausola arbitrale (v. *supra*);

- per un altro verso, l'abrogazione dell'art. 241 comporta la sopravvenuta efficacia della clausola, per effetto dell'abolizione, *ratione temporis*, della duplice condizione (inserimento nel bando di gara e previa autorizzazione) di validità della stessa previste nel regime di cui all'art. 1 l. 190/2012.

* * *

Le conclusioni innanzi rassegnate non sono condivise dall'Arbitro avv. Luigi Stefano Sorvino, del quale si riporta qui di seguito la posizione di minoranza:

«In relazione alla eccezione di incompetenza formulata dal Comune in via pregiudiziale, l'arbitro avv. Sorvino ritiene che essa debba essere accolta per le motivazioni di seguito esposte in punto di fatto e diritto.

Preliminarmente si associa al Collegio nel condividere la tempestività di proposizione di tale eccezione di inammissibilità della domanda di arbitrato, escludendone la contestata tardività come puntualmente motivato.

Nel merito, in punto di diritto, ritiene che sotto un primo profilo possa superarsi l'eccezione formulata dal Comune di nullità della clausola compromissoria per la

sopravvenuta acquisizione di efficacia della stessa – sulla base di quanto argomentato circa la successione normativa intervenuta – pur risultando essa priva dell'autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, precedentemente richiesta, aderendo così all'orientamento unanime del Collegio (alla cui motivazione integralmente si rinvia).

Ciò appurato l'arbitro Sorvino manifesta innanzitutto una riserva sulle ulteriori considerazioni, già valutando a monte la relazione tra la previsione del bando di gara-*lex specialis* e quella non collimante dell'art. 1.50 del capitolato speciale.

Il bando di gara manifesta con chiarezza, a monte dell'appalto, la puntuale volontà dell'amministrazione di assegnare la competenza al Giudice ordinario ("*Sez. XV-Controversie*", pag. 11), mentre il capitolato speciale di appalto, allegato A, al citato articolo 1.50 prevede l'attribuzione al procedimento arbitrale delle controversie, non però in senso tassativo ed assoluto ma piuttosto ai sensi delle norme del codice dei contratti e del capitolato generale di appalto, formulando una clausola di salvezza "*in quanto applicabili...*".

Da un primo angolo visuale potrebbe quindi rilevarsi che, per costante giurisprudenza amministrativa (da ultimo, *ex multis*, TAR Bologna, Sent. n. 88 dell'8/2/2021), al vertice degli atti-fonte nel procedimento di gara si pone il bando e, in ipotesi di contrasto del loro contenuto, si deve definire la prevalenza delle disposizioni osservando tendenzialmente la seguente gerarchia: 1) bando di gara; 2) disciplinare di gara; 3) capitolato speciale ed ulteriore documentazione di gara.

Secondo tale criterio gerarchico tra i diversi documenti di gara, nella fattispecie dovrebbe accordarsi preminenza alla puntuale previsione del bando di adire il giudice ordinario rispetto alla disposizione di segno opposto, orientativa ma non tassativa, del capitolato (art. 1.50, che si conclude con la riserva "*in quanto applicabili...*"), documento tecnico-amministrativo ed allegato facente parte del dispositivo di gara, che potrebbe integrare e completare le previsioni della *lex specialis* – soprattutto in relazione agli aspetti tecnici – ma non certo contraddirlo o disattenderlo.

Ma c'è di più. Si potrebbe anche superare questa impostazione di segno pubblicitario "*in re controversa*", aderendo alla diversa tesi che, a valle dell'evidenza pubblica di gara e quindi della fase amministrativa, possono le parti convenzionalmente e in via di negoziazione pattizia – secondo le previsioni concordanti di capitolato e contratto –

derogare all'originaria previsione del bando in materia di clausola compromissoria per convenire consensualmente e radicare la competenza arbitrale, in alternativa a quella ordinaria (soprattutto secondo l'attuale pacifica prospettazione del legislatore di equivalenza tra giurisdizione ed arbitrato sul piano delle garanzie e degli effetti).

Infatti, secondo la giurisprudenza di legittimità (sent. della Corte di Cassazione n. 4259/2019), a valle dell'aggiudicazione, le parti potrebbero diversamente convenire in modo legittimo una clausola compromissoria nell'ambito dell'instaurando rapporto contrattuale, in quanto essa riguarda l'aspetto processuale ed i mezzi di tutela giurisdizionale e non altera in alcun modo la "*par condicio*" dei partecipanti alla gara, neppure in via indiretta, principio fondante della evidenza pubblica.

Tuttavia all'accoglimento di questa (pur controvertibile) tesi ostano, in modo inequivoco, i dati di fatto della concreta fattispecie, costituiti non solo dalla previsione (aperta) dell'art. 1.50 del capitolato speciale ma piuttosto dallo schema di contratto proposto dall'amministrazione, che all'art.8-pag.5 indica il Giudice ordinario (territorialmente individuato nel foro di Latina) e, soprattutto dal contratto - stipulato dalle parti in data 6/2/2014 - che invero e personifica lo schema predisposto e che, all'art. 9 (denominato "Foro competente"), discorre sempre di Giudice ordinario individuato stavolta nel Tribunale di Cassino.

Pertanto, pur volendo prescindere dalla predetta gerarchia derivante dall'inquadramento della fattispecie in ottica pubblicistica - ma soffermandosi a valle sulla ricerca della volontà negoziale in chiave civilistica – non si evince dall'insieme contestuale di questi atti, dalla loro valutazione maggioritaria, dal loro nesso e sequenza, dal tenore letterale e sistematico della loro formulazione, un orientamento dell'amministrazione ed una volontà raggiunta dalle parti nel senso di applicazione della clausola compromissoria.

In altri termini, dal contenuto letterale e teleologico dell'art. 1.50, non si rinviene una chiara manifestazione di volontà dell'amministrazione volta a deferire la competenza delle controversie agli arbitri. Tale volontà necessaria, già esclusa dal bando, non solo non emerge nitidamente dal citato articolo del capitolato ma pare doversi vieppiù escludere calando la stessa disposizione all'interno del complesso quadro istruttorio disponibile agli atti, ovvero sia all'interno degli elementi di gara che di quelli contrattuali successivamente stipulati tra le parti.

Rilevano inequivocabilmente sia lo schema di contratto proposto dall'Amministrazione (cui il capitolato speciale di appalto è solo un allegato), sia il contratto formalmente stipulato tra le parti – divergenti solo nella indicazione del Tribunale competente tra le sedi di Latina e Cassino – mentre l'art. 18, comma 3, del contratto di appalto (a mente del quale "*nel caso di contrasto tra le norme del presente contratto e quelle del capitolato speciale, prevalgono queste ultime, ove non altrimenti disposto*") non può ritenersi da solo dirimente per il superamento della eccezione di incompetenza in tale articolata sequenza.

Infatti non può rinvenirsi una chiara contraddizione tra il contratto stesso ed il capitolato speciale, in quanto dall'art. 1.50 di quest'ultimo non si intende una chiara ed univoca manifestazione di volontà del Comune a deferire la competenza agli arbitri ma solo una apertura condizionata a tale possibile prospettiva, se coerente con altre disposizioni, mentre nel caso di specie assume centralità la volontà contrattuale delle parti espressa chiaramente in senso opposto.

La sentenza citata della Suprema Corte assegna valore preminente agli atti negoziali tra le parti successivi alla gara, che si pongono a valle della fase pubblicistica del procedimento, e quindi al contratto che, nel caso di specie, all'art. 9 definisce la palese volontà di attribuire la controversia alla cognizione del Giudice ordinario.

Applicando i principi civilistici della interpretazione contrattuale, ed in particolare gli artt. 1362 e 1363 del codice civile, non può ritenersi in alcun modo formata e manifestata la volontà espressa dell'amministrazione e delle parti di deferire la controversia alla giurisdizione arbitrale, né dal tenore letterale del contratto né calandolo nell'interpretazione logico-sistematica dell'insieme degli atti di gara.

Da qui, in conclusione, si inferisce che dovrebbe accordarsi prevalenza al bando di gara ma, pur volendo prescindere da esso, e cioè considerare i documenti nel loro complesso e gli atti successivi alla gara, non si ravvisa la volontà dell'amministrazione in tal senso, né tantomeno un valido accordo tra le parti di deferire alternativamente la controversia agli arbitri».

* * *

PQM

il Collegio Arbitrale, non definitivamente pronunciando, così provvede a maggioranza:
- rigetta l'eccezione di «*Inammissibilità della domanda di arbitrato – Inesistenza – nullità della*

clausola compromissoria», sollevata dal Comune di Formia, per tutte le ragioni precisate in motivazione;

- dichiara la propria competenza a decidere della controversia;
- dispone la prosecuzione del procedimento come da separata ordinanza emessa in data odierna;
- rinvia al lodo definitivo la decisione di ogni diversa questione o domanda, ivi compresa quella relativa alle spese del presente procedimento.

Il presente lodo è deliberato a maggioranza degli Arbitri riunitisi sulla piattaforma digitale della Camera Arbitrale dell'ANAC in data 7 gennaio 2022 alle ore 10:00, sottoscritto da ciascuno di essi nel luogo e nel giorno indicato accanto a ciascuna sottoscrizione.

Imposta di bollo assolta mediante contrassegno recante codice identificativo: 01200992832040.

Prof. Avv. Pietro Perlingieri - Napoli

Avv. Luigi Stefano Sorvino - Napoli

Prof. Avv. Domenico Dalfino - Bari