

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

### **1. L'attività del 2021**

Nonostante il perdurare dell'emergenza sanitaria da COVID 19 la Camera arbitrale per i contratti pubblici ha garantito - tramite la piattaforma messa a disposizione dall'Autorità - la concreta continuità della funzione di amministrazione dell'arbitrato in materia e la regolare praticabilità dei giudizi arbitrali assicurando la gestione dei procedimenti in modalità telematica. In particolare, sono state regolarmente celebrate le udienze dei collegi arbitrali mediante videoconferenza, in modo da non compromettere il principio della ragionevole durata dei procedimenti stessi.

Inoltre, grazie al processo di riorganizzazione del proprio quadro regolatorio non primario avviato nel 2020, si è garantito ai soggetti operanti sul mercato dei contratti pubblici una esposizione organizzata e ragionata delle disposizioni relative all'accesso e allo svolgimento dei giudizi arbitrali. (Vale la pena menzionare la "*Raccolta*"?)

Infine, la Camera arbitrale, per quanto di competenza, ha garantito una partecipazione attiva, alla valutazione dei processi in atto in tema di contenzioso relativo ai contratti pubblici. A tal riguardo, anche in forza della connessa funzione di amministrazione del deposito dei lodi comunque pronunciati in materia cui è intitolata ai sensi dell'art. 209, commi 12 e 13, del codice vigente, la Camera arbitrale ha potuto constatare che nel 2021 si è registrata una drastica diminuzione dei lodi c.d. liberi. In particolare, si segnala che nel 2021 è stato pronunciato un solo lodo libero, peraltro in relazione ad una controversia di valore molto modesto (euro 28.660,00). È questo un dato certamente significativo rispetto all'esigenza di unificazione delle procedure di arbitrato esclusivamente in capo alla Camera arbitrale costituita presso l'ANAC, che, come è noto, è stata fatta propria dal legislatore delegato con la disposizione contenuta dall'art. 209, comma 4, del codice dei contratti pubblici, del cui non pieno rispetto la Camera arbitrale ha fatto oggetto della Segnalazione n. 1 adottata il 5 marzo 2021 (verbale n. 17).

### **2. Una prima rassegna dei dati sull'arbitrato e qualche valutazione di sistema.**

Le domande di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale introdotte nel 2021 con istanza di nomina del terzo arbitro sono state 15, numero leggermente superiore a quello dell'anno precedente. La *performance* - per quanto positiva, anche alla luce della riduzione dei lodi c.d. liberi pronunciati nel corso del 2021 - non si discosta significativamente dal dato dell'ultimo triennio. Pertanto, sia pur in un quadro segnato da una graduale crescita, permangono talune perplessità circa il grado di effettività della ripresa nel ricorso all'arbitrato dopo la "fuga" registrata negli anni precedenti all'ultimo triennio di riferimento.

Per quanto concerne il valore delle controversie oggetto di procedura amministrata e definitivamente risolte con la pronuncia del lodo (ben 17 nel 2021) si registra un valore medio di circa 26.000.000,00 euro (formati da importi disposti tra un valore minimo di circa 11.768,00 euro e un valore massimo pari a 235.000.000,00 euro). Tale dato risulta molto superiore a quello registrato lo scorso anno pari a circa 5.848.032 euro (formato da importi disposti tra un valore minimo di circa 100.866 euro e un valore massimo pari a 25.514.882 euro); ed inoltre si segnala, a differenza dello scorso anno, una dislocazione degli importi abbastanza omogenea all'interno di tre dei cinque

scaglioni tra quelli normativamente previsti (6 controversie di valore riconducibile all'interno del I scaglione, 5 controversie di valore riconducibile all'interno del III scaglione, 4 controversie di valore elevato riconducibile all'interno del V scaglione).

Peraltro, non si può fare a meno di rilevare che le 17 procedure amministrative e definitivamente risolte con la pronuncia del lodo nel corso del 2021 rappresentano un dato da valutare in modo estremamente positivo, tenuto conto che nel 2020 erano state risolte con la pronuncia del lodo solo 9 controversie oggetto di procedura amministrata.

La seconda serie di dati, sempre per l'anno 2021, vale a evidenziare gli elementi desumibili dall'esame dell'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla gestione dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali, tenuto conto del fattore normativo per il quale la durata della validità dell'iscrizione ai suddetti albo ed elenco è triennale (con interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale e rispettiva nuova iscrizione: art. 210, comma 10, del d.lgs. n. 50/2016). Anche per quest'anno, va registrata una divaricazione tra la tendenza relativa all'albo e quella relativa all'elenco, per il quale ultimo in specie si registra nel corso degli anni più recenti una più marcata oscillazione nelle manifestazioni di interesse: in particolare, l'albo degli arbitri per il 2021 ha visto 54 cancellazioni a fronte di 75 nuove iscrizioni; l'elenco dei periti 17 cancellazioni a fronte di 20 nuove iscrizioni.

Pur nella consapevolezza che i fattori di criticità si annidano in ogni momento dell'azione contrattuale pubblica, ivi compresa nella stessa fase dell'arbitrato, occorre rilevare che nel 2021 si è registrata una significativa diminuzione dei procedimenti arbitrali in situazione di quiescenza: dai 6 del 2020 si annoverano solo 2 procedimenti in situazione di quiescenza nel 2021.

Ciò detto, tuttavia, merita di essere attenzionato e monitorato il dato relativo alla durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo (definitivo) presso la Camera arbitrale. Nel 2021, infatti, la durata media dei procedimenti si attesta a 574 gg. per i 17 arbitrati condotti secondo il rito amministrato. Tale media - risultante da una serie compresa tra un valore massimo di 1072 gg. e un valore minimo di 239 gg. (l'unico giudizio, dunque, per il quale si registra un termine inferiore al termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c.) - impone una riflessione in ordine alle "contromisure" da adottare per garantire procedure più celeri e favorire così un diffuso mutamento di opinione sulla sostenibilità dell'arbitrato anche nella particolare materia dei contratti pubblici.

Nell'auspicata direzione - come già sottolineato lo scorso anno - assume peculiare rilievo l'innovazione, apportata dal comma 4 dell'art. 209 laddove ha intestato alla Camera arbitrale, oltre alla scelta del presidente, la nomina dell'intero collegio. Ciò, infatti, presuppone un potere di verifica ad opera della Camera della sussistenza degli elementi prescritti dalle norme per la valida costituzione del collegio e quindi per l'efficace incardinamento della procedura arbitrale, a pena di nullità del successivo lodo (comma 7), con particolare attenzione, al possesso di quei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri. L'osservanza di siffatte regole, applicate come imperative e quindi inderogabili, può dunque favorire (insieme al pieno rispetto delle nuove norme sulle incompatibilità in senso stretto disposte dal comma 10 dell'art. 210) il ristabilirsi di un clima di fiducia nei confronti dell'arbitrato anche nella materia dei contratti pubblici.

### 3. La tenuta dell'albo e degli elenchi e la nomina degli arbitri e degli ausiliari del collegio

Le disposizioni di cui all'art. 210, commi da 7 a 10 e comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, com'è noto, contengono le prescrizioni circa l'iscrizione all'albo e agli elenchi previsti dallo stesso decreto, indicando altresì le categorie e le esperienze o qualifiche professionali rispettivamente necessari. A tal riguardo, relativamente all'iscrizione nell'elenco dei periti, occorre ricordare che il comma 8 dell'art. 210 del codice del 2016, ha inteso allargare la platea dei soggetti potenzialmente interessati. Nel nuovo testo, infatti, appaiono legittimati a domandare l'iscrizione in questo elenco tutti i soggetti in possesso del diploma di laurea e comprovata esperienza professionale, maturata in almeno un quinquennio di attività, con relativa iscrizione all'albo se richiesta.

Ciò premesso, occorre rilevare che nel corso del 2021 si è registrata una non irrilevante implementazione delle "professionalità" presenti all'interno dell'albo e dell'elenco. In particolare, si segnala che nell'albo degli arbitri sono stati iscritti tre dirigenti pubblici e due docenti universitari di area economica mentre nell'elenco dei periti sono stati iscritti tre commercialisti, un attuario e un docente universitario afferente all'area delle scienze matematiche.

L'individuazione del terzo arbitro è effettuata dal Consiglio della Camera arbitrale secondo una procedura a due fasi, disciplinata con i *Comunicati* n. 2 e n. 8 del 2016, come aggiornati nel 2020 con la finalità precipua di rimediare alle questioni applicative che conseguentemente al funzionamento casuale dell'estrazione a sorte in modalità elettronica erano state rilevate in questi anni, e in particolare alla reiterata e anche continuativa estrazione di alcuni nominativi e per contro alla mancata estrazione di altri anche per l'intera durata di validità dell'iscrizione del singolo soggetto all'albo degli arbitri tenuto dalla Camera arbitrale.

Ora, grazie alla riscrittura dell'algoritmo utilizzato allo scopo - e che ha contribuito ad ovviare (*rectius* attenuare sensibilmente) all'*impasse* sopra evidenziato - nella prima fase è formato un elenco di quattordici soggetti che garantisca la presenza, tra i primi undici, di tre estratti ricompresi in ciascuna delle categorie indicate nelle lettere a) e b) e di cinque estratti nelle categorie di cui alla lett. c) dell'art. 210, comma 7, del codice, ma con esclusione di coloro che nel corso di ogni anno solare siano stati già sorteggiati una volta, per un numero di tre successivi sorteggi nel corso del medesimo anno, mentre per i rimanenti tre il sorteggio è effettuato tra tutte le categorie sopra indicate, nel numero di 1 per ciascuna di esse, ma con limitazione, per questa parte della procedura, della estrazione ai soli soggetti con iscrizione all'Albo degli arbitri in scadenza nei 6 mesi successivi; nella seconda fase è determinato il nominativo del presidente del collegio arbitrale secondo criteri predeterminati ed oggettivi, risultanti dal curriculum personale dei sorteggiati, e predefiniti dalla Camera stessa.

Ciò premesso, per il 2021 è stata confermata la tendenza per la quale le concrete nomine per la funzione di terzo arbitro - anche in relazione all'oggetto delle controversie - ricadono in prevalenza su soggetti titolari di competenze ed esperienze giuridiche (per quest'anno, infatti, ciò ha riguardato 9 nomine su 10).

Per quanto riguarda poi la nomina dei CTU, occorre ricordare che grazie alla facoltà riconosciuta al richiedente l'iscrizione di indicare, oltre alla qualificazione professionale posseduta, anche la propria specializzazione professionale, si è agevolato l'orientamento dei collegi arbitrali nella richiesta alla Camera di designazione dei periti per specifiche competenze professionali e

quindi di facilitare la gestione del relativo elenco da parte della Camera stessa in funzione delle decisioni conseguenti. Tale innovazione, può risultare di notevole utilità per la Camera arbitrale, anche in funzione dell'esercizio della sua competenza alla formazione di una lista di esperti per la procedura di accordo bonario, stante la prassi della Camera stessa di trarre parte dei suddetti nominativi appunto dall'elenco dei periti (v. *infra* punto 6)

Infine, con riferimento all'elenco dei segretari dei collegi arbitrali nel 2021 non si sono registrate nuove iscrizioni. Ciò potrebbe creare una qualche disfunzione nell'andamento delle procedure arbitrali, venendo a limitare di fatto l'opzione che il codice rimette al Presidente del collegio arbitrale circa la nomina del relativo segretario, opzione cui, del resto, molti collegi arbitrali non hanno fatto ricorso [?]

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

L'osservazione dell'andamento delle liquidazioni dei compensi da parte della Camera arbitrale consente di mettere in rilievo gli esiti dell'opera di razionalizzazione messa in campo dalla Camera stessa a partire dal 2015 (v. *Comunicati* n. 2 e 3 del 2015), e che a questo punto - anche alla luce dei dati relativi al 2021 - sembra aver prodotto una situazione pressoché normalizzata. I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali per i 17 lodi amministrati definitivi depositati nel 2021 ammontano a 731.750,00 euro per una media pari a 43.044,11 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 5.000,00 euro e di un compenso massimo pari a 90.000,00 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 20 per cento

Per quanto concerne i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto (art. 209, comma 18, del d.lgs. n. 50/2016), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da 49 a 58 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste. Nel 2021, per le procedure amministrative si registrano 4 liquidazioni a favore di consulente d'ufficio disposte dalla Camera arbitrale, per un complessivo ammontare di 45.987,00 euro. Anche con riguardo a questo tipo di compensi si registra uno scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei C.T.U. pari al 50 per cento.

In definitiva, risulta evidente una tendenza virtuosa tesa a favorire una attenta gestione pure di questo profilo dell'istituto arbitrale, conformemente, del resto, al criterio direttivo del contenimento dei costi del giudizio arbitrale sancito dalla legge n. 11/2016.

Va infine segnalato sul punto delle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre trattate in modo comprensivo dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa), come dai lodi amministrati depositati nel 2021 risulti che in due casi il riparto ha penalizzato la parte pubblica (con il 100 per cento a suo carico), mentre negli altri casi è stato tendenzialmente paritario tra le parti. Al riguardo, a carico della parte pubblica è stato liquidato, di media, il 50 per cento per un totale di 456.003,59 euro.

#### **5. Il deposito dei lodi.**

Nel corso del 2021 - anche in relazione al perdurare dell'emergenza sanitaria - ha trovato piena attuazione l'innovazione in punto di deposito dei lodi disposta con il comma 13 dell'art. 209 del codice dei contratti pubblici del 2016, laddove prevede la possibilità che il deposito medesimo venga effettuato in forma telematica. Al riguardo, si segnala che sono state superate - grazie anche all'interlocuzione dell'Autorità con l'Agenzia delle Entrate - alcune criticità in ordine alle modalità di assolvimento da parte dei collegi arbitrali dell'obbligo dell'imposta di bollo. Tale circostanza ha sicuramente favorito la più ampia e sicura fruizione da parte dei collegi arbitrali di tale modalità di deposito dei lodi.

Sempre in tema di deposito dei lodi si segnala che grazie al puntuale monitoraggio operato dalla Camera arbitrale - anche nel corso del 2021 - si è garantito l'osservanza dell'adempimento a carico delle parti del giudizio arbitrale del versamento entro 15 gg. dalla pronuncia del lodo di una somma pari all'uno per mille del valore della controversia, disposto dall'art. 209, comma 12, del codice. In particolare, la costante azione di ricognizione dei crediti non riscossi per mancata effettuazione del suddetto versamento relativo alle controversie decise per lodo depositato presso la Camera arbitrale, con conseguente comunicazione delle risultanze all'ufficio competente dell'ANAC, ha contribuito a garantire l'assolvimento dell'obbligo in questione, con positivi effetti sul buon andamento della funzione di amministrazione dell'arbitrato per i contratti pubblici e del principio di responsabilità in materia.

## **6. Gli accordi bonari.**

La Camera arbitrale è anche titolare della funzione attinente alla formulazione di una lista di 5 esperti per la individuazione dell'esperto da nominare dalle parti contrattuali ai fini dell'espletamento della procedura di accordo bonario per la risoluzione della controversia insorta a seguito dell'iscrizione da parte dell'appaltatore di riserve nei documenti contabili, nonché, in caso di disaccordo tra le stesse, alla nomina diretta con determinazione in questo caso del relativo compenso (art. 205, comma 5; si veda anche il *Comunicato* n. 3/2016, come aggiornato nel 2019). Tale funzione è peraltro alternativa, ai sensi dello stesso comma 5, alla nomina diretta dell'esperto da parte del RUP interessato.

Dai dati disponibili a questo proposito dalla Camera arbitrale, da intendersi presumibilmente come parziali per la ragione appena sopra esposta, ha comunque trovato conferma il progressivo incremento, già rilevato nelle *Relazioni* degli ultimi due anni, della richiesta da parte dei RUP impegnati nell'esecuzione dei contratti pubblici di appalto e di concessione dell'esercizio da parte della Camera stessa di tale funzione, che anzi per il 2021 il numero di richieste pervenute è stato pari a 8, quindi esattamente il doppio di quelle pervenute in ciascuno dei due anni precedenti. Tali richieste hanno avuto riguardo a 6 contratti di appalto di lavori, un contratto di appalto di servizi (misto con lavori, ma con netta preponderanza dei primi) e un contratto di appalto di forniture (con conseguente applicazione, in questi ultimi due casi, del disposto di cui all'art. 206 del d.lgs. n. 40/2016).

Per 6 delle 8 richieste pervenute alla Camera arbitrale nel 2021 la fase preliminare ai fini dell'individuazione dell'esperto si è positivamente chiusa al 31 dicembre con la formulazione da parte della Camera stessa della lista di esperti, mentre per 2 richieste tale fase è ancora pendente:

oltre a queste ultime, anche in altri 4 dei 6 casi sopra citati la fase preliminare che conduce alla formulazione della lista si è chiusa solo a seguito di una interlocuzione, con richiesta di chiarimenti e/o integrazioni, della Camera arbitrale con il RUP, per le ragioni sulle quali si dirà subito dopo. Quanto alla fase vera e propria della individuazione dell'esperto, dei 6 esperti scelti all'interno delle rispettive liste per l'espletamento della procedura di accordo bonario 4 sono stati nominati per accordo delle parti, 2 dalla Camera arbitrale a seguito di estrazione a sorte dalle liste interessate; per questi ultimi la Camera arbitrale ha altresì provveduto alla determinazione del relativo compenso, utilizzando come parametro di riferimento il dato della collocazione dell'importo economico delle riserve per cui vi era controversia negli scaglioni di valore della controversie arbitrali previsti dal decreto del Ministro delle infrastrutture del 31 gennaio 2018 ai fini della determinazione dei compensi dei rispettivi Collegi giudicanti, e nella specie nella misura media di 13.500 euro. Quanto alla tipologia professionale degli esperti con tali modalità individuati, si è trattato di 5 ingegneri e di 1 dottore commercialista, a loro volta iscritti nel numero di 1 nell'albo degli arbitri e nel numero di 5 nell'elenco dei periti, parimenti tenuti dalla Camera arbitrale (la Camera arbitrale ha infatti costantemente seguito per la formulazione della lista, fatti salvi gli adeguamenti ritenuti necessari per le peculiarità delle fattispecie rappresentate, il criterio di indicare quattro tecnici e un avvocato, il cui nominativo era per tutti appunto tratto dal suddetto albo ed elenco).

Molto vario risulta il dato relativo al valore dell'importo delle riserve iscritte nei documenti contabili come valore percentuale a fronte del rispettivo importo contrattuale; dato rilevante, come è noto, ai fini dell'esperibilità stessa della procedura di accordo bonario, seppure nei diversi modi determinati dai commi 1 e 2 dell'art. 205 a seconda del momento di avvio della procedura, se nel corso dell'esecuzione contrattuale ovvero prima dell'approvazione del certificato di collaudo ovvero di verifica di conformità o del certificato di regolare esecuzione. Ferma restando in ogni caso l'imprescindibilità della valutazione di "ammissibilità" e di "non manifesta infondatezza delle riserve" iscritte, pur nei distinti ambiti evidenziati da ultimo nella sentenza n. 108/2021 della Corte costituzionale (che, sebbene avente oggetto la disciplina in materia del codice del 2006, la Camera arbitrale ha ritenuto riferibile nei suoi principi portanti anche alla disciplina attuale).

La Camera arbitrale ha infatti prestato specifica attenzione alla sussistenza nei singoli casi degli indicati limiti di legge, in quanto presupposti di legittimità per l'esercizio stesso della sua – pur limitata – funzione in materia. Da qui le ripetute interlocuzioni con i RUP istanti, stanti gli elementi di perplessità che scaturivano dalla prima presa in considerazione delle relative richieste, spesso formulate secondo modalità di rimbalzo con le relazioni (peraltro riservate) dei direttori dei lavori e talvolta recanti solo con modalità indiretta l'espressione delle valutazioni di legge.