

Diritto degli Appalti

Update

ARBITRATO NEI CONTRATTI PUBBLICI: INDICAZIONI INTERPRETATIVE DELL'AVCP

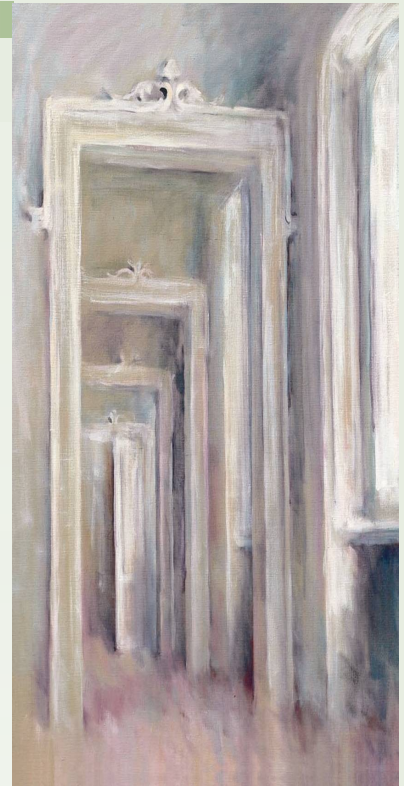
Con determinazione n. 6/2013, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 23 gennaio 2014, l'**Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici** (di seguito, Avcp) ha fornito chiarimenti sulle modifiche apportate alla disciplina dell'**arbitrato nei contratti pubblici** (di cui agli artt. 241-243 del D.lgs. n. 163/2006, di seguito Codice Appalti) dalla cosiddetta "**legge anticorruzione**", L. n. 190/2012.

Quattro sono state le principali linee guida della novella legislativa:

1. un utilizzo ponderato e consapevole dell'arbitrato da parte delle pubbliche amministrazioni;
2. l'individuazione dei soggetti nominati arbitro per le pubbliche amministrazioni;
3. la trasparenza degli incarichi e l'effettiva rotazione degli stessi;
4. una riduzione del ricorso all'arbitrato nell'ottica di una complessiva riduzione dei costi per le pubbliche amministrazioni.

Le nuove disposizioni, che per espressa previsione dell'art. 1, comma 25, L. n. 190/2012 non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della stessa (28 novembre 2012), hanno creato alcuni dubbi interpretativi e problemi di coordinamento con la vigente normativa, individuati dall'Avcp nella suddetta determinazione n. 6/2013.

Nella pagina seguente, le indicazioni interpretative fornite dall'Autorità.



Per maggiori informazioni,
contattare:



Avv. Marco Padovan
mpadovan@studiopadovan.com

Avv. Monica Selvini
mselvini@studiopadovan.com

Avv. Carolina Romanelli
cromanelli@studiopadovan.com

Studio Legale Padovan
Via Leopardi 9
20123 Milano

Tel.: +39 024814994
Fax: +39 0243981694



LE INDICAZIONI INTERPRETATIVE DELL'AVCP

1. Ambito di estensione del divieto di cui all'art. 1, comma 18, L. n. 190/2012

La legge anticorruzione impedisce la nomina, quale arbitro, di soggetti appartenenti a determinate categorie professionali (magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, avvocati e procuratori dello Stato, componenti delle commissioni tributarie), a pena della decadenza dagli incarichi e della nullità degli atti compiuti. L'Autorità ha precisato che, posto che la *ratio* della norma è quella di evitare potenziali situazioni di conflitto di interesse, tale divieto non si applica alle categorie degli avvocati dello Stato e dei magistrati a riposo. Nel silenzio della legge anticorruzione e considerato che si tratta di norme poste a presidio di pubblici interessi, si ritiene che sia un'ipotesi di nullità assoluta e come tale possa essere fatta valere da chiunque (parti del contratto, giudice e persino terzi interessati).

Inoltre, considerato che ai sensi dell'art. 1 comma 25 L. n. 190/2012 il divieto non ha efficacia retroattiva con riguardo agli incarichi relativi ai procedimenti arbitrali in corso o ai collegi arbitrali già costituiti alla data di entrata in vigore della norma, l'Avcp ha ritenuto di assimilare a tale ipotesi il caso dei provvedimenti di nomina, con conseguente accettazione, intervenuti prima di tale data, anche laddove il collegio non si sia ancora costituito e sia stata presentata l'istanza di nomina del terzo arbitro alla camera arbitrale per gli appalti pubblici successivamente a tale data.

Ciò significa che, in tale caso, qualora uno o più arbitri appartengano alle suddette categorie, non è possibile impugnare il lodo arbitrale facendone valere la nullità per essere stato pronunciato da arbitri privi delle qualifiche professionali richieste.

2. Nomina dell'arbitro di elezione pubblica

Mentre per gli arbitrati tra P.A. viene imposta dalla legge anticorruzione la scelta dell'arbitro di elezione pubblica tra i dirigenti pubblici, per quelli tra P.A. e soggetti privati tale ambito di scelta risulta meramente facoltativo se pur preferenziale. È poi stabilito che il compenso massimo spettante al dirigente, per l'attività arbitrale, deve essere stabilito dalla P.A. all'atto della nomina. L'Avcp osserva che tale divieto non è causa di ricusazione dell'arbitro.

Inoltre, l'Autorità, interpretando la legge anticorruzione, ritiene che anche negli arbitrati tra P.A. e soggetti privati, la nomina degli arbitri deve avvenire ai sensi dell'art. 1 comma 21 L. n. 190/2012 ovvero nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione, oltre che secondo i criteri di cui al D.lgs. n. 163/2006 in quanto applicabili.

(continua)

LE INDICAZIONI INTERPRETATIVE DELL'AVCP

3. Profili di diritto transitorio relativi all'autorizzazione preventiva dell'organo di governo della P.A.

In seguito alla novella legislativa, è possibile ricorrere all'arbitrato nel caso di controversie sull'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, soltanto previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione.

Ai sensi dell'art. 1 comma 19 della legge anticorruzione, infatti, la clausola compromissoria inserita nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara oppure, per le procedure senza bando, nell'invito, senza preventiva autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione, o il ricorso all'arbitrato, senza la suddetta preventiva autorizzazione, sono nulli.

L'autorizzazione deve essere motivata: l'organo di governo della P.A. deve deliberare l'inclusione della clausola compromissoria nella *lex specialis* di gara, fornendo altresì le motivazioni di fatto e di diritto, oltre che di opportunità, a favore dell'opzione scelta.

Poiché le nuove disposizioni non si applicano agli arbitrati conferiti (come tali dovendosi intendere quali in cui l'ente abbia già operato la designazione e l'arbitro abbia accettato) o autorizzati (ovvero gli arbitrati per i quali sia intervenuto il consenso dell'ente di appartenenza dell'arbitro) prima dell'entrata in vigore della legge anticorruzione, esse si applicano a tutte le altre ipotesi: ne consegue la nullità sopravvenuta di tutte le clausole compromissorie contenute nei bandi di gara antecedenti all'entrata in vigore della norma che non avevano ricevuto la previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo della P.A. A tale riguardo, l'Autorità si è interrogata sulla possibilità per le amministrazioni di convalidare *a posteriori* le clausole compromissorie già inserite nei bandi di gara. Posto che per i contratti futuri è sempre possibile rendere l'autorizzazione, al fine di evitare un'irragionevole disparità di trattamento, l'Avcp ritiene possibile anche per i contratti in corso il rilascio di un'autorizzazione *a posteriori*.

4. Rapporto tra la nuova disciplina dettata dal Codice e l'art. 810 c.p.c.

L'Avcp conferma l'applicabilità dell'art. 810 c.p.c. che disciplina la modalità di nomina degli arbitri da parte delle parti e, in mancanza, da parte del Presidente del Tribunale, su ricorso della parte attrice.

Precisa, tuttavia, che nel caso di clausole arbitrali già inserite nei bandi, per gli arbitrati non conferiti e non autorizzati alla data di entrata in vigore della legge anticorruzione, è necessaria l'autorizzazione postuma dell'amministrazione e la determinazione da parte di questa dell'importo massimo del compenso del dirigente pubblico per l'attività arbitrale.

STUDIO LEGALE
PADOVAN

Via G. Leopardi 9
20123 Milano
Tel.: +39 02 4814994
Fax: +39 02 43981694

