



Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

“Arbitrati: servono ancora? E a chi?”

Intervento del Presidente Luigi Giampaolino

Roma, 23 marzo 2009

1. Dei numerosi istituti oggetto della normativa introdotta dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 - alcuni dei quali ancora in attesa della necessaria disciplina regolamentare - l'arbitrato è l'unico di cui non è dato conoscere la sorte definitiva; sul suo capo, infatti, pende il divieto generalizzato di utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni, sancito dall'articolo 3, comma 19, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008), divieto che, peraltro, è stato fatto oggetto di una serie ininterrotta di proroghe, l'ultima delle quali, contenuta nell'art. 29 del decreto-legge 30 dicembre 2008, n. 207, convertito nella legge 27 febbraio 2009, n. 14, è fissata al 31 dicembre dell'anno in corso.

Questa evidente incoerenza normativa, costituita dal contrasto tra una disposizione, finalizzata ad eliminare l'istituto dall'orizzonte dei mezzi di risoluzione delle controversie utilizzabili dalla Pubblica Amministrazione, e la citata serie di proroghe, che ha coperto – dal 30 settembre 2007 al 31 dicembre 2009 – un arco temporale superiore al biennio, costituisce quasi una caratteristica storica dell'istituto che – negli ultimi quindici anni – è stato oggetto di continue modifiche normative, spesso antinomiche ed opposte.

Evitando, ovviamente, un *excursus* storico delle diverse posizioni assunte in materia dal Legislatore, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e limitandoci a ricordare come l'istituto sia stato a volte radicalmente avversato, a volte

fortemente rivalutato, non può non evidenziarsi come, ancora una volta, la sua disciplina finale sia incerta e, in quanto tale, degna di quell'ulteriore riflessione da parte del mondo politico, istituzionale, imprenditoriale, professionale e dottrinale, che l'Autorità preposta alla vigilanza sull'intero settore dei contratti pubblici ha ritenuto non solo utile ma addirittura doveroso provocare.

2. L'approccio multidisciplinare che si è ritenuto opportuno adottare nell'affrontare il tema dell'arbitrato è diretta conseguenza delle peculiarità dell'istituto che, per sua stessa natura si pone al crocevia tra distinti ambiti giuridici ed interessa vari aspetti del mondo sia economico che istituzionale.

È indubbio, infatti, che l'arbitrato attenga ai mezzi di risoluzione delle controversie e, dunque, di tutela e difesa delle ragioni e dei diritti delle parti del contratto, anche quando stipulato con una Pubblica Amministrazione.

È a questa sua natura profonda che ha fatto spesso riferimento la giurisprudenza e la dottrina per determinarne l'inquadramento e la disciplina generale.

Altrettanto profondo, peraltro, è il suo radicamento all'interno di un più ampio procedimento amministrativo, finalizzato alla scelta, da parte dell'Amministrazione, del proprio contraente, e, dunque, non può non evidenziarsene l'appartenenza alla sfera procedimentale e funzionale pubblica.

Non meno rilevante è l'incidenza che l'istituto ha su quell'ampia fetta di mercato nazionale e comunitario gravitante intorno ai contratti pubblici di lavori, servizi e fornitura.

Tale incidenza, peraltro, ha natura quanto meno duplice.

Da un lato, è incontestabile che una delle cause di maggior ritardo nella realizzazione delle opere pubbliche nelle infrastrutture, nei trasporti e nei servizi pubblici essenziali, e, quindi, uno dei maggiori ostacoli al rilancio degli investimenti pubblici e privati in tale settore, è costituito dall'allungamento dei tempi procedimentali causato dall'elevato numero di controversie che sorgono con riferimento agli esiti delle procedure di selezione del contraente ovvero alla stipula e soprattutto all'esecuzione del successivo contratto.

Ne consegue che l'incremento di sistemi alternativi di risoluzione di simili controversie non può non costituire uno strumento utile – se non addirittura necessario – per tale settore del mercato, finalizzato a consentire la celere

definizione del contenzioso e la rapida realizzazione delle opere o dei servizi oggetto del contratto.

D'altro canto, però, il sistematico ricorso avverso i provvedimenti di gara e, dunque, all'arbitrato, ha assunto una valenza tale da essere spesso considerato un momento, seppure ulteriore, dell'esecuzione del contratto e, pertanto, tenuto presente al momento della presentazione dell'offerta, così da conformare addirittura i comportamenti delle imprese, sempre più attente non tanto alla proposta ed alle soluzioni innovative, quanto al possibile esito positivo del successivo contenzioso, spesso arbitrale.

Infine, deve essere evidenziato l'aspetto preminente della questione, il suo stretto legame con l'azione amministrativa.

La circostanza, infatti, che l'arbitrato rappresenti una sorta di fase finale quasi costante delle procedure di affidamento dei contratti pubblici e che porti, con una regolarità quasi assoluta, alla declaratoria di soccombenza della Pubblica Amministrazione, rappresenta un dato preoccupante non solo sotto l'aspetto del detrimento del patrimonio pubblico – dato particolarmente rilevante in un momento di crisi economica – ma, altresì, di quello del *deficit* di efficienza dell'azione amministrativa che ne costituisce la causa.

Riguardato sotto tutti questi aspetti, il problema dell'arbitrato si rivela un problema complesso, da analizzare da diverse angolazioni e con l'apporto di esperti di ampia e variegata esperienza, quali quelli, per l'appunto, riuniti intorno a questo tavolo.

3. Se è vero che l'aver posto il problema costituisce già, di per sé, un passo verso la sua soluzione, l'Autorità di vigilanza di tali passi ne vuole fare due, non limitandosi quindi a porre il problema ma offrendo altresì alcune ipotesi di soluzione.

A tale adempimento, peraltro, l'Autorità è chiamata non solo dall'obbligo di adempiere al proprio compito istituzionale di segnalazione normativa, tanto più pressante quanto più evidente appare – come nel caso di specie – l'assoluta necessità di un intervento che colmi lo spazio creatosi tra le ricordate antinomiche disposizioni, ma altresì dal dovere di rendere testimonianza in ordine al concreto atteggiarsi di due agili strumenti di risoluzione delle

controversie nati e sviluppatisi proprio al suo interno: l'arbitrato amministrato ed il c.d. precontenzioso.

Per quanto riguarda il primo istituto, è a tutti noto come, nel suo movimento "oscillatorio", il Legislatore, nel 1998, arrivò a renderlo obbligatorio per la Pubblica Amministrazione, così da sottrarre, da un lato, alle parti il potere di nomina del terzo arbitro e, dall'altro, agli stessi arbitri quello di determinare il proprio compenso.

Oggi tale strumento ha natura meramente alternativa ed anzi, gli arbitrati amministrati sono recessivi rispetto a quelli liberi e ciò si evidenzia dai dati relativi al deposito dei lodi (nel 2006, 40 lodi per arbitrati amministrati, a fronte di 80 lodi per arbitrati liberi; nel 2007, 25 lodi per arbitrati amministrati, a fronte di 149 lodi per quelli liberi; nel 2008, 26 lodi per arbitrati amministrati, a fronte di 158 lodi per quelli liberi).

La "fuga" dalle procedure amministrate si manifesta non solo nel numero di procedimenti attivati presso la Camera, ma anche nel valore delle controversie oggetto degli arbitrati, in quanto le controversie di maggior valore sono nella gran parte dei casi decise da collegi arbitrali "liberi" (nel 2007 controversie per un valore medio di circa €3.547.000 per gli arbitrati amministrati, a fronte di circa €13.809.000 per arbitrati liberi; nel 2008 controversie per un valore medio di circa €3.718.000 per gli arbitrati amministrati depositati, a fronte di circa €13.677.000 per gli arbitrati liberi).

Tale dato, peraltro, dovrebbe indurre a qualche riflessione laddove si evidenzino due semplici elementi, uno fattuale ed uno normativo.

Sotto il primo profilo, occorre rilevare come la percentuale di soccombenza della Pubblica Amministrazione, è sempre elevata in entrambi i casi, sia negli arbitrati amministrati, sia, soprattutto, in quelli liberi.

Inoltre, la durata degli arbitrati è stata in media, per l'anno 2007, di 351 giorni per gli arbitrati amministrati e di 465 per quelli liberi; per il 2008, di 290 giorni per gli arbitrati amministrati e di 547 per quelli liberi.

Se a tali dati si accosta la lettura dell'art. 240, comma 15 del decreto legislativo 163/2006, che individua come punto di passaggio dall'arbitrato libero a quello amministrato il mancato accordo sulla nomina del terzo arbitro, deve ritenersi che alle stazioni appaltanti sia rimessa la libera scelta tra un istituto più veloce ed uno più lento nonché più oneroso (nonostante il recente

dimezzamento dei compensi contenuti nel ricordato art. 29, comma 1-*quinquies* del d.l. 207/2008) e di ciò esse potrebbero essere chiamate a rendere ragione.

Con riferimento al secondo istituto, si ricorderà come, accogliendo l'invito ripetutamente rivolto dalla Commissione CE ai Paesi membri di creare organismi di precontenzioso, il Legislatore nazionale abbia ritenuto di introdurre tale strumento nel Codice dei contratti pubblici, attraverso la disposizione di cui all'art. 6, comma 7, lett. n). del D.Lgs. n. 163/2006, incardinandone la competenza presso l'Autorità.

Lo strumento del precontenzioso, proprio per la sua natura di ADR (Alternative Dispute Resolution), ossia di meccanismo finalizzato a risolvere una controversia in modo alternativo alla classica lite giudiziaria, presenta un triplice vantaggio: deflazionare la giustizia amministrativa, contenere i tempi e i costi economici, in termini di strutture e di risorse umane, che la risposte alla suddetta domanda di giustizia richiedono, atteso che al finanziamento delle spese di funzionamento dell'Autorità provvede in massima parte il mercato e, sotto il profilo dell'interesse privato, ottenere, senza dovere versare alcun corrispettivo aggiuntivo al citato contributo, un parere autorevole e neutrale, reso dall'Autorità attraverso un sistema caratterizzato da un accesso e da un procedimento "agili" e da tempi di risposta ragionevoli, finalizzato a rimuovere e correggere le riscontrate violazioni lamentate dalle parti in una fase in cui le stesse possono ancora essere emendate.

Indubbiamente, uno dei profili delicati di tale strumento risiede nell'analisi degli effetti da attribuire a tale parere, qualificato dallo stesso art. 6, comma 7, lett. n) del D.Lgs. n. 163/2006 e s.m. come "non vincolante".

Dall'esame dei dati relativi al 2008, sia pur parziali, attualmente in possesso dell'Autorità emerge la tendenza ad uniformarsi a tali pareri; al riguardo si evidenzia che l'adeguamento "pieno", inteso nel senso di modifica del proprio operato da parte della stazione appaltante in esito a parere negativo emesso dall'Autorità riguarda 54 pareri su 125; il mancato adeguamento investe solo 28 pareri, mentre 43 sono i casi in cui il parere emesso dall'Autorità ha sostanzialmente confermato l'operato della stazione appaltante, per cui l'adeguamento riscontrato non riveste particolare significatività.

4. Venendo alle proposte dell'Autorità, occorre partire da un dato normativo.

Finora le proroghe del ricordato divieto di utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni dello strumento dell'arbitrato erano motivate da una necessità tecnica, quella cioè di consentire la devoluzione delle liti arbitrali alle sezioni specializzate di tribunale in materia di proprietà industriale ed intellettuale; l'ultima proroga (quella, per l'appunto, contenuta nel d.l. 207/2008) trova, invece, la sua *ratio* giustificatrice nella necessità di dare attuazione alla direttiva 2007/66/CE (c.d. direttiva ricorsi), palesando così l'intento del Legislatore di ripensare, in tale sede, al destino ultimo dell'arbitrato.

La valutazione del Legislatore, in questo secondo caso, appare indubbiamente corretta.

Tale direttiva trae la sua origine dalla preoccupazione comunitaria sulle conseguenze del frequente ricorso delle imprese all'autorità giudiziaria, in termini di incertezza sulla sorte del contratto e di allungamento dei tempi di realizzazione delle opere; proprio in ragione di tali preoccupazioni la direttiva si pone come proprio obiettivo il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Il recepimento di tale direttiva è fra quelli previsti all'interno della prossima legge comunitaria 2009 (AS 1078); il prossimo recepimento di tale direttiva può, quindi, costituire l'occasione per affrontare e risolvere in senso positivo il descritto problema.

In tale contesto l'Autorità ritiene che sia utile fare tesoro della descritta positiva esperienza in materia di contratti pubblici, con particolare riferimento ai due esaminati strumenti di rapida definizione in sede stragiudiziale del contenzioso. Ciò dovrebbe far riflettere sulla opportunità di razionalizzare e rafforzare il “doppio binario” – giudiziario e stragiudiziale – di cui oggi disponiamo, rendendo più completo e solido il secondo e stabilendo ove necessario delle nuove norme di coordinamento fra i due.

Su questi punti – come noto – la direttiva ricorsi non privilegia uno specifico sistema di tutela e lascia agli Stati la facoltà di organizzare i propri organismi di ricorso come meglio credono.

In particolare, le proposte dell'Autorità potrebbero essere le seguenti:

a) introduzione, per determinati tipi di contratto o per determinati tipi di progetti, dell'obbligo per le parti (Amministrazione ed impresa) di adire in

prima istanza l'Autorità, conferendo ad essa il potere di emettere una decisione vincolante (ex art. 6, comma 7, lett. n) del Codice, ovviamente da modificare) circa le controversie insorte prima dell'aggiudicazione definitiva, nel rispetto del principio del contraddittorio; la decisione dovrebbe essere assunta entro un termine breve, durante il quale dovrebbe essere disposta la sospensione della possibilità di stipulare il contratto; le parti potrebbero, comunque, adire la giustizia amministrativa avverso tale decisione;

b) revisione dei costi e dei tempi dell'arbitrato amministrato, ivi compresi i compensi dei componenti il collegio;

c) soppressione dell'obbligo del versamento dell'acconto per l'avvio dell'arbitrato amministrato;

d) diversa composizione dell'organo arbitrale secondo l'entità o la complessità della controversia, dalla previsione di un solo arbitro (da nominarsi ovviamente dalla Camera arbitrale) per le controversie di modesta entità, sino a prevedere una composizione di cinque membri per gli arbitrati più complessi, non escludendo la presenza di tecnici nello stesso collegio;

e) una nuova disciplina della Camera arbitrale sempre garantita nella sua autonomia come struttura dell'Autorità, ma chiamando a far parte di essa, oltre che rappresentanti delle istituzioni, i rappresentanti degli altri interessi in gioco, sia pubblici (si pensi al Ministero dell'Economia, alle Regioni, agli Enti locali), sia privati (si pensi ai vari protagonisti dei mercati interessati).

5. Infine, due piccole proposte *de jure condito*.

Come si è visto, l'Autorità dispone di mezzi e strumenti – rapidi, efficaci ed economici – non solo per risolvere le controversie in tema di contratti pubblici ma, addirittura, per evitare che esse sorgano.

Le Amministrazioni possono (e forse devono) approfittarne maggiormente.

Inoltre, la quasi costante soccombenza delle pubbliche amministrazioni dovrebbe consigliare queste ad un più attento uso della clausola compromissoria e del ricorso all'arbitrato libero.

Ed in proposito una circolare della Presidenza del Consiglio che invitasse le amministrazioni governative a ricorrere al più economico arbitrato

amministrato, invece che al più dispendioso arbitrato libero, sarebbe stata opportuna e sarebbe comunque auspicabile.

Né va da ultimo sottaciuto che le pubbliche amministrazioni potrebbero trovare, anche con riguardo agli arbitrati, nei loro stessi apparati, idonei rimedi, prestando, ad esempio, maggiore attenzione alle modalità ed alle regole, ove sussistenti, con le quali vengono nominati gli arbitri delle Amministrazioni.

In particolare, occorre chiedersi se il privilegiare la nomina di arbitri legati alle Amministrazioni da un rapporto organico non possa consentire una maggiore immedesimazione nelle ragioni delle stesse.