

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

E ARBITRATO

Lezione seminariale del 10 e 11 aprile 2008

di Renato Rolli¹

1. La pubblica amministrazione e la Costituzione del 1948: cenni
2. La pubblica amministrazione: il procedimento (legge n. 241 del 1990)
3. La pubblica amministrazione e le sue trasformazioni: l'erozione delle Autorità amministrative indipendenti (dal 1990)
4. La legge costituzionale n. 3 del 2001: l'equidistribuzione costituzionale degli enti della Repubblica (art.114 Cost.)
5. La legge di riforma del procedimento amministrativo (l. n. 15 del 2005)
6. Il diritto amministrativo e il diritto privato: nodi problematici

¹ Professore aggregato di Diritto amministrativo e Giustizia amministrativa presso la Facoltà di Economia dell'Università degli Studi della Calabria; Docente stabile nel Master in *Organizzazione e funzionamento della p.a.* presso la Sapienza, Università di Roma.

1. Il nuovo Codice

dei

Contratti pubblici. Le novità in tema di arbitrato.²

Il nuovo “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” (d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) ha regolamentato, agli artt. 241 e ss., anche la materia dell’arbitrato, recependo la strutturazione dell’istituto derivante dalla legge sulla competitività (art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, inserita in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80), ma anche prevedendo una serie di modificazioni di non poco momento. A base dell’intero istituto è una previsione di apertura (l’art. 241, 1° comma d.lgs. 163 del 2006) che ammette il possibile ricorso all’arbitrato con riferimento a tutte 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”. La prima innovazione, di non poco momento, è pertanto costituita dall’estensione all’intero settore della contrattualistica pubblica di una strutturazione nata con esclusivo riferimento alla materia dei lavori pubblici; al nuovo Codice dei contratti pubblici deve pertanto essere riconosciuto, almeno, il merito più evidente costituito dall’uniformazione dell’intero settore della contrattualistica pubblica, in un modello unitario che supera le partizioni prima sussistenti (fatto salvo, però quanto oltre si dirà in ordine al possibile eccesso di delega di una simile soluzione). Il campo di applicazione del nuovo istituto arbitrale regolamentato dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 non è pertanto più limitato ai soli appalti di lavori, ma investe anche le altre tipologie (forniture, servizi, ecc.) della contrattualistica pubblica, finora oggetto di una disciplina differenziata (o, nella materia dell’arbitrato, molto spesso, di un vero e proprio vuoto di disciplina). In mancanza di una specifica disciplina normativa, il primo dubbio originato dalla nuova disciplina dell’arbitrato prevista dal Codice dei lavori pubblici è costituito dalla possibilità

¹ A questa disciplina fa seguito la legge finanziaria 2008, ed il divieto di arbitrato per le controversie, future o già insorte, relative a contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi.

² Questo scritto riproduce, senza l’aggiunta di note, la Lezione inaugurale tenuta per l’apertura del Modulo sui Contratti pubblici del Master in Organizzazione e Funzionamento della pubblica amministrazione— presso la Sapienza, Univ. di Roma, 2008, in corso di pubblicazione.

di riportare la disciplina in questione anche ai contratti previsti dalla Parte I, Titolo II del Codice, destinata ai cd. "contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del Codice"[75]; è opinione di chi scrive che le relative previsioni normative (che prevedono espressamente l'inapplicabilità dell'intero Codice alle tipologie contrattuali in discorso) e la disposizione dell'art. 27 del d.lgs. 163 del 2006 (che prevede che l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, avvenga nel rispetto dei soli "principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità") diano vita ad un sistema normativo che esclude l'applicabilità delle previsioni degli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006: ai contratti relativi alla produzione e al commercio di armi, munizioni e materiale bellico (art. 16 d.lgs. 163 del 2006); ai contratti segretati o che esigono particolari misure di sicurezza previsti dall'art. 17 del d.lgs. 163 del 2006 (regolamentati da appositi regolamenti adottati dagli organismi di cui agli articoli 3, 4 e 6 della l. 24 ottobre 1977 n. 801, entro un anno dall'entrata in vigore del Codice; art. 17, 8° comma d.lgs. 163 del 2006); ai contratti aggiudicati in base a norme internazionali (art. 18 d.lgs. 163 del 2006); alle diverse tipologie di contratti di servizi esclusi previste dall'art. 19 del d.lgs. 163 del 2006); ai contratti aventi ad oggetto i servizi elencati nell'allegato II B al Codice (soggetti all'applicabilità delle sole previsioni degli artt. 65, 68 e 225 del Codice; art. 20 e 21 d.lgs. 163 del 2006); ai contratti esclusi nel settore delle telecomunicazioni previsti dall'art. 22 del d.lgs. 163 del 2006; ai contratti relativi a servizi al pubblico di autotrasporto mediante autobus previsti dall'art. 23 del d.lgs. 163 del 2006; agli appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (art. 24 del d.lgs. 163 del 2006); agli appalti aggiudicati per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia previsti dall'art. 25 del d.lgs. 163 del 2006; ai contratti di sponsorizzazione (art. 26 del d.lgs. 163 del 2006)[76].

Sotto il profilo sistematico, la già citata previsione dell'art. 241, 1° comma Cod. contratti pubblici conferma poi espressamente il fondamentale carattere *volontario* ("le controversie.....possono essere deferite ad arbitri") dell'arbitrato, con una formulazione assolutamente identica a quella già prevista dall'art. 32, 1° comma della l. 11 febbraio 1994 n. 109 (come modificato dall'art. 10 della l. 18 novembre 1998 n. 415, cd. Merloni *ter*).

Sotto il profilo strutturale, la disciplina di base dell'istituto è sempre quella dualistica prevista dalla legge sulla competitività, a questo punto, probabilmente destinata ad una durata non effimera nel nostro ordinamento. In particolare, un primo modello di disciplina è riservato alle ipotesi in cui le parti si accordino per la nomina del terzo arbitro; in questo caso, al giudizio arbitrale si applicano le disposizioni del codice di procedura civile ed una serie di disposizioni specificamente destinate alla regolamentazione della fattispecie:

il Presidente del collegio arbitrale deve essere scelto dalle parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte, "tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce" (art. 241, 5° comma d.lgs. 163 del 2006); in aggiunta ai casi di astensione previsti dal codice di procedura civile, non possono essere nominati arbitri coloro che abbiano compilato il progetto o dato parere su di esso, ovvero diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse (art. 241, 6° comma d.lgs. 163 del 2006); sono ammissibili tutti i mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme (art. 241, 8° comma d.lgs. 163 del 2006); il lodo deve essere depositato, entro dieci giorni dalla data dell'ultima sottoscrizione, presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici (art. 241, 9° e 10° comma d.lgs. 163 del 2006);

all'atto del deposito del lodo deve essere corrisposta direttamente all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a cura degli arbitri, una somma pari all'uno per mille del valore della controversia (art. 241, 11° comma d.lgs. 163 del 2006);

il compenso spettante agli arbitri è liquidato dal Collegio arbitrale, con ordinanza costituente titolo esecutivo, sulla base dei criteri previsti dall'art. 10 e dalla tabella allegata al d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 (art. 241, 12° comma d.lgs. 163 del 2006); gli onorari e le spese di consulenza tecnica sono liquidati dal Collegio arbitrale, con ordinanza costituente titolo esecutivo, secondo i criteri dettati dal decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002 n. 115 per gli ausiliari del magistrato (art. 241, 13° comma d.lgs. 163 del 2006);

le parti sono tenute solidalmente al pagamento del compenso dovuto agli arbitri e delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale, salvo rivalsa fra loro (art. 241, 13° comma d.lgs. 163 del 2006).

Rispetto al primo modello previsto dall'art. 32 della l. 109 del 1994, come modificato dalla legge sulla competitività (art. 5, comma 16 *sexies* del d.l. 14 marzo 2005 n. 35, inserita in sede di conversione dalla l. 14 maggio 2005 n. 80), sono quindi evidenti una serie di modificazioni, tali da potenziare il carattere amministrato dell'arbitrato; in particolare:

è richiesta una "particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce" del Presidente del Collegio arbitrale (art. 241, 5° comma d.lgs. 163 del 2006); con tutta evidenza, si tratta però di una previsione di scarsa rilevanza pratica e di impossibile sindacato giurisdizionale;

sono espressamente richiamate alcune ipotesi specifiche di astensione, già contenute nell'art. 151, 9° comma del d.p.r. 554 del 1999 è riprodotta la contestata previsione dell'art. 7, 2° comma del d.m. 398 del 2000 ed in particolare l'esclusione, dal novero dei mezzi di prova ammissibili, del giuramento in tutte le sue forme (art. 241, 8° comma d.lgs. 163 del 2006); previsione che era stata sostanzialmente espunta dal primo modello, per effetto del generico riferimento alla disciplina del c.p.c. contenuto nella legge sulla competitività. Con tutta evidenza, quindi, il primo modello di arbitrato previsto dal Codice dei contratti pubblici è caratterizzato da una più marcata "amministrativizzazione" rispetto al

precedete normativo più recente e, soprattutto, dal forzato ripristino di alcune previsioni (l'esclusione del giuramento dai mezzi di prova), in stridente contraddizione con la normativa del codice di procedura civile. Anche il secondo modello di disciplina, segue le movenze della cd. legge sulla competitività, con alcune sostanziali innovazioni. In caso di mancato accordo per la nomina del terzo arbitro, alla nomina provvede, ad iniziativa della parte più diligente, la nuova Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture (istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) "sulla base di criteri oggettivi e predeterminati, scegliendolo nell'albo di cui all'articolo 242" (art. 241, 7° e 15° comma d.lgs. 163 del 2006).

L'intervento della Camera arbitrale per i contratti pubblici importa poi una serie di modificazioni alla disciplina del codice di procedura civile, in aggiunta a quelle già previste dall'art. 241 d.lgs. 163 del 2006 (e proprie del cd. primo modello); modificazioni costituite:

dall'obbligo di trasmettere alla Camera arbitrale, ai fini della nomina del terzo arbitro, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza e le eventuali controdeduzioni (art. 242, 2° comma d.lgs. 163 del 2006);
dall'obbligo per le parti di determinare la sede del collegio arbitrale, anche presso uno dei luoghi in cui sono situate le sezioni regionali dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori servizi e forniture; se non vi è alcuna indicazione della sede del collegio arbitrale, ovvero se non vi è accordo fra le parti, questa deve intendersi stabilita presso la sede della Camera arbitrale (art. 242, 3° comma d.lgs. 163 del 2006);
dalla possibilità, per le parti di ricusare gli arbitri, oltre che per i motivi previsti dall'art. 51 del codice di procedura civile, anche per i motivi di cui all'articolo 242, 9° comma del Codice (art. 242, 4° comma d.lgs. 163 del 2006);
dall'attribuzione alla Camera arbitrale del potere di determinare il corrispettivo dovuto dalle parti "su proposta formulata dal collegio, in base alla tariffa allegata al decreto ministeriale 2 dicembre 2000 n. 398" e le modalità del deposito in acconto del corrispettivo arbitrale (art. 242, 5° e 6° comma d.lgs. 163 del 2006);
dall'obbligo, per il Presidente del Collegio arbitrale, di nominare il Segretario, scegliendolo nell'elenco di cui all'articolo 242, 10° comma del Codice contratti pubblici (art. 242, 7° comma d.lgs. 163 del 2006);
dall'obbligo per le parti di versare alla Camera arbitrale il corrispettivo a saldo per la decisione della controversia, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo (art. 242, 8° comma d.lgs. 163 del 2006);
dall'attribuzione alla Camera arbitrale del potere di provvedere alla liquidazione degli onorari e delle spese di consulenza tecnica (art. 242, 9° comma d.lgs. 163 del 2006).
L'innovazione più importante relativa al cd. secondo modello di giudizio arbitrale è immediatamente evidente dall'elencazione sopra fornita ed è costituita dal sostanziale "pensionamento" del d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 che, oltre a non essere più richiamato dalle previsioni degli artt. 241 e ss. del Codice contratti pubblici (se non per le previsioni relative alla determinazione del compenso del Collegio arbitrale), è espressamente abrogato dall'art. 256, 1° comma del d.lgs. 163 del 2006 (ad eccezione delle previsioni dell'art. 10, 1°, 2°, 4° 5° e 6° comma e della tariffa allegata, sempre relative alla

determinazione del compenso del Collegio arbitrale). Mentre, quindi, il primo modello si muove verso una maggiore "amministrativizzazione" dell'istituto, il secondo modello di arbitrato previsto dal nuovo Codice dei contratti pubblici, si muove, al contrario, verso una minore "amministrativizzazione" e soprattutto, verso una decisiva omogeneizzazione al modello generale previsto dal c.p.c.; omogeneizzazione che deriva dall'indubbio superamento delle tante previsioni del d.m. 2 dicembre 2000 n. 398 che derogavano alla disciplina del c.p.c. (e che continuavano a trovare applicazione al secondo modello previsto dalla legge sulla competitività). Sempre per quello che riguarda le abrogazioni, degna di nota è anche la previsione dell'art. 256, 1° comma del d.lgs. 163 del 2006 che ha abrogato l'intero d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190; viene pertanto superato anche il terzo modello di giudizio arbitrale previsto dall'art. 12 del d.lgs. 190 del 2002 con indubbi vantaggi per la coerenza sistematica e la "gestibilità" dell'intero sistema.

Per quello che riguarda i punti problematici delle nuove previsioni in materia di arbitrato del Codice, è obbligatorio un rinvio alla trattazione più specifica contenuta nei singoli capitoli del lavoro; siano però consentite due considerazioni, relative a due problematiche generali e "di base".

La prima considerazione riguarda la stessa legittimità delle numerose disposizioni del d.lgs. 163 del 2006 relative all'arbitrato, caratterizzate, come già rilevato, dal marcato carattere innovativo (per quello che riguarda, ad es. la generalizzazione della disciplina relativa agli appalti di lavori, all'intera contrattualistica pubblica; all'amministrativizzazione di alcuni aspetti del primo modello, all'abrogazione del d.m. 398 del 2000; ecc.) rispetto alla strutturazione dell'istituto prevista dalla legge sulla competitività e, in generale, dalla normativa previgente.

In dottrina, è già stato prospettato qualche dubbio in ordine alla possibile illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, di alcune disposizioni del Codice dei contratti pubblici ed in particolare, di tutte le previsioni non direttamente interessate dal procedimento di recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE: "la portata della delega, pertanto, potrebbe essere ritenuta essere stata quella dell'immissione, nel nostro ordinamento, della sola disciplina portata dalle direttive ed il loro coordinamento con la disciplina esistente, nonché una semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie. In verità, dall'anzidetta espressione atecnica, nel parere del Consiglio di Stato, si è tratto un argomento per una più ampia interpretazione della delega. L'intera operazione di "rilegificazione" della normativa in materia di arbitrato è giustificata, nella relazione al Codice degli appalti, sulla base della stretta attinenza della materia a "profili "processuali" e di giustizia, che è opportuno regolare con fonte primaria" ed alla forte restrizione dell'"ambito delle previsioni regolamentari ancora applicabili all'arbitrato" derivante dall'intervento della decisione 17 ottobre 2003 n. 6335 del Consiglio di Stato e della legge n. 80 del 2005.

È quindi sostanzialmente confermato come l'intera operazione possa essere riportata, con estrema difficoltà, sia ai criteri di esercizio della delega previsti dall'art. 25 della l. 18 aprile 2005 n. 62 (compilazione di unico testo normativo recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive oggetto di recepimento; semplificazione procedure di affidamento; conferimento dei poteri di

vigilanza all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; adeguamento della normativa alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 7 ottobre 2004 nella causa C-247/02), sia alle previsioni delle due direttive oggetto di recepimento (l'art. 72 della direttiva CE Parlamento e Consiglio 31 marzo 2004 n. 17 e l'art. 81 della direttiva CE Parlamento e Consiglio 31 marzo 2004 n. 18 si limitano, infatti, a prevedere "meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti" di controllo dell'applicabilità della direttiva, senza prevedere alcuna disposizione specifica in materia di arbitrato). Le disposizioni più direttamente innovative della nuova disciplina dell'arbitrato prevista dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 sono pertanto caratterizzate da un "dubbio di legittimità" originario che non può essere superato, se non sulla base di un'interpretazione assai estesa e ricomprensiva dell'ambito della delega prevista dall'art. 25 della l. 62 del 2005. La seconda considerazione è già stata sostanzialmente affrontata al § precedente; l'intera operazione di "salvataggio" della Camera arbitrale per i lavori pubblici effettuata dalla l. 80 del 2005 è fortemente sospetta di incostituzionalità per le stesse ragioni poste a base di Cons. Stato, Sez. IV 17 ottobre 2003 n. 6335: "se è la Costituzione che richiede la nomina del terzo arbitro ad opera di un soggetto terzo ed imparziale, nemmeno la legge statale ordinaria può rendere legittima la scelta del terzo arbitro da parte di un'autorità amministrativa. Ne consegue che la soluzione legislativa è di sospetta costituzionalità. Dubbi di costituzionalità che oggi continuano ad investire anche il sistema del "doppio binario" previsto dagli artt. 241 e ss. del d.lgs. 163 del 2006 e non sono certo stati sopiti dal recepimento delle disposizioni in discorso all'interno del nuovo Codice dei contratti pubblici.

2. La legge finanziaria per il 2008: esclusione dell'arbitrato

(art. 3, commi 19, 20, 21 e 22 della legge 24 dicembre 2007, n. 244, finanziaria per il 2008).

L'art. 3, commi 19, 20, 21 e 22 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008).

La legge finanziaria per il 2008 – inserendosi in una tendenza che, come si vede, non è di particolare favore per l'Istituto arbitrale – ha anzitutto previsto il divieto per pubbliche amministrazioni, enti pubblici economici e società pubbliche di sottoscrivere clausole compromissorie o compromessi in relazione a contratti aventi ad oggetto lavori, forniture o servizi. Tale divieto non è ovviamente retroattivo, ed è presidiato da una duplice sanzione: la nullità degli accordi di deroga, per contrasto con norma imperativa, e l'illecito disciplinare con conseguente responsabilità erariale a carico dei funzionari, responsabili del procedimento, che abbiano operato in contrasto col divieto (sebbene sia difficile ravvisare, nello specifico caso, una responsabilità erariale in relazione al compimento di un atto che, proprio in quanto nullo, non potrà produrre effetti "pregiudizievoli" per l'amministrazione). Il divieto, affermato de futuro, è di tipo

generale e riguarda l'intera attività contrattuale della p.a. avente ad oggetto lavori, forniture o servizi. Non si pone un problema di tutela dell'affidamento (salva ogni valutazione di opportunità sulla scelta legislativa di vietare l'arbitrato in cui sia parte la p.a. che agisca *jure privatorum*), stante che la disciplina non potrà che interessare l'attività contrattuale futura. Quanto ai rapporti in corso, si prevede anzitutto che, se alla data del 30 settembre 2007 (non si comprende come individuata) i collegi arbitrali non siano già costituiti, le p.a. hanno l'obbligo di declinare la competenza arbitrale, ma ciò soltanto "ove tale facoltà sia prevista nelle clausole arbitrali". La previsione si presta a vari ordini di considerazioni, rivelandosi di applicazione tutt'altro che piana. In primo luogo, e a differenza di quanto previsto dal decreto-legge n. 180, si è fatto riferimento non alla notifica della domanda di arbitrato, come sarebbe stato corretto al fine di individuare i procedimenti arbitrali pendenti, bensì al dato, piuttosto casuale e comunque riferito ad una fase del procedimento successiva al suo inizio in senso tecnico, della costituzione dei collegi ad una certa data (peraltro anteriore a quella di entrata in vigore della finanziaria: 1° gennaio 2008). Le domande di arbitrato, in sé, non sono considerate quale oggetto di disciplina transitoria, sebbene siano il necessario presupposto per la costituzione dei collegi arbitrali.

A differenza che per gli accordi di deroga successivi al 1° gennaio 2008, nel caso della declinatoria non è prevista alcuna sanzione a carico dei responsabili del procedimento; e la cosa si spiega, verosimilmente, sul riflesso che la norma transitoria impone una regola di condotta che, almeno in parte, viene a collocarsi in un periodo addirittura anteriore all'entrata in vigore della finanziaria (30 settembre 2007 – 1° gennaio 2008). E' già cosa piuttosto curiosa la previsione che, in relazione a domande di arbitrato notificate in epoca anteriore, le p.a. (apprendano che) avrebbero dovuto obbligatoriamente declinare la competenza arbitrale quando ancora la finanziaria non era legge dello Stato; ma certamente illegittimo sarebbe stato affermare una responsabilità disciplinare ed erariale in relazione ad una mancata declinatoria che a termini di contratto era una mera facoltà, e non un obbligo.

In ordine alla declinatoria, si pone poi il problema dell'eventuale decadenza già maturata; stante che la disciplina transitoria, in esame, non si preoccupa del tempo in cui siano state notificate le domande di arbitrato, potrebbe accadere, in un congruo numero di casi, che l'amministrazione non abbia esercitato la facoltà della declinatoria nel termine contrattualmente pattuito; in tal caso, crediamo che la relativa decadenza non potrà essere "recuperata" in ragione della disciplina transitoria (per quanto retroattiva) della sopravvenuta finanziaria per il 2008. Ragion per cui il meccanismo è da leggere nel senso che la declinatoria diviene obbligatoria soltanto nei casi in cui l'amministrazione non sia già decaduta dalla relativa facoltà. Sorprendente è poi che, nonostante la misura sia stata ufficialmente presentata (sempre sulla stampa) come un provvedimento di irreversibile arresto per ogni arbitrato nei confronti della p.a., al punto da essere assistita da un'efficacia retroattiva nei giudizi pendenti sconosciuta ai pur invasivi precedenti divieti, l'obbligo della declinatoria riguardi in realtà i soli casi in cui la facoltà era stata inizialmente prevista negli accordi compromissori. Con la conseguenza per cui, ove i singoli contratti non avessero previsto la facoltà per l'amministrazione di declinare la