

Nuove disposizioni in materia di arbitrato e accordo bonario

4 Gennaio 2008

La legge del 24 dicembre 2007 n. 244 (legge finanziaria 2008, entrata in vigore il 1° gennaio 2008) all'art. 3, commi 19-23, ha introdotto importanti innovazioni in materia di arbitrato nei contratti pubblici (commi 19-22) ed in materia di accordo bonario di cui all'art. 240 del codice dei contratti pubblici (comma 23).

Disposizioni in materia di arbitrato

I commi 19 e 20 stabiliscono il divieto per le pubbliche amministrazioni di inserire nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi clausole compromissorie che demandino le future controversie a collegi arbitrali.

La violazione di tale divieto è sanzionata, sul piano civilistico, con la nullità della clausola compromissoria ovvero del compromesso (qualora l'arbitrato sia previsto in un atto diverso dal contratto) e, sul piano personale, con la responsabilità, sia disciplinare, sia per danni erariali, del responsabile del procedimento.

Il divieto si applica non soltanto alle pubbliche amministrazioni in senso stretto di cui all'art. 1 del D.Lgs n. 165/2001, ma anche agli enti pubblici economici nonché alle società a partecipazione totale o maggioritaria delle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici.

Il comma 21 disciplina il caso particolare in cui clausole compromissorie valide, perchè inserite in contratti stipulati anteriormente all'entrata in vigore della legge finanziaria (1° gennaio 2008), **prevedano la facoltà per l'amministrazione di declinare la competenza arbitrale**. Può trattarsi di casi in cui le parti consensualmente hanno stabilito tale possibilità nella clausola compromissoria, ovvero dei casi relativi ai lavori pubblici in cui il contratto risulti disciplinato dal vecchio capitolato generale di cui al D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 (abrogato dal D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554).

Relativamente a tali ipotesi, qualora il collegio risulti costituito prima del 30 settembre 2007, e l'amministrazione non abbia esercitato la facoltà di declinatoria, la competenza del collegio arbitrale permane. Invece, per i collegi da costituire successivamente al 30 settembre 2007, la disposizione obbliga i soggetti di cui ai precedenti commi 19 e 20 (pubbliche amministrazioni, enti pubblici economici e società pubbliche) a declinare la competenza arbitrale e cioè, a manifestare all'appaltatore che abbia formulato domanda di arbitrato la volontà di escludere la competenza arbitrale, con la conseguenza che la competenza resta definitivamente demandata al giudice ordinario. Infine, è stabilito che i collegi arbitrali costituiti dopo il 30 settembre 2007, in deroga all'obbligo di declinare la competenza arbitrale, decadono *ipso iure*.

Proroga all'entrata in vigore delle nuove disposizioni sull'arbitrato

Con D.L. 31 dicembre 2007 n. 248, pubblicato su G.U. n. 302 del 31.12.2007 (cosiddetto "decreto milleproroghe") è stato stabilito (art. 15) che le nuove norme della legge finanziaria prima richiamate in tema di arbitrato si applicano a partire dal 1° luglio 2008; la stessa disposizione motiva tale proroga con l'esigenza di consentire l'attivazione di sezioni specializzate in materia di contratti pubblici. Più in particolare, viene fatto riferimento esplicito alle sezioni di cui al D.Lgs 27 giugno 2003, n. 168, specializzate in materia di proprietà industriale ed intellettuale, le cui competenze dovranno essere perciò estese, con apposito provvedimento normativo, alla materia dei contratti pubblici di cui al D.Lgs n. 163/2006.

Con tale proroga hanno trovato parziale accoglimento le richieste ufficialmente formulate dall'ANCE che in più occasioni ha segnalato alle competenti autorità governative l'inopportunità di escludere uno strumento di giustizia agile e tecnicamente qualificato come l'arbitrato prima della istituzione, nell'ambito della giustizia ordinaria, di un giudice con analoghe caratteristiche di specializzazione e celerità.

La predetta sospensione dell'efficacia delle norme in argomento sembra produrre un doppio effetto:

a. innanzitutto le amministrazioni, nei contratti da stipulare fino al 1° luglio 2008, potranno inserire clausole compromissorie pienamente valide, in ragione del fatto che fino a tale data non opera il divieto di cui ai commi 19 e 20 dell'art. 3 della finanziaria;

b. relativamente ai casi in cui era prevista la facoltà di declinatoria, sorge il dubbio se la sospensione della norma produca anche l'effetto di far venir meno l'obbligo da parte delle amministrazioni di declinare tale competenza fino al 1° luglio 2008. Alla questione sembra doversi dare risposta affermativa (nel senso che fino al 1° luglio non sussiste l'obbligo di declinatoria), pur riscontrandosi nel testo normativo una evidente contraddizione. Infatti, allorché entrerà in vigore dopo il 1° luglio 2008, il comma 21 conterrà comunque la previsione della decadenza dei collegi costituiti dopo il 30 settembre 2007. Si verrebbe perciò a creare la singolare situazione dell'obbligo di declinatoria e della decadenza dei collegi costituiti in deroga a tale obbligo, relativamente ad un periodo di tempo (30 settembre 2007-1° luglio 2008) in cui tale obbligo non sussisteva (dal 30 settembre 2007 al 1° gennaio 2008 perchè è periodo antecedente alla legge finanziaria, e dal 1° gennaio 2008 al 1° luglio 2008 perchè è periodo nel quale l'**intera** disposizione è sospesa e perciò di fatto non opera nella realtà giuridica). Sul punto è auspicabile che in sede di conversione del decreto tale contraddizione normativa venga sanata.

L'accordo bonario

Il comma 23 introduce nel testo dell'art. 240 del codice dei contratti pubblici il comma 15 bis per la finalità di rendere più cogente il termine per l'eventuale

definizione stragiudiziale della controversia mediante accordo bonario.

Va ricordato in proposito che il procedimento di cui all'art. 240 si svolge attraverso le seguenti quattro fasi essenziali:

a. il direttore dei lavori dà immediata comunicazione al responsabile del procedimento della circostanza che l'importo delle riserve ha raggiunto il 10% dell'importo contrattuale;

b. il responsabile del procedimento, dopo aver valutato l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini dell'effettivo raggiungimento del predetto valore, avvia la procedura come segue:

1. per gli appalti di importo superiore ai 10 milioni di euro promuove obbligatoriamente la costituzione di apposita commissione composta da tre soggetti di cui due nominati da ciascuna delle parti ed il terzo in comune accordo ovvero, in mancanza di accordo, dal presidente del tribunale. Entro 10 giorni dalla comunicazione di cui al punto a, il responsabile del procedimento invita l'impresa a nominare il proprio componente della commissione e se questa non provvede alla nomina entro i successivi 20 giorni, la commissione non si costituisce e la proposta di accordo bonario viene formulata dal responsabile del procedimento (art. 240, comma 13);

2. per gli appalti di importo inferiore ai 10 milioni di euro la costituzione della commissione è facoltativa e qualora l'amministrazione decida di non darvi luogo la procedura è condotta direttamente dal responsabile del procedimento.

c. la commissione o il responsabile del procedimento formulano proposta motivata di accordo bonario entro 90 giorni dall'apposizione dell'ultima riserva che ha determinato il raggiungimento del 10% dell'importo contrattuale (art. 240, comma 5).

Nei casi in cui l'impresa non abbia proceduto alla nomina del proprio componente entro i 20 giorni di cui alla precedente lett. b, punto 1, il responsabile del procedimento formula la proposta di accordo bonario entro 60 giorni dalla scadenza dei predetti 20 giorni (art. 240, comma 13);

d. sulla proposta si pronunciano nei successivi 30 giorni le parti manifestando la volontà di aderirvi o meno.

Nella prassi amministrativa degli appalti pubblici assai spesso si assiste e si assiste al mancato rispetto del termine entro cui la commissione o il responsabile del procedimento devono formulare proposta di accordo bonario con la conseguenza che, in tali ipotesi, si determinano i presupposti per il contenzioso giurisdizionale anche laddove sussistano fondate possibilità per la risoluzione bonaria della vertenza.

L'ANCE ha più volte segnalato, nelle competenti sedi, tale anomalia e sollecitato misure per rendere più cogenti i predetti termini per la finalità di ridurre quanto più possibile il ricorso alle autorità giurisdizionali.

Il legislatore con il predetto comma 23 ha recepito tali istanze, stabilendo che

qualora la commissione o il responsabile del procedimento non rispettino il termine di 90 giorni (o di 60 qualora l'impresa non abbia nominato il proprio componente), la commissione perde il diritto ai compensi stabiliti dall'art. 240, mentre al responsabile del procedimento si applicano sanzioni disciplinari e si avvia, nei suoi confronti, azione di responsabilità per danni erariali dinanzi alla Corte dei conti. Opportunamente la disposizione stabilisce che tali forme sanzionatorie hanno luogo per le ipotesi in cui risulti accertato che il mancato rispetto del termine è stato determinato da ritardi negli adempimenti della commissione o del responsabile del procedimento, con la conseguenza che perciò le stesse non trovano applicazione qualora i ritardi derivino da negligenze di soggetti terzi (es.: il direttore dei lavori) nei confronti dei quali peraltro le amministrazioni dovranno assumere le iniziative consentite dalla legislazione vigente.

Da notare che la disposizione di cui al comma 23 non è stata sospesa dall'art. 15 del D.L. n. 248 del 2007 e trova perciò piena applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2008. È da ritenere che essa si applichi, a decorrere da tale data, non soltanto ai nuovi contratti di appalto, ma anche ai contratti di appalto in corso, trattandosi di disposizione che non incide direttamente sul rapporto amministrazione-appaltatore, ma che mira a regolare in modo più efficace le funzioni del responsabile del procedimento ovvero della commissione. Quest'ultima, in particolare, perfeziona con l'amministrazione un rapporto di prestazione d'opera intellettuale (art. 2230 cod.civ.) giuridicamente autonomo da quello del contratto di appalto e perciò è del tutto legittimo e ragionevole ritenere che la nuova disposizione trovi applicazione anche relativamente alle commissioni non ancora costituite alla data del 1° gennaio 2008, ancorché i contratti di appalto che hanno determinato le riserve dell'appaltatore siano antecedenti a tale data.

2684-ARTT. 19-23 LEGGE FINANZIARIA 2008.doc [Apri](#)

2684-ART 15 DECRETO MILLEPROROGHE.doc [Apri](#)