



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte di appello di Bari / sezione 1^a civile, riunita in camera di consiglio nelle persone dei seguenti magistrati:

- | | | |
|---------------------------|---|----------------------|
| 1. dott. Maria Mitola | - | Presidente |
| 2. dott. Michele Prencipe | - | Consigliere relatore |
| 3. dott. Emma Manzionna | - | Consigliere |

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

definitiva nel procedimento iscritto nel Registro Generale degli affari civili contenziosi per l'anno 2023 sotto il numero d'ordine 533, avente per oggetto impugnazione

- del lodo non definitivo reso dalla Camera Arbitrale dell'ANAC in data 19/10/2021 nel proc. n. 3/2021 R.G.A., pubblicato – mediante deposito (con trasmissione via p.e.c.) presso la relativa Segreteria – in data 29/10/2021, non notificato ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 325 e 326 c.p.c.,
- del lodo definitivo reso dalla Camera Arbitrale dell'ANAC in data 19/01/2023 a conclusione del proc. n. 3/2021 R.G.A., pubblicato – mediante deposito (con trasmissione via p.e.c.) presso la relativa Segreteria – in pari data, non notificato ai sensi e per gli effetti del combinato disposto degli artt. 325 e 326 c.p.c.,
- del decreto d'esecutorietà dei suddetti provvedimenti emesso dal Presidente del Tribunale di Bari in data 20-21/02/2023,

TRA

Parte_1 in persona del Sindaco *pro tempore*, elettivamente domiciliato in Bari alla via N. Pizzoli n. 8 (presso lo studio dell'avv. *Parte_2*

[...] rappresentato e difeso dall'avv. Andrea Trono (indirizzo di p.e.c. trono.Email_1@Email_2.E; fax n. 178.6060995) in virtù di mandato in calce all'atto di citazione introduttivo del procedimento di impugnazione ex artt. 827 e ss. c.p.c. nonché in forza della deliberazione n. 33 in data 27/03/2023 della

Giunta comunale,

– impugnante –

E

CP_1 CP_2 in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa, in virtù di mandato reso in calce alla comparsa di costituzione e risposta depositata in data 05/07/2023, dagli avv.^{ti} Lorenzo Durano (indirizzo di p.e.c. [durano.](#) Email_4 Email_2 [it](#); numero di fax 0831560971) e Giuseppe Durano (indirizzo di p.e.c. [durano.](#) Email_5 Email_2 [it](#); fax n. 0831560971), unitamente a questi ultimi elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Emilio Toma in Bari alla via Marchese di Montrone n. 60,

– impugnata –

Con provvedimento in data 25/03/2025, pronunciato all'esito di udienza in pari data sostituita dal deposito di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni ai sensi dell'art. 127 *ter* c.p.c., la Corte, preso atto che almeno una delle parti costituite aveva depositato note scritte, si riservava.

L. SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I.A. I LODI IMPUGNATI ED IL DECRETO DI ESECUTIVITÀ.

I.A.1. Con lodo non definitivo in data 19/10/2021, depositato in data 29/10/2021, pronunciato nel procedimento arbitrale n. 3/2021 R.G.A. tra CP_1 e Parte_1 il Collegio Arbitrale della Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), nel ribadire che la sede dell'arbitrato andava correttamente individuata in Bari, presso la Sezione regionale della Puglia dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 213 comma 9° del D.Lgs. n. 50/2016, così provvedeva: A) rigettava l'eccezione di incompetenza degli arbitri sollevata dalla parte resistente; B) disponeva la prosecuzione del procedimento come da separata ordinanza emessa in pari data.

I.A.2. Con lodo definitivo in date 20-28-30/12/2022 e 03-05/01/2023, depositato in data 19/01/2023, reso nel medesimo procedimento arbitrale (n. 3/2021 R.G.A.), il Collegio Arbitrale della Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da CP_1 nei confronti di Parte_1, così

provvedeva: 1) accertato il grave inadempimento del *Parte_1* risolveva i contratti-convenzione conclusi tra le parti, Rep. n. 189 in data 09/06/2005, Rep. n. 212 in data 30/07/2007 e Rep. n. 446 in data 02/12/2010, per inadempimento del medesimo *Parte_1* 2) di conseguenza, condannava il *Parte_1* a risarcire il danno subito da *CP_1* nella seguente misura: a) € 1.080.215,00, oltre interessi dalla domanda al soddisfo, quale valore delle opere realizzate; b) € 758.644,01, oltre rivalutazione monetaria e interessi, entrambi da calcolare dalla domanda al soddisfo, quale indennizzo relativo al mancato guadagno della concessionaria per le opere non realizzate; c) € 80.435,94, oltre rivalutazione dal 9/07/2010 fino alla domanda nonché, sulla somma così rivalutata, interessi fino al soddisfo, quale costo sostenuto dalla concessionaria; d) € 82.526,19, oltre interessi dalla scadenza dei singoli crediti fino al soddisfo, per crediti vantati dalla concessionaria verso il *Pt_1* e) € 108.960,63, oltre rivalutazione monetaria dal 15/10/2018 fino alla domanda nonché, sulla somma così rivalutata, interessi fino al soddisfo, per il minor guadagno per la concessione di manufatti cimiteriali alla Cooperativa Mutuo Soccorso; 3) dichiarava assorbite le domande di cui ai punti 4, 5 e 6 delle conclusioni come precisate dalla parte istante; 4) rigettava, per le ragioni di cui in motivazione, ogni altra domanda ed eccezione; 5) condannava il *Parte_1* [...] al pagamento, in favore di *CP_1* di € 23.731,59 per le spese legali, oltre rimborso forfetario, CNA e IVA, se dovuta; 6) fermo il vincolo di solidarietà di cui all'art. 209 comma 21° del D.Lgs. n. 50/2016, poneva a carico del *Parte_1* il 68,5% e a carico di *CP_1* il 31,5% del compenso dovuto agli Arbitri e delle spese di funzionamento relative al Collegio e al giudizio arbitrale, compresa la c.t.u., secondo quanto sarebbe stato liquidato con separato provvedimento dal Consiglio della Camera Arbitrale Anac.

I.A.3. Con decreto in data 20-21/02/2023 il Presidente del Tribunale di Bari dichiarava esecutivo il lodo emesso in data 19/01/2023.

I.B. *IL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE (PROC. N. 533/2023 R.G.A.C.C.) ED IL SUB-PROCEDIMENTO CAMERALE EX ART. 351 COMMI 2° E 3° C.P.C. (PROC. N. 533-I/2023 R.G.A.C.C.).*

I.B.1. Con atto di citazione notificato in data 24/04/2023, il *Parte_1* [...], in persona del sindaco *pro tempore*, proponeva impugnazione, nei

confronti di **CP_1**, avverso il lodo non definitivo, il lodo definitivo ed il decreto di esecutorietà, chiedendo a questa Corte di appello di voler, disattesa ogni contraria istanza e richiesta, previa concessione del domandato provvedimento di sospensione dell'efficacia esecutiva dei lodi e del pedissequo decreto d'esecutorietà datato 20-21/02/2023, accogliere le seguenti conclusioni:

- “a. in accoglimento del primo motivo d’impugnazione, caducare integralmente i lodi arbitrali in punto di giurisdizione;*
- b. solo in subordine alla conclusione che precede, accogliere il secondo motivo d’impugnazione, così caducando integralmente i lodi arbitrali in punto di competenza;*
- c. solo in ulteriore subordine alle conclusioni che precedono (graduate fra loro), accogliere tutti gli altri motivi d’impugnazione, così annullando e/o riformando nel merito i lodi arbitrali gravati; per l’effetto,*
- d. in tutti i casi, giusta il principio della soccombenza, condannare l’appellata, in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore dell’appellante delle spese e competenze del doppio grado di giudizio; sempre per l’effetto,*
- e. in tutti i casi, disporre la rifusione d’ogni esborso e competenza, nessuno escluso, che l’Amministrazione comunale ha dovuto sostenere – tanto in via preventiva, quanto successiva – con riguardo alla propria partecipazione al presupposto procedimento arbitrale.”.*

I.B.1.a. Con ricorso ex art. 351 comma 2° c.p.c. depositato in data 14/06/2023, il **Parte_1** chiedeva sospendersi – provvisoriamente con decreto *inaudita altera parte*, sussistendo giusti motivi d’urgenza – l’efficacia esecutiva degli impugnati lodi e decreto d’esecutorietà (notificati ad essa ricorrente in data 07/03/2023 quali allegati a messaggio di p.e.c. di pari data, allo scopo di avviare la decorrenza del termine di cui all’art.14 comma 1° del D.L. n. 669/1996¹ e ss.mm. ed ii.) e fissarsi nel contempo l’udienza ex art. 351 comma 3° c.p.c. ovvero, in via subordinata, comunque fissarsi l’udienza dinanzi al Collegio per la decisione sulla sospensione dell’efficacia esecutiva dei ridetti provvedimenti prima dell’udienza di comparizione del 25/07/2023.

¹ convertito, con modificazioni, nella L. n. 30/1997 (N.d.E.).

I.B.1.b. Con decreto presidenziale in data 15/06/2023, pronunciato ex art. 351 comma 3° c.p.c., era fissata la comparizione delle parti dinanzi al Collegio all'udienza camerale del giorno 11/07/2023, era nominato il relatore, era posto a carico del ricorrente l'onere di notificare il ricorso ed il decreto alla controparte entro il termine del giorno 25/06/2023, era fissato alle parti il termine per il deposito delle note di trattazione scritta ex art. 127 *ter* c.p.c. Con successivo decreto presidenziale in data 20/06/2023, era disposta provvisoriamente l'immediata sospensione, *inaudita altera parte*, dei provvedimenti impugnati.

I.B.1.c. Con memoria difensiva depositata in data 07/07/2023, CP_1 CP_2 chiedeva alla Corte di voler così provvedere: in via preliminare, rigettare l'istanza di sospensione proposta, poiché carente dei presupposti di cui agli artt. 283 e 830 c.p.c., e per l'effetto revocare con ordinanza non impugnabile ex art. 351 comma 3° c.p.c. il decreto in data 20/06/2023 con il quale era stata concessa *inaudita altera parte* la sospensione dell'efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati; in subordine, sempre in via preliminare, modificare il decreto del 20/06/2023 con il quale era stata concessa *inaudita altera parte* la sospensione dell'efficacia esecutiva, ordinando al Parte_1 di prestare una cauzione di importo pari ad € 2.559.975,41. Infine, insisteva per l'integrale accoglimento di tutte le conclusioni già rassegnate con la comparsa di costituzione e risposta depositata in data 05/07/2023 nel procedimento principale², da intendersi integralmente riportate e trascritte.

I.B.1.d. Con ordinanza in data 11/07/2023, pronunciata a scioglimento della riserva formulata all'udienza camerale del giorno 11/07/2023, la Corte confermava la sospensione dell'esecuzione dell'efficacia esecutiva dei lodi impugnati disposta in via provvisoria, subordinando la sospensione alla prestazione, da parte del ricorrente, di una fideiussione bancaria presso un primario istituto di credito, entro il termine di giorni 60 dalla comunicazione dell'ordinanza, con validità fino alla definizione del giudizio e per un ammontare pari a quello complessivo del credito di cui ai lodi impugnati.

I.B.2. Con comparsa di costituzione e risposta depositata in data 05/07/2023 nel procedimento principale, CP_1 CP_2 in persona del legale

² v. *infra*, sub I.B.2. (N.d.E.).

rappresentante *pro tempore*, si costituiva nel giudizio di impugnazione, chiedendo a questa Corte di appello di voler accogliere le seguenti conclusioni³:

«- **In via preliminare**, rigettare la istanza di sospensione proposta poiché carente dei presupposti di cui all'art. 283 c.p.c. e, per lo effetto, revocare con ordinanza non impugnabile ex art. 351, comma III, c.p.c. il decreto del 20.06.2023 con il quale è stata concessa inaudita altera parte la sospensione dell'efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati⁴;

- **In subordine e sempre in via preliminare**, modificare il decreto del 20.06.2023 con il quale è stata concessa inaudita altera parte la sospensione dell'efficacia esecutiva, ordinando al Comune di Pt_1 di prestare una cauzione di importo pari ad € 2.559.975,41⁵;

- **Sempre in via preliminare e nel merito**, valutata, ai sensi e per gli effetti dell'art. 348 bis c.p.c., la inammissibilità e/o la manifesta infondatezza dell'impugnazione proposta, disporre il rigetto con sentenza resa all'esito della discussione orale della causa fissata ex art. 350 bis c.p.c.;

- **Nel merito**, rigettare la domanda di nullità dei lodi ex adverso proposta, nonché le ulteriori eccezioni (difetto di giurisdizione e di competenza) formulate con l'atto di impugnazione;

- **In subordine**, nella denegata ipotesi in cui a conclusione della fase rescindente dovesse essere accolta la domanda di annullamento dell'impugnato lodo, decidere la controversia in fase rescissoria nel merito e, per lo effetto, in accoglimento delle conclusioni già formulate in sede arbitrale con Foglio di precisazione delle conclusioni del 18.10.2022 (doc. 10) da intendersi qui espressamente richiamate, riproposte e trascritte, confermare le statuizioni di merito contenute nel lodo arbitrale definitivo ...

- **Condannare, comunque, il Parte_1 al pagamento della complessiva somma liquidata dal Collegio arbitrale con lodo definitivo del 19.01.2023, ovvero**

³ l'enfasi (grassetto e sottolineatura) è presente nel testo originale (N.d.E.).

⁴ è appena il caso di evidenziare che la richiesta di rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva dei provvedimenti impugnati avanzata con la comparsa di costituzione e risposta si spiega perché tale comparsa è stata depositata in data 05/07/2023, quindi prima dell'ordinanza in data 11/07/2023, confermativa della sospensione dell'esecuzione dell'efficacia esecutiva dei lodi impugnati disposta in via provvisoria, *inaudita altera parte*, con il decreto presidenziale in data 20/06/2023 (N.d.E.).

⁵ v. nota precedente (N.d.E.).

di quella diversa maggiore o minore che riterrà Codesta Ecc.ma Corte;

- Adottare ogni consequenziale provvedimento.

Il tutto con rigetto di ogni avversa domanda, eccezione e/o istanza.

Con vittoria di spese e onorari del presente giudizio e di quello arbitrale, con espressa riserva di richiedere altresì la condanna dell'Ente ai sensi e per gli effetti dell'art. 96, comma 1 e 3, cpc anche in ragione della conclamata violazione dei principi sanciti dall'art. 88 cpc.».

I.B.3. Con decreto presidenziale in data 01/09/2023, in accoglimento dell'istanza avanzata dal Parte_1 in data 31/08/2023 (diretta ad ottenere un'estensione del termine per la canonizzazione dell'atto di garanzia e per il successivo deposito nel fascicolo processuale), il termine di 60 giorni fissato con l'ordinanza in data 11/07/2023 era prorogato di ulteriori 30 giorni.

I.B.4. Con ordinanza in data 19-27/09/2023, pronunciata a scioglimento della riserva formulata all'udienza 'cartolare' in data 19/09/2023 (sostituita dal deposito di note di trattazione scritta, ex art. 127 *ter* c.p.c.), la Corte, rilevato che non sussistevano i presupposti per disporre la discussione orale ex art. 350 *bis* c.p.c. [tanto ai sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c., atteso che non ricorrevano i presupposti per ravvisare *prima facie* l'inammissibilità o la manifesta infondatezza dell'impugnazione (con conseguente rigetto dell'istanza a tal fine proposta da CP_1 CP_2), quanto ai sensi dell'art. 350 comma 3° periodo secondo c.p.c. (poiché non ricorrevano i presupposti per ravvisare *prima facie* la manifesta infondatezza dell'impugnazione, la causa non risultava di ridotta complessità, dagli atti non emergevano ragioni di urgenza tali da giustificare l'adozione del procedimento decisorio *de quo*)], che l'istanza di revoca del provvedimento di sospensione avanzata da CP_1 CP_2 si palesava inammissibile [in quanto la legge dichiarava espressamente «*non impugnabile*» sia l'ordinanza pronunciata sull'istanza prevista dai commi 1° e 2° dell'art. 283 c.p.c. (v. art. 351 comma 1° c.p.c.) sia l'ordinanza di conferma, modifica o revoca del decreto presidenziale all'esito dell'udienza in camera di consiglio (v. art. 351 comma 3° c.p.c.), con la conseguenza che, a mente dell'art. 177 comma 3° n. 2) c.p.c. (applicabile, ex art. 359 c.p.c., nei procedimenti d'appello davanti alla Corte), il provvedimento *de quo* non poteva essere (modificato né) revocato] e che sussistevano i presupposti per confermare il provvedimento di proroga di cui

al decreto presidenziale in data 01/09/2023 (risultando fondate le ragioni poste a fondamento della motivata istanza di proroga presentata da *Parte_1* in data 31/08/2023), così provvedeva: 1) dichiarava inammissibile l'istanza di revoca del provvedimento di sospensione dell'efficacia dei lodi proposta da *CP_1* Unipersonale; 2) confermava il provvedimento di proroga del termine adottato con il decreto presidenziale in data 01/09/2023; 3) rigettava l'istanza proposta da *CP_1* *CP_4* i sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c. e per l'effetto, rilevata l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 350 comma 3° periodo secondo c.p.c., applicato l'art. 352 c.p.c., fissava l'udienza di rimessione della causa in decisione per il giorno 25/03/2025, ora di rito, davanti a sé, assegnando alle parti i seguenti termini perentori: a) termine di 60 giorni prima dell'udienza per il deposito di note scritte contenenti la sola precisazione delle conclusioni; b) termine di 30 giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali; c) termine di 15 giorni prima dell'udienza per il deposito delle note di replica; 4) disponeva che l'ordinanza fosse comunicata, a cura della Cancelleria, alle parti costituite.

I.B.5. Con provvedimento in data 25/03/2025, pronunciato all'esito di udienza in pari data sostituita dal deposito di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni ai sensi dell'art. 127 *ter* c.p.c., la Corte, preso atto che almeno una delle parti costituite aveva depositato note scritte, si riservava.

II. MOTIVI DELLA DECISIONE

II.A. LE QUESTIONI PRELIMINARI.

II.A.1. L'eccezione di inammissibilità e palese infondatezza delle censure.

II.A.1.^{Co} *Controparte_6* *CP_2*, con la comparsa di costituzione e risposta, ha eccepito l'“*inammissibilità e palese infondatezza delle censure*”, deducendo (in buona sintesi): che l'atto di impugnazione era inammissibile per violazione dell'art. 121 c.p.c., in quanto tale norma, nel testo riformato dal D.Lgs. n. 149/2022, prescriveva (tra l'altro) che «*Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico.*», mentre l'atto di impugnazione del *Parte_1* [...] risultava confuso e ridondante, privo di una chiara individuazione dei motivi, strutturato in modo tale da rendere oscuro l'oggetto delle censure, con commistione fra premesse e motivi veri e propri, sì da ledere tanto il diritto di difesa costituzionalmente garantito quanto i doveri di buona fede e leale

collaborazione tra le parti nell'ambito del processo civile; che l'impugnazione proposta dal Parte_1 era altresì inammissibile per violazione del principio di specificità dei motivi ex art. 829 c.p.c., in quanto l'impugnazione del lodo arbitrale era a critica vincolata e soggetta alla regola della specificità della formulazione dei motivi (prescritta per il ricorso per cassazione) in considerazione della natura rescindente di tale giudizio e del fatto che solo il rispetto di detta regola poteva consentire al Giudice ed alla parte convenuta di verificare se le contestazioni formulate corrispondessero esattamente ai casi di impugnabilità stabiliti dall'art. 829 c.p.c., mentre il Parte_1 non indicava chiaramente a quali ipotesi di nullità tassativamente previste dall'art. 829 c.p.c. i motivi enunciati fossero riconducibili, si limitava a critiche di merito proponendo una lettura alternativa degli atti e delle clausole contrattuali, non indicava i canoni in concreto violati nonché il punto ed il modo in cui il collegio arbitrale si fosse da essi discostato (a tal fine, infatti, non era sufficiente una semplice critica alla decisione sfavorevole formulata attraverso la mera prospettazione di una diversa e più favorevole interpretazione); che l'impugnazione proposta dal Parte_1 non teneva conto dei limiti strutturali del giudizio di impugnazione ex artt. 828-830 c.p.c., in quanto in tale giudizio (avente, come detto, natura rescindente) era escluso qualsiasi riesame dei fatti, delle prove e dell'interpretazione del contratto compiuta dagli arbitri e l'intervento del giudice dell'impugnazione era consentito solo in presenza di una motivazione del tutto mancante o meramente apparente, mentre, nel caso in esame, il lodo impugnato era ampiamente e coerentemente motivato e le doglianze mosse dal Parte_1 – rivolte alla valutazione delle prove, alla c.t.u. e alla ricostruzione del rapporto concessorio – risultavano strutturalmente estranee al perimetro dell'art. 829 c.p.c.

II.A.1.b. L'eccezione, nelle sue varie articolazioni, è infondata.

II.A.1.b.1. L'art. 121 c.p.c., nel testo modificato dall'art. 3 comma 9° lett. a) e b) del D.Lgs. n. 149/2022, recita: *«Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo. Tutti gli atti del processo sono redatti in modo chiaro e sintetico.»*.

L'inosservanza del principio per il quale gli atti processuali devono essere redatti

in modo chiaro e sintetico, oggi cristallizzato nel novellato art. 121 c.p.c., non risulta “sanzionata” dal legislatore (allo stato, infatti, trattasi di semplice indicazione normativa di carattere generale, rivolta agli operatori del diritto, ossia ad avvocati e giudici), sicché dalla violazione dell’art. 121 c.p.c. non può farsi discendere *tout court*, quantomeno nei procedimenti devoluti alla cognizione dei Giudici di merito, la conseguenza invocata dall’eccipiente (inammissibilità dell’impugnazione).

Ad ogni buon conto, anche a voler opinare in senso contrario, la Corte osserva che non è ravvisabile l’asserita violazione dell’art. 121 c.p.c., poiché il [...] [...]

Parte_1, nell’atto di impugnazione, ha esposto le questioni ed i punti contestati dei lodi impugnati e le doglianze ad essi relative (ossia i motivi di impugnazione) con sufficiente grado di chiarezza (come emergerà, del resto, anche da quanto sarà evidenziato nel prosieguo), quantunque con gli inevitabili limiti imposti dalla complessità della vicenda oggetto delle decisioni arbitrali impugunate, tale da rendere per un verso oggettivamente difficoltoso il rispetto delle esigenze di concisione e stringatezza [basti pensare che alle 44 pagine dell’impugnazione proposta da Parte_1 dedicate alla ricostruzione del rapporto contrattuale *inter partes* (da pag. 2 a pag. 4) e all’esposizione dei motivi di impugnazione (da pag. 4 a pag. 45) si contrappongono le 50 pagine della comparsa di costituzione e risposta di CP_1 Unipersonale dedicate all’esposizione delle argomentazioni dirette a contrastare i motivi di impugnazione (da pag. 2 a pag. 51)] e per altro verso comprensibile che l’impugnante possa essere incorso in alcune ripetizioni [rilevabili, ad esempio, raffrontando i “*Cenni alle questioni del presupposto procedimento arbitrale, rilevanti per la presente impugnazione*” esposti alle pagg. 10-27 dell’atto di impugnazione (§§ 1, 2, 3 e 4) agli “*Ulteriori motivi di impugnazione*” esposti alle pagg. 27-45 del medesimo atto (§§ II, III, IV e V)].

II.A.1.b.2. L’art. 829 c.p.c., nel testo novellato dapprima dall’art. 21 L. n. 25/1994 e poi dall’art. 24 D.Lgs. n. 40/2006 [quest’ultimo applicabile *ratione temporis* nel presente giudizio, in forza della disposizione transitoria di cui all’art. 27 comma 4° del medesimo D.Lgs., a mente del quale le disposizioni del capo V del titolo VIII del libro IV del codice di rito civile (artt. 827-831 c.p.c.), come sostituito dall’art. 24 del D.Lgs. n. 40/2006, si applicano ai procedimenti arbitrali

nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto (come nel caso in esame)], elenca i casi nei quali è ammessa l'impugnazione per nullità del lodo.

Il Parte_1 con l'atto di impugnazione, ha enunciato specifici motivi di nullità delle decisioni arbitrali impugnate, dei quali alcuni sono agevolmente riconducibili all'ipotesi di cui all'art. 829 comma 1° n. 1) c.p.c. (si pensi alla questione di giurisdizione sollevata con il primo motivo di impugnazione ed alla questione di competenza sollevata con il secondo motivo di impugnazione) ed altri sono stati espressamente ricondotti dallo stesso impugnante alle ipotesi di cui all'art. 829 comma 1° nn. 9) e/o 12) c.p.c. (si pensi, in particolare, al quarto e al quinto motivo di impugnazione).

È appena il caso di evidenziare, poi, che la valutazione della fondatezza dei motivi enunciati dal Parte_1, contestata da CP_1 Unipersonale, attiene a profilo del tutto diverso da (e non sussumibile in) quello, sollevato preliminarmente da CP_1 CP_2, qui in esame (violazione dell'art. 829 c.p.c. per difetto di specificità dei motivi di impugnazione).

II.A.1.b.3. Per ciò che concerne, infine, l'asserita inosservanza dei limiti strutturali del giudizio di impugnazione ex artt. 828-830 c.p.c., per avere il Parte_1 sostanzialmente invocato una nuova valutazione dei fatti già valutati dal collegio arbitrale, in modo puntuale e articolato, nell'ambito dei lodi impugnati, la Corte osserva che detta questione appare riferibile non tanto ai primi due motivi di impugnazione [aventi rispettivamente per oggetto, come detto, l'eccezione di difetto di giurisdizione del Giudice ordinario nei confronti del Giudice amministrativo, ex artt. 37 c.p.c. e 7 comma 2° c.p.a., e l'eccezione di incompetenza arbitrale, ex art. 817 c.p.c., eccezioni entrambe riconducibili al motivo di nullità previsto dall'art. 829 comma 1° n. 1) c.p.c.], quanto, almeno in parte, agli ultimi tre motivi di impugnazione [aventi per oggetto, rispettivamente, l'interpretazione del contratto fatta dal collegio arbitrale (contestata dal Parte_1, l'eccezione di inammissibilità della documentazione prodotta da CP_1 Unipersonale e di irritualità della tecnica di deposito della documentazione osservata da CP_1 CP_1 CP_2 (asseritamente non decisa dal collegio arbitrale), la nullità della c.t.u. (posta, ciò non ostante, a fondamento delle decisioni del collegio arbitrale)], sicché sarà valutata

unitamente a tali motivi (a condizione, ovviamente, che l'esame degli stessi, enunciati solo in via subordinata, sia consentito dal previo superamento del primo e/o del secondo motivo di impugnazione).

II.A.1.c. Consegua a tanto il rigetto, nei limiti sopra precisati, dell'eccezione *de qua*.

II.A.2. *L'istanza di 'stralcio' della comparsa conclusionale e delle note di replica.*

II.A.2.a. Il Parte_1 con istanze depositate in date 21/02/2025 e 20/03/2025, ha chiesto disporsi lo stralcio della comparsa conclusionale e delle note di replica depositate da CP_1 CP_2, deducendo che tali atti erano stati irritualmente depositati dalla controparte, rispettivamente in data 21/02/2025 e in data 10/03/2025, in violazione delle prescrizioni rese con il decreto presidenziale sottoscritto digitalmente in data 10/07/2023 (comunicato dalla Cancelleria in data 10/02/2025), il quale aveva disposto il deposito di "*note scritte, contenenti le sole istanze e conclusioni ...*" di cui all'art.127 *ter* comma 1° c.p.c.

II.A.2.b. L'istanza è infondata, nei sensi di seguito precisati.

II.A.2.b.1. Il giudizio di impugnazione per nullità ex artt. 828-830 c.p.c., pur essendo giudizio della Corte di appello in unico grado, si svolge in applicazione delle regole di diritto processuale in tema di appello.

II.A.2.b.2. In ragione di tanto questa Corte, con l'ordinanza pronunciata in data 19-27/09/2023 (v. sopra, *sub* I.B.4.), dopo avere rigettato l'istanza proposta da CP_1 CP_2 ai sensi dell'art. 348 *bis* c.p.c. ed avere rilevato l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 350 comma 3° periodo secondo c.p.c., ha fissato, in applicazione dell'art. 352 c.p.c., l'udienza del giorno 25/03/2025 per la rimessione della causa in decisione, assegnando alle parti il termine di 60 giorni prima dell'udienza per il deposito di note scritte contenenti la sola precisazione delle conclusioni, il termine di 30 giorni prima dell'udienza per il deposito delle comparse conclusionali, il termine di 15 giorni prima dell'udienza per il deposito delle note di replica.

II.A.2.b.3. Tale ordinanza non è stata in alcun modo modificata dal decreto presidenziale pronunciato in data 10/02/2025, con il quale è stato semplicemente disposto lo svolgimento dell'udienza del giorno 25/03/2025 'in modalità

cartolare', ai sensi dell'art. 127 *ter* c.p.c. (cioè è stata disposta la sostituzione dell'udienza 'in presenza', fissata con l'ordinanza del 19-27/09/2023, con il «*deposito di note scritte*»).

II.A.2.b.4. Pertanto, del tutto ritualmente (e tempestivamente) CP_1 CP_2 depositò in data 24/01/2025 le note scritte contenenti la sola precisazione delle conclusioni [ex art. 352 comma 1° n. 1) c.p.c.], in data 21/02/2025 la comparsa conclusionale [ex art. 352 comma 1° n. 2) c.p.c.] e in data 10/03/2025 le note di replica [ex art. 352 comma 1° n. 3) c.p.c.].

II.A.2.c. Consegue a tanto il rigetto delle istanze di stralcio avanzate dal Parte_1, con la sola precisazione, quanto alle note di replica, che, avendo il Parte_1 omesso di depositare la propria comparsa conclusionale, le cc.dd. note di replica depositate da CP_1 Unipersonale devono essere intese come semplice 'risposta' all'istanza di stralcio avanzata dal Parte_1 in data 21/02/2025 (il deposito delle note di replica, infatti, è consentito solo se la controparte ha depositato la comparsa conclusionale).

II.B. L'ATTO DI IMPUGNAZIONE.

II.B.1. Premessa.

II.B.1.a. Il Parte_1, con l'atto introduttivo del presente giudizio, ha impugnato il lodo non definitivo reso dalla Camera Arbitrale dell'ANAC in data 19-29/10/2021, il lodo definitivo reso dalla Camera Arbitrale dell'ANAC in data 19/01/2023 e il decreto d'esecutorietà dei due lodi emesso dal Presidente del Tribunale di Bari in data 20-21/02/2023.

L'impugnazione proposta è da intendersi limitata, tuttavia, ai lodi emessi dal Collegio arbitrale, sia perché l'art. 825 comma 3° c.p.c. prevede uno specifico ed autonomo mezzo di impugnazione contro il decreto del Tribunale che nega o concede l'esecutorietà del lodo ("reclamo" alla Corte di appello), sia perché l'art. 827 comma 2° c.p.c. prevede che i mezzi di impugnazione ai quali è soggetto il lodo (impugnazione per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo) «*possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo*» (comma 2°), il che sta chiaramente a significare che dette impugnazioni sono ammesse soltanto contro il lodo, non contro il decreto reso dal Tribunale all'esito del deposito del lodo (autonomamente impugnabile ex art. 825 c.p.c.).

II.B.1.b. L'art. 827 comma 3° c.p.c. stabilisce che «*Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo.*».

Ciò posto, la Corte osserva che il collegio arbitrale, con il lodo non definitivo, si limitò a rigettare l'eccezione di incompetenza degli arbitri sollevata dal [...] [...]

Parte_1 (che aveva dedotto l'inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato alla luce della previsione dell'art. 23 del Bando di Gara per “*l'affidamento in regime di concessione della costruzione e gestione dell'ampliamento del cimitero urbano e della relativa zona asservita a parcheggio nonché della gestione dei servizi relativo all'intero cimitero comprensivo della parte esistente*”).

Ne consegue che il lodo non definitivo, non avendo deciso parzialmente il merito della controversia ed avendo semplicemente risolto una questione preliminare senza definire il giudizio, non era immediatamente impugnabile, sicché correttamente è stato impugnato dal Parte_1 unitamente al lodo definitivo.

II.B.2. I motivi di impugnazione.

II.B.2.a. Il Parte_1, con l'atto introduttivo del presente giudizio, ha enunciato cinque motivi di impugnazione:

- i) con il primo motivo, il Parte_1 ha eccepito il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario nei confronti del Giudice amministrativo (art. 37 c.p.c.), deducendo (in buona sintesi): che il Collegio arbitrale statuí su una controversia appartenente alla giurisdizione del Giudice amministrativo, omettendo di rilevare d'ufficio il relativo difetto con riguardo al rapporto concessorio intercorso tra le parti; che, infatti, il *petitum* concreto su cui il collegio arbitrale fondò la propria decisione era, in sostanza, l'omesso esercizio da parte di esso Parte_1 dei propri poteri autoritativi (*ivi* compresi quelli espropriativi e d'asservimento urbanistico) necessari per attivare le procedure prodromiche all'adempimento dell'obbligazione di “mettere a disposizione” le aree oggetto del progetto (preliminare) d'ampliamento; che il collegio arbitrale, con lo scopo di inferire l'asserita inadempienza di esso Ente concedente

alla convenzione di concessione, censurò l'omessa attivazione – nei tempi e modi ritenuti dagli arbitri (ma erroneamente) conformi al *dictum* contrattuale – dei poteri espropriativi e d'asservimento urbanistico delle aree su cui avrebbe dovuto insistere l'ampliamento, preordinato alla “messa a disposizione” in favore della società concessionaria; che la “messa a disposizione” delle aree oggetto dell'ultima soluzione d'ampliamento (della quale non era mai stato redatto neppure il progetto definitivo, prodromico all'esatta individuazione delle stesse) costituiva l'approdo finale dell'esercizio dei poteri autoritativi d'esproprio ed asservimento urbanistico che gli arbitri, in buona sostanza, ritennero non fossero stati correttamente esercitati da esso Parte_1; che era evidente che la statuizione operata nella fattispecie sull'asserita inadempienza di essa Amministrazione comunale altro non era che un sindacato sul *quando* e sul *quomodo* dell'esercizio dei suddetti poteri autoritativi di asservimento urbanistico ed espropriativi, come confermato dalla circostanza secondo cui esso Ente concedente, prima dell'obbligo di mettere a disposizione le aree oggetto della nuova e mai completata soluzione progettuale ed ampliamento, avrebbe dovuto più volte esercitare – giusta quanto previsto dalla convenzione Rep. n. 446 in data 02/12/2010 – i propri poteri discrezionali di verifica tecnica e di valutazione, secondo la sequenza procedurale contrattualmente indicata nell'art. 2 della ridetta convenzione; che il collegio arbitrale oblitterò completamente la prevista procedura di verifica e valutazione la cui doverosa considerazione avrebbe, invece, agevolmente attestato che la società concessionaria non vantava alcun diritto soggettivo alla messa a disposizione delle aree oggetto della soluzione d'ampliamento del progetto preliminare, bensì un interesse legittimo che passava per la valutazione e la verifica tecnica del progetto e della sua rispondenza alle esigenze della comunità cittadina, le quali, peraltro, costituivano anche il limite delle aspettative della parte privata; che la società concessionaria non poteva *sic et simpliciter* pretendere la disponibilità di aree alla stessa gradite, laddove il collegio arbitrale, allo stesso modo, non poteva statuire su tale pretesa e sull'asserito contrapposto obbligo di esso Ente concedente, essendo privo del relativo potere

giurisdizionale, devoluto al Giudice amministrativo; che, a tutto voler concedere, la società concessionaria, a fronte di una presunta inerzia di esso Ente concedente nell'esercizio dei propri poteri autoritativi – prodromici alla “messa a disposizione delle aree” – avrebbe potuto/dovuto avviare, dinanzi al competente **CP_7**, il previsto procedimento ex art. 117 c.p.a., al fine di accertare tale situazione e quindi chiedere la nomina di un commissario *ad acta* per l'ipotesi di persistente, ma solo ipotetica, inerzia di esso **Parte_1** e soltanto all'esito di tale giudizio amministrativo (avente per oggetto l'accertamento dell'obbligo di provvedere e il collegato ordine giudiziale in tal senso) la parte privata avrebbe potuto, in caso di perdurante inerzia, far valere i diritti derivanti da tale inadempimento e non già arrivarci *per saltum*, cioè attraverso la statuizione di un collegio arbitrale su materia sottratta alla relativa giurisdizione; che, in definitiva, doveva applicarsi alla fattispecie il condivisibile principio della giurisprudenza di legittimità secondo cui “*in materia di concessioni amministrative, le controversie concernenti indennità, canoni od altri corrispettivi rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario quando hanno un contenuto meramente patrimoniale, senza che assuma rilievo un potere di intervento della P.A. a tutela di interessi generali; mentre allorché la controversia coinvolga la verifica dell'azione autoritativa della P.A. sul rapporto concessorio sottostante, ovvero quando investa l'esercizio di poteri discrezionali-valutativi nella determinazione del canone e non semplicemente di accertamento tecnico dei presupposti fattuali economico-aziendali (sia sull'an che sul quantum), la medesima è attratta nella sfera della giurisdizione del giudice amministrativo*”;

- ii) con il secondo motivo, il **Parte_1** ha eccepito l'incompetenza arbitrale per nullità/inefficacia della clausola compromissoria, deducendo: che vi era insanabile contrasto tra il bando di gara (*lex specialis* della gara), che escludeva l'arbitrato, e lo schema di convenzione e il regolamento, che lo prevedevano; che, secondo consolidata giurisprudenza, il bando di gara, quale fonte gerarchicamente sovraordinata, prevaleva sugli atti successivi, i quali non potevano modificarne il contenuto essenziale; che gli arbitri

erroneamente attribuirono prevalenza allo schema di convenzione, in violazione dei principi sulla gerarchia delle fonti di gara, e conseguentemente affermarono che la clausola compromissoria di cui all'art. 23 della Convenzione Rep. n. 189/2005 era valida; che alla nullità/inefficacia della clausola compromissoria conseguiva l'incompetenza arbitrale, preliminarmente eccepita da esso impugnante ai sensi dell'art. 817 c.p.c. ed erroneamente rigettata dagli arbitri con il lodo non definitivo (richiamato nel lodo definitivo);

iii) con il terzo motivo, il *Parte_1* ha eccepito l'erronea interpretazione del contratto, deducendo: che gli arbitri diedero un'erronea lettura degli artt. 2 e 4 della Convenzione Rep. n. 446/2010, ritenendo attuale e incondizionato l'obbligo di esso Ente concedente di reperire e mettere a disposizione della società concessionaria nuove aree; che tale obbligo, invece, era sottoposto a condizione sospensiva, consistente nel raggiungimento del 10% di manufatti non ceduti (per ciascuna tipologia) tra quelli già realizzati al giorno 02-03/12/2010, nella comunicazione/verifica di tale dato da parte della società concessionaria e nella presentazione di un progetto definitivo (mai avvenuta); che gli arbitri, erroneamente, scissero in modo artificioso gli artt. 2 e 4 della Convenzione, ignorarono la funzione sistematica e la sequenza procedimentale pattuita, attribuirono alla difesa di esso *Parte_1* una tesi mai sostenuta, trascurarono la mancata cooperazione informativa della società concessionaria; che gli arbitri, in violazione delle norme contrattuali e dei criteri ermeneutici, affermarono l'esistenza di un obbligo 'attuale' a carico di esso Ente concedente, viceversa inesistente; che ciò giustificava l'annullamento/riforma dei lodi impugnati;

iv) con il quarto motivo, il *Parte_1* ha eccepito la nullità dei lodi per omessa pronuncia su eccezioni processuali [art. 829 comma 1° n. 12) c.p.c.], deducendo: che il collegio arbitrale omise di pronunciarsi sulle eccezioni di inammissibilità e infondatezza dei documenti prodotti da *CP_1* Unipersonale con la seconda memoria autorizzata e sull'irritalità della tecnica di deposito osservata in tale occasione; che alla violazione del dovere di corrispondenza tra chiesto e pronunciato

conseguiva la nullità del lodo definitivo per omessa pronuncia;

- v) con il quinto motivo, il **Parte_1** ha eccepito la nullità della consulenza tecnica d'ufficio [art. 829 comma 1° n. 9) c.p.c.], deducendo: che la condanna derivava esclusivamente dalle risultanze della c.t.u.; che la c.t.u. era radicalmente nulla, poiché i consulenti, illegittimamente, avevano acquisito d'ufficio documenti costitutivi della domanda (bilanci completi, documentazione di parte), avevano utilizzato documenti non ufficiali prodotti dal consulente della società concessionaria, avevano agito senza autorizzazione del Collegio, avevano violato il principio dispositivo e l'art. 2697 c.c.; che il collegio arbitrale aveva ratificato tale operato ed erroneamente ritenuto sanante l'asserita acquiescenza di esso **Parte_1** [...] che vi erano state aperte violazioni del disposto di cui all'art. 829 comma 1° n. 9) c.p.c., in relazione al principio di cui all'art. 101 c.p.c., e palese violazione degli artt. 111 Cost., 112, 115, 194 e 198 c.p.c., 2697 c.c., con conseguente travolgimento dell'intero apparato motivazionale del lodo definitivo.

II.B.2.b. Il primo motivo di impugnazione (che, a ben vedere, non dà luogo ad una questione di giurisdizione in senso tecnico, bensì ad una questione di merito attinente alla validità della clausola compromissoria⁶) è infondato.

⁶ in termini Cass., sez. un., n. 17205/2003, secondo cui “La non deferibilità della controversia al giudizio arbitrale, per essere la stessa devoluta alla giurisdizione di legittimità od esclusiva del giudice amministrativo, dà luogo, non ad una questione di giurisdizione in senso tecnico, bensì ad una questione di merito attinente all'esistenza e alla validità del compromesso, fermo restando che – esclusa la proponibilità del regolamento preventivo di giurisdizione – rientra pur sempre nelle attribuzioni delle Sezioni Unite la questione del riparto della giurisdizione quante volte essa si ponga in funzione della compromettibilità in arbitri della controversia, atteso che il giudice dell'impugnazione per nullità non può passare dalla fase rescindente del giudizio a quella rescissoria se non dopo aver accertato la sussistenza della propria giurisdizione sulla controversia. Tuttavia, ponendosi nella specie la questione di giurisdizione solo in funzione dell'accertamento della validità del compromesso o della clausola compromissoria nell'ambito della previsione di cui all'art. 829, numero 1), cod. proc. civ., essa non può essere sollevata in ogni stato e grado del giudizio (col solo limite del giudicato interno, esplicito o implicito), ma può essere sottoposta all'esame del giudice di legittimità solo se sia stata dibattuta e decisa nel giudizio di merito come motivo di nullità del lodo, e ciò attesi i limiti del giudizio di cassazione, che è diretto unicamente al controllo della correttezza giuridica e della congruità logica della motivazione della sentenza impugnata.”. In senso conforme, più di recente, Cass., ord. n. 7405/2020 (che ha ribadito che “La non deferibilità della controversia al giudizio arbitrale, per essere la stessa devoluta alla giurisdizione di legittimità o esclusiva del giudice amministrativo, non dà luogo ad una questione di giurisdizione in senso tecnico, bensì ad una questione di merito attinente alla validità del compromesso o della clausola compromissoria sicché, ponendosi la questione di giurisdizione solo in funzione di tale accertamento, essa non può essere sollevata in ogni stato e grado del processo con il solo limite del giudicato interno, esplicito

II.B.2.b.1. Il Parte_1, dopo aver approvato nel 2001 il progetto esecutivo dell'ampliamento del cimitero e parcheggio asservito, nel 2003 aveva approvato il piano delle opere triennali LL.PP. che prevedeva la realizzazione in concessione dell'ampliamento e relativa gestione del cimitero urbano e parcheggio a servizio.

A tal fine, il Parte_1 aveva bandito una gara, con procedura di evidenza pubblica, per *"Affidamento in regime di concessione della costruzione e gestione dell'ampliamento del cimitero urbano e della relativa zona asservita a parcheggio nonché della gestione dei servizi relativi all'intero cimitero comprensivo della parte esistente"*.

All'esito della gara, CP_1 era risultata aggiudicataria della concessione, giusta determinazione del Responsabile del Servizio n. 302 del 24/02/2005 di *"approvazione verbali di gara ed aggiudicazione definitiva"*.

II.B.2.b.2. A seguito del completamento della procedura di gara, il Parte_1 [...] ("Concedente") e CP_1 ("Concessionario"), con atto Rep. n. 189 in data 09/06/2005, avevano stipulato una Convenzione ex artt. 19 e ss. della L. n. 109/1994 e successive modifiche e integrazioni, avente per oggetto *"... l'affidamento in concessione da parte del concedente della progettazione esecutiva, costruzione e gestione delle opere, nonché della costruzione delle opere complementari ed accessorie, alle condizioni e nei termini stabiliti nei successivi articoli."* (art. 2 comma 1°).

In forza di tale Convenzione (tra l'altro):

- il Concedente attribuiva al Concessionario: *"a) la progettazione esecutiva delle Opere non comprese nel progetto esecutivo in possesso dell'Amministrazione già citato in premessa; b) il diritto d'uso o di superficie sopra e sotto il suolo delle aree interessate dall'intervento per la costruzione delle opere oggetto della concessione; c) la costruzione delle opere oggetto di ampliamento del cimitero urbano sulle aree interessate dall'intervento, nonché la costruzione del parcheggio a raso asserviti al cimitero urbano...; d) il diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare*

o implicito, ma, trattandosi di una questione di merito, può essere sottoposta all'esame del giudice di legittimità solo se sia stata dibattuta e decisa come motivo di nullità del lodo."); Cass., sez. un., n. 1514/2016; Cass., sez. un., n. 8212/2004.

economicamente le opere, nei modi e termini stabiliti nella presente convenzione nel regolamento per la gestione dei servizi cimiteriali; e) il diritto di gestire i servizi cimiteriali in favore dell'utenza e del concedente, nei modi e termini stabiliti nella presente convenzione ...; f) il diritto di riscuotere dall'utenza le tariffe per la concessione in uso o superficie di aree e manufatti cimiteriali... ” (art. 2 comma 2°);

- *il Concessionario, con la stipula del contratto, acquisiva i diritti ed assumeva gli obblighi specificati agli artt. da 4 a 9 della Convenzione (nonché, ai sensi dell'art. 13 comma 2°, “l'impegno di attivarsi per richiedere alle altre amministrazioni competenti le autorizzazioni, le concessioni, i nulla osta, le licenze, le dispense e quant'altro necessario per la corretta e tempestiva esecuzione delle opere, fermo restando che eventuali ritardi o inadempimenti potranno a lui essere imputati solo nel caso in cui sia dimostrata l'inerzia del concessionario nell'attivare i relativi procedimenti ovvero nello sollecitare la loro conclusione nei termini di legge.”);*
- *il Concedente, con la stipula del contratto, assumeva gli oneri e gli obblighi specificati agli artt. 10 e ss. della Convenzione, tra i quali vi erano:*
 - *l'obbligo di rilasciare “al Concessionario, senza oneri a carico di quest'ultimo, i provvedimenti amministrativi relativi all'occupazione degli spazi e delle aree pubbliche... necessari per l'esecuzione e la gestione delle opere in concessione” (art. 10 comma 1°);*
 - *l'impegno, per il tramite del nominando Responsabile unico del procedimento, a convocare entro dieci giorni dalla presentazione del progetto esecutivo apposita conferenza di servizi per l'acquisizione dei pareri tecnici eventualmente necessari (art. 10 comma 4°);*
 - *l'impegno ad approvare il progetto esecutivo entro sessanta giorni dalla presentazione da parte del concessionario (art. 10 comma 5° periodo primo);*
 - *l'impegno, nei confronti del Concessionario, “a conferirgli in uso o in diritto di superficie... l'area cimiteriale e le altre aree, libere da vincoli, ovvero immobili, indicate nel progetto esecutivo oggetto di intervento per la realizzazione e gestione delle opere in concessione” (art. 12 comma 1°), specificando che “L'immissione in possesso di detti*

beni avverrà su richiesta del Concessionario, almeno 20 (venti) giorni prima della data di inizio dei lavori sull'area interessata..." (art. 12 comma 2°);

- l'impegno *"a compiere entro termini ristretti, e comunque nel rispetto delle indicazioni risultanti dal cronoprogramma, le attività amministrative di propria competenza necessarie per l'esecuzione della concessione ed il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario del progetto, ivi comprese, a titolo esemplificativo e non esaustivo, il rilascio delle autorizzazioni all'accesso per l'espletamento di indagini e ricerche, il rilascio delle autorizzazioni licenze d'uso necessarie per lo svolgimento dei lavori e servizi, la convocazione di conferenze di servizi per il rilascio di atti o provvedimenti per i quali siano necessarie intese, nulla osta, pareri ed assensi di amministrazioni diverse, ovvero l'esame contestuale di vari interessi pubblici."* (art. 13 comma 1°. Il comma 2° del medesimo articolo prevedeva invece, come sopra ricordato, l'impegno del Concessionario ad attivarsi per richiedere alle altre amministrazioni i provvedimenti – autorizzazioni, concessioni, nulla osta, licenze, dispense – e quant'altro necessario per la corretta e tempestiva esecuzione delle opere).

II.B.2.b.3. Con atto Rep. n. 212 in data 30/07/2007, il Parte_1 ("Concedente") e CP_1 ("Concessionario"), premesso che in data 29/06/2005 era stato redatto il verbale di consegna dei lavori (nel quale si era preso atto che la zona di cantiere era interessata dalla presenza di alcuni tralicci Enel da spostare a cura dell'Amministrazione comunale), che in data 05/08/2005 era stato redatto il verbale di constatazione dello stato dei luoghi (nel quale era stata rilevata una serie di lavori di adeguamento da realizzare nel vecchio cimitero ed il Concessionario si era dichiarato disponibile ad eseguirli previo adeguamento del piano economico finanziario), che con determinazione n. 747 in data 09/05/2006 il Responsabile del Servizio aveva approvato il progetto esecutivo architettonico di cui agli artt. 4 e 11 della Convenzione in data 09/06/2005, che durante l'attuazione delle prime fasi realizzative dell'opera era emersa l'esigenza di procedere ad una riorganizzazione quali-quantitativa delle sepolture, ad adeguamenti planoaltimetrici ed all'adeguamento del Sacrario, che in data

19/12/2006 il Concessionario aveva presentato il progetto esecutivo architettonico di revisione generale ove erano stati recepiti tutti i suddetti adeguamenti), che con nota in data 21/02/2007 il Concessionario aveva rappresentato al Concedente la propria disponibilità ad ultimare tutte le lavorazioni entro il primo semestre 2008 e contestualmente aveva chiesto di poter conservare la piena disponibilità di tutti i manufatti sepolcrali realizzati mediante integrazione e/o adeguamento di alcune clausole della Convenzione in data 09/06/2005 [e precisamente di quelle di cui agli artt. 2 lett. c), 3 comma 1° ultimo periodo, 6 comma 2°], che con deliberazione n. 20 del 26/02/2007 la Giunta Comunale aveva dato indirizzo al Responsabile del Servizio Lavori Pubblici per l'approvazione della revisione generale del progetto esecutivo ed aveva approvato l'adeguamento del quadro economico finanziario unitamente alla richiesta del Concessionario di adeguamento/integrazione degli artt. 2 lett. c), 3 comma 1° ultimo periodo, 6 comma 2° della Convenzione in data 09/06/2005, che a marzo del 2007 erano stati compiuti gli ulteriori adempimenti necessari (validazione del progetto esecutivo, acquisizione del parere favorevole alla revisione generale del progetto esecutivo, approvazione della revisione generale del progetto esecutivo architettonico), tutto ciò premesso, avevano concordato la parziale modifica della Convenzione Rep. n. 189 in data 09/06/2005 nei termini specificati (v. artt. 2-3 della Convenzione integrativa), facendo *“salvi tutti i patti e le condizioni fissate nella convenzione sottoscritta dalle parti il 09/06/2005, che non hanno formato oggetto di trattazione nella presente convenzione integrativa.”* (art. 4 della Convenzione integrativa).

II.B.2.b.4. Con atto Rep. n. 446 in data 02/12/2010, il Parte_1 (“Concedente”) e CP_1 (“Concessionario”), richiamati gli atti ed i provvedimenti della procedura di evidenza pubblica avente per oggetto i lavori di ampliamento del cimitero comunale e l'esternalizzazione sia della gestione della costruzione dell'ampliamento sia della connessa gestione di tutti i servizi cimiteriali nonché le convenzioni sottoscritte *inter partes* in date 29/06/2005 e 30/07/2007, e premesso che con deliberazione n. 97 del 15/05/2008 la Giunta Comunale, in considerazione della situazione negativa registrata dal Concessionario nel primo periodo di gestione a causa dell'effettivo tasso di mortalità (notevolmente inferiore a quello stimato nei documenti a base di gara),

aveva dato indirizzo al Responsabile della concessione di procedere alla predisposizione di un'ipotesi di riequilibrio del piano economico-finanziario attraverso una soluzione di ulteriore ampliamento mediante nuovi manufatti cimiteriali che il Concessionario avrebbe dovuto realizzare in aggiunta a quelli già previsti nella Revisione Generale del progetto esecutivo approvato nel 2007 (lasciando inalterato, però, il periodo di erogazione dei servizi previsti dall'art. 5 della Convenzione in data 09/06/2005), tutto ciò richiamato e premesso, avevano concordato quanto segue:

- ♣ il Concessionario si impegnava a realizzare i nuovi manufatti cimiteriali entro il termine della durata della Concessione in essere come fissata dall'art. 3 della Convenzione Rep. n. 189 in data 09/06/2005 (art. 2 comma 1°), obbligandosi a dare *“immediato inizio ai lavori di costruzione dei nuovi manufatti quando rimarrà non ceduto il 10% dei manufatti attualmente realizzati; la percentuale dovrà essere verificata per ogni tipologia di manufatto”* (art. 2 comma 2°), con la precisazione che *“Preliminarmente alla realizzazione dei manufatti cimiteriali saranno redatti e approvati i relativi progetti definitivi ed esecutivi nelle forme e modi previsti dalla vigente normativa”* (art. 2 comma 3°) e che *“L'approvazione dei predetti progetti avverrà previa verifica da parte del Responsabile che la realizzazione dei manufatti sia finalizzata al perseguimento del programmato riequilibrio economico-finanziario e nei limiti di quanto necessario per tale finalità”* (art. 2 comma 4°);
- ♣ il Concedente si impegnava nei confronti del Concessionario *“a conferire in uso e in diritto di superficie, per le finalità e per tutta la durata della presente concessione, le aree interessate dalla soluzione progettuale di ulteriore ampliamento approvata.”* (art. 4 comma 1°), specificando che *“L'immissione in possesso di detti beni e aree liberi da vincoli, impedimenti, ovvero immobili, che il concedente si impegna ad eliminare a proprie cura e spese, avverrà nei modi e nei tempi fissati dall'art. 12 dell'atto sottoscritto in data 09/06/2005 Rep. 189 ...”* (art. 4 comma 2°);
- ♣ restavano *“salvi tutti i patti e le condizioni fissate nella convenzione sottoscritta dalle parti il 09/06/2005 e nell'atto di integrazione alla convenzione sottoscritta dalle parti il 30/07/2007, che non hanno formato*

oggetto di trattazione nella presente convenzione integrativa.” (art. 7).

II.B.2.b.5. Così ricostruito il rapporto intercorso tra il Parte_1 e CP_1 (avente per oggetto, come visto, l'affidamento in regime di concessione della costruzione e gestione dell'ampliamento del cimitero urbano e della relativa zona asservita a parcheggio nonché della gestione dei servizi relativi all'intero cimitero comprensivo della parte esistente), appare opportuno ricordare alcuni principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità in materia di giurisdizione sulle controversie relative a concessione di costruzione e gestione di opera pubblica.

La Corte Suprema (dal cui autorevole insegnamento, pienamente condivisibile, non vi è ragione alcuna di discostarsi), invero, ha chiarito:

- ♦ che *“Le controversie relative a concessione di costruzione e gestione di opera pubblica, in quanto riconducibili alla nozione normativa di ‘concessione di lavori’ di cui alla direttiva 14 giugno 1993, n. 93/37/CEE ed alla direttiva 18 luglio 1989, n. 89/440/CEE, competono alla giurisdizione ordinaria, ai sensi della l. n. 109 del 1994, art. 31 bis, e art. 133 c.p.a., comma 1, lett. e), n. 1, se relative alla fase successiva all’aggiudicazione, anche qualora la domanda sia stata proposta anteriormente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 163 del 2006 e si riferisca a lavori concessi anteriormente all’entrata in vigore della l. n. 109 del 1994.”*⁷;

⁷ così Cass., sez. un., ord. n. 21200/2017. In senso conforme Cass., sez. un., ord. n. 19391/2012, che ha statuito che *“La controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la ristrutturazione di un complesso immobiliare destinato ad area termale, nonché l'affidamento in gestione al concessionario dell'offerta al pubblico degli impianti e servizi relativi, previa corresponsione al comune aggiudicatore di un canone annuo, appartiene alla giurisdizione ordinaria, non avendo ormai rilievo, nel vigente quadro normativo, la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte), e sussistendo, piuttosto, l'unica categoria della “concessione di lavori pubblici”, nella quale la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario.”*; Cass., sez. un., n. 28804/2011, secondo cui *“Nel quadro normativo derivante dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, sussiste l'unica categoria della ‘concessione di lavori pubblici’, onde non è più consentita la precedente distinzione tra concessione di sola costruzione e concessione di gestione dell'opera (o di costruzione e gestione congiunte) – ove prevale il profilo autoritativo della traslazione delle pubbliche funzioni inerenti l'attività organizzativa e direttiva dell'opera pubblica, con le conseguenti implicazioni in tema di riparto di giurisdizione – in quanto, ormai, la gestione funzionale ed economica dell'opera non costituisce più un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario, come risulta dall'art. 143 del codice, con la conseguenza che le controversie relative alla fase di esecuzione*

- ♦ che *“Nel settore dell’attività negoziale della P.A., appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo tutte le controversie che attengono alla fase preliminare, antecedente e prodromica al contratto, inerenti alla formazione della volontà e alla scelta del contraente privato in base alle regole della cd. evidenza pubblica, mentre quelle che radicano le loro ragioni nella serie negoziale successiva, che va dalla stipulazione del contratto fino alle vicende del suo adempimento, e riguardano la disciplina dei rapporti scaturenti dal contratto, sono devolute al giudice ordinario; l’asse della giurisdizione non è spostato dall’intervento, tra le parti, di sentenza del giudice amministrativo di annullamento del provvedimento di affidamento in concessione, con conseguente dichiarazione d’inefficacia del contratto limitata, ex art. 121, comma 1, c.p.a., alle prestazioni ancora da eseguire, atteso che in tale caso le prestazioni già eseguite restano legate dal sinallagma contrattuale e rimangono sottoposte alla disciplina privatistica che le regolava prima, continuando a collocarsi nella fase esecutiva del contratto, quindi al di fuori dal raggio di applicazione della giurisdizione esclusiva ex art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., non venendo in rilievo l’esercizio di poteri discrezionali.”*⁸;
- ♦ che *“Le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto di concessione di prestazioni integrate inerenti alla progettazione e costruzione di opere pubbliche appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario, anche laddove inerenti alla mancata stipula di atti integrativi funzionali all’esecuzione di lavori, qualora quest’ultima sia prospettata alla stregua di inadempimento di un’obbligazione contemplata dalla convenzione iniziale”*⁹;

appartengono alla giurisdizione ordinaria.” (fattispecie relativa ad una procedura di finanza di progetto, c.d. *project financing*, in cui la controversia non riguardava la fase pubblicistica di scelta del promotore, che si conclude con la concessione, ma la fase privatistica, per la quale viene sottoscritta una convenzione che regola i rispettivi diritti ed obblighi delle parti).

⁸ così Cass., sez. un., ord. n. 7219/2020. In senso sostanzialmente conforme Cass., sez. un., ord. n. 18374/2023 e Cass., sez. un., ord. n. 18267/2019 nonché, da ultimo, Cass., sez. un., ord. n. 4664/2026, che ha dichiarato la giurisdizione del Giudice ordinario in ordine alla controversia relativa alla domanda della concessionaria di riconoscimento di maggiori importi per costi di investimenti realizzati nella fase esecutiva della concessione, attraverso l’impugnazione del provvedimento che aveva approvato solo parzialmente il progetto di interventi dalla stessa predisposto, decurtando le somme indicate.

⁹ così Cass., sez. un., ord. n. 30267/2023 (nella specie, relativa a una convenzione stipulata tra le Ferrovie

- che *“In tema di concessione delle attività di manutenzione e gestione dei servizi cimiteriali, la domanda di accertamento della legittimità del recesso, esercitato dal concessionario in forza di una specifica clausola contrattuale, a seguito del rifiuto dell’ente concedente di avviare la revisione del piano economico finanziario della concessione, rientra nella giurisdizione del giudice ordinario, poiché non attiene alla procedura di gara, né ad accordi integrativi o sostitutivi di provvedimenti amministrativi, né rientra nell’alveo delle lett. b) e c) dell’art. 133 c.p.a., non essendo in discussione la concessione del bene pubblico o il momento ad essa prodromico, bensì la disciplina del contratto già stipulato, con il quale le opere e i servizi sono stati affidati.”*¹⁰;
- che *“In tema di concessioni di servizi, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto, successiva all’aggiudicazione, sia se implicanti la costruzione (e gestione) dell’opera pubblica, sia se non collegate all’esecuzione di un’opera, sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, al quale spetta di giudicare sugli adempimenti (e sui relativi effetti) con indagine diretta alla determinazione dei diritti e degli obblighi dell’amministrazione e del concessionario, nonché di valutare, in via incidentale, la legittimità degli atti amministrativi incidenti sulla*

dello Stato e un consorzio di imprese per la concessione di prestazioni integrate necessarie per la progettazione e la costruzione di alcune linee ferroviarie, è stata dichiarata la giurisdizione del Giudice ordinario sulla domanda risarcitoria, per responsabilità contrattuale e precontrattuale, avanzata dal suddetto CP_8 in relazione all’illegittimo comportamento della parte pubblica, per non avere assunto gli atti preordinati all’esecuzione di ulteriori lavori alla cui emanazione – secondo la prospettazione dell’attore – essa si era obbligata in seno alla convenzione iniziale). In senso conforme Cass., sez. un., n. 5594/2020 [che ha affermato il principio secondo cui *“La controversia relativa alla fase di esecuzione di una convenzione avente ad oggetto la costruzione e la gestione di un’opera pubblica appartiene alla giurisdizione ordinaria, per essere sussumibile nella unitaria categoria, regolata dal d.lgs. n. 163 del 2006, della ‘concessione di lavori pubblici’, nella quale la gestione funzionale ed economica dell’opera non costituisce un accessorio eventuale della concessione di costruzione, ma la controprestazione principale e tipica a favore del concessionario.”* (trattavasi di fattispecie relativa ad una procedura di finanza di progetto, c.d. *project financing*, in cui la controversia riguardava non la fase pubblicistica di scelta del promotore, che si conclude con la concessione, ma la fase privatistica introdotta dalla convenzione che regola i rispettivi diritti ed obblighi delle parti)]; Cass., sez. un., ordd. nn. 24086/2024 e 21971/2021 [secondo cui *“In tema di procedure di finanza a progetto (c.d. project financing), la controversia relativa alla fase successiva all’aggiudicazione compete alla giurisdizione ordinaria, involgendo questioni relative alla delimitazione del contenuto del rapporto e all’adempimento delle relative obbligazioni, le quali si mantengono nell’ambito di un rapporto paritetico tra le parti e non implicano, pertanto, di regola, l’esercizio di un potere autoritativo pubblico.”*].

¹⁰ così Cass., sez. un., ord. n. 7735/2023.

determinazione del corrispettivo; resta ferma, invece, la giurisdizione del giudice amministrativo nei casi in cui l'amministrazione, sia pure successivamente all'aggiudicazione definitiva, intervenga con atti autoritativi incidenti direttamente sulla procedura di affidamento, mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio o di eventuali altri poteri riconosciuti dalla legge, o comunque adotti atti autoritativi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge n. 241 del 1990, oltre che nei casi tassativamente previsti (come quello di cui all'art. 133, comma 1, lett. e, n. 2, c.p.a.).”¹¹.

II.B.2.b.6. Orbene, alla luce di quanto sopra evidenziato, deve rilevarsi:

- che la controversia insorta tra il **Controparte_9** **CP_1** pacificamente introdotta dinanzi al collegio arbitrale con domanda proposta da **CP_1** dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 163/2006 e relativa a lavori concessi successivamente all'entrata in vigore della L. n. 109/1994, concerneva la concessione di costruzione e gestione di opera pubblica (ampliamento del cimitero urbano e della relativa zona asservita a parcheggio nonché gestione dei servizi relativi all'intero cimitero comprensivo della parte esistente, attività riconducibili alla nozione normativa di 'concessione di lavori' di cui alla direttiva n. 93/37/CEE del 14/06/1993 ed alla direttiva n. 89/440/CEE del 18/07/1989) ed era relativa alla fase successiva all'aggiudicazione, in particolare alla fase esecutiva del rapporto concessorio [difatti, **CP_1** con la domanda di arbitrato, aveva dedotto l'inadempimento del **Parte_1** rispetto agli obblighi da quest'ultimo assunti con i contratti stipulati con essa Concessionaria (convenzione Rep. n. 189 in data 09/06/2005, convenzione integrativa Rep. n. 212 in data 30/07/2007 e ulteriore convenzione integrativa n. 446 in data 02/12/2010) e, per l'effetto, aveva invocato la

¹¹ così Cass., sez. un., ord. n. 32728/2018. In senso sostanzialmente conforme Cass., sez. un., n. 33691/2019, che ha affermato che *“In tema di concessioni di pubblici servizi, le controversie relative alla fase esecutiva del rapporto successiva all'aggiudicazione, ivi comprese le questioni inerenti agli adempimenti ed alle relative conseguenze indennitarie ..., sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, venendo in discussione il profilo paritario e meramente patrimoniale del rapporto concessorio e non già l'esercizio di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, sicché possono essere compromesse in arbitrato rituale.”*.

risoluzione di dette convenzioni e/o, in ogni caso, la condanna del Concedente alle restituzioni delle prestazioni ricevute ed al risarcimento dei danni conseguenti o, in via subordinata, al pagamento delle opere realizzate da essa Concessionaria], sicché la controversia rientrava senz'altro nella giurisdizione del Giudice ordinario ai sensi degli artt. 2 e 31 *bis* della L. n. 109/1994 e dell'art. 133 comma 1° lett. e) n. 1) del D.Lgs. n. 104/2010 (c.d. c.p.a.);

- ▼ che il Parte_1 nella fase esecutiva del rapporto di concessione-contratto, non aveva esercitato poteri autoritativi tipizzati dalla legge né aveva rappresentato alla Concessionaria che avrebbe dovuto esercitarli (ciò che ben avrebbe potuto rappresentare, ad esempio, dando riscontro alle note di sollecito in date 23/05/2011, 16/09/2011 e 27/11/2014 inviate da CP_1, rimaste invece prive di risposta da parte del Pt_1, tanto più se si consideri che la seconda Convenzione integrativa (Rep. n. 446 in data 02/12/2010) era stata stipulata tra Concedente e Concessionaria dopo la deliberazione n. 143/2010 in data 09/07/2010 della Giunta Comunale e le deliberazioni nn. 34/2010 e 35/2010 in data 27/07/2010 del Consiglio Comunale. Ed infatti:

- a) la Giunta comunale, con la deliberazione n. 143/2010, aveva proposto di approvare *“il progetto preliminare delle opere finalizzate alla costruzione del secondo ampliamento del cimitero urbano unitamente al quadro economico ed elenco elaborati descritti nel parere del RUP, allegato”* (il piano economico finanziario era stato trasmesso da CP_1 con nota prot. n. 14694 del 21/09/2009);
- b) il RUP, con il proprio parere favorevole (costituente parte integrante della citata deliberazione n. 143/2010 della Giunta Comunale), aveva espressamente evidenziato (tra l'altro) che *“la soluzione progettuale presentata dal Concessionario ed elaborata dal progettista e direttore dei Lavori individuato dall'Amministrazione Comunale, è stata sviluppata all'interno dell'area di pertinenza dell'attuale cimitero ed è quindi conforme allo strumento urbanistico vigente”* [ciò lasciava ragionevolmente intendere, quindi, che le aree interessate dalla costruzione del secondo ampliamento del cimitero urbano, oggetto

della Convenzione Rep. n. 446 in data 02/12/2010, fossero già nella disponibilità del Parte_1 (sulla base, si noti bene, di quanto affermato dal progettista e direttore dei lavori individuato proprio dall'Ente pubblico concedente) e che dunque non fosse necessario acquisirle autoritativamente mediante procedure espropriative];

- c) il Consiglio Comunale, con le deliberazioni nn. 34/2010 e 35/2010, tenuto conto del Piano economico-finanziario trasmesso da CP_1 [...] con nota prot. n. 14694 del 21/09/2009 e della deliberazione n. 143/2010 della Giunta Comunale, per un verso (deliberazione n. 34/2010) aveva parzialmente modificato il Regolamento di Polizia Mortuaria (approvato con propria deliberazione n. 41/2003) ed il Regolamento della gestione dei servizi cimiteriali per l'esecuzione dell'appalto di costruzione e gestione del nuovo cimitero (approvato con propria deliberazione n. 42/2003) e per altro verso (deliberazione n. 35/2010) aveva deliberato di *“prendere atto dell'ipotesi di riequilibrio del piano finanziario della concessione nei termini proposti dall'impresa, ovvero la realizzazione di nuovi manufatti cimiteriali come da progetto preliminare trasmesso dall'impresa Inedil Costruzioni Generali S.r.l. con nota n° 14694 del 21/09/2009 ed approvato con deliberazione di giunta comunale n° 143 del 09/07/2010”* (punto 1), di *“approvare... il programma delle opere pubbliche afferenti al triennio 2010-2012 ... con riferimento ... al progetto preliminare di ampliamento del cimitero approvato con deliberazione di Giunta Comunale n° 143 del 09/07/2010”* (punto 3, parte prima), di *“dare atto che, in conseguenza dell'ulteriore ampliamento, il Responsabile della Concessione procederà ad una revisione del rapporto concessorio per la parte di nuova costruzione, mediante atto integrativo della concessione”* da redigersi nel rispetto degli indirizzi formulati (punto 4), di *“dare atto che preliminarmente alla realizzazione dei manufatti cimiteriali saranno redatti approvati i relativi progetti definitivi ed esecutivi nelle forme e modi previsti dalla vigente normativa”* (punto 5);

- ▼ che **CP_1** nel giudizio arbitrale, aveva espressamente allegato che **Parte_1** era rimasta inadempiente, nei confronti di essa Concessionaria, all'obbligo contrattuale – tale perché espressamente assunto dall'Ente Concedente in forza delle citate convenzioni stipulate con essa Concessionaria negli anni 2005, 2007 e 2010 – di conferire in uso e in diritto di superficie le aree interessate dalla già approvata soluzione progettuale di ulteriore ampliamento, sicché **CP_1** aveva proposto una domanda chiaramente fondata sull'inadempimento contrattuale del **Parte_1** [...], al di là delle (ed a prescindere dalle) concrete modalità che l'Ente Concedente avrebbe scelto al fine di adempiere l'obbligo assunto (contrattualmente, si ribadisce) nell'ipotesi in cui le aree *de quibus* non fossero già di sua proprietà, trattandosi di azione (od omissione) dell'Amministrazione Pubblica da valutarsi, tutt'al più, *incidenter tantum* nell'ambito del giudizio sul corretto adempimento – contestato dalla società Concessionaria – delle obbligazioni assunte dall'Ente Concedente nella fase esecutiva del rapporto concessorio con atti negoziali paritetici. La riprova di ciò, del resto, può desumersi proprio dalle sopra citate note di sollecito in date 23/05/2011 e 16/09/2011, con le quali **CP_1** si era limitata a segnalare che l'approvazione del progetto definitivo comportava la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, la quale era “*condizione per procedere, ove richiesto e necessario, all'espropriazione delle aree interessate dalla realizzazione dell'opera stessa*”, il che sta chiaramente a significare che tale ipotesi non era indicata come certa, tenuto conto del fatto che dal parere del RUP recepito nella deliberazione n. 143/2010 della Giunta Comunale, fondato sulla “*soluzione progettuale presentata dal Concessionario ed elaborata dal progettista e direttore dei Lavori individuato dall'Amministrazione Comunale*”, emergeva che il Concedente era già proprietario delle aree interessate dalla realizzazione dell'opera, sicché non occorre procedere all'acquisizione delle stesse mediante attivazione di procedure espropriative (a meno che, ovviamente, più puntuali verifiche dell'Ente Concedente – che non risultano eseguite dal [...]) **Parte_1**, il quale, peraltro, neppure si era peritato di rispondere alle note di sollecito inviate dalla società Concessionaria, come sopra evidenziato –

portassero a diverse conclusioni).

II.B.2.b.7. A quanto sopra esposto consegue, dunque, il rigetto del primo motivo di impugnazione, non ricorrendo i presupposti per affermare il difetto di giurisdizione del Giudice ordinario (*rectius*: non ricorrendo i presupposti per affermare l'invalidità della clausola d'arbitrato in ragione del fatto che la controversia devoluta al Collegio arbitrale rientrava nella giurisdizione del Giudice amministrativo).

II.B.2.c. Il secondo motivo di impugnazione (incompetenza arbitrale per nullità/inefficacia della clausola compromissoria) è fondato.

II.B.2.c.1. Il Parte_1 nel corso del giudizio arbitrale, aveva eccepito l'incompetenza degli arbitri, deducendo già con la prima difesa (atto di resistenza datato 18/06/2021) e poi nel prosieguo del giudizio (memoria autorizzata in data 20/09/2021 e memoria autorizzata di replica in data 06/10/2021) che la convenzione di arbitrato era inesistente, invalida o inefficace e/o nulla, atteso che il bando di gara (*lex specialis* della gara e fonte gerarchicamente sovraordinata, prevalente sugli atti successivi) escludeva l'arbitrato, sicché era irrilevante che lo schema di convenzione e il regolamento (che non potevano modificare il contenuto essenziale del bando di gara, essendo minusvalenti rispetto ad esso) lo prevedessero.

II.B.2.c.2. CP_1 si era opposta all'accoglimento dell'eccezione, deducendo: che il Bando di Gara era solo uno di una serie di atti e documenti che componevano la documentazione della procedura di selezione pubblica, tra i quali vi erano il Regolamento (richiamato, nelle premesse, dal Bando di Gara) e lo Schema di Convenzione (sulla cui base era stata poi formalizzata la Convenzione), i quali contenevano la clausola compromissoria; che l'esclusione della competenza arbitrale eccepita dal Parte_1 era limitata alle sole liti per le quali era disposto il procedimento di definizione bonaria di cui all'art. 31-*bis* della L. n. 109/1994 (esplicitamente richiamato all'art. 23 del Bando di Gara); che il richiamo dell'art. 31-*bis* L. n. 109/1994 nella stessa linea dell'art. 23 del Bando di Gara che escludeva la competenza arbitrale indicava la volontà della Stazione appaltante di individuare diversi strumenti di risoluzione delle controversie a seconda del fatto che la lite potesse essere ritenuta legata all'esecuzione dell'appalto (per le quali valeva il richiamo all'art. 31-*bis* e la

corrispondente esclusione della competenza arbitrale) o fosse invece riferibile alle vicende inerenti alla gestione del servizio cimiteriale (da ricondurre alla disciplina dettata dal Regolamento e pertanto assoggettata alla clausola compromissoria).

II.B.2.c.3. Il collegio arbitrale, con il lodo non definitivo in data 19-29/10/2021, rigettò l'eccezione proposta da Parte_1 (riepilogata dagli arbitri nel § B.2.1. di detto lodo), osservando (con sostanziale condivisione delle difese formulate da CP_1 riepilogate nel § B.2.2. del lodo non definitivo), osservando testualmente quanto segue:

«B.2.3. La decisione del Collegio.

L'eccezione relativa all'invalidità della clausola compromissoria, con conseguente richiesta di declaratoria di incompetenza del Collegio, non può essere accolta.

B.2.4. In primo luogo, il Regolamento e lo Schema di Convenzione erano allegati al Bando di Gara e come tali a disposizione di ogni interessato; per di più, il Regolamento era richiamato espressamente nelle premesse del Bando di Gara, che pertanto denotava inequivocabilmente la volontà di farne proprie tutte le disposizioni, ivi inclusa quella relativa alla arbitrabilità delle controversie.

Nella specie, non si sarebbe, quindi, dinanzi a una possibile contraddizione tra Bando di Gara e documenti esterni ad esso; e, tanto meno, tra Bando di Gara e Convenzione ad esso successiva.

Si sarebbe, piuttosto, di fronte a un caso di possibile (ma, come si dirà a seguire, solo apparente) "antinomia interna" al Bando di Gara, ovvero a un potenziale contrasto tra frammenti dello stesso Bando di Gara, inteso nel suo complesso e nella sua unità.

I principi con cui affrontare e risolvere la questione non sarebbero, dunque, quelli della prevalenza del Bando rispetto alla Convenzione, ma quelli sottesi alla interpretazione del Bando di Gara in ossequio ai più corretti canoni ermeneutici.

B.2.5. Sul piano per l'appunto ermeneutico, ritiene il Collegio che la più corretta interpretazione dell'art. 23 del Bando di Gara consenta di escludere senz'altro che ricorra alcun contrasto con la clausola arbitrale di cui all'art. 23 della Convenzione.

A tal fine, è sufficiente, da un lato, rammentare che tale ultima disposizione non fa che riprodurre quanto era già previsto nello Schema di Convenzione e nel Regolamento, allegati al Bando di Gara – e, quanto al primo, anche richiamato nelle sue premesse – e, dall’altro, por mente al modo in cui l’art. 23 del Bando di Gara era ed è testualmente formulato.

B.2.6. Quanto a questo secondo profilo, è oltremodo significativo il fatto che l’esclusione della competenza arbitrale, nel dettato dell’art. 23 del Bando di Gara, fosse e sia strettamente collegata al richiamo dell’art. 31-bis della l. 11 febbraio 1994, n. 109, non a caso collocati nell’ambito di un unico “bullet point” inerito nel contesto di una previsione dedicata alle “Altre informazioni” (così la rubrica dello stesso art. 23) e tra loro separati da un semplice “punto e virgola” («Per tutte le controversie si applicheranno le disposizioni dell’art. 31bis della legge 109/94; è esclusa la competenza arbitrale»). La collocazione sistematica (in un “bullet” comune) e strettamente unitaria e consequenziale (unica affermazione, separata da un punto e virgola) appaiono invero segnali sufficientemente univoci del fatto che l’esclusione della competenza arbitrale (di cui alla seconda parte) fosse riferita alle sole controversie di cui all’art. 31-bis della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (di cui alla prima parte).

B.2.7. A tal proposito, è sufficiente por mente al fatto che l’art. 31-bis della l. 109/94 reca(va) una disciplina riferibile alle sole controversie afferenti alla realizzazione dei lavori e non a tutte le possibili controversie attinenti alla gestione dei rapporti tra ente affidante e soggetto affidatario, come conferma il rapporto da species a genus corrente tra le liti di cui al medesimo art. 31-bis e quelle (a gittata più generale) contemplate dall’art. 32 della stessa legge come (tutte) compatibili con la possibilità di deferimento ad arbitri. Il che consente di attribuire un senso compiuto alla previsione dell’art. 23 del Bando di Gara, come recante una disposizione preclusiva dell’arbitrato limitatamente, appunto, a quella species di controversie afferenti alla esecuzione dei lavori (quelle di cui all’art. 31-bis espressamente menzionato nel medesimo “bullet point”) e non all’intero genus delle controversie tra Ente e impresa affidataria anche in punto di gestione del rapporto concessorio.

Inoltre, sempre sul piano degli indici interpretativi di ricostruzione del significato sotteso alla disposizione in esame, è ragionevole ritenere che, ove

l'intenzione fosse stata quella di escludere la competenza arbitrale per ogni e qualsiasi controversia, allora la previsione relativa alla non arbitrabilità avrebbe trovato ben diversa collocazione, con attribuzione dello spazio e dell'enfasi che la sua rilevanza avrebbero postulato e, dunque, in un "bullet point" autonomo e separato da quello (a questo punto non congruente e non coordinato con una previsione generalizzata di non compromettibilità), se non addirittura in un articolo separato del Bando di Gara (piuttosto che in quello dedicato alla miscellanea delle "Altre informazioni").

B.2.8. Ancora, che la lettura più corretta del Bando di Gara sia nel senso che la non arbitrabilità fosse e sia riferita alle sole controversie di cui all'art. 31-bis della l. 109/94 trova conferma in un più dettagliato esame del Regolamento per la gestione dei servizi cimiteriali e nello Schema di Convenzione. Deve infatti considerarsi quanto segue:

(i) il Regolamento, che per espressa previsione si riferisce alla gestione dei servizi cimiteriali, all'art. 15 dispone la arbitrabilità delle controversie;

(ii) lo Schema di convenzione, che regola sia i profili relativi alla esecuzione dei lavori sia più in generale quelli attinenti al rapporto concessorio, dedica due distinte norme alla gestione delle controversie: l'art. 16, che si riferisce alle controversie relative ai lavori e, nel prevedere una fase conciliativa, contempla espressamente il ricorso all'autorità giudiziaria, statuendo la competenza del Foro di Taranto; e l'art. 23, che invece stabilisce per le controversie «tra il Pt_1 e il gestore in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di concessione» la competenza arbitrale;

(iii) inoltre, appare significativo il fatto che tanto il Regolamento quanto lo Schema di Convenzione non si limitano a contemplare genericamente l'arbitrabilità delle controversie concernenti la gestione del rapporto tra concedente e concessionario, ma si spingono fino a disciplinare l'arbitrato in maniera puntuale. Il che, invero, induce ad escludere che quelle previsioni possano essere ascritte a "meri refusi", dovuti a una sorta di dimenticanza o di distrazione nella predisposizione degli allegati al Bando di Gara, essendo piuttosto un inequivocabile segnale di una volontà chiara ed esplicita dell'Ente aggiudicatore di assoggettare alla competenza arbitrale le controversie diverse da quelle di cui all'art. 31-bis.

B.2.9. Tutto ciò premesso, la clausola arbitrale contenuta nella Convenzione non appare in alcun modo viziata, nella parte in cui consente l'arbitrabilità di controversie, come quella sottoposta all'attenzione del Collegio, diverse da quelle di cui all'art. 31-bis della l. 109/94.

B.2.10. Non condivisibile è poi il richiamo che parte resistente effettua all'art. 209, commi 2 e 3, d.lgs. 50/2016 ("Codice dei Contratti Pubblici"), che sancisce la nullità delle «clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito». Sul punto, risulta dirimente innanzi tutto il fatto che la Convenzione e il bando risalgono al 2005, risultando dunque precedenti rispetto all'introduzione del codice dei Contratti pubblici (e anche alla analoga disposizione introdotta dalla l. 6.11.2012 n. 190 mediante modifica dell'art. 241, comma 1 bis, d.lgs. 12.4.2006, n. 163), e dovendosi escludere l'applicazione retroattiva della nullità prevista dal comma 3 dell'art. 209.

A conferma, si consideri che l'art. 216, d.lgs. 50/2016, che pone la disciplina transitoria del Codice, afferma innanzi tutto (al comma 1) che «lo stesso si applica alle procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore». Di poi, nell'affrontare specificamente (al comma 22) il profilo della disciplina transitoria dell'art. 209, si limita a chiarire che «le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo articolo 209, comma 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della data di entrata in vigore del presente codice». Ne deriva che, in mancanza di diversa ed espressa statuizione, l'unico spazio di applicazione dell'art. 209 a contratti conclusi precedentemente alla entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici concerne la disciplina delle procedure arbitrali, ma non certo la loro previsione.

B.2.11. D'altro canto, va comunque sottolineato che nel caso di specie, come già rilevato, il Bando di Gara aveva in allegato lo Schema di Convenzione, che a sua volta conteneva la clausola compromissoria, disciplinandola anche in modo dettagliato; così come allegato, e richiamato nelle premesse, era anche il Regolamento, che del pari richiamava e disciplinava nel dettaglio l'arbitrabilità

delle controversie.

Di tal che non si potrebbe in alcun modo affermare che «la stazione appaltante [non avesse] indica[to] nel bando [...] se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria»: modo migliore – e, se si vuole, più chiaro, diretto ed efficace – di indicare che il contratto avrebbe contenuto la clausola compromissoria non poteva essere che quello – seguito nella specie – di allegare al Bando di Gara il testo del contratto (lo Schema di Convenzione) con all'interno la relativa previsione e la corrispondente puntuale regolamentazione.

B.2.12. Tutto ciò premesso, considerato che la controversia in esame non riguarda nessuno dei casi di cui all'art. 31-bis, non essendo riferibile né all'esecuzione del contratto, né al collaudo o all'iscrizione di riserve, ma alla diversa ipotesi dell'invocato mancato adempimento da parte del Parte_1 dell'obbligo di consentire il riequilibrio finanziario del contratto, la clausola compromissoria di cui alla Convenzione trova piena applicazione, non ponendosi alcun contrasto con l'art. 23 del Bando di Gara.».

La decisione adottata con il lodo non definitivo fu integralmente richiamata e confermata nel lodo definitivo in date 20-28-30/12/2022 e 03-05/01/2023, depositato in data 19/01/2023, con il quale il Collegio arbitrale osservò che «Occorre preliminarmente ricordare che, con lodo non definitivo del 29.10.2021, il Collegio Arbitrale ha rigettato l'eccezione di incompetenza degli arbitri sollevata dalla parte resistente disponendo la prosecuzione del giudizio. Il lodo non definitivo e le motivazioni con esso espresse devono intendersi qui integralmente richiamate, con rinnovata affermazione della validità della clausola compromissoria attivata dalla parte ricorrente e, conseguentemente, della competenza degli arbitri a decidere il merito della controversia.» (pag. 23, § 1.).

II.B.2.c.4. Orbene, così riepilogati i termini della questione qui in esame, non v'è dubbio alcuno sull'effettiva esistenza di un contrasto tra il Bando di Gara approvato con Determinazione n. 500 del 14/07/2004 del Responsabile del Servizio [la cui emanazione era stata preceduta dalla Deliberazione del Commissario Straordinario n. 65 in data 04/06/2001 (con cui il Parte_1 [...] aveva approvato il progetto esecutivo per i lavori di ampliamento del cimitero e parcheggio asservito), dalla Delibera n. 8 in data 27/03/2003 del

Consiglio Comunale (con cui il *Parte_1* aveva approvato il piano triennale delle opere pubbliche 2003-2005, prevedendo, tra l'altro, l'ampliamento del cimitero urbano in regime di concessione della costruzione e successiva gestione funzionale) e dalla Deliberazione n. 42 in data 25/07/2003 del Consiglio Comunale (con cui il *Parte_1* aveva approvato il "Regolamento della gestione dei servizi cimiteriali per l'esecuzione dell'appalto di costruzione e gestione del Cimitero Comunale", confermando la volontà di 'esternalizzare' la costruzione e la gestione dell'ampliamento del cimitero comunale e della relativa zona asservita a parcheggio, nonché la gestione dei servizi relativi all'intero cimitero comprensivo della parte esistente, attraverso l'individuazione del concessionario con procedura di evidenza pubblica)] e le Convenzioni stipulate tra Concedente e Concessionario in date 09/06/2005, 30/07/2007 e 02/12/2010 sulla falsariga (per quel che qui interessa) dello schema di convenzione allegato alla Determinazione n. 500/2004 del Responsabile del Servizio.

Ed invero (seguendo in ordine cronologico gli atti pubblici e gli atti negoziali rilevanti nella vicenda in esame):

- il "Regolamento della gestione dei servizi cimiteriali per l'esecuzione dell'appalto di costruzione e gestione del Cimitero Comunale", approvato con deliberazione n. 42/2003 del Consiglio Comunale, all'art. 15 (rubricato "Controversie con il *Pt_1*) prevedeva che ogni controversia che fosse eventualmente insorta tra il *Pt_1* ed il gestore in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di concessione, oppure sull'esatta interpretazione delle norme contrattuali, sarebbe stata deferita al giudizio di tre arbitri;
- lo "Schema di convenzione ex artt. 19 e ss. della L. n. 109/1994 e ss. mm. e ii.", all'art. 23 (rubricato "soluzione delle controversie"), prevedeva (sostanzialmente ripetendo alla lettera l'art. 15 del Regolamento comunale approvato nel 2003) che ogni controversia che fosse eventualmente insorta tra il *Pt_1* ed il gestore in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di concessione, oppure sull'esatta interpretazione delle norme contrattuali, sarebbe stata deferita al giudizio di tre arbitri;
- il "Bando di Gara" approvato con Determinazione n. 500/2004, disciplinante la procedura di affidamento in concessione mediante licitazione privata ai

sensi del testo vigente della L. n. 109/1994), all'art. 23 (rubricato "Altre informazioni") recitava: *"Per tutte le controversie si applicheranno le disposizioni dell'art. 31 bis della legge 109/94; è esclusa la competenza arbitrale;"*;

- i tre contratti stipulati tra Parte_1 e CP_1 dopo l'aggiudicazione della concessione al termine della gara, giusta determinazione n. 302 del 24/02/2005 del Responsabile del Servizio di (*"approvazione verbali di gara ed aggiudicazione definitiva"*), contenevano tutti, sostanzialmente ripetendo alla lettera l'art. 23 dello Schema di convenzione, la clausola compromissoria. Difatti: la Convenzione Rep. n. 189 in data 09/06/2005 prevedeva che *"Ogni controversia che insorgesse tra il Pt_1 e il concessionario in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il contratto di concessione, oppure sulla esatta interpretazione delle norme contrattuali, sarà deferita al giudizio di tre arbitri ..."* (art. 23, rubricato "soluzione delle controversie"); la Convenzione integrativa Rep. n. 212 in data 30/07/2007 prevedeva che *"Ogni controversia che insorgesse tra il Pt_1 e il Concessionario in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il presente atto integrativo, oppure sulla esatta interpretazione delle clausole del medesimo, sarà definita secondo le modalità indicate nell'articolo 23 della convenzione sottoscritta dalle Parti in data 09/06/2005."* (art. 5); la Convenzione integrativa Rep. n. 446 in data 02/12/2010 prevedeva che *"Ogni controversia che insorgesse tra il Concedente e il Concessionario in ordine all'adempimento degli obblighi assunti con il presente atto integrativo, oppure sulla esatta interpretazione delle clausole del medesimo, sarà definita secondo le modalità indicate nell'articolo 23 della convenzione sottoscritta dalle Parti in data 09/06/2005."* (art. 8).

II.B.2.c.5. Ciò posto, deve in primo luogo osservarsi che il Bando di Gara era successivo sia al "Regolamento della gestione dei servizi cimiteriali per l'esecuzione dell'appalto di costruzione e gestione del Cimitero Comunale" sia allo "Schema di convenzione ex artt. 19 e ss. della L. n. 109/1994 e ss. mm. e ii.", come può agevolmente evincersi non solo dal fatto che il Bando di Gara era stato

approvato con Determinazione n. 500/2004 in data 14/07/2004¹² (mentre il Regolamento era stato approvato un anno prima, giusta deliberazione n. 42/2003 in data 25/07/2003), ma anche dal fatto che il Bando di Gara, nella sua “ultima stesura” (pubblicata e dunque ufficiale), menzionava espressamente sia il “Regolamento della gestione dei servizi cimiteriali per l’esecuzione dell’appalto di costruzione e gestione del Cimitero Comunale approvato con D.C.C. n° 42/2003” (v. “Premessa” e punto “7. Documenti”) sia lo “schema di contratto per l’affidamento dei lavori in concessione” (v. punto “7. Documenti”): pertanto, quand’anche volesse opinarsi nel senso (in realtà non condivisibile, come si vedrà nel prosieguo) che il Bando di Gara e gli altri atti (Regolamento e Schema di convenzione) erano da considerarsi equipollenti ai fini della disciplina della procedura di evidenza pubblica diretta alla scelta del Concessionario (nel senso che tutti i predetti atti – Bando di Gara, Regolamento e Schema di convenzione – concorrevano alla regolamentazione della gara con pari forza cogente), comunque dovrebbe giungersi alla conclusione che il divieto di clausola compromissoria previsto nel Bando di Gara, atto “posteriore”, non poteva non prevalere sull’inserimento della clausola compromissoria previsto negli atti “anteriori” (Regolamento e schema di convenzione).

In secondo luogo, si osserva che la pretesa ‘equipollenza’ tra il Bando di Gara e gli altri atti, pur essendo questi ultimi “*parte integrante e sostanziale della gara*” (come precisato al punto “7. Documenti” del Bando di Gara, ove gli atti *de quibus* risultano così elencati: progetto esecutivo delle opere generali approvato con Delibera n. 65 in data 04/06/2001 del Commissario Straordinario; Regolamento approvato con Delibera n. 42 in data 25/07/2003 del Consiglio Comunale; piano economico finanziario di massima a base di gara approvato con deliberazione n. 258 in data 17/11/2003 della Giunta Comunale; schema di contratto per l’affidamento dei lavori in concessione), si poneva – e si pone – in assoluto contrasto con la consolidata giurisprudenza dei Giudici amministrativi, avendo Consiglio di Stato e Tribunali Amministrativi Regionali chiarito ripetutamente:

- » che “*Le regole che disciplinano lo svolgimento della gara ... sono contenute nel bando di gara; ed eventualmente nel disciplinare di gara o nel capitolato*

¹² nel provvedimento, per vero, si legge una data diversa (13/07/2004), ma con tutta evidenza trattasi di differenza marginale e comunque non rilevante ai fini qui in esame (N.d.E.).

tecnico, se il bando di gara a questi faccia chiaramente riferimento; nella gerarchia delle fonti di disciplina della procedura [di] gara, pertanto, è il bando che assume rilievo predominante; e in base a questo criterio vanno anche risolte le eventuali discrasie, o evidenti contrasti, tra gli atti o documenti di gara."¹³;

- *che "Il bando di gara rappresenta il 'documento fondamentale' del procedimento di evidenza pubblica, al quale è rimesso di individuare i necessari riferimenti e gli eventuali collegamenti agli (ulteriori, correlati e successivi) atti di gara, i quali derivano il proprio contenuto (e la propria 'legittimazione' funzionale) necessariamente dal primo. Se ne trae il corollario di una gerarchia differenziata all'interno della complessiva documentazione di gara, che – con specifico riguardo alla risoluzione di concreti contrasti interni tra le varie disposizioni della lex specialis – impone di dare la prevalenza alle previsioni del bando, laddove le disposizioni del capitolato (o del disciplinare) possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2021, n. 1804; Id., sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; Id., sez. III, 11 luglio 2013 n. 3735; Id., sez. V, 24 gennaio 2013 n. 439; Id., sez. V, 17 ottobre 2012 n. 5297; Id., sez. V, 23 giugno 2010 n. 3963).*"¹⁴;
- *che "Benché il bando, il disciplinare di gara e il capitolato speciale d'appalto hanno ciascuno una propria autonomia ed una propria peculiare funzione nell'economia della procedura, il primo fissando le regole della gara, il secondo disciplinando in particolare il procedimento di gara ed il terzo integrando eventualmente le disposizioni del bando, tutti insieme costituiscono la lex specialis della gara (Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; id., sez. V, 5 settembre 2011, n. 4981; id. 25 maggio 2010, n. 3311; id. 12 dicembre 2009, n. 7792), in tal modo sottolineandosi il carattere vincolante che (tutte) quelle disposizioni assumono non solo nei confronti dei concorrenti, ma anche dell'amministrazione appaltante, in attuazione*

¹³ così C.d.S., sez. V, n. 9912/2023.

¹⁴ così C.d.S., sez. V, n. 7573/2022. In senso conforme, in aggiunta alle pronunce citate nel testo, C.d.S., sez. V, n. 4684/2015; Controparte_10, sez. I, n. 1833/2024; Controparte_11, sez. I, n. 669/2021; Controparte_12 sez. V, n. 7426/2018; Controparte_13 sez. I, n. 28/2017.

dei principi costituzionali fissati dall'art. 97). Quanto agli eventuali contrasti (interni) tra le singole disposizioni della lex specialis ed alla loro risoluzione, è stato osservato che tra i ricordati atti sussiste nondimeno una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara (Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2012, n. 5297; id. 23 giugno 2010, n. 3963), laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime (Cons. Stato, sez. III, 29 aprile 2015, n. 2186; id. 11 luglio 2013, n. 3735; id., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 439). ”¹⁵;

- » *che “Il conflitto tra le previsioni dei diversi atti di gara non può che risolversi nel senso della prevalenza del bando. In particolare, la prevalenza sarà stabilita rispettando la seguente gerarchia: 1. Bando di gara 2. Disciplinare di gara; 3. Capitolato Speciale; 4. Ulteriore documentazione di gara. Pertanto, le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare quelle del bando. ”¹⁶.*

Orbene, alla luce degli inequivoci principi affermati nella giurisprudenza amministrativa (si precisa che quelle sopra richiamate sono solo alcune delle numerose pronunce – individuate fra le più recenti – rese in materia dai Giudici amministrativi, tutte conformi), nel caso in esame non appare revocabile in dubbio che, a fronte del contrasto tra Bando di Gara (che escludeva la competenza arbitrale, così vietando la clausola compromissoria) e gli altri atti correlati tanto antecedenti all'aggiudicazione (Regolamento approvato con Delibera n. 42/2003 del Consiglio Comunale e schema di contratto per l'affidamento dei lavori in concessione, i quali prevedevano la clausola compromissoria) quanto successivi all'aggiudicazione (Convenzione Rep. n. 189 in data 09/06/2005, Convenzione integrativa Rep. n. 212 in data 30/07/2007, Convenzione integrativa Rep. n. 446 in data 02/12/2010, le quali pure prevedevano la clausola compromissoria),

¹⁵ così C.d.S., sez. III, n. 1804/2021. In senso conforme T.A.R. Abruzzo-L'Aquila, sez. I, n. 280/2019; Controparte_14 , sez. IV, n. 1793/2017; T.A.R. CP_15 sez. II, n. 122/2016.

¹⁶ così Controparte_16 sez. III, n. 264/2022. In senso conforme C.d.S., sez. V, n. 1439/2024, che ha statuito che “In applicazione del c.d. «principio della gerarchia delle fonti» nelle procedure di gara, il bando la fissa le regole di gara, il disciplinare enuclea i dettagli procedurali e il capitolato integra le disposizioni del bando, di regola con particolare riferimento agli aspetti tecnici, anche in funzione dell'assumendo vincolo contrattuale.”; C.d.S., sez. III, n. 1813/2021, secondo cui “Tra bando, disciplinare di gara e capitolato speciale d'appalto sussiste una gerarchia differenziata con prevalenza del contenuto del bando di gara laddove le disposizioni del capitolato speciale possono soltanto integrare, ma non modificare le prime.”.

dovesse darsi prevalenza al Bando di Gara, il che avrebbe dovuto indurre il Collegio Arbitrale ad accogliere l'eccezione di incompetenza tempestivamente sollevata (e costantemente ribadita) dal **Parte_1** (e da quest'ultimo riproposta con il secondo motivo dell'impugnazione per nullità qui in esame).

II.B.2.c.6. A diversa conclusione non può portare l'assunto (prospettato da **CP_1** e recepito dal Collegio arbitrale) secondo cui il contrasto sarebbe stato solo 'apparente' ed 'interno' al Bando di Gara (ossia tra frammenti dello stesso Bando di Gara, inteso nel suo complesso e nella sua unità).

Tale assunto, infatti, non appare condivisibile per un triplice ordine di ragioni:

- ✓ in primo luogo, perché la circostanza che il Bando di Gara (elaborato, lo si ripete, 'dopo' il Regolamento approvato con la Delibera n. 42/2003 del Consiglio Comunale e lo schema di contratto per l'affidamento dei lavori in concessione) contenesse espressamente una disposizione (divieto di convenzione d'arbitrato) contraria a quella contenuta negli atti ad esso precedenti (pacificamente minusvalenti rispetto al Bando di Gara sotto l'aspetto della gerarchia delle fonti nella disciplina della procedura di gara), porta oggettivamente ad escludere, in mancanza di una specifica ed inequivoca previsione in tal senso nel Bando di Gara, che quest'ultimo avesse voluto 'consentire', oltretutto solo implicitamente e *per relationem*, l'introduzione della convenzione d'arbitrato negli atti negoziali successivi all'aggiudicazione. Anzi, il fatto che il Bando di Gara, dopo avere menzionato, tra gli altri atti, il Regolamento approvato con la Delibera n. 42/2003 del Consiglio Comunale e lo schema di contratto, avesse chiaramente specificato che "*era esclusa la competenza arbitrale*", induce a pensare l'esatto contrario, cioè che il **Parte_1** non avesse inteso affatto recepire, nel Bando di Gara, la possibilità di introdurre nei successivi atti negoziali la convenzione d'arbitrato inizialmente prevista nel Regolamento comunale approvato nel 2003 e nello schema di contratto, sicché quest'ultima era stata poi inserita dalle parti contraenti nella Convenzione in data 09/06/2005 (all'art. 23, richiamato tralatizamente nelle successive Convenzioni integrative in date 30/07/2007 e 02/12/20210), evidentemente, soltanto per mero errore, ossia senza rendersi ben conto che lo schema di contratto (cioè la 'bozza' propedeutica alla stesura della

- Convenzione, che prevedeva, analogamente al Regolamento comunale approvato il 25/07/2003, la convenzione d'arbitrato) era stato superato e reso invalido, *in parte qua*, dal Bando di Gara;
- ✓ in secondo luogo, perché il Bando di Gara, nel richiamare il Regolamento Comunale del 2003 e lo schema di contratto per l'affidamento dei lavori in concessione (nonché altri atti relativi alla procedura), non aveva affatto attribuito – né inteso attribuire – alle disposizioni di detti atti una forza equivalente (e tantomeno superiore) a quella delle proprie disposizioni, sicché l'antinomia esistente in ordine alla convenzione d'arbitrato tra le disposizioni del Bando di Gara e le disposizioni degli altri atti concernenti, ben lungi dall'essere solo 'apparente' e meramente 'interna' al Bando di Gara, era in realtà 'reale' ed 'esterna' (si poneva, cioè, tra il Bando di Gara, fonte gerarchicamente sovraordinata nella disciplina – *lex specialis* – della procedura di gara, e gli altri atti sopra menzionati);
 - ✓ in terzo luogo, perché la soluzione ipotizzata, a ben vedere, finiva col risolversi in un sostanziale 'aggiramento', per via interpretativa, dei fermi principi enucleati in materia dalla giurisprudenza amministrativa e dei quali s'è detto precedentemente.

II.B.2.c.7. Né a diversa conclusione può portare l'ulteriore assunto (pure prospettato da CP_1 e recepito dal Collegio arbitrale) secondo cui la formulazione dell'art. 23 del Bando di Gara era tale da limitare l'esclusione della competenza arbitrale alle sole fattispecie di cui all'art. 31 *bis* della L. n. 109/1994, consentendo invece la competenza arbitrale in relazione ad ogni altra controversia attinente al rapporto concessorio.

Invero, in disparte la circostanza che dalle complessive previsioni del Bando di Gara non emergono concreti elementi che potessero (o possano) giustificare un'interpretazione 'limitativa' del divieto di clausola arbitrale sancito dall'art. 23 del Bando, la Corte osserva che la disposizione *de qua* ("Per tutte le controversie si applicheranno le disposizioni dell'art. 31 bis della legge 109/94; è esclusa la competenza arbitrale") appare di tenore ampio e generale, dunque di portata opposta a quella ipotizzata dal Collegio Arbitrale, sicché non appare condivisibile l'affermazione degli arbitri secondo cui detta disposizione dovesse essere 'circoscritta' alla sola ipotesi di iscrizione di riserve sui documenti

contabili. Infatti, a ben vedere, con la suddetta previsione (art. 23) il Bando di Gara sembrava voler semplicemente estendere l'applicazione delle “*norme acceleratorie in materia di contenzioso*” di cui all'art. 31 *bis* della L. n. 109/1994 (aggiunto dall'art. 9 comma 1° del D.L. n. 101/1995, convertito con modificazioni dalla L. n. 216/1995), introdotte effettivamente dal legislatore con riferimento alle controversie derivanti da riserve dell'appaltatore, “a tutte” le controversie derivanti dalla concessione *de qua* (il comma 4° del citato art. 31 *bis* della L. n. 109/1994 – “Legge quadro in materia di lavori pubblici” – aveva equiparato le concessioni in materia di lavori pubblici agli appalti ai fini della tutela giurisdizionale), onde favorire la soluzione transattiva di tutte le controversie (nessuna esclusa, quindi) e non solo di quelle concernenti le riserve.

La riprova di ciò, del resto, può desumersi da quattro elementi:

- l'applicazione delle norme acceleratorie di cui all'art. 31 *bis* della L. n. 109/1994 alle controversie relative alle riserve costituiva un effetto già determinato dalla norma, sicché la circostanza che il Bando di Gara avesse ritenuto necessario specificare che le disposizioni dell'art. 31 *bis* L. n. 109/1994 si sarebbero applicate “per tutte” le controversie porta ragionevolmente a ritenere che esso avesse voluto estendere l'applicazione dell'art. 31 *bis* a tutte le controversie derivanti dal rapporto concessorio (in caso contrario, la previsione del Bando di Gara sarebbe risultata pressoché inutile), tanto più che il Bando di Gara non richiama soltanto la disposizione del comma 1° dell'art. 31 *bis* (come sarebbe stato logico fare se avesse voluto fare riferimento alle sole controversie in materia di riserve), ma tutte le disposizioni dell'art. 31 *bis* (quindi anche quelle di cui ai commi successivi al 1°);
- delle disposizioni contenute nel Bando di Gara, l'unica ad occuparsi di controversie era proprio quella sopra menzionata (“*Per tutte le controversie si applicheranno le disposizioni dell'art. 31 bis della legge 109/94; è esclusa la competenza arbitrale*”), sicché appare poco logico ipotizzare che il Bando di Gara avesse voluto limitare la portata di tale disposizione alle sole controversie relative alle riserve (oltretutto, limitando solo a queste controversie l'esclusione della competenza arbitrale), omettendo nel contempo di dire una sola parola con riferimento a tutte le altre possibili

controversie relative al rapporto concessorio (le quali, dunque, dovevano intendersi ricomprese, ragionevolmente, nell'ampia locuzione – "*Per tutte le controversie*" – della disposizione *de qua*);

- l'art. 32 della L. n. 109/1994, al comma 1°, prevede(va) che «*Tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1 dell'art. 31-bis, possono essere deferite ad arbitri.*»: ciò porta ragionevolmente a ritenere che il Bando di Gara, con la disposizione *de qua*, per un verso avesse inteso estendere l'applicazione delle "*norme acceleratorie in materia di contenzioso*" di cui all'art. 31 *bis* della L. n. 109/1994 (in particolare di quelle dirette a favorire il raggiungimento di un accordo bonario avente natura transattiva, in origine previste dalla norma solo con riferimento all'iscrizione di riserve sui documenti contabili) a tutte le controversie relative al rapporto concessorio (appunto allo scopo di favorire il più possibile la definizione 'bonaria' di qualunque controversia derivante dall'esecuzione del contratto, non solo delle controversie riguardanti l'iscrizione di riserve sui documenti contabili) e per altro verso avesse voluto escludere la possibilità di deferire ad arbitri tutte le controversie relative al rapporto concessorio (e dunque non solo quelle riguardanti l'iscrizione di riserve sui documenti contabili, ma anche quelle derivanti dall'esecuzione del contratto);
- anche a voler ritenere che la prima parte della disposizione dell'art. 23 del Bando di Gara avesse inteso riferirsi alle sole controversie in materia di riserve (il che appare smentito, come sopra visto, dall'ampiezza della locuzione utilizzata: "*tutte le controversie*", dunque non solo quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dal comma 1° dell'art. 31-*bis*), comunque non potrebbe da ciò farsi discendere automaticamente la conseguenza che l'esclusione della competenza arbitrale prevista dalla seconda parte della disposizione fosse inevitabilmente da riferirsi in modo esclusivo alle controversie previste dalla prima parte (e cioè a quelle 'in materia di riserve'), per la semplice ragione che, delle nove disposizioni contenute nell'art. 23 del Bando di Gara, quella qui in esame (l'ottava, seguendo l'ordine) era l'unica ad occuparsi di "controversie",

sicché appare perfettamente logico che nella seconda parte di essa fosse inserito il divieto di clausola compromissoria (peraltro tenuto ben separato dalla prima parte asseritamente concernente solo le riserve iscritte sui documenti contabili, aparendo l'uso di un "punto e virgola" più che sufficiente a distinguere le due ipotesi).

II.B.2.c.8. Per tutte le ragioni sopra esposte, il secondo motivo di impugnazione v accolto e, per l'effetto, va dichiarata la nullità dei lodi impugnati, per invalidità della convenzione d'arbitrato, ai sensi dell'art. 829 comma 1° n. 1) c.p.c.

II.B.2.c.9. In conseguenza della declaratoria di nullità dei lodi (e segnatamente del lodo definitivo), va disposto lo svincolo della fideiussione bancaria prestata dal Parte_1 in attuazione dell'ordinanza in data 11/07/2023 (integrata con decreto presidenziale in data 01/09/2023 confermato con ordinanza in data 19-27/09/2023), con liberazione del garante.

II.B.2.c.10. È appena il caso di evidenziare, da ultimo, che non deve farsi luogo al giudizio di merito (come chiesto da CP_1 CP_2), poiché il motivo di nullità di cui all'art. 829 comma 1° n. 1) c.p.c. non rientra fra quelli al cui accoglimento consegue, ai sensi dell'art. 830 comma 2° c.p.c. {il quale, nel testo novellato dal D.Lgs. n. 40/2006 [applicabile *ratione temporis* nel caso in esame, come detto, in forza della disposizione transitoria di cui all'art. 27 comma 4° del medesimo D.Lgs., a mente del quale le disposizioni del capo V del titolo VIII del libro IV del codice di rito civile (artt. 827-831 c.p.c.), come sostituito dall'art. 24 del D.Lgs. n. 40/2006, si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del medesimo decreto], recita: «*Se il lodo è annullato per i motivi di cui all'articolo 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo. Tuttavia, se una delle parti, alla data della sottoscrizione della convenzione di arbitrato, risiede o ha la propria sede effettiva all'estero, la corte d'appello decide la controversia nel merito solo se le parti hanno così stabilito nella convenzione di arbitrato o ne fanno concorde richiesta.*»}, la decisione della controversia nel merito da parte della Corte di appello.

II.B.2.d. Va evidenziato, infine, che dall'accoglimento del secondo motivo di

impugnazione discende il superamento e l'assorbimento dei restanti motivi di impugnazione, enunciati dal *Parte_1* soltanto subordinatamente al mancato accoglimento del primo e/o del secondo motivo di impugnazione.

II.C. CONCLUSIONI.

In conclusione, il primo motivo di impugnazione è infondato e va rigettato. È invece fondato e merita accoglimento il secondo motivo di impugnazione, con conseguente declaratoria di nullità dei lodi impugnati. I restanti motivi di impugnazione rimangono assorbiti.

II.D. IL REGOLAMENTO DELLE SPESE.

L'infondatezza del primo motivo di impugnazione e la complessità della questione d'invalidità della convenzione di arbitrato costituente oggetto del secondo motivo di impugnazione [basti pensare all'obiettivo difficoltà di interpretazione delle regole disciplinanti il rapporto concessorio determinata dal contrasto tra la previsione del Bando di Gara elaborato dal *Parte_1* (che escludeva la competenza arbitrale) e le previsioni del Regolamento approvato con deliberazione del Consiglio Comunale n. 42/2003 e dello schema di convenzione pure elaborati dal *Parte_1* (che, invece, prevedevano la competenza arbitrale, poi recepita nelle Convenzioni stipulate tra le parti in date 09/06/2005, 30/07/2007 e 02/12/2010), atta a rendere oggettivamente 'comprensibile' l'affidamento riposto da *CP_1* Unipersonale sulla validità della clausola compromissoria inserita nelle Convenzioni] giustificano la compensazione, per intero, delle spese legali relative al procedimento arbitrale e delle spese del presente giudizio di impugnazione tra le parti, ai sensi dell'art. 92 comma 2° c.p.c., nonché la suddivisione tra le parti, in pari misura (50% *pro capite*), del compenso dovuto agli Arbitri e delle spese di funzionamento relative al Collegio e al giudizio arbitrale, compresa la c.t.u., come liquidati con provvedimento del Consiglio della Camera Arbitrale Anac.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, nel procedimento n. 533/2023 R.G.A.C.C., sull'impugnazione per nullità proposta da *Parte_1*, in persona del sindaco *pro tempore*, con atto di citazione notificato in data 24/04/2023, nei confronti di *CP_1* *CP_2*, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, avverso il lodo non definitivo in data 19/10/2021, depositato in data

29/10/2021, ed il lodo definitivo in date 20-28-30/12/2022 e 03-05/01/2023, depositato in data 19/01/2023, pronunciati dal Collegio Arbitrale della Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione nel procedimento arbitrale n. 3/2021 R.G.A., così provvede:

- 1) rigetta il primo motivo di impugnazione;
- 2) accoglie il secondo motivo di impugnazione e, per l'effetto, dichiara la nullità dei lodi impugnati;
- 3) dichiara superati e assorbiti i restanti motivi di impugnazione;
- 4) compensa, per intero, le spese legali relative al procedimento arbitrale tra le parti;
- 5) pone a carico delle parti, in pari misura (50% *pro capite*), il compenso dovuto agli Arbitri e le spese di funzionamento relative al Collegio e al giudizio arbitrale, compresa la c.t.u., come liquidati con provvedimento del Consiglio della Camera Arbitrale CP_17
- 6) compensa, per intero, le spese del presente giudizio tra le parti;
- 7) dispone lo svincolo della fideiussione bancaria prestata dal Parte_1 [...] in attuazione dell'ordinanza in data 11/07/2023, integrata con il decreto presidenziale in data 01/09/2023 confermato con l'ordinanza in data 19-27/09/2023, con liberazione del garante.

Così deciso in Bari, nella camera di consiglio della sezione 1^a civile della Corte d'appello, il giorno 24/02/2026.

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

DOTT. MICHELE PRENCIPE

IL PRESIDENTE

DOTT. MARIA MITOLA