

**CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI
PRESSO AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE**

GIUDIZIO ARBITRALE N° 12/2022 RGA

LODO ARBITRALE

PRONUNCIATO DAL COLLEGIO ARBITRALE

COMPOSTO DAI SIGG.RI:

- **Dott.ssa Caterina Maria Moricca** Presidente
- **Avv. Carmelo Barreca** Arbitro di parte attrice Mediterranea
- **Arch. Gianni Massimo Greco** Arbitro di parte Comune Francofonte

PER LA RISOLUZIONE DELLA CONTROVERSIA

TRA

MEDITERRANEA ENERGIA SOC. CONS. A.R.L., con sede legale in Forlì (FC), in via Luigi Galvani n. 17/A, P. IVA 03388270401, (da qui in appresso "MEDITERRANEA" o "parte attrice" o "appaltatore" o "concessionario") rappresentata e difesa dagli Avv.ti Andrea Scuderi e Giovanni Mandolfo con indicazione del domicilio digitale presso gli indirizzi PEC andrea.scuderi@pec.ordineavvocaticatania.it e giovanni.mandolfo@pec.ordineavvocaticatania.it

E

COMUNE DI FRANCOFONTE, con sede in Francofonte (SR), Piazza Garibaldi, C.F. 82001050895, in persona del Sindaco pro-tempore,(da qui in appresso "Comune") rappresentato e difeso dall'Avv.to Giovanni Cataldo con indicazione del domicilio digitale presso l'indirizzo PEC giovanni.cataldo@avvocatisiracusa.legalmail.it

AVENTE AD OGGETTO: La richiesta della condanna del Comune di Francofonte al pagamento in favore dell'attrice del complessivo importo di € 216.934,36, oltre interessi ai sensi del D Lvo 231/02,

ARBITRATO ATTIVATO: in virtù della clausola compromissoria contenuta nell'art. 24 del contratto inter partes REP. 670 del 3.6.2003, del seguente contenuto “...*Qualsiasi controversia dovesse insorgere tra le parti in ordine alla validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione della presente convenzione sarà devoluta ad un Collegio di tre Arbitri competenti in via esclusiva. Gli arbitri saranno nominati i primi due, uno da ciascuna delle parti ed il terzo, che funge da Presidente del Collegio, di comune accordo dagli arbitri così nominati o, in mancanza di accordo, dal Presidente del Tribunale di Siracusa, cui competerà altresì la nomina dell'arbitro che la parte convenuta non avesse nominato entro il termine di 30 gg. Dalla notifica dell'istanza di arbitrato. Il Collegio deciderà secondo diritto ed in applicazione delle norme del codice di rito. La sede del Collegio sarà Siracusa*”, giusto atto di accesso all'arbitrato del 20.8.2022 di parte attrice Mediterranea Energia, con nomina del proprio arbitro in persona dell'**Avv. Carmelo Barreca**, nato CT 4.2.1961 CF BRRCLM61B04C351R ed atto responsivo del Comune di Francofonte del 30.12.2022 con nomina del proprio arbitro in persona del Dirigente settore LL.PP. del Comune di Melilli (SR) **Arch. Gianni Massimo Greco**, nato a Catania il 30.11.1964 CF GRCGNM64S30C351U

TERZO ARBITRO CON FUNZIONI DI PRESIDENTE: **Dott.ssa Caterina Maria Moricca**, nata a San Pietro di Caridà il 5.11.1964, CF MRCCRN64S45I102U giusto verbale di estrazione del Consiglio della camera Arbitrale n° 39 del 9.2.2023

Svolgimento del procedimento

A) Con domanda di arbitrato e contestuale nomina di arbitro del 20.8.2022, notificato in pari data, la MEDITERRANEA esponeva e premetteva sostanzialmente quanto segue:

1.- all'esito di una procedura ad evidenza pubblica, con contratto rep. 670 del 03.06.2003 veniva affidata alla Conscoop la concessione dei lavori di realizzazione e gestione in esclusiva dell'impianto di distribuzione del gas nel territorio del Comune di Francofonte;

- 2.- il progetto era stato ammesso alle agevolazioni ex art. 9 della legge del 7.8.97 n. 266 e successive modifiche e che conseguentemente era stato concesso al Comune un contributo in conto capitale da erogarsi da parte della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.;
- 3.- il Conscoop, ai sensi dell'art. 37 bis della L. 109/1994 e della L. 415/1998 aveva poi costituito, in data 21.10.2003, la società ANAPO GAS s.r.l., poi subentrata al Conscoop;
- 4.- le opere erano state eseguite in ottemperanza al progetto approvato e alla perizia di variante ed erano state ultimate in data 02.12.2014, come da certificato di collaudo del 11.12.2014, con rata finale spettante ad ANAPO GAS in € 821.585,61 come da certificato di pagamento n. 4;
- 5.- la contabilità finale ed il Collaudo erano stati approvati dal Comune il 17.12.2014.
- 6.- Evidenziava parte attrice che, per come emergeva chiaramente dalle risultanze del collaudo, nel corso della esecuzione dei lavori non era stato riscontrato o imputato alla ANAPO Gas alcun difetto o danno nell'esecuzione, tant'è che il direttore dei lavori e gli organi di Collaudo non avevano impartito alcuna prescrizione di lavorazioni e ripristini, né era mai stata imputata alcuna detrazione di importi in danno dell'impresa, essendo state altresì svincolate le ritenute a garanzia;
- 7.- ribadiva che mai alcuna segnalazione o denuncia di danni ai sottoservizi imputabili ad ANAPO Gas era pervenuta dopo la ultimazione dei lavori;
- 8.- le risultanze tecnico economiche finali erano state sottoposte ad approvazione Ministeriale con il conseguente riconoscimento di un credito complessivo a saldo di € 747.937,74, che era già stato erogato al Comune di Francofonte con valuta 05.11.2015;
- 9.- il Comune al momento dell'accesso all'arbitrato, pur diffidato, aveva tuttavia provveduto al pagamento solo del minor importo di € 531.003,38 e che pertanto risultava ancora dovuto a credito alla ANAPO GAS s.r.l. l'importo di € 216.934,36;

10.- evidenziava al riguardo che ai sensi di quanto previsto dalla Circolare della Cassa DD.PP. n. 1148/1985 "*...i mandati di pagamento vengono emessi a favore del Comune, in nome e per conto del quale agisce il concessionario, con quietanza del Tesoriere, vidimata dal rappresentante del Comune medesimo, il quale è personalmente responsabile del tempestivo versamento delle somme al Concessionario non appena riscossi dalla Cassa DD.PP i relativi mandati. Apposita comunicazione di pagamento viene trasmessa anche alla Cassa del Mezzogiorno, al Tesoriere ed alla Società concessionaria...*";

11.- Evidenziava che tuttavia la diffida inviata in data 25.1.2016 non aveva avuto alcun riscontro, così come la diffida inviata via PEC, in data 29.04.2016;

12.- la ANAPO GAS pertanto aveva proposto ricorso per D.I. innanzi al Tribunale di Siracusa per ottenere dal Comune il pagamento dei 216.934,36 euro di cui si è detto, oltre interessi di legge maturati e maturandi;

13.- il Tribunale di Siracusa aveva emesso il decreto ingiuntivo dell'01.12.2016 n. 1890;

14.- il Comune, ricevuta la notifica di tale decreto, si era opposto con atto di citazione, sostenendo con un primo motivo l'illegittimità del citato decreto ingiuntivo 1890/2016 in quanto avente ad oggetto pretese creditorie devolute alla cognizione del Collegio Arbitrale, in base alla clausola compromissoria poi richiamata ai fini dell'odierno giudizio arbitrale; ed altresì contestando in subordine nel merito il credito della ANAPO GAS sulla base di asseriti – ma invero inesistenti e mai prima dedotti – inadempimenti della stessa, chiedendo la rideterminazione dell'avversa pretesa creditoria, previo accertamento e quantificazione degli asseriti danni cagionati dalla società opposta nell'esecuzione dei lavori commissionati;

15.- il Tribunale di Siracusa, a) dapprima, con ordinanza del 06.12.2017 n. 766, aveva concesso la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo n. 1890/2016, avendo tenuto conto, d'un canto che l'opposizione non risultava "*...fondata su prova scritta...*", dall'altro

“...delle contestazioni dell’opponente in ordine alla pretesa azionata e del compendio documentale fornito a sostegno della pretesa creditoria...” ; b) successivamente tuttavia, con la sentenza del 10.06.2022 n. 1695, aveva revocato il decreto ingiuntivo in ragione della ritenuta *“...perdurante vigenza della clausola compromissoria...”*

16. – La **MEDITERRANEA** quindi, evidenziando che in virtù di atto di fusione del 09.11.2020 rep. n. 37614 (all. n. 18), quale società incorporante era subentrata di pieno diritto in tutti i rapporti della società incorporata ANAPO GAS srl, in virtù della clausola compromissoria sopra richiamata e della sentenza del Tribunale di Siracusa n° 1695 del 10.6.2022, promuoveva il giudizio arbitrale e formulava i seguenti quesiti e domande:

- ritenere e dichiarare che il Comune di Francofonte è debitore nei confronti di MEDITERRANEA quale società incorporante della società incorporata ANAPO GAS S.R.L., dell'importo di € 216.934,36, oltre interessi di legge maturati e maturandi;
- conseguentemente, condannare il Comune di Francofonte al pagamento in favore di MEDITERRANEA dell'importo di € 216.934,36 oltre interessi di mora ex D.Lgs. 231/02 maturati e maturandi, e spese di procedimento arbitrale.

B) Seguiva un primo “atto di resistenza” del Comune del 19.9.2022.

17. con tale atto da parte del Comune, irrualmente e non considerando che l’arbitrato ricadeva comunque nell’alveo degli arbitrati devoluti alla Camera Arbitrale dei Contratti Pubblici, veniva designato quale arbitro di parte l’Avv. Chimirri, il quale tuttavia non aveva i requisiti soggettivi per poter essere designato arbitro dalla parte pubblica.

18. In tale atto comunque il Comune da parte sua rappresentava ed evidenziava difensivamente che, come già effettuato con l’atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo di cui si è detto, contestava e rilevava la inesatta esecuzione, da parte della Anapo Gas srl delle prestazioni di cui all’appalto e dell’importo indicati a base della pretesa

creditoria vantata con l'atto di accesso all'arbitrato e ciò per alcuni rilevanti e gravi danni che assumeva esser stati arrecati dall'appaltatore all'ente.

Esponiva al riguardo che i lavori di realizzazione dell'impianto di distribuzione Gas eseguiti dalla Anapo Gas srl ed ultimati in data 02.12.2014, avevano comportato continui interventi di riparazione delle reti idrica e fognaria proprio nei tratti interessati dal passaggio della linea del gas metano, così come si evidenziava nella relazione del 18.01.2017, sui danni riscontrati dall'Ufficio Tecnico, V Settore Manutenzione, del Comune, che si allegava e che aveva fatto scoprire i gravi difetti delle opere eseguite.

19. Evidenziava in particolare che, per come si rilevava in tale relazione, i lavori di realizzazione dell'impianto di distribuzione del gas metano consistevano nella esecuzione di scavi per una profondità di circa 80/100 cm, nella posa della tubazione e nel successivo ripristino dello scavo. Tuttavia a causa della profondità dello scavo e della strumentazione con cui veniva realizzato (minitrincea rotativa), nel corso della esecuzione era capitato più volte che detti lavori intaccassero la rete idrica e fognaria comunale, segnalati alla ditta esecutrice e successivamente riparati dalla stessa.

20. Evidenziava infine che dopo l'ultimazione e la convalida degli stessi lavori, di realizzazione dell'impianto di distribuzione Gas Metano, si erano riscontrati e si continuavano a riscontrare innumerevoli inconvenienti alle reti (idrica e fognaria), segnalate da cittadini, dovuti a riparazioni approssimative e non eseguite a regola d'arte coincidenti proprio con i tratti in cui era stata posata la rete di distribuzione del Gas metano, gravemente difettosi con rischio di deperimento totale. Si evidenziava che nello specifico erano stati riscontrati numerosi tratti di rete idrica riparati con pezzi di camera d'aria, in gomma fissati al tubo con filo di ferro, (via Nizza, Via Tamburino, Via Filiberto, Via dei Villini, via dei Mutilati, Via Piave, via Umberto, ed altre vie), ed addirittura in piazza

Torino la riparazione era stata eseguita con dei piccoli spezzoni di legno inseriti a pressione nel tratto di tubo lacerato e coperti poi con conglomerato cementizio (danni occulti).

21. Al riguardo il Comune assumeva che i tratti di rete fognaria interessati da tali riparazione difettose ed approssimative, con riferimento alla data dell'atto di resistenza (19.9.2022) erano stati individuati principalmente in c.da Coco (dietro supermercato Eurospin) ed in via Ragusa, ed era stato riscontrato che dette riparazioni erano state realizzate inserendo o meglio appoggiando un tratto di tubo corrugato di sezione minore a quello esistente all'interno dei tratti di tubo lacerati andando a creare una strozzatura al regolare deflusso dei reflui fognari e, quindi, un inevitabile intasamento del tratto di rete fognaria con riversamento dei reflui sulla sede stradale.

22. Si evidenziava che per la riparazione dei tratti occlusi della rete fognaria oltre all'intervento di sostituzione del tratto di tubazione interessato, prima di individuare le reali cause che provocavano l'inconveniente, erano stati necessari numerosi interventi di espurgo finalizzati ad una temporanea eliminazione dell'occlusione.

23. Si evidenziava che a causa dei citati inconvenienti e danni, l'Ufficio Tecnico, del Comune, nel tempo, aveva predisposto numerosi atti finalizzati al ripristino dei danni rilevati consistenti in scavi, sostituzione di tubazioni lacerate e ripristino delle riparazioni approssimative effettuate, detti atti venivano sinteticamente elencati: Determine Dirigenziali nn. 157/2013; 105/2014; 122/2014; 100/2016. Il tutto per un importo complessivo di costi già sostenuti dall'Ente di circa € 50.500,00, e che si dovevano verificare gli ulteriori danni riscontrati nel tempo riconducibili ai lavori di realizzazione della rete di distribuzione del gas metano, ed oltre i numerosi interventi di espurgo per i quali sussistevano ulteriori danni che venivano stimati in € 5.000,00 circa.

24. Si precisava che ai danni sopra richiamati si sarebbero dovuti aggiungere i costi sostenuti dal Comune di Francofonte per il ripristino dei danni provocati nei cavidotti

dell'impianto di pubblica illuminazione (oggetto di intervento), che in numerosi casi non hanno permesso la manutenzione dei cavi in quanto bloccati proprio in corrispondenza dello scavo della rete di distribuzione del Gas metano.

25. Si concludeva evidenziando che, per i citati innumerevoli inconvenienti e gravi danni, di rilevante importo, che si continuavano ancora a verificare, e che si sarebbero dovuti accertare e quantificare nel corso del giudizio arbitrale, il Comune di Francofonte, sicuramente, non poteva essere considerato debitore della Mediterranea per la somma portata dalla richiesta di arbitrato, perché questa avrebbe dovuto essere ridotta per compensarla con i danni che saranno accertati nella loro natura ed entità nel corso della presente procedura, anche con apposita consulenza tecnica.

26. Per questi motivi Il Comune a causa del menzionato grave inadempimento assumeva di non poter corrispondere all'appaltatore il corrispettivo della prestazione, se quest'ultimo non adempiva conformemente al contratto e a regola d'arte.

27. Assumeva infine che, per quanto esposto, dovevano accertarsi nella loro natura ed entità i gravi danni posti in essere dalla Mediterranea, come sopra esposti, nella esecuzione dei lavori di realizzazione dell'impianto di distribuzione Gas nel Comune di, anche a mezzo disponenda consulenza tecnica. Di conseguenza doveva dichiararsi infondata in fatto e diritto oltre che inesatta la pretesa creditoria vantata da Mediterranea nei confronti del Comune, da compensare con i citati danni dalla stessa prodotti.

C) 28. a seguito di un nuovo invito di parte attrice, il Comune con atto del 30.12.2022 prendeva atto della necessità di sostituire l'arbitro di parte e designava l'Arch. Gianni Massimo Greco, dirigente del settore LL.PP. del Comune di Melilli.

D) Successivamente giusto verbale di estrazione del Consiglio della camera Arbitrale n° 39 del 9.2.2023, veniva designato quale Presidente del Collegio la Dott.ssa Moricca.

29. In data 28.3.2023 il Collegio Arbitrale si insediava, accettando la nomina e *i*) fissando la sede dell'arbitrato presso la Camera Arbitrale c/o ANAC in Roma ai sensi dell'art. 209 comma 9 del D lvo 50/16, in mancanza di diversa indicazione delle parti; *ii*) delegando al compimento degli adempimenti burocratici in alternativa alla nomina del segretario del Collegio Arbitrale l'Avv. Carmelo Barreca, ed *iii*) assegnando alle parti termine sino al 15.4.2023 per il deposito della memoria di costituzione + fascicolo con documenti e successivo termine sino al 22.4.2023 per una memoria di replica e quindi *iv*) fissando la prima udienza, anche per l'esperimento del tentativo di conciliazione, per il giorno 24.4.2023 ore 16,00, sempre da svolgersi in video conferenza tramite utilizzo della virtual room della camera Arbitrale;

F) Parte attrice si costituiva con memoria del 14.4.2023, con atto sottoscritto anche dal legale rappresentante ed allegando procura ad litem spillata in calce su foglio separato.

30. In tale memoria dopo aver richiamato in fatto quanto già esposto con l'atto di accesso all'arbitrato ha ribadito in diritto che ancorchè il Comune avesse incassato il saldo del finanziamento, non aveva provveduto a saldarle il credito residuo, evidenziando e ribadendo l'illegittimità di tale comportamento posto che: *i*) i lavori affidati ad Anapo Gas erano stati ultimati il giorno 02.12.2014 e collaudati in data 11.12.2014; *ii*) la contabilità finale ed il Collaudo erano stati approvati dal Comune in data 17.12.2014; *iii*) nel corso della esecuzione dei lavori non era stato riscontrato e imputato alla Anapo Gas alcun difetto o danno nell'esecuzione, tant'è che il direttore dei lavori e gli organi di Collaudo non avevano impartito alcuna prescrizione di lavorazioni e ripristini, né era stata imputata alcuna detrazione di importi in danno dell'impresa ed anzi erano state svincolate le ritenute a garanzia; *iv*) le risultanze tecnico economiche finali erano state sottoposte ad approvazione Ministeriale, col conseguente riconoscimento di un credito complessivo a saldo di € 747.937,74; importo che era già stato erogato da Cassa Depositi e Prestiti al

Comune di Francofonte con valuta 05.11.2015; v) mai alcuna segnalazione o denuncia di danni ai sottoservizi imputabili ad Anapo Gas, né a Mediterranea poi, era pervenuta dopo la ultimazione dei lavori, né alcuna denuncia di danni era stata mai formulata dal Comune, nonostante le diffide di pagamento nel tempo inviate da Anapo Gas; vi) Tanto bastava a confermare come risultasse assolutamente ingiustificato il mancato pagamento del saldo del credito, richiamando al riguardo quanto stabilito dalla Circolare della Cassa Depositi e Prestiti n.1148 del 1985 art. 5.2 come già trascritta al superiore punto 10. Si ribadiva quindi che il Comune – che, come detto aveva incassato l'importo di 747.937,74 euro dalla Cassa Depositi e Prestiti con valuta 05.11.2015 - avrebbe pertanto dovuto tempestivamente procedere al versamento del saldo in favore della Anapo Gas, non comprendendosi le ragioni per le quali il Comune del tutto immotivatamente aveva invece versato solamente la somma complessiva di € 531,003,38 (peraltro con un ritardo di ben oltre due mesi), senza corrispondere il resto di quanto dovuto. Tale circostanza era stata posta all'attenzione del Comune di Francofonte – cfr. ulteriore diffida della Società del 25.01.2016 – che era stato diffidato a pagare la somma di € 216.934,36, ossia la differenza tra l'importo riconosciuto ed erogato e quello effettivamente versato dal Comune, ma la condotta omissiva del Comune aveva costretto parte attrice dapprima al ricorso per D.I. e poi oggi all'azione in sede arbitrale.

Si evidenziava altresì che il Comune di Francofonte era inoltre tenuto alla corresponsione degli interessi moratori di cui al decreto legislativo n. 231 del 2002, in attuazione della direttiva 2000/35/CE e successive modifiche, che trovava applicazione nel caso di specie. Si ribadivano quindi i quesiti già formulati con l'atto di accesso all'arbitrato che venivano così precisati **QUESITO** *“dica ed accerti il Collegio Arbitrale - alla luce del contratto intercorso tra le parti, e del quadro normativo, regolamentare e regolatorio di riferimento, oltreché della prassi e della corrispondenza intercorsa e degli atti e documenti depositati*

o che saranno ritenuti utili ai fini del decidere, che il Comune di Francofonte è debitore nei confronti di MEDITERRANEA ENERGIA SOC. CONS. A.R.L., quale società incorporante della società incorporata Anapo Gas S.R.L., dell'importo di € 216.934,36, o altro importo ritenuto di giustizia, oltre interessi di legge maturati e maturandi per i lavori svolti e collaudati nel 2014 e, conseguentemente, condanni il citato Comune di Francofonte al pagamento in favore di MEDITERRANEA ENERGIA SOC. CONS. A.R.L., quale società incorporante della società incorporata Anapo Gas S.R.L., di tale importo di € 216.934,36, o di altro importo ritenuto di giustizia, oltre interessi di mora ex D.Lgs. 231/02 maturati e maturandi, come quantificati nel corpo del presente atto o comunque ritenuti di giustizia, oltre spese del procedimento arbitrale e oltre alle spese del funzionamento del Collegio Arbitrale.”

G) Il Comune con propria memoria di replica del 21.4.2023 :

31. affermava per la prima volta l'esistenza di una serie di presunti “vizi occulti” , rappresentati dal fatto che la profondità del tubo della rete del gas era stata collocata ad una profondità inferiore agli 80/100 cm previsti in contratto e che non era presente alcuna segnalazione a salvaguardia della rete metano, richiamando la relazione del 18.1.2017 ed una nuova relazione del 25.1.2023, ed assumeva che l'esito positivo del collaudo dell'opera non escludeva la responsabilità dell'appaltatore per tali vizi occulti. Assumeva quindi che legittimamente il Comune aveva esercitato il suo diritto a sospendere i pagamenti ai sensi dell'art. 1460 cc per i citati gravissimi danni provocati dall'appaltatore nell'esecuzione delle opere.

32. Assumeva quindi non doversi applicare gli interessi moratori, stante l'affermata inesigibilità del saldo del pagamento. Evidenziava inoltre che avendo erroneamente attivato la Mediterranea il ricorso per D.I., il tempo trascorso non era imputabile al Comune e pertanto nessun importo doveva essere liquidato a titolo di interessi moratori.

H) Si svolgeva quindi la prima udienza in data 24.4.2023.

33. In quella sede in cui, anche in conformità al Regolamento della Camera Arbitrale, il Collegio espletava il previsto tentativo di conciliazione si verbalizzava quanto segue: “...parte attrice.... dichiara di essere disponibile al pagamento del saldo + interessi di legge con una riduzione semmai degli interessi, e l’Avv. Mario Rocco Paoli fa presente che anche i tempi di pagamento sarebbero rilevanti per ogni valutazione. Parte convenuta afferma che sarebbe disposto a pagare solo la sorte capitale in tempi di un anno circa con un significativo acconto. La Mediterranea prende atto di questa proposta e chiede un rinvio per poterla valutare, fermo restando che serve una proposta dettagliata con tempi certi, ma gli interessi almeno legali li vorrebbe riconosciuti e vorrebbe che il Comune paghi le spese di funzionamento del collegio arbitrale, con compensazione delle altre spese di difesa. La difesa del Comune si impegna a formulare una proposta transattiva completa entro il 4.5.2023.....”.

Il Collegio quindi rinviava il giudizio all’udienza del 12.5.2023, sempre per l’espletamento del tentativo di conciliazione, prendendo atto dell’impegno del Comune a formulare una completa proposta transattiva entro il 4.5.2023.

I) Il Comune in data 3.5.2023 trasmetteva la seguente proposta transattiva:

34. *i) pagamento da parte del Comune della sorte capitale ammontate ad € 216.934,36, entro un anno dalla sottoscrizione dell’eventuale accordo, da pagarsi secondo le seguenti modalità: prima rata € 30.000,00 alla sottoscrizione dell’eventuale accordo e successive 11 rate mensili di € 16.994,03 ciascuna; ii) pagamento da parte del Comune delle spese di arbitrato al 50%; iii) compensazione tra le parti delle spese legali.”* Tale proposta veniva rifiutata da parte attrice giusta PEC del 9.5.2023.

L) 35. All’udienza del 12.5.2023 il Collegio prendeva atto del fallimento del tentativo di conciliazione e la difesa del Comune chiedeva termine per articolare richieste istruttorie.

Il Collegio quindi assegnava alle parti un primo termine sino al 22.5.2023 per richieste istruttorie ed un termine per repliche sino al 29.5.2023 e fissava l'udienza di discussione per il giorno 12.6.2023 ore 16,00.

36. Il Comune con memoria trasmessa il 22.5.2023 chiedeva ammettersi prova testimoniale su seguente articolato:

a) vero è o no che in data 07.12.2022, durante i lavori di scavo e sezione obbligata eseguiti dall'impresa di manutenzione per la sostituzione della rete idrica esistente, all'incrocio tra la via dei Combattenti e la via Scamporlino, in Francofonte (SR), è stato tranciato un tubo della rete del metano; b) vero è o no che tale tubo della rete del metano si trovava collocato ad una profondità di cm. 30 circa, misurata dal piano stradale fino all'estradosso del detto tubo, e che era assente alcun tipo di segnalazione a salvaguardia della rete del metano, come risulta dai rilievi fotografici che si esibiscono e allegati alla perizia del 25.01.2023 a sua firma (all. 12); c) vero è o no che, a seguito di lavori di manutenzione della rete idrica comunale, è stata riscontrata la profondità dei tubi del metano in circa 30 cm. dal piano stradale anche in via della Vittoria e in via Siracusa, in Francofonte (SR), come risulta dai rilievi fotografici che si esibiscono e allegati alla perizia del 25.01.2023 a sua firma (all. 12)''.

37. Il Comune insisteva altresì nella richiesta di ammissione della consulenza tecnica d'ufficio al fine di accertare la natura e l'entità di tutti i gravi difetti e danni prodotti dalle opere eseguite dalla Anapo Gas srl nella realizzazione dell'impianto di distribuzione Gas Metano nel Comune di Francofonte in esecuzione del contratto ed in particolare nell'accertamento della profondità dei tubi della rete di metano collocati in esecuzione del detto contratto in tutto in territorio comunale, attraverso Geo-radar o altro.

Quale ulteriore mezzo istruttorio allegava e produceva copia della lettera prot. n. 8474 del 18.05.2023 del Comune di Francofonte inviata a mezzo pec in pari data.

38. parte attrice con memoria di replica istruttoria del 29.5.2023 evidenziava l'inammissibilità della prova testimoniale, stante l'intervenuto collaudo dell'11.12.2014 evidenziando che nel verbale di collaudo I collaudatori in particolare, avevano dichiarato che *"...i lavori si sono svolti nel rispetto delle norme e del capitolato in particolare per quel che riguarda i materiali e la loro messa in opera..."*, che *"...sulla scorta della documentazione consegnata dalla Concessionaria e dal RUP e degli ulteriori chiarimenti forniti dagli stessi e dalla Direzione dei Lavori, i Collaudatori hanno effettuato n. 19 sopralluoghi nel corso dei quali hanno dato corso a saggi ed accertamenti come riportato negli allegati verbali di visita..."* e che *"...a seguito di quanto hanno potuto accertare si sono fatti la convinzione che le opere sono state seguite in ottemperanza al progetto approvato ed alla perizia approvata e alle buone tecniche del costruire nel rispetto della normativa vigente..."*.

39. Evidenziava che il RUP aveva approvato il certificato di collaudo, senza impartire alcuna prescrizione ed avendo ad esempio potuto constatare personalmente *"- così come si legge a pag. 22 del verbale di ispezione del 17.09.2014, allegato alla "relazione e certificato di collaudo" - la regolare posa della tubazione anche nella via Siracusa (ovvero nella medesima strada in cui il Comune ha infondatamente asserito che i lavori non sarebbero conformi al progetto)"*.

40. Evidenziava quindi che il collaudo doveva ritenersi definitivo, essendo decorsi i due anni dalla sua emissione senza che nessun vizio fosse mai stato denunciato, ed essendo decorsa anche la prescrizione, sia ai sensi dell'art. 28.10 L. 109/94 che dell'art. 1669 c.c..

41. Richiamava una sentenza del Trib. Roma che aveva affermato che *"...l'esecuzione del collaudo e l'accettazione dell'opera senza riserve comportano la decadenza del committente dalla garanzia per i vizi, anche quando il collaudo sia stato eseguito <<a campione>> (TR ROMA 29.10.2001)*. Ribadiva quindi l'inammissibilità della prova

testimoniale, nonché l'eventuale incapacità del teste Farfaglio, in quanto responsabile dell'Ufficio tecnico e quindi interessato a difendere gli atti del proprio ufficio.

Evidenziava poi una discrasia tra la data di protocollo della nota del 5.4. 2023 e la differente data di formazione del documento (25.1.2023).

42. Quanto alla chiesta CTU, ne contestava la natura meramente esplorativa, evidenziando come fosse addirittura rivolta a verificare la corretta posa delle opere addirittura in tutto il territorio comunale. Contestava la nota del 18.5.2023 in quanto inerente ad un presunto danno successivo all'instaurazione del giudizio e quindi non incluso nei quesiti formulati al Collegio Arbitrale.

43. In subordine in caso di ammissione dei mezzi istruttori richiesti, allegava vari documenti e chiedeva l'ammissione di prova testimoniale sul seguente articolato

Ai testi Riggio Sebastiano e Riggio Vincenzo: **a)** *Vero o no che Lei è dipendente della Costruzione & Impianti Soc. Coop., la quale per conto di Mediterranea Energia esegue in tutto il territorio del Comune di Francofonte (SR) attività di pronto intervento e ripristino della rete del gas, anche in caso di sinistro derivante dalla condotta di terzi; b)* *Vero o no che Lei, nella qualità di addetto della Costruzione & Impianti Soc. Coop. al suddetto servizio di pronto intervento, è intervenuto il 07.12.2022 in occasione del ripristino della rete del gas in via dei Combattenti 1 all'incrocio tra la via dei Combattenti e la via Scamporlino, nel territorio comunale di Francofonte (SR), danneggiata da una ditta terza incaricata dal Comune di Francofonte; c)* *Vero o no che nella tubazione era presente la segnalazione consistente nel nastro giallo a salvaguardia della rete del metano, come risulta anche dal rilievo fotografico che si esibisce all'allegato n.40; d)* *Vero o no che in occasione di tale intervento, nonché di altri interventi equivalenti per il ripristino della rete danneggiata da lavorazioni ad opera di imprese terze incaricate dal Comune di Francofonte, ha constatato che le ditte incaricate dal Comune avevano eseguito lo scavo*

attraverso escavatori e altri mezzi pesanti che si trovavano in loco, anziché a mani; e) Vero o no che, quando in esecuzione delle sue mansioni si è recato più volte nel territorio del Comune di Francofonte (SR) per intervenire e ripristinare la rete del gas metano, ha constatato che il tubo del gas posato era segnalato dal nastro di colore giallo previsto dalla normativa di settore;

Indicando quale teste il Geom Giuseppe Lozito **a)** *Vero o no che Lei, durante l'esecuzione dei lavori di costruzione della rete di metanizzazione nel Comune di Francofonte (SR), ha svolto il ruolo di Coordinatore per la Sicurezza in fase di Esecuzione e di assistente alla Direzione dei Lavori; b)* *Vero o no che la tubazione è stata posata secondo le indicazioni della DL, del contratto e del progetto approvati; c)* *Vero o no che nella fase di scavo, per tutta la lunghezza della rete, è stato posato il nastro segnalatore del tubo del gas di colore giallo; d)* *Vero o no che attualmente lei si occupa del coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione dei lavori aventi ad oggetto la realizzazione di nuovi allacciamenti e nuovi tratti di rete gas nel Comune di Francofonte (SR) e che nell'espletamento di tale incarico si è recato presso i cantieri durante la loro esecuzione come da progetto, senza che vi sia stata la necessità di impartire prescrizioni*

Indicando quali testi i componenti della Commissione di collaudo : **a)** *Vero o no è che in corso di esecuzione dei lavori di metanizzazione sono stati effettuati diversi sopralluoghi ed ispezioni nel corso dei quali non sono state formulate prescrizioni in relazione ai lavori eseguiti dalla Concessionaria; b)* *Vero o no che sono state effettuate visite di ispezione anche lungo la Via Siracusa senza che sono state formulate prescrizioni in relazione ai lavori eseguiti dalla Concessionaria.*

M) *si svolgeva quindi l'udienza del 19.6.2023 in cui le parti insistevano nelle rispettive posizioni.*

44. La difesa del Comune insisteva nei mezzi richiesti osservando, quanto alla decadenza/prescrizione ex art. 1669 c.c. che era stata eccepita a seguito dell'affermazione dell'esistenza dei vizi occulti, che il termine non può che decorrere dall'effettiva conoscenza del vizio, acquisibile solo con gli effettuati accertamenti tecnici e che l'interramento dei tubi a distanza inferiore a quella contrattualmente prevista (ed anche ex lege) giustificava l'eccezione di inadempimento del Comune. Assumeva che il collaudo non si era occupato di svolgere alcuna verifica sulla profondità dei tubi e che erano inammissibili in quanto generiche le richieste istruttorie di parte attrice.

45. La difesa di parte attrice contestava che il Collaudo era stato esaustivo e che i lavori erano stati anche seguiti dalla D.L. nominata dal Comune, ribadendo che a pag. 24 del certificato di collaudo si dà atto che *“le opere sono state eseguite in ottemperanza al progetto approvato ed alla perizia approvata e alle buone tecniche del costruire e nel rispetto della normativa vigente”*. Assumeva quindi esser privo di fondamento sostenere che il collaudo fosse stato incompleto, emergendo dalla documentazione in atti l'assoluto rispetto sotto tutti i profili tecnici della normativa vigente. Insisteva nell'eccepita decadenza ex art. 1669 c.c. Il Collegio arbitrale riservava ordinanza.

N) 46. Con Ordinanza del 3.8.2023, adottata al termine di sessione di videoconferenza degli Arbitri, il Collegio arbitrale a maggioranza riteneva la causa matura per la decisione ravvisando la non rilevanza delle richieste istruttorie formulate dalle parti e pone la causa in decisione assegnando alle parti termine sino al 15.9.2023 per il deposito di memorie conclusionali e sino al 29.9.2023 per repliche.

47. Le parti hanno depositato nei termini le memorie conclusionali e le repliche, insistendo nelle rispettive posizioni.

48. Il Collegio arbitrale si è riunito in data 13.10.2023 alle ore 16 e segg. in videoconferenza utilizzando il sistema meet jetsi ed ha deliberato il presente lodo.

Motivi della decisione

49. Premessi i fatti di causa, come sopra riassunti facendo riferimento alla prospettazione delle parti, la domanda di parte attrice è fondata e deve trovare accoglimento.

50. Si premette che non è contestato che i lavori siano stati effettivamente svolti, e non è nemmeno contestato l'importo del credito residuo.

51. E' contestata invece da parte del Comune l'esistenza di danni arrecati dall'appaltatore ed infine di vizi ritenuti occulti che avrebbero legittimato ai sensi dell'art. 1460 c.c. il mancato pagamento.

52. Il Collegio si deve quindi occupare di questa sorta di eccezione di compensazione (prima) e di eccezione ex art. 1460 c.c. poi, sollevata nel corso del giudizio arbitrale dal Comune.

53. Al riguardo è innanzitutto sintomatico osservare che sino alla presentazione del D.I. il Comune non aveva mai contestato alcunchè all'appaltatore, né aveva mai in alcun modo giustificato od esternato le ragioni per le quali anziché erogare in data 2.11.2015 l'intera cifra inerente il finanziamento ricevuto, aveva trattenuto l'importo in contestazione di € 216.934,36. Eppure, circostanza su cui si tornerà, già nel 2013, nel 2014 e durante tutto il 2015, erano stati effettuati ben 16 interventi di riparazione della condotta idrica e fognaria, ritenuti addebitabili all'appaltatore.

54. Tali numerosi interventi, che sono quelli di cui alle determine 151, 157, 189 e 216 dell'anno 2013; nonché 25, 94, 105, 122, 132, 139, 141, 165 e 171 del 2014, nonché 15, 16, 17 del 2015, nonché 6, 15, 76 e 100 del 2016, sono stati poi inseriti nella relazione del Resp. LL.PP. del Comune del 18.1.2017 (allegata in giudizio e già allegata all'opposizione a Decreto Ingiuntivo) e richiamati ai fini di chiedere la compensazione con i presunti danni subiti a causa di tali interventi.

55. Va osservato quindi che il Comune solo in sede di opposizione a Decreto Ingiuntivo (prodotto in giudizio) per la prima volta aveva contestato non tanto che la condotta del gas non era stata posizionata correttamente, ma bensì che l'appaltatore nel collocare la condotta del gas aveva danneggiato quella idrica e fognaria, tant'è che chiedeva il rimborso delle spese sostenute per le riparazioni.

56. Nel predetto atto di citazione in opposizione al D.I. il Comune, preliminarmente eccepiva l'incompetenza del G.O. stante l'esistenza della clausola arbitrale. In subordine e nel merito, dopo aver richiamato la relazione del 18.1.2017 di cui è detto, specificava testualmente che “ *a causa della profondità dello scavo e della strumentazione con cui veniva realizzato (minitrincea rotativa), nel corso dell'esecuzione è capitato più volte che detti lavori intaccassero i sottoservizi esistenti e nello specifico rete idrica comunale e rete fognaria comunale, segnalati alla ditta esecutrice e successivamente riparati dalla stessa*”. Si evidenziava altresì sempre nell'atto di opposizione a D.I. che dopo l'ultimazione dei lavori proseguivano le segnalazioni di perdite causate da “*riparazioni approssimative e non eseguite a regola d'arte coincidenti proprio con i tratti in cui era stata posata la rete di distribuzione del gas metano*”. Si elencavano vari interventi (contrada Coco e via Ragusa principalmente), ma anche Via Nizza, Via Tamburino, via Filiberto, Via dei Villini, Via dei Mutilati, Via Piave, via Umberto e Piazza Torino e si richiamavano alcune delle determinazioni dirigenziali tra quelle sopra indicate (157/2013, 105/2014; 122/2014 e 100/2016 che venivano allegate).

57. Si chiedeva quindi in via di eccezione riconvenzionale di compensazione di considerare gli importi di tali danni e si chiedeva annullarsi il D.I. per inesattezza del credito, previo accertamento dei suddetti danni arrecati alle reti idriche e fognaria da parte dell'appaltatore.

58. In buona sostanza quindi, sino a tutto il 2017 e sino poi – come vedremo – alla fase intermedia del giudizio arbitrale, il Comune non contestava quale presunto “ vizio occulto” la profondità della collocazione della tubazione del gas (diventata da ultimo invece il leit motiv delle difese del Comune e delle richieste istruttorie), ma bensì solo i danni che a suo dire l’appaltatore aveva arrecato alle reti idriche e fognarie nell’esecuzione dei lavori.

59. Riassunto il giudizio in sede arbitrale a seguito della pronuncia del Tribunale di annullamento del D.I. stante l’incompetenza del G.O., parte attrice ha riproposto le domande già azionate in sede monitoria.

60. Nell’atto di resistenza del 19.9.2022 la difesa del Comune ha sostanzialmente riproposto al Collegio Arbitrale le stesse eccezioni e richieste di compensazione con i presunti danni subiti, con una sorta di quasi copia/incolla dei contenuti dell’atto di citazione in opposizione al D.I.

61. Concludeva la difesa del Comune evidenziando quindi che *“A causa dei citati inconvenienti e danni, l’Ufficio Tecnico, del Comune di Francofonte, nel tempo, ha predisposto numerosi atti finalizzati al ripristino dei danni rilevati consistenti in scavi, sostituzione di tubazioni lacerate e ripristino delle riparazione approssimative effettuate, detti atti vengono di seguito sinteticamente elencati: Determine Dirigenziali nn. 157/2013; 105/2014; 122/2014; 100/2016 (allegati 8, 9, 10, 11).”*

Si tratta delle stesse determine allegate nel giudizio di opposizione a D.I.

62. Anche l’importo dei presunti danni era il medesimo (indicato in EU 50.500,00) oltre ai danni arrecati all’impianto di illuminazione (esattamente come richiesto nel giudizio di opposizione a D.I.).

63. Ancora una volta quindi, l’atto di resistenza del Comune faceva riferimento a presunti danni arrecati ai vari sottoservizi comunali (reti idriche, fognarie, illuminazione), ma non certo alla contestazione dei presunti “vizi occulti” correlati alla poi affermata non

conformità della profondità di collocazione della tubatura del gas ed all'essenza di adeguata segnalazione di "alert" visibile durante eventuali scavi.

64. Solo nel proseguo e nel corso del giudizio arbitrale la difesa del Comune ha ampliato la domanda assumendo anche ai sensi dell'art. 1460 c.c. che doveva ritenersi legittimo il mancato pagamento del saldo, in quanto il Comune aveva scoperto che la tubazione era stata collocata ad una profondità inferiore (a circa 30 cm) rispetto a quella concordata e che pertanto questo rappresentava un vizio occulto che inficiava l'intera corretta realizzazione dell'opera.

65. Il Collegio si deve intanto occupare della richiesta risarcitoria per i presunti danni arrecati ai sottoservizi comunali, in quanto danneggiati dai lavori posti in essere dall'appaltatore.

66. Parte attrice ha contestato che i danni nelle tubature idriche e fognarie fossero attribuibili ad imperizia dell'appaltatore ed ha contestato di aver involontariamente rotto e/o bucato le suddette tubature. Ha piuttosto evidenziato che gli interventi frequenti del Comune nei tratti di strada interessati dai lavori, erano stati causati dalla vetustà e dal cattivo stato della rete idrica e fognaria.

67. In mancanza di prova l'allegazione del comune è rimasta indimostrata, non essendo certamente sufficiente l'esecuzione degli interventi per affermare, con evidente salto logico, che la responsabilità sarebbe da attribuirsi all'operato dell'appaltatore per i danni da questi arrecati a causa della sua imperizia nell'esecuzione dei lavori.

68. Tra l'altro a sostegno della fondatezza delle argomentazioni dell'appaltatore, contribuiscono vari elementi, tra cui:

- a) Il fatto che i lavori furono tutti svolti sotto la sorveglianza continua del Direttore dei Lavori nominato dal Comune, e quindi deputato proprio a monitorare l'andamento dei lavori ed a segnalare (e contestare) eventuali inadempienza dell'impresa e/o rotture provocate

dall'impresa e/o riparazioni mal eseguite. Tra l'altro come detto numerosi di questi interventi di "ripristino" furono effettuati prima del collaudo ed in corso dei lavori, quindi è del tutto inverosimile che di tali contestazioni, ove fondate, non ci sia traccia e non siano mai state sollevate prima;

- b) Il fatto che non solo la Direzione lavori non ebbe mai a contestare alcunchè durante l'intera esecuzione dell'appalto, ma come detto la stessa relazione di collaudo dell'11.12.2024 (allegata da parte attrice) ha confermato, sulla scorta dei numerosi sopralluoghi (ben 19) effettuati nel corso dei lavori e di cui si dà atto nella stessa relazione di collaudo che *“a seguito di quanto hanno potuto accertare si sono fatti la convinzione che le opere sono state eseguite in ottemperanza al progetto approvato ed alla perizia approvata ed alle buone tecniche del costruire e nel rispetto della normativa vigente”*; sicché è rimasto comprovato quanto affermato da parte attrice, ossia che né il direttore dei lavori e né gli organi di Collaudo hanno mai impartito alcuna prescrizione di lavorazioni e ripristini, né è stata imputata alcuna detrazione di importi in danno dell'impresa, né sono state trattenute le ritenute a garanzia (che furono invece svincolate);
- c) Il fatto che 3 delle 4 determine allegata in giudizio dalla difesa del Comune rechino motivazione ben diversa dagli asseriti danni provocati da imperizia dell'appaltatore; ad esempio la determina n° 157 del 26.8.2013 così premette *“considerato che l'Amministrazione ha intenzione di eliminare tutti i problemi relativi all'approvvigionamento idrico derivanti dalla vetustà dell'impianto esistente ed in certi casi alla pessima realizzazione dello stesso”* (quindi vetustà dell'impianto e pessima realizzazione ab origine dello stesso e non certo danni causati dall'appaltatore nella collocazione della rete del gas – si tratta di via Nizza ed alla traversa Tamburino); nella successiva determina n° 105 del 20.6.2014 (via Filiberto) allegata in giudizio dalla difesa del Comune si legge la stessa identica premessa *“considerato che l'Amministrazione ha*

intenzione di eliminare tutti i problemi relativi all'approvvigionamento idrico derivanti dalla vetustà dell'impianto esistente ed in certi casi alla pessima realizzazione dello stesso"; e nella relazione tecnica si parla espressamente di tubo "ammalorato" (espressione ben diversa da "danneggiato" come avrebbe dovuto essere se il danno era attribuibile all'appaltatore); identica premessa si rinviene nella determina 122 dell'11.7.2014 (via Piave) ed anche qui la relazione tecnica allegata parla di tubo "presumibilmente amalorato"; solo nel 2016 il Comune cambia versione con la determina n° 100 del 25.7.2016 adducendo per la prima volta che in alcuni interventi potrebbe trattarsi di danni arrecati dall'appaltatore, ma senza fornire al riguardo alcuna prova (ma siamo molto vicini temporalmente alla data di presentazione della richiesta di decreto ingiuntivo);

- d) Il fatto che in realtà nel 2013 (per come si legge nella relazione del 18.1.2017 allegata dalla difesa del Comune) gli interventi erano stati ben 4, e nel 2014 erano stati ben 9, e nel 2015 erano stati 3, così come 4 nel 2016. Sicchè va rilevato non solo che unicamente nella determina (l'ultima n° 100 del 2016) si paventa in qualche modo la possibile responsabilità dell'appaltatore, ma come detto che invece mai nel corso degli anni 2013-2014-2015 e per tutto il 2016 il comune ha ritenuto di contestare in qualsiasi forma tale affermata responsabilità dell'appaltatore per aver "danneggiato" la rete idrica e fognaria nel corso dei lavori. Peraltro come già evidenziato tale contestazione emergerà solo in sede di opposizione a D.I.;
- e) Il fatto infine che tale allegazione quindi, fortemente contestata dalla difesa di parte attrice, non solo è rimasta totalmente priva di supporto probatorio, non valendo certo a tal fine l'efficacia probatoria di documentazione precostituita unilateralmente dalla stessa parte convenuta, ma lo stesso comportamento del comune convenuto induce a ritenere che solo al fine di tentare di limitare le conseguenze dell'azione monitoria intrapresa dall'odierna attrice, si sia tentato di affermare la sussistenza di danni arrecati dall'appaltatore che

avrebbero dovuto ridurre (in compensazione) il quantum preteso dall'attrice. Va evidenziato per completezza che nelle proprie richieste istruttorie la difesa del Comune si è limitata a chiedere di far accertare (in virtù di un sopralluogo del 7.11.2022) la profondità della collocazione della rete del gas metano ed a chiedere CTU sull'intero territorio comunale per accertare in tutta la tubazione la profondità di collocazione, senza allegare quindi alcuna richiesta istruttoria finalizzata a comprovare la responsabilità dell'appaltatore per gli interventi (e conseguenti presunti danni) arrecati dallo stesso Concessionario alla rete idrica e fognaria. Tra l'altro a fronte del prospettato danno di oltre 50 mila euro le uniche somme impegnate nelle 4 determine allegate in giudizio superano di poco EU 10 mila.

69. Ne consegue che la domanda/eccezione riconvenzionale di danni arrecati da imperizia del Concessionario per aver danneggiato la rete idrica e fognaria è rimasta sfornita di prova e, per quanto evidenziato, non è meritevole di accoglimento.

70. La difesa del Comune ha poi evidenziato, da ultimo e concentrando tutta la sua difesa prevalentemente su questo aspetto, di aver scoperto (sostanzialmente per come affermato solo in data 7.12.2022) che la tubazione del gas era stata collocata non alla profondità prevista contrattualmente, ma bensì a circa solamente 30 cm, e che era assente la necessaria segnalazione a salvaguardia della rete del metano. Ha quindi dedotto la violazione delle norme contrattuali e delle norme di legge che prevedono la realizzazione di tali opere. Ha altresì dedotto che tale nuovo vizio occulto non poteva in alcun modo esser "coperto" dall'intervenuto collaudo, come da costante giurisprudenza.

Ha infine dedotto che tale vizio aveva fatto sì che in passato era stata danneggiata la rete del gas in quanto chi aveva eseguito lavori, presumendo che la condotta fosse interrata a una profondità di almeno 0,80 cm, non si era avveduto della ridotta profondità ed aveva

danneggiato la tubazione, e che ciò rappresentava in futuro un pericolo costante, a sostegno dalla rilevanza e gravità del vizio “occulto” dedotto.

71. Parte attrice ha contestato tali affermazioni, eccependo innanzi tutto la decadenza/prescrizione annuale ex art. 1669 del codice civile, nonché la decadenza ai sensi dell’art. 28 comma 10 della legge 109/94 secondo cui *“Salvo quanto disposto dall’articolo 1669 del codice civile, l’appaltatore risponde per la difformità ed i vizi dell’opera, ancorché riconoscibili purché denunciati dal soggetto appaltante prima che il certificato di collaudo assuma carattere definitivo”*, ed evidenziando nel merito che contrattualmente, all’art. 9 dello schema di convenzione richiamato e facente parte integrante del contratto (ALL. 4 produzione Comune), proprio per ovviare comunque a pericoli di danneggiamento della tubazione del gas, era stato espressamente previsto che *“al fine di evitare interferenze materiali o tecniche o danneggiamenti alla rete di distribuzione del gas, il concedente assumerà presso la Concessionaria opportune informazioni prima di iniziare lavori di qualsiasi natura , che possano interessare in qualsiasi modo suolo e sottosuolo stradale..... Per lavori che dovessero invece essere eseguiti da terzi, in prossimità delle reti gas, il Concedente autorizzandone l’esecuzione dovrà prescrivere l’obbligo :*

- *di assumere presso la Concessionaria le opportune informazioni prima di iniziare i lavori di qualsiasi natura, che possano interessare la rete gas;*
- *di preavvisare la Concessionaria dell’inizio dei lavori da compiersi, informandola altresì sulla loro natura”*

Al contempo la concessionaria assumeva l’obbligo di garantire un servizio ininterrotto di reperibilità del personale specializzato.

72. Parte attrice ha altresì evidenziato (e comprovato allegando in giudizio varie comunicazioni preventive del Comune, All. da 30 A a 30 H) che allorquando gli interventi

erano stati preavvisati ai sensi dell'art. 9 sopra indicato, nessun danno si era mai verificato, affermazione non contestata dalla difesa del Comune.

73. Orbene, per quanto concerne tale eccepito vizio "occulto" deve innanzitutto premettersi che le argomentazioni della difesa del Comune, allorquando evidenzia che il certificato di collaudo positivo non potrebbe impedire la denuncia di danni occulti, risultano fondate, anche in considerazione come detto dell'espressa previsione della clausola limitativa di responsabilità ex art. 28 legge 109/94, destinata a "cedere" ove sussistano i presupposti dell'art. 1669 c.c., e dunque per l'appunto in caso di successiva scoperta di rilevanti vizi occulti.

74. Si premette altresì che, diversamente da quanto affermato dalla difesa di parte attrice, il Collegio non ritiene che la domanda sia inammissibile, anche perché formulata nel corso del giudizio arbitrale con la memoria autorizzata del 21.4.2023.

75. Si deve però a questo punto considerare e valutare l'eccezione di decadenza/prescrizione formulata ai sensi dello stesso art. 1669 c.c. da parte attrice, a fronte dell'introduzione nel giudizio arbitrale di tale domanda/eccezione di inadempimento, formulata anche ai sensi dell'art. 1460 c.c. nel corso ed in prosecuzione del giudizio arbitrale.

76. L'art. 1669 c.c. così recita : *"Quando si tratta di edifici o di altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata, se, nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, rovina in tutto o in parte, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, l'appaltatore è responsabile nei confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta. Il diritto del committente si prescrive in un anno dalla denuncia."*

Tale norma si applica pacificamente anche agli appalti pubblici di lavori.

Come ben si vede la norma prevede sia una “decadenza” che una “prescrizione” entrambe sottoposte al breve termine annuale dalla scoperta.

77. A fronte dell’eccezione sia di decadenza che di prescrizione formulata dalla difesa dell’appaltatore, la difesa del Comune ha evidenziato che la “scoperta” del vizio, e la conseguente decorrenza del doppio termine di decadenza e poi di prescrizione annuale, non poteva ritenersi maturato, in quanto la “scoperta” poteva ritenersi tale solo quando si sia acquisita, in ragione degli effettuati accertamenti tecnici, la piena comprensione del fenomeno e delle sue cause, richiamando in tal senso varia giurisprudenza.

78. La difesa di parte attrice ha invece evidenziato che tale conoscenza era certamente già intervenuta da tempo, e pertanto la decadenza prima e prescrizione poi doveva ritenersi ampiamente maturata.

79. Il Collegio pur conoscendo l’orientamento della giurisprudenza, ritiene che lo stesso vada calibrato sulla natura concreta del denunciato “vizio occulto”.

80. Nel caso in ispecie, per come espressamente evidenziato dalla difesa del Comune, il vizio “occulto” sarebbe rappresentato dalla violazione della prescritta profondità della collocazione della tubazione del gas, accertabile, secondo quanto affermato, solo con gli accertamenti tecnici eseguiti recentemente.

81. A prescindere dal dover accertare su chi ricada l’onere della prova del momento della scoperta del vizio, ritiene il Collegio che tale prova sia stata comunque validamente fornita da parte attrice.

82. Al riguardo, ancorchè le suggestive difese del Comune invochino la necessità di particolari accertamenti tecnici, si deve rilevare che qui non si discute ad esempio di “carotaggi” o altre analisi sulle strutture murarie, o sulle fondazioni, o altre analisi particolari, ma bensì solo sulla percezione di un vizio che, dal punto di vista fattuale, era

ed è, ad avviso del Collegio, tutto sommato banale e che non richiedeva particolari cognizioni tecniche.

83. Ed invero, scopercchiare un tratto di suolo e notare che la condotta del gas è collocata ad una profondità di circa 30 cm, come asserito dalla difesa del Comune, è una scoperta evidentemente immediata, che balza immediatamente agli occhi non appena si esegua uno scavo in prossimità e sovrastante alla tubazione.

84. Anzi, a ben vedere è proprio il fatto che tale tubazione sia stata collocata a profondità inferiore che rende immediatamente visibile, appena iniziato qualunque scavo, il presunto vizio.

E' parimenti immediatamente visibile, senza particolari accorgimenti tecnici, la presenza o meno di segnalazioni di protezione a salvaguardia della rete del gas metano, in occasione di qualunque scavo che metta "in luce" la condotta del gas, e ciò in quanto tanto più è ridotta la profondità e tanto più è visibile la profondità di collocazione della condotta medesima (tant'è, che la prova istruttoria articolata dalla difesa del Comune faceva riferimento alla mera constatazione visiva di alcuni operai della difforme profondità riscontrata nel corso di uno scavo).

85. Sicchè, la costante giurisprudenza – ben nota al Collegio - che afferma che tale termine ex art. 1669 c.c. può essere posticipato all'esito degli accertamenti tecnici che si rendano necessari per comprendere la gravità dei vizi e stabilire il corretto collegamento causale, mal si attaglia all'odierna vicenda, e mal si attaglia a tutte quelle ipotesi ove il vizio "occulto" sia invece facilmente individuabile ed immediatamente percepibile, in occasione di particolari eventi (come appresso evidenziato).

86. Ciò premesso, a sostegno e dimostrazione della fondatezza dell'eccezione di decadenza/prescrizione formulata da parte attrice è agevole osservare:

- a) il fatto che negli anni 2013-2014-2015-2016 erano stati eseguiti su indicazione del Comune ben 20 interventi di scavo in varie parti in prossimità degli scavi della tubatura del gas (come riportato nella relazione tecnica del 18.1.2017 allegata dalla difesa del Comune e come già riferito), laddove quindi certamente era già visivamente emersa in passato negli anni 2013-2014-2015 la presenza della tubatura del gas a tale contestata profondità inferiore a quella contrattualmente pattuita; il che rende inverosimile poter affermare che nel corso di tali interventi di scavo non si sia visibilmente immediatamente riscontrata tale ridotta profondità; quindi il presunto “vizio occulto” ed il correlato pericolo che in caso di lavori l’insufficiente profondità favorisca vari danneggiamenti della condotta del gas era certamente già emerso, né servivano particolari ulteriori indagini o accertamenti tecnici per “scoprire” l’esistenza del vizio occulto = insufficiente profondità; con l’evidente conseguenza che il vizio “occulto” tale non poteva più ritenersi una volta eseguiti n° 20 scavi in corrispondenza della tubatura del gas in varie zone del territorio comunale;
- b) a riprova del resto lo stesso articolato testimoniale richiesto dalla difesa del Comune aveva ad oggetto uno scavo eseguito in data 7.12.2022 per interventi di sistemazione della rete idrica in via Dei Combattenti, a dimostrazione che dallo scavo era plasticamente emersa l’insufficiente profondità della collocazione della rete del gas metano; ma ciò significa per l’appunto che in tutti gli scavi analoghi era certamente emersa la facile visibilità di tale vizio “occulto”, che quindi “occulto” immediatamente non era più ogni qualvolta si era effettuato un intervento di scavo per riparare la rete fognaria o idrica;
- c) il fatto che anche la Direzione lavori nel seguire la collocazione della tubatura del gas, così come l’intera Commissione di collaudo nel corso dei vari (ben 19) sopralluoghi abbiano certamente avuto modo di vedere “visivamente” e senza la necessità di particolari strumenti tecnici, la profondità di collocazione della tubazione del gas, ma è pacifico ed incontestato che né la Direzione lavori (longa manus del Comune) né l’intera Commissione di collaudo,

pur non potendo non vedere la ridotta profondità di collocazione della tubazione, formularono alcuna “denuncia” all’appaltatore di tale “vizio occulto”, né fu mai interrotta dal Comune la prescrizione con una costituzione in mora interruttiva della prescrizione. Al riguardo si evidenzia che ad esempio il verbale di sopralluogo della Commissione di Collaudo del 15.7.2014 fa riferimento al cantiere di contrada Coco, che è uno dei punti poi censurati dalla difesa del Comune. Altro verbale di sopralluogo fa riferimento ad esempio a Via della Vittoria (verbale del 4 e del 5.11.2014). Si osserva peraltro che le varie prove di pressione eseguite sulla condotta dimostrano che certamente la Commissione di Collaudo ed il Direttore dei lavori esaminavano e maneggiavano la condotta in prossimità degli scavi e quindi è ancora una volta inverosimile pensare di poter affermare che il Direttore dei Lavori, *longa manus* del Comune, presente nei vari sopralluoghi della Commissione di Collaudo, non abbia notato tale ridotta profondità;

- d) E peraltro quanto appena riferito in ordine alle ispezioni e sopralluoghi della Commissione di collaudo, è certamente un minus rispetto alla costante e continua sorveglianza delle attività di posa in opera certamente monitorate dalla Direzione Lavori, tecnico qualificato certamente in grado di percepire immediatamente la ridotta profondità della collocazione della tubazione (e ciò a prescindere dal fatto che tale percezione deve ritenersi facilmente visibile e riscontrabile anche dall’uomo medio). Si rammenta al riguardo che rientrano *“nelle obbligazioni del direttore dei lavori l'accertamento della conformità sia della progressiva realizzazione dell'opera al progetto, sia delle modalità dell'esecuzione di essa al capitolato e/o alle regole della tecnica, nonché l'adozione di tutti i necessari accorgimenti tecnici volti a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi”* (Cass. sez. II, 18/10/2022, n.30658).
- e) Lo stesso certificato di collaudo poi, pur essendo intervenuto dopo i numerosi interventi di scavo e ripristino negli anni 2013 e 2014 (ben 13 complessivamente), non ha minimamente

fatto alcun cenno al predetto vizio di insufficiente profondità della collocazione della tubatura del gas metano;

f) come detto infine, la stessa contestazione mossa con l'atto di citazione in opposizione a D.I. (atto valido ad interrompere la prescrizione) sarebbe in ipotesi intervenuta ormai tardivamente, ossia quando era ormai decorso sia il termine annuale per la denuncia che quello annuale per l'interruzione della prescrizione (a fronte come detto degli interventi plurimi di scasso e ripristino negli anni 2013-2014 e 2015); e ciò a prescindere dal fatto che la citazione in opposizione al D.I. non faceva riferimento affatto a tali vizi occulti, ma bensì solo ai danni asseritamente provocati alla rete idrica e fognaria dall'imperizia dell'appaltatore durante la collocazione della condotta del gas, ma non si assumeva quale vizio occulto, rilevante anche ai sensi dell'art. 1460 c.c. come poi affermato nel corso del giudizio arbitrale, l'inesatta profondità di collocazione della condotta e non si chiedeva alcun risarcimento in tal senso;

86. Ne consegue che il vizio "occulto" da ultimo lamentato è stato certamente scoperto in epoca ben anteriore rispetto all'ormai maturata decadenza e prescrizione ex art. 1669 c.c.

87. In ogni caso si trattava peraltro di un vizio certamente scopribile facilmente con l'ordinaria diligenza, trovando quindi applicazione in ogni caso il principio giurisprudenziale secondo cui *"Non appare verosimile che l'acquirente, entrata nel pieno possesso dell'appartamento ancorché coperto - come dichiara - di detriti e sabbia non abbia potuto percepire con l'ordinaria diligenza richiesta al compratore gli asseriti vizi, alcuni dei quali peraltro neppure occultati dalla presenza dei materiali di risulta. Appare comunque dirimente, come risulta dall'esame delle prove orali, che la medesima non abbia fornito la prova della dichiarata tempestività della denuncia in esito alla scoperta del vizio."* (Corte appello Bologna sez. I, 14/02/2018, n.459), pronunzia che per quanto sin qui riferito il Collegio arbitrale ritiene di condividere, essendo parimenti inverosimile che il

Comune, e per esso il Direttore dei lavori che lo rappresentava, non abbia potuto percepire immediatamente con l'ordinaria diligenza la dedotta violazione della profondità (ritenuta insufficiente) della collocazione della tubatura, sia nel corso della sorveglianza dei lavori che nel corso dei vari interventi di scavo di cui si è detto.

88. La rilevanza dell'accertata intervenuta decadenza e prescrizione, eccepita dalla difesa di parte attrice, esclude dunque la necessità di approfondire ulteriormente nel merito la fondatezza delle doglianze del Comune.

89. E' tuttavia appena il caso di rilevare che il pericolo di ulteriori danneggiamenti più volte manifestato dal Comune, è stato in realtà per come evidenziato e comprovato totalmente scongiurato dal mero rispetto dell'obbligo di preavviso ex art. 9 dello schema di convenzione, consentendo al concessionario di essere sempre presente in occasione di ogni intervento evitando qualsiasi pregiudizio.

90. Tale comprovata affermazione non è stata in alcun modo smentita dal Comune.

Tanto tuttavia si evidenzia per completezza di esposizione, essendo come detto tranciante la ritenuta fondatezza delle eccezioni di decadenza e prescrizione ex art. 1669 c.c.

91. Tali argomentazioni conducono quindi alla lineare affermazione della fondatezza della domanda di condanna formulata dal Comune, dovendosi respingere le eccezioni della difesa del Comune.

92. Ciò comporta altresì inevitabilmente anche l'affermazione della fondatezza della domanda di applicazione degli interessi ex D lvo 231/02 formulata da parte attrice.

E' pacifico del resto che tale tasso d'interessi si applica ai rapporti di concessione ed al debito di valuta del caso in ispecie.

93. La difesa del Comune, secondo cui la colpa del ritardo nel pagamento sarebbe addebitabile all'illegittima scelta della parte attrice di adire in via monitoria il G.O., non è degna di pregio.

94. La semplice analisi del testo legislativo dimostra del resto la fondatezza della richiesta (accessoria) di parte attrice.

L'art. 2 del D lvo rende certamente applicabile al predetto rapporto tale misura degli interessi.

L'art. 3 afferma che *“Il creditore ha diritto alla corresponsione degli interessi moratori sull'importo dovuto, ai sensi degli articoli 4 e 5, salvo che il debitore dimostri che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato determinato dall'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”*.

95. Il Comune non ha in alcun modo affermato l'applicabilità del predetto art. 3, che peraltro sarebbe inverosimile, ove solo si consideri che è pacifico che il Comune aveva ricevuto l'intero finanziamento ed ha deliberatamente (ed all'epoca in mancanza di contestazione alcuna nei confronti del concessionario) deciso di liquidare solo una parte dell'importo accreditato e trattenere il resto.

L'art. 4 poi precisa che gli interessi moratori decorrono senza che sia nemmeno necessaria la costituzione in mora, e l'art. 5 declina la misura di tali interessi.

Riconosciuta la sussistenza del credito quindi, è gioco forza riconoscere ad affermare la spettanza degli interessi ex art. 5.2 del D lvo n° 231/02 dal dovuto al soddisfo.

96. La soccombenza del comune impone anche la condanna al pagamento delle spese legali ed a quelle di funzionamento del Collegio arbitrale, fatte salve per quest'ultime la responsabilità solidale delle parti.

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale, riunitosi in videoconferenza il giorno 13 del mese di Ottobre 2023 alle ore 16,00 e segg., dopo ampia discussione collegiale ed a seguito di discussione tra i componenti del Collegio Arbitrale ha deciso a maggioranza e col voto dissenziente dell'arbitro Arch. Gianni Massimo Greco, il lodo come da seguente

DISPOSITIVO

Accoglie la domanda proposta dalla **MEDITERRANEA ENERGIA SOC. CONS. A.R.L.** e per l'effetto condanna il Comune di Francofonte al pagamento del complessivo importo di € 216.934,36 oltre interessi ai sensi dell'art. 5 del D Lvo 231/02 con decorrenza dalla domanda, che si ritiene di far coincidere con la diffida del 25.1.2016 e sino all'effettivo soddisfo.

Rigetta per quanto espresso in motivazione l'eccezione riconvenzionale di compensazione proposta dal Comune.

Condanna il Comune di Francofonte al pagamento delle spese del giudizio arbitrale, che liquida in EU 10.000,00 oltre accessori di legge (spese generali, IVA e CpA).

Condanna altresì il Comune di Francofonte al pagamento delle spese di funzionamento del Collegio Arbitrale, fermo restando il vincolo della solidarietà delle parti nei confronti del Collegio Arbitrale, nella misura che verrà liquidata dalla Camera Arbitrale con specifica delibera ed in conformità degli artt. 14 e 15 del Regolamento della Camera Arbitrale.

Manda al segretario, il quale applicherà l'imposta di bollo virtuale tramite il sistema Pago-Pa, per il deposito via PEC del presente lodo in formato nativo digitale e sottoscritto digitalmente presso la Camera Arbitrale

OPINIONE DISSENZIENTE DELL'ARBITRO ARCH. GRECO

Si dà atto che l'Arbitro Arch. Gianni Massimo Greco, che ha espresso voto di dissenso alla decisione arbitrale, ha chiesto di inserire le motivazioni del proprio dissenso, che vengono inserite in allegato su file pdf nativo dallo stesso arbitro dissenziente sottoscritto digitalmente in pari data alla sottoscrizione del presente lodo.

Imposta di bollo assolta in numero di 1 marca da EU 16,00 ogni 4 fogli, si indicano qui appresso i codici numerici identificati dei 27 contrassegni telematici:

01220482086540 01220482086551 01220482086562 01220482086573

01220482086584	01220482086595	01220482086607	01220482086619
01220482086620	01220482086631	01220482086391	01220482086403
01220482086414	01220482086425	01220482086437	01220482086448
01220482086459	01220482086460	01220482086471	01220482086482
01220482086493	01220482086505	01220482086516	01220482086528
01220482092947	01220482092958	01220482092969	

Roma (sede arbitrato) 13 Ottobre 2023

Data di sottoscrizione = data dell'apposizione della firma digitale.

- **Dott.ssa Caterina Maria Moricca** Presidente
- **Avv. Carmelo Barreca** Arbitro
- **Arch. Gianni Massimo Greco** Arbitro

CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI
PRESSO AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE
GIUDIZIO ARBITRALE N. 12/2022 RGA
RELAZIONE SUL DISSENSO AL DISPOSITIVO DELIBERATO DAL COLLEGIO ARBITRALE
NELLA SEDUTA DEL 13.10.2023

Il sottoscritto Arch. Gianni Massimo Greco nato a Catania il 30.11.1964 C.F. GRCGNM64S30C351U con nomina di arbitro da parte del Comune di Francofonte per il giudizio arbitrale di cui in oggetto, espone le proprie considerazioni di dissenso al dispositivo deliberato in quanto:

VISTO che il comune di Francofonte avendo riscontrato gravi difetti e vizi occulti nella esecuzione delle opere art. 1669 c.c., ha esercitato il diritto di sospendere il pagamento art. 1460 c.c. chiedendo inoltre che tali difetti o vizi venissero verificati, eliminati o compensati riducendo l'importo rivendicato;

VISTO Inoltre che la Anapo gas srl attivando il decreto ingiuntivo presso il Tribunale di Siracusa anziché avviare il procedimento arbitrale come era previsto dal contratto nella clausola compromissoria e come confermato dal tribunale di Siracusa con sentenza n. 1086/2022, ha causato il perdurare delle controversie.

Per i motivi sopra elencati il sottoscritto ritiene di non dovere condannare il Comune di Francofonte al pagamento degli interessi moratori maturati.

Catania, data di apposizione della firma digitale

Arbitro

Arch. Gianni Massimo Greco