

**archivio
giuridico
delle
opere
pubbliche**

2013

anno XXXIX n. 85

luglio-dicembre

promedi roma

Poste Italiane S.p.A. - Spedizione in abbonamento postale
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1 comma 1 - DCB ROMA

LODO Roma 21 febbraio 2013 n. 11 — Pres. A. GAMBERINI — XXX (avv. C. Lenzini) c. YYY (avv. A. Marracino).

1. - Arbitrato - Composizione del Collegio - Nomina arbitri - Art. 810 comma 1 Cod. proc. civ. - Semplificazione procedura di avvio arbitrato - Semplice comunicazione scritta - Possibilità.
2. - Arbitrato - Composizione del Collegio - Nomina arbitri - Arbitro di parte - A mezzo ufficiale giudiziario - Necessità ex lege - Esclusione.
3. - Arbitrato - Procedimento - Giudizio arbitrale - Momento iniziale - Notificazione della domanda di accesso agli arbitri.
4. - Arbitrato - Composizione del Collegio - Presidente - Incarichi di "arbitro di parte" e di "avvocato" effettivamente esercitati - Indicazione specifica - Attività professionale in favore di una delle parti - Esclusione in radice.
5. - Arbitrato - Composizione del Collegio - Presidente - Incarichi svolti nel triennio - Art. 241 comma 5 D.L.vo n. 163 del 2006 - Avvocato dipendente di Ente pubblico e avvocato libero foro - Differenze.
6. - Contratto d'appalto - Vizi e difetti dell'opera - Vizio non particolarmente grave - Difformità dal progetto o dal capitolato speciale - Mancanza di qualità pattuita - Condanna appaltatore - Possibilità.
7. - Contratto d'appalto - Obblighi dell'appaltatore - Correzione preventiva difetti progettuali - Limiti - Committente - Insistenza nell'esecuzione del progetto allo stato - Effetti.
8. - Contratto d'appalto - Vizi e difetti dell'opera - Edifici o altre opere fisse destinati per loro natura a lunga durata - Rovina, evidente pericolo di rovina o gravi difetti - Responsabilità dell'appaltatore - Si presume.
9. - Direttore dei lavori - Obblighi - Opera di controllo e verifica - Astensione.
10. - Contratto d'appalto - Obblighi dell'appaltatore - Obiezioni tecniche - Prospettazione al Committente - Necessità.
11. - Danni - Danno risarcibile - Vizi progettuali dell'opera - Responsabilità progettista e appaltatore - Carattere solidale.
12. - Direttore dei lavori - Istruzioni errate - Previsioni contrattuali - Esecuzione opere difformi - Mancato impedimento - Responsabilità.

1. - In tema di nomina degli arbitri, il novellato art. 810 comma 1 Cod. proc. civ. ha eliminato il riferimento alla notifica a mezzo di ufficiale giudiziario ed ha, per contro, inserito l'esplicito richiamo alla forma scritta, sicché la nuova formulazione di questa norma ha inteso semplificare la procedura di avvio dell'arbitrato, consentendo che si proceda anche con una semplice comunicazione scritta, inviata per esempio a mezzo di raccomandata.

2. - A seguito della riforma dell'art. 810 Cod. proc. civ., la nomina dell'arbitro di parte non necessita ex lege della notifica a mezzo di ufficiale giudiziario.

3. - Il momento iniziale del giudizio arbitrale va determinato non più - come accadeva nella vigenza del precedente quadro normativo - con riguardo alla costituzione del Collegio arbitrale, bensì con riguardo alla notificazione della domanda di accesso agli arbitri, in quanto idonea a costituire un rituale rapporto procedimentale.

4. - In tema di arbitrato, l'indicazione specifica da parte del Presidente del Collegio Arbitrale degli incarichi di "arbitro di parte" e di "avvocato" effettivamente esercitati nel triennio precedente esclude in radice che egli possa aver svolto attività professionale di qualsivoglia natura in favore di alcuna delle parti coinvolte nel procedimento arbitrale in atto.

5. - Alla luce dell'art. 241 comma 5 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, l'avvocato dipendente di un Ente pubblico, che abbia svolto nel triennio la funzione di difensore della parte pubblica in qualità di dipendente, può essere nominato Presidente di un Collegio arbitrale, a differenza dell'avvocato del libero foro che per il fatto di avere espletato funzioni di arbitro di parte o difensore nel triennio non potrà fare il Presidente.

6. - In virtù degli artt. 1667 e 1668 comma 1 Cod. civ., anche un vizio non particolarmente grave, una difformità dal progetto o dal capitolato speciale, o una mancanza di qualità pattuita, possono indurre ad una condanna dell'appaltatore a provvedere a sue spese a ovviare all'inconveniente o, in alternativa, comportare una diminuzione del prezzo che, se già pagato, dovrà essere in parte restituito.

7. - Anche negli appalti di opere pubbliche, la diligenza dell'appaltatore deve spingersi a correggere preventivamente anche i difetti progettuali, naturalmente nei limiti della propria competenza tecnica, dovendo segnalarli con chiarezza al Committente, il quale, se vorrà insistere nell'esecuzione del progetto allo stato, ma non a regola d'arte - così riducendo il ruolo professionale di chi esegue l'opera-, lo farà a proprio rischio.

8. - Anche negli appalti di opere pubbliche, la responsabilità dell'appaltatore, nel caso di edifici o di altre opere fisse destinati per loro natura a lunga durata (beni immobili), si presume sussistere in ogni ipotesi di rovina (totale o parziale), di evidente pericolo di rovina, o anche di gravi difetti (art. 1669 Cod. civ.).

9. - Anche negli appalti di opere pubbliche, l'attività del direttore dei lavori consiste in un'opera di controllo e verifica, per conto del Committente, della regolarità e del buon andamento dell'opera posta in essere dall'Impresa.

10. - Anche negli appalti di opere pubbliche, l'appaltatore, fuori dal caso eccezionale in cui agisca come nudus minister del Committente, non può limitarsi ad accettare qualsiasi direttiva di costui, col rischio di rendere tutta l'opera non solo inutile, ma anche dannosa, ma ha il dovere di prospettargli le eventuali obiezioni tecniche che in ipotesi si frappongano alla esecuzione di un dato lavoro.

11. - Nonostante derivino da contratti distinti, la responsabilità del progettista e quella dell'appaltatore, in caso di vizi dell'opera derivati da vizi progettuali, ha carattere solidale ex art. 2055 Cod. civ. e non alternativo, con la conseguenza che entrambi rispondono per l'intero nei confronti del Committente.

12. - Il Direttore dei lavori se impartisce all'appaltatore istruzioni errate ne risponde ovviamente verso il Committente, eventualmente in concorso con l'appaltato-

re, se questi versa in colpa, avendo seguito le istruzioni senza contestarle, pur potendolo fare; così come specularmente il Direttore dei lavori risponde verso il Committente, in concorso con l'appaltatore, qualora abbia consentito o non abbia impedito l'esecuzione di opere difformi dalle previsioni contrattuali o dalle regole dell'arte.

3. - Cfr. Cass. civ. 12 dicembre 2003 n. 19025, in *questa Rivista* 2004, 228, e 28 maggio 2003 n. 8532, *ivi* 2003, 1102.

6. - Cfr. Cass. civ. 1 marzo 2001 n. 3002, in *Foro it. Rep.* 2002, Appalto, n. 40.

7. - Cfr. lodo Roma 1 aprile 1999 n. 23, in *questa Rivista* 2001, 114. Sul dovere di segnalazione, lodo Roma 25 ottobre 2002, in *questa Rivista* 2003, 81.

9. - Cfr. lodo Catania 16 giugno 2011 n. 60, in *questa Rivista* 2011, 1060.

10. - Cfr. Cass. civ. 2 giugno 1993 n. 6171, in *Foro it. Rep.* 1993, Appalto, n. 40.

11.-12. - Il Collegio richiama come precedente Cass. civ. 4 dicembre 1991 n. 13039, in *Foro it. Rep.* 1991, Appalto, n. 19. Più di recente, vedasi Cass. civ. 27 agosto 2012 n. 14650, in *Foro it. Rep.* 2012, Appalto, n. 52.

DIRITTO. — Il Collegio, prima di esaminare nel merito la presente controversia, e chiamato a pronunciarsi sulle mozioni/eccezioni preliminari in rito sollevate dalla difesa della YYY concernenti e volte a sostenere:

- a) l'invalida costituzione del Collegio Arbitrale;
- b) l'incapacità *ex art.* 812 c.p.c. del terzo arbitro con funzioni di Presidente sancita dall'art. 241, comma 5, del D.Lgs. 163/2006.

A) Quanto all'eccezione di invalida costituzione del collegio arbitrale.

La società YYY ritiene ed eccepisce l'invalidità della costituzione del Collegio Arbitrale in quanto la nomina come Arbitro dell'Avv. YYY da parte dell'YYY - e in sostituzione dell'Avv. YYY originariamente indicato con l'istanza di arbitrato notificata in data 21 settembre 2010 - sarebbe avvenuta in violazione delle forme previste e prescritte dal combinato disposto *ex artt.* 810 e 811 c.p.c. per:

- mancanza della notificazione a mezzo Ufficiale Giudiziario;
- averne avuto conoscenza solo in data 04 novembre 2011 e cioè dopo circa n. 2 mesi dalla costituzione del Collegio Arbitrale avvenuto il 15 settembre 2011;
- impossibilità di applicare l'istituto della "ratifica" al caso di specie;
- assenza di "adesione" e "acquiescenza" per aver sollevato la relativa eccezione nella prima memoria difensiva successiva.

Il Collegio Arbitrale ritiene infondata e, quindi, non meritevole di accoglimento la sopra svolta eccezione per le motivazioni che di seguito si espongono e si specificano.

Il testo dell'art. 810, I° comma, c.p.c. - così come novellato a seguito della riforma attuata dall'art. 21 D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40 - è chiaro e preciso nello stabilire che:

"Quando a norma della convenzione d'arbitrato gli arbitri devono essere nominati dalle parti, ciascuna di esse, con atto notificato per iscritto, rende noto all'altra l'arbitro o gli arbitri che essa nomina, con invito a procedere alla designazione dei propri. La parte alla quale è rivolto l'invito, deve notificare per iscritto, nei venti giorni successivi, le generalità dell'arbitro o degli arbitri da essa nominati".

Rispetto alla formulazione previgente, la novella introdotta con il decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 40, ha eliminato il riferimento alla notifica a mezzo di ufficiale giudiziario ed ha, per contro, inserito l'esplicito richiamo alla forma scritta: si legge, infatti, nella nuova formulazione, che gli arbitri devono essere nominati "con atto notificato per iscritto".

Se si pensa che già a fronte del previgente testo, non mancava chi ipotizzava che la notifica a mezzo ufficiale giudiziario non fosse l'unico valido sistema per introdurre un procedimento arbitrale — si diceva infatti che, poiché l'obiettivo quello di assicurare la certezza dell'avvenuta nomina, esso può essere conseguito anche mediante ricorso al servizio postale, a commessi o ad altri mezzi privati e che comunque in base al principio generale, la nullità non può essere pronunciata se l'atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato (Cfr. G. Bernini, *L'Arbitrato*, Bologna, 1993, pag. 323. Nello stesso senso App. Bologna, 20 Aprile 1995, in *Foro Padano*, 1996, I, c. 48 e ss.) — non è difficile concludere nel senso che la nuova formulazione ha inteso semplificare la procedura di avvio dell'arbitrato, consentendo che si proceda anche con una semplice comunicazione scritta, inviata per esempio a mezzo di raccomandata.

Si consideri, inoltre, che forme equipollenti alla notificazione a mezzo Ufficiale Giudiziario erano — tra l'altro — già consentite e ritenute pienamente legittime ancor prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 40/2006 (Cfr. Corte appello Bologna, 20 aprile 1995, Soc. Luna c. Soc. Malaguti e altro, secondo cui il "procedimento regolato dal codice di rito per la nomina di arbitri non ha natura cogente, pertanto, se è previsto dal regolamento arbitrale cui le parti fanno riferimento, è possibile comunicare la nomina del primo arbitro tramite l'invio di lettera raccomandata, non essendo requisito essenziale del procedimento la notifica a mezzo di ufficiale giudiziario"; ed ancora: Cassazione civile, sez. III, 13 aprile 1999, n. 3609, in base alla quale "All'arbitrato irrituale *omissis* ... Non si applica, invece, la disposizione nella parte in cui prevede che l'atto di nomina deve essere notificato a mezzo di ufficiale giudiziario, soprattutto se tale formalità è esclusa dalla volontà delle parti (nel caso di specie esse avevano previsto che la nomina dei periti sarebbe avvenuta "con apposito atto", senza ulteriori specificazioni). Analogamente, non è applicabile la disciplina contenuta nell'art. 811 c.p.c. nella parte in cui prevede che l'atto di sostituzione debba essere notificato all'altra parte").

Si aggiunga, per altro, che la giurisprudenza ritiene applicabile, anche nella specie, il generale principio di cui all'articolo 156, c. 3, c.p.c., per il quale nessuna nullità può essere pronunciata se ha l'atto che l'ha prodotta ha egualmente raggiunto il suo scopo (Cfr. Cassazione civile, sez. I, 31 gennaio 2007, n. 2201).

La sanzione della nullità era pure esclusa in epoca antecedente la sopra citata novella dal momento che "La trasmissione a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento, anziché con notificazione a mezzo di ufficiale giudiziario dell'atto di nomina dell'arbitro, non costituisce causa di nullità del processo, poiché in materia processuale vige il principio della tassatività delle nullità (art. 156 c.p.c.) e la norma dell'art. 810 c.p.c. non prescrive a pena di nullità la forma della comunicazione dell'atto *de quo*" (cfr. Collegio Arbitrale Roma 20 maggio 1995, Coboco Corumana Consortium c. Min. Esteri, in *Arch. Giur. oo. pp.* 1997, 184). Precisato e chiarito come la nomina dell'Arbitro di parte non necessiti *ex lege* della notifica a mezzo ufficiale giudiziario, stante la riforma dell'art. 810 c.p.c. introdotta dal D.Lgs. 40/2006, deve evidenziarsi come nel caso di specie il Collegio odierno giudicante si sia validamente ed efficacemente costituito giusta verbale del 15 settembre 2011.

Occorre osservare, infatti, che il presente procedimento arbitrale ha avuto il suo mo-

mento iniziale e, quindi, è risultato pendente al momento della notificazione (a mezzo ufficiale giudiziario) della domanda di arbitrato alla società YYY - avvenuta in data 21 settembre 2010 - da parte della A.L.E.R. contenente, tra l'altro, l'atto di nomina ad arbitro (nella persona dell'Avv. ... e l'indicazione dei quesiti da sottoporre al Collegio giudicante.

Come recentemente statuito dalla giurisprudenza di legittimità:

“il momento iniziale del giudizio arbitrale va determinato non più - come accadeva nella vigenza del precedente quadro normativo - con riguardo alla costituzione del Collegio, bensì con riguardo alla notificazione della domanda di accesso agli arbitri, in quanto idonea a costituire un rituale rapporto procedimentale” (cfr. Cassazione civile, sez. I, 21 luglio 2004, n. 13516; 12 dicembre 2003, n. 19025; 28 maggio 2003, n. 8532; 25 luglio 2002, n. 10922).

Tale atto notificato in data 21 settembre 2010 non risulta essere viziato né sotto il profilo formale né dal punto di vista sostanziale.

Successivamente, in data 12 ottobre 2010 la società YYY notificava alla A.L.E.R. atto di nomina di arbitro di parte nella persona dell'Avv. ... con formulazione di n. 5 quesiti da sottoporre al costituendo Collegio Arbitrale.

Con scrittura privata/atto ricognitivo perfezionatasi nel corso del mese di ottobre 2010 la A.L.E.R. e la YYY - in considerazione delle precedenti n. 2 (due) procedure arbitrali promosse con istanza 22 dicembre 2004 da parte della YYY e istanza 28 maggio 2008 da parte della A.L.E.R., valutato che l'oggetto del terzo arbitrato (il presente procedimento) comprendeva anche le questioni/domande precedentemente sollevate - dichiaravano di rinunciare ai precedenti avviati giudizi arbitrali demandando al presente Collegio Arbitrale ogni domanda contenuta nelle istanze per arbitrato datate 22 dicembre 2004 e 28 maggio 2008.

Con comunicazione 9 giugno 2001 la Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici indicava alle opposte parti ed ai rispettivi arbitri di aver deliberato la nomina del terzo arbitro con funzioni di Presidente del costituendo Collegio nella persona dell'Avv. Alberto Gamberini che veniva inviato a rendere - e, pertanto, rendeva - la dichiarazione di inesistenza dei divieti di cui all'art. 5 del D.Lgs. 53/2010.

In data 26 luglio 2011 l'avv. ... nella sua qualità di arbitro nominato dalla A.L.E.R., comunicava a mezzo racc. a.r. al costituendo Collegio Arbitrale di aver rinunciato all'incarico ricevuto e, contestualmente, che la A.L.E.R. aveva provveduto a nominare quale suo sostituto l'Avv. ... che, successivamente, inviava propria missiva di accettazione dell'incarico conferitogli.

All'udienza tenutasi in data 15 settembre 2011 si costituiva il presente Collegio Arbitrale, senza che venisse mosso alcun rilievo, neppure da parte dell'Arbitro di nomina YYY in ordine alle modalità di nomina degli arbitri odierni giudicanti. La descrizione dei passaggi procedurali che hanno condotto alla costituzione dell'odierno Collegio giudicante esclude in radice che possa ritenersi violata, in qualsiasi modo, la disciplina dettata in tema di Arbitrato e/o qualsivoglia ragione e diritto della Speci S.r.l.

L'art. 23-bis del C.S.A. del contratto di appalto fonte della presente controversia non richiedeva/prescriveva, infatti, alcuna particolare forma per la nomina degli arbitri di parte né alcuna peculiare modalità di comunicazione alla controparte: “L'istanza per arbitrato dovrà essere notificata al legale rappresentante della Stazione appaltante, a

pena di decadenza, nel termine di sessanta giorni da quello in cui fu comunicato il provvedimento della Stazione appaltante che ha risolto la controversia in sede amministrativa. Nel termine di sessanta giorni da quello della notifica dell'istanza di arbitrato la Stazione appaltante provvederà alla nomina del proprio arbitro".

Il disposto di cui all'art. 811 c.p.c. è chiaro e lapidario nello stabilire che:

"Quando per qualsiasi motivo vengono a mancare tutti o alcuni degli arbitri nominati, si provvede alla loro sostituzione secondo quando è stabilito per la loro nomina nella convenzione d'arbitrato".

Pertanto, poiché le opposte parti non prevedevano/prescrivevano - all'interno del dettato dell'art. 23-bis del C.S.A. del contratto d'appalto di cui si discute - alcuna forma particolare per la nomina dei rispettivi arbitri e la conseguente comunicazione alla controparte si deve ritenere ed affermare che tale libertà di forme fosse prevista e, quindi, applicabile anche al caso di sostituzione di uno di essi.

Ciò anche in considerazione dell'attività a cui è sempre e comunque tenuto ogni professionista nominato arbitro sulla scorta del dettato di cui all'art. 55 Codice Deontologico Forense che impone e prevede l'obbligo di "improntare il proprio comportamento a probità e correttezza".

Sulla scorta del preciso disposto di cui al su indicato articolo 55 la giurisprudenza disciplinare ha affermato che "Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che nominato in un collegio arbitrale, non collabori tempestivamente con i colleghi componenti del collegio *omissis* e comunichi alla parte che lo aveva nominato arbitro, e al suo difensore, la corrispondenza scambiata con gli altri componenti del collegio arbitrale" (CNF 14 maggio 2003, n. 93).

Pertanto, ritenendosi che la nomina dell'Avv. ... quale arbitro da parte di A.L.E.R. (contenuta nell'istanza di arbitrato notificata in data 21 settembre 2010) e l'atto di sua sostituzione con la persona dell'Avv. ... siano avvenuti validamente ed efficacemente consentendo alla controparte di averne immediata conoscenza, si deve - in conclusione - affermare la valida costituzione del Collegio Arbitrate e la sua piena competenza a conoscere della presente controversia.

Le restanti ulteriori argomentazioni svolte dalla difesa della YYY a sostegno dell'eccezione in rito oggetto della presente analisi - e cioè: impossibilità di applicare l'istituto della "ratifica" al caso di specie; assenza di "adesione" e "acquiescenza" per aver sollevato la relativa eccezione nella prima memoria difensiva successiva - risultano infondate e prive di giuridico pregio oltre che assorbite in quanto sopra osservato.

Il Collegio Arbitrate ritiene, pertanto, non meritevole di accoglimento l'eccezione *de quo* con conseguente suo integrale rigetto.

B) Quanto all'eccezione di incapacità *ex art.* 812 C.P.C. del terzo arbitro con funzioni di presidente sancita dall'art. 241, comma 5, D.Lgs. 163/2006.

La difesa di parte YYY ha eccepito una generica "incapacità" del terzo Arbitro nominato dalla Camera Arbitrale per i Contratti Pubblici con funzioni di Presidente del Collegio *de quo* senza mai precisare a quale "vizio" in particolare si riferisca.

Nella impossibilità di pronunciarsi sull'eccezione genericamente sollevata ma non precisata, il Collegio non può che limitarsi a ricordare che nella seduta arbitrale tenutasi in data 15 settembre 2011 il Presidente del predetto Collegio espressamente "in ossequio

a quanto deliberato dal Consiglio della camera Arbitrale in data 7 luglio 2011, onde consentire alle parti interessate di accertare l'effettiva sussistenza delle ipotesi di nullità indicate nello stesso provvedimento (di cui si dà lettura), in base agli artt. 241 e seguenti del Codice dei Contratti Pubblici, dichiara, in sede di costituzione del Collegio Arbitrale, gli incarichi di arbitro di parte e di avvocato effettivamente esercitati nel triennio precedente, onde consentire agli interessati di ricusarlo entro e non oltre il termine stabilito - con ordinanza - per il deposito delle rispettive prime memorie”.

Di ciò vi è verbale. Inoltre, dalla lettera del verbale del 15 settembre 2011 di costituzione del Collegio Arbitrale emerge *ictu oculi* che:

“Gli Arbitri prendono atto e non rilevano motivi di ricusazione. Il Collegio manda alla segreteria per la comunicazione alle parti presso i rispettivi difensori del presente verbale in copia conforme mediante spedizione postale anticipata a mezzo fax”.

Si evidenzia, quindi, come la dichiarazione di inesistenza dei divieti previsti dall'art. 5 D.Lgs. 20 marzo 2010 n. 53 sia stata compiutamente resa dal Presidente del costituendo Collegio Arbitrale e, sulla scorta di essa, alcun motivo di ricusazione sia stato rilevato/rinvenuto dagli Arbitri nominati dalle opposte parti né dai difensori delle stesse, pur avendone procura.

Inoltre, la YYY - pur messa nelle condizioni di poter formulare espressa istanza di ricusazione del terzo Arbitro nominato con funzioni di Presidente - ha ritenuto di non promuovere alcun procedimento in tal senso dimostrando, in tal modo, di ritenerlo non rispondente ad un proprio specifico interesse.

Nonostante ciò, la YYY ha ritenuto di mantenere tale eccezione preliminare in rito nel Corso dell'intero procedimento arbitrale rappresentando, tra l'altro, domanda formulata in via principale.

Tale atteggiamento processuale da parte della YYY - che, nella sostanza, auspica e confida nell'eventuale accoglimento dell'eccezione preliminare in rito in oggetto (altrimenti non si spiegherebbe il mantenimento di tale domanda) - potrebbe configurare e rappresentare ipotesi di responsabilità della parte stessa ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 815 c.p.c. il quale sancisce espressamente che:

“Nel caso di manifesta inammissibilità o manifesta infondatezza dell'istanza di ricusazione condanna la parte che l'ha proposta al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma equitativamente determinata non superiore al triplo del massimo del compenso spettante all'arbitro singolo in base alla tariffa forense”.

Nel caso di specie, tuttavia, alcun ricorso è stato presentato dalla YYY al Presidente del Tribunale indicato nell'articolo 810, secondo comma, entro termine perentorio di dieci giorni dalla notificazione della nomina o dalla sopravvenuta conoscenza della causa di ricusazione.

Ciò probabilmente anche al fine di evitare la possibile condanna da parte del Tribunale eventualmente adito conseguente all'ordinanza di rigetto dell'istanza di ricusazione ove giudicata come palesemente infondata.

Ad ogni buon conto, merita di osservarsi come nel caso di specie non si versi in alcune delle ipotesi tassativamente previste dall'art. 815 c.p.c. e dagli artt. 241, VI° comma, 242 e 243 D.Lgs 163/2006 così come - tra l'altro - dichiarato espressamente dall'Avv. Alberto Gamberini alla seduta del 15 settembre 2011.

L'indicazione specifica da parte del Presidente del Collegio Arbitrate degli incarichi di "arbitro di parte" e di "avvocato" effettivamente esercitati nel triennio precedente esclude in radice che egli possa aver svolto attività professionale di qualsivoglia natura in favore di alcuna delle parti coinvolte nel presente procedimento a nulla rilevando quanto sostenuto dalla difesa di YYY secondo cui: "... colui che ha svolto nel triennio precedente, e non per doveri di ufficio, l'incarico di arbitro o di avvocato in arbitrati relativi alla materia dei contratti pubblici, e, per espressa disposizione normativa, privo della capacità legale di agire e, pertanto, nel triennio non può svolgere assumere l'incarico di arbitro con funzioni di presidente in ulteriori arbitrati rientranti nella medesima materia".

È lo stesso articolo 241, V° comma, D.Lgs. 163/2006 a prescrivere che Presidente del Collegio Arbitrate dovesse essere scelto "tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce", oltre, ovviamente, a possedere precisi requisiti di indipendenza e imparzialità. È il caso di osservare che "indipendenza" è concetto diverso da "imparzialità".

"Imparzialità" e "indipendenza" non sono affatto sinonimi.

L'art. 55 del codice deontologico forense stabilisce che "l'avvocato chiamato a svolgere la funzione di arbitro è tenuto ad improntare il proprio comportamento a probità e correttezza e a vigilare che il procedimento si svolga con imparzialità ed indipendenza".

L'imparzialità deve contraddistinguere l'operato dell'arbitro, l'indipendenza è uno *status*, derivante dall'assenza di rapporti condizionanti tra l'arbitro, le parti ed i loro difensori.

Un arbitro può essere indipendente (non avendo con le parti alcuno dei legami indicati dall'art. 815) e comportarsi in maniera parziale. Così come un arbitro non indipendente può comportarsi in modo imparziale.

A tutela dell'indipendenza del presidente del collegio la novella stabilisce che costui, oltre ad avere particolare esperienza ed essere munito di precisi requisiti di indipendenza, non deve aver esercitato nell'ultimo triennio "le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico".

In parole povere l'avvocato dipendente di un ente pubblico, che abbia svolto nel triennio la funzione di difensore della parte pubblica in qualità di dipendente, può essere nominato presidente di un collegio arbitrale, a differenza dell'avvocato del libero foro che per il fatto di avere espletato funzioni di arbitro di parte o difensore nel triennio non potrà fare il presidente.

Il divieto di assumere le funzioni di presidente per chi nel triennio abbia svolto funzioni di arbitro di parte o di avvocato (e, quindi, di parte; cioè a sostegno di una delle opposte parti in contesa) in procedimenti arbitrali riecheggia in certo qual modo la previsione dell'art. 151 comma 8 del regolamento dei lavori pubblici (D.P.R. n. 554/1999, annullato dal Consiglio di Stato) che stabiliva l'incompatibilità tra l'iscrizione all'Albo degli arbitri tenuto dalla Camera arbitrale con lo svolgimento dell'incarico di arbitro di parte in altri giudizi arbitrali.

In sostanza l'aver svolto funzioni "di parte" determinerebbe una presunzione

assoluta di "non indipendenza", tale da minare l'imparzialità del terzo arbitro. Risulta evidente ed incontestabile la circostanza che nel caso di specie colui che è stato nominato quale terzo Arbitro con funzioni di Presidente del Collegio Arbitrale *de quo* non incorra in alcuna delle ipotesi tassativamente previste che ne determinino l'incapacità e/o che ne minino l'indipendenza e l'imparzialità in quanto lo stesso non risulta aver prestato attività professionale di qualsivoglia natura in favore di alcuna delle parti del presente procedimento.

Pertanto, il Collegio Arbitrale odierno giudicante ritiene infondata e priva di giuridico pregio l'eccezione preliminare in rito in analisi che ritiene di respingere integralmente.

Omissis.