

LODO ARBITRALE

Il Collegio arbitrale, costituitosi in data 20.11.2015 e composto da:

- 1) Prof. Avv. Emanuela Navarretta (Presidente)
- 2) Avv. Marco Annoni
- 3) Dott. Michele Scognamiglio

per decidere la controversia insorta tra l'Impromed ~~Consorzio~~ **Stabile S.p.A.**, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la **Mastrocinque Costruzioni s.r.l.**, rappresentata e difesa dal Prof. Avv. **Biagio Grasso** e dall'Avv. **Fabrizio Grasso** ed elettivamente domiciliata nel loro studio sito in Via ~~dei~~ **Mille**, n. 40 - Napoli

e

il Comune di Benevento, in persona del sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. **Eugenio Carbone**, giusta determinazione dirigenziale n. 309 del 05.04.2013 ed elettivamente domiciliato nel suo studio sito in Viale **Mellusi**, n. 59 - Benevento,

ha pronunciato il seguente

LODO

1. SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO ARBITRALE

Con atto di accesso a giudizio arbitrale notificato in data 13.03.2013, l'Impromed S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la **Mastrocinque Costruzioni s.r.l.**, rappresentata e difesa dagli Avv. **ti Michele Lopiano** e **Giuliana Milo**, dava avvio alla procedura arbitrale e nominava come arbitro di parte l'Avv. **Paolo Vosa**, con studio sito in via **Fiorelli**, 5 - Napoli.

Con atto di resistenza alla domanda arbitrale notificato in data 15.05.2013, il Comune di Benevento, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. **Eugenio Carbone**, resisteva all'azione intentata dalla ricorrente e designava quale arbitro di parte il Dott. **Michele Scognamiglio**, con studio sito in via **San Giorgio Vecchio**, n. 90 - San Giorgio a Cremano.

Con comunicazione del 12.06.2014, prot. in uscita n. 0067361, la Camera arbitrale di Roma nominava quale terzo arbitro con funzioni di **Presidente** del Collegio arbitrale la Prof. Avv. **Emanuela Navarretta**, nata a **Campobasso** il 03.01.1966, che otteneva in data 01.07.2014, prot. in uscita n. 0020966/2014, il nulla-osta dall'Ateneo di Pisa.

Successivamente, a seguito della rinuncia all'incarico degli Avv. **ti Michele Lopiano** e **Giuliana Milo** e della dichiarazione di non poter accettare l'incarico dell'Avv. **Paolo Vosa**, la **Impromed S.p.A.**, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la **Mastrocinque Costruzioni s.r.l.**, con comparsa di costituzione di nuovo difensore e atto di nomina di nuovo arbitro del 02.07.2015 conferiva incarico a rappresentarla e a difenderla al Prof. Avv. **Biagio Grasso** e all'Avv. **Fabrizio Grasso**,

eleggendo domicilio nel loro studio sito in Via dei Mille, n. 40 - Napoli, e nominava quale Arbitro di parte, in sostituzione dell'Avv. Paolo Voso, l'Avv. Marco Annoni, con studio sito in via Udine, n. 6 - Roma.

In data 20.11.2015 si costituiva in prima convocazione il Collegio arbitrale presso la sede dell'Autorità Nazionale Anticorruzione in via Minghetti, 10 - 00187 Roma, che assegnava alle parti termine fino al 14.01.2016, per la presentazione della prima memoria, per la precisazione dei quesiti, per l'articolazione dei mezzi istruttori e per il deposito dei documenti, e termine fino all'11.02.2016 per il deposito delle memorie di replica e di eventuali, ulteriori documenti. Il Collegio fissava altresì l'udienza di discussione per il 29.02.2016, anche al fine dell'esperimento del tentativo di conciliazione.

Con l'atto di accesso e con la prima memoria di costituzione, la parte ricorrente poneva al Collegio i seguenti quesiti:

1. Dicano gli Arbitri se la Stazione Appaltante si sia resa gravemente inadempiente per aver violato tutti gli obblighi precontrattuali e contrattuali sulla stessa gravanti ed in particolare:
 - a. per aver posto in gara un progetto carente, non esecutivo né eseguibile nei termini e tempi convenuti e privo delle necessarie verifiche preliminari;
 - b. per non essersi attivata con la dovuta tempestività e diligenza per la definizione di tutte le problematiche riscontrate in corso d'opera, per essere rimasta sorda a tutte le richieste di cooperazione provenienti dall'Impresa, per non aver manifestato alcuna seria volontà di risolvere in via definitiva le conclamate carenze progettuali, per non aver in alcun modo consentito all'impresa l'effettivo completamento dei lavori approvando la necessaria Perizia di Variante solo a contratto risolto.
- 1.1. Nell'affermativa, accertino e dichiarino gli Arbitri la sussistenza dei presupposti per addivenire alla risoluzione del contratto d'appalto per grave inadempimento della Committente e, per l'effetto, dichiarino che il contratto d'appalto rep. N. 15098 del 16.02.2010 è da intendersi risolto per grave inadempimento della SA ex art. 1453 c.c. Condannino, altresì, la Stazione Appaltante, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1458 c.c., ad integrare l'importo relativo ai lavori eseguiti e contabilizzati della aliquota corrispondente al ribasso offerto in sede di gara pari ad euro 303.027,751 (13 %).
- 1.2. In via gradata, liquidino gli Arbitri l'importo ritenuto equo, aggiornando in ogni caso lo stesso di interessi legali e di rivalutazione monetaria.
2. Dicano gli Arbitri se l'impresa abbia, in ogni caso, diritto al risarcimento dei maggiori oneri e di tutti i danni subiti, che investono il mancato utile, la manodopera, le attrezzature, i mezzi d'opera, il protratto vincolo delle fidejussioni, come esplicitati nelle riserve formulate, di cui si riportano le richieste:
 - a. spese generali per € 1.867.357,06;
 - b. mancato utile per € 1.431.640,41;

- c. maggior impiego del personale per € 1.702.944,18;
- d. mancato ammortamento mezzi per € 151.759,81;
- e. vincolo fideiussioni per € 8.226,25

per un totale di € 5.161.927,72, oltre interessi e rivalutazione.

3. Dicano gli Arbitri se l'impresa abbia diritto al riconoscimento e pagamento delle riserve tecniche per aver eseguito i lavori previsti in variante e ordinati dalla D.L. In particolare, se l'impresa abbia diritto al pagamento delle seguenti somme:
 - a. Maggior nolo per ponteggi per € 7.121,28;
 - b. Impianti elettrici eseguiti negli immobili ERP per € 30.108,56;
 - c. Opere edili in facciate ed interne per € 43.388,24;
 per un totale di € 80.618,18 oltre interessi e rivalutazione.
4. Dicano gli Arbitri se l'Impresa abbia diritto al risarcimento del danno per materiali e apprestamenti rimasti nella esclusiva disponibilità della committente, quantificato dalla attrice in euro 100.000,00 ovvero nella somma maggiore o minore che risulterà in corso di causa, maggiorata degli interessi e della rivalutazione.
5. Dicano gli Arbitri se l'atto di sottomissione sottoscritto nel novembre del 2012 sia da ritenersi valido ed efficace anche in assenza della propedeutica approvazione della Perizia di Variante e quindi se sia legittima l'approvazione dei nuovi prezzi alle opere extracontratto commissionate anche prima della sottoscrizione del predetto atto.
6. Dicano gli Arbitri se, in caso di effettiva invalidità dell'atto di sottomissione del novembre del 2012, i criteri di analisi e quantificazione operati dalla SA per computare le opere eseguite nello stato finale siano da riparametrarsi in coerenza con l'effettivo stato dei luoghi e con le originarie previsioni di progetto.
7. Dicano gli Arbitri se, in ogni caso, l'impresa abbia diritto al pagamento degli interessi legali e moratori per il ritardato pagamento del SAL n. 6, nonché al pagamento del SAL n. 7 per € 296.806,42 e del SAL n. 8 per € 330.054,77, ovvero al pagamento della somma maggiore o minore che risulterà in corso di causa, maggiorata degli interessi e della rivalutazione.
8. Dicano gli Arbitri se, in caso di accoglimento della domanda di risoluzione contrattuale, l'impresa abbia diritto al pagamento del mancato utile nella misura del 10 % dell'importo contrattuale delle opere non eseguite.
9. Dicano gli Arbitri se, in caso di accoglimento della domanda di risoluzione contrattuale, l'impresa abbia diritto al risarcimento del cosiddetto "danno curriculare" nella misura del 5% dell'importo contrattuale, ovvero di quella maggiore o minore somma che sarà ritenuta di giustizia, conseguente alla perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al *curriculum* professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e partecipazione alle singole gare.
10. Dicano gli Arbitri se, pertanto, in caso di accoglimento di uno o più dei quesiti sopra formulati, l'Ente debba essere condannato al pagamento delle somme ivi richieste – ovvero a quella maggiore o minore che risulterà in corso di giudizio o sarà considerata di giustizia – ivi incluso l'importo delle somme oggetto di ritenuta sui singoli SAL,

maggiorate degli interessi dovuti *ex lege* dalla data delle rispettive richieste e della rivalutazione monetaria.

11. Dicano gli Arbitri se, in ogni caso, l'Ente debba essere condannato alle spese di funzionamento del Collegio arbitrale, nonché di quelle legali sostenute dall'Impresa.

Con l'atto di resistenza alla domanda arbitrale e con la prima memoria il Comune poneva al Collegio arbitrale i seguenti quesiti.

1. Dica, in via preliminare, il Collegio arbitrale che la domanda arbitrale proposta da Impromed Consorzio Stabile S.p.A., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I., è inammissibile e improcedibile per difetto di legittimazione attiva e processuale e/o per difetto di contraddittorio.
2. Dica l'on.le Collegio arbitrale che i quesiti formulati nell'atto di accesso arbitrale (da 1 a 8) sono manifestamente inammissibili e/o comunque infondati e dunque da rigettare.
3. Accerti l'on.le Collegio arbitrale che il Comune di Benevento ha diritto al pagamento della penale prevista dall'art. 22 C.S.A. nella misura massima prevista € 661.588,74, maggiorata di interessi e rivalutazione come per legge, condannando conseguentemente la Impromed s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI, al pagamento del citato importo in favore del Comune di Benevento.
4. Accerti e dichiari, in ogni caso, l'on.le Collegio che il Comune di Benevento ha diritto al risarcimento dei danni di natura patrimoniale e non patrimoniale subiti, a qualsivoglia titolo, per difetto dell'inadempimento dell'impresa appaltatrice e della risoluzione contrattuale di cui al provvedimento n. 121/2013, da liquidarsi nella misura corrispondente alla penale contrattuale (€ 661.588,74) ovvero in quella diversa maggiore o minore che verrà accertata in corso di causa anche a mezzo di CTU (che sin d'ora si richiede) ovvero ritenuta di giustizia anche in via equitativa dall'on.le Collegio arbitrale, condannando conseguentemente la Impromed s.p.a., in proprio e in qualità di mandataria dell'ATI, al pagamento del citato importo in favore del Comune di Benevento.
5. Condanni l'on.le Collegio arbitrale la società attrice al pagamento di tutte le spese di funzionamento del Collegio arbitrale, nonché alle spese e compensi legali per l'assistenza di giudizio.

Con la prima memoria l'Impromed, oltre a depositare numerosi documenti, formulava istanza di CTU in merito all'inadempimento della committente e al danno subito dall'attrice. Anche il Comune di Benevento, oltre a depositare numerosi documenti, faceva richiesta della CTU al fine di determinare i danni subiti per effetto dell'inadempimento dell'impresa appaltatrice.

Nell'udienza del 29.02.2016, verificata l'insussistenza delle condizioni per addivenire ad una conciliazione, la parte resistente si opponeva alla richiesta di CTU avanzata dalla ricorrente, rilevando "la mancata allegazione degli atti progettuali posti a base di gara e di quelli di cui alla perizia di variante nonché la mancata indicazione negli atti di parte attrice della carenza progettuale da cui deriverebbe la responsabilità e/o inadempimento della PA".

Nell'udienza del 18.3.2016 il Collegio arbitrale disponeva la consulenza tecnica d'ufficio, precisando che avrebbe dovuto riferirsi a fatti allegati dalla parte e supportati da documenti e prove prodotti in giudizio nonché a notizie e a dati non desumibili dagli atti processuali, ma necessari per espletare il compito affidatogli, a condizione che venissero indicate le fonti, a garanzia del contraddittorio, e che l'acquisizione di tali dati e notizie avesse funzione di riscontro e di verifica rispetto a quanto affermato e documentato dalle parti. Nella medesima udienza il termine per il deposito del lodo veniva prorogato, ai sensi dell'art. 820, 3° comma, c.p.c., di 180 giorni e dunque fissato nella data del 14 gennaio 2017.

Nell'udienza del 20.05.2016 per il giuramento del Consulente tecnico d'ufficio, ing. Antonio Turco, nominato dalla Camera arbitrale con provv. del 18 marzo 2016, il Prof. Avv. Biagio Grasso comunicava di aver nominato l'ing. Ettore Barbieri, quale Consulente tecnico di parte, mentre l'Avv. Eugenio Carbone chiedeva la revoca dell'ordinanza di nomina del CTU, adducendo il carattere meramente esplorativo della stessa e la violazione del principio del contraddittorio e del giusto processo. Il Collegio, preso atto dell'opposizione all'istanza dell'Avv. Eugenio Carbone espressa dal Prof. Avv. Biagio Grasso, si ritirava in camera di consiglio e, dopo aver rigettato l'istanza, disponeva: che la bozza di relazione venisse trasmessa ai consulenti di parte entro 60 giorni decorrenti dalla data di nomina dei CTP, da effettuarsi entro il 06.06.2016; che nei successivi 15 gg i CTP trasmettessero le loro memorie e che, dopo ulteriori 15 gg, il CTU trasmettesse la relazione definitiva.

Nel 1° verbale di consulenza tecnica del 07.07.2016 il C.T.U. unitamente ai C.T.P. formulavano un'istanza di proroga di 60 gg. Il Collegio con Ordinanza del 21 luglio 2016 ne concedeva 40.

La relazione definitiva veniva depositata in data 8.10.2016.

Di seguito, con ordinanza dell'8.11.2016, in assenza di ogni richiesta delle parti affinché il Collegio convocasse il CTU a chiarimenti ovvero disponesse un supplemento d'indagine, il Collegio arbitrale dichiarava chiusa l'istruttoria e concedeva alle parti termine fino al 21.11.2016 per il deposito delle memorie conclusionali e termine fino al 28.11.2016 per il deposito delle repliche, fissando come data per la discussione finale il giorno 15.12.2016. Tale udienza veniva poi rinviata, per indisponibilità del Presidente, al 21.12.2016, ore 15.00. In tale data si svolgeva la discussione finale e, a seguire, la Camera di Consiglio.

2. MOTIVI DELLA DECISIONE

A. QUESTIONI PRELIMINARI

- I. QUESITO I DI PARTE CONVENUTA - INAMMISSIBILITÀ E/O L'IMPROCEDIBILITÀ DELLA DOMANDA DI ARBITRATO PER DIFETTO DI LEGITTIMAZIONE ATTIVA E PROCESSUALE DELLA IMPROMED S.P.A. E DIFETTO DEL CONTRADDITTORIO - RIGETTO**

1. Eccezioni della parte resistente. Difetto di legittimazione attiva e processuale della Impromed s.p.a. e difetto del contraddittorio

In via preliminare, il Comune di Benevento rileva l'inammissibilità e/o l'improcedibilità della domanda di arbitrato per difetto di legittimazione attiva e processuale della Impromed s.p.a. o comunque per difetto di contraddittorio.

Il Comune resistente afferma che, con atto pubblico del 5.8.2010 rep. n. 1711, notificato al Comune di Benevento il 18.08.2010, l'ATI Impromed Consorzio Stabile s.p.a./Mastrocinque Costruzioni s.r.l. costituiva, ai sensi dell'art. 93 d.p.r. n. 207/2010, la società consortile Irmes, che – a detta della parte resistente – sarebbe subentrata *ope legis* nel rapporto contrattuale dedotto in arbitrato.

Di conseguenza, la parte resistente rileva che, partendo dalla data di costituzione della società consortile Irmes, la Impromed s.p.a. non sarebbe stata più parte del rapporto regolato dal contratto d'appalto e non avrebbe più potuto far valere in sede di arbitrato un'azione fondata su un contratto del quale non era più parte.

1.2. Il motivo è infondato

Il Collegio Arbitrale ritiene il motivo infondato.

Infatti, la società consortile Irmes, costituita dall'aggiudicataria per l'esecuzione dei lavori, non succede nel rapporto che ha la sua fonte nel contratto di appalto. Tale nuova società subentra *esclusivamente nell'esecuzione* del contratto, ferme restando le responsabilità dei concorrenti riuniti o consorziati ai sensi del codice.

Tale principio è chiaramente enunciato dalla giurisprudenza di legittimità ed è, altresì, confermato dall'autorevole interpretazione della (allora) Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

La portata dell'art. 93 del d.P.R. n. 207/2010 è stata più volte spiegata dalla Suprema Corte di Cassazione che, con orientamento costante (Cass. 24 febbraio 2015, n. 3651; Cass. 14 ottobre 2011, n. 21222; Cass. 18 giugno 2008, n. 16410 nonché 4 gennaio 2001, n. 77 e Cass. 2 novembre 2001, n. 13582 sul previgente art. 96 del d.P.R. n. 554/1999), ha sostenuto che la società, istituita a seguito dell'aggiudicazione dagli operatori economici costituenti l'ATI, abbia natura propriamente strumentale e non assunta, pertanto, la qualifica di appaltatore, che resta in capo alle imprese riunite, bensì rivesta "il più modesto rilievo di una struttura operativa al servizio di tali imprese" (Cass. Civ. n. 16410/2008).

A sostegno di tale tesi concorre, innanzitutto, il dato letterale, là dove le espressioni usate dal legislatore ("*la società subentra [...] nell'esecuzione del contratto*", "*senza che ciò costituisca ad alcun effetto subappalto o cessione di contratto*") indicano, in maniera inequivoca, che tale subentro non comporta alcuna modificazione nella titolarità dei rapporti con il committente (come conferma il Parere dell'AVCP, A.G. n. 46/13 del 26 febbraio 2014).

D'altro canto, un secondo argomento si trae dalla *ratio* dell'art. 93 del Regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici. La disposizione, infatti, "ha l'esclusiva portata di legittimare la società consortile nei confronti dell'ente appaltante nella

esecuzione delle prestazioni oggetto del contratto a carico dell'ATI" e, pertanto, "esclude in modo assoluto - «ad alcun effetto» - che ciò determini subappalto o cessione di contratto, tant'è che espressamente prevede che non siano necessarie autorizzazioni od approvazioni" (Cass. n. 21222/2011).

Quanto all'opinione contraria della dottrina minoritaria, essa ammette il subentro della società costituita per l'esecuzione dei lavori nella titolarità del contratto di appalto *esclusivamente* per motivi che attengono alla tutela di soggetti terzi (subappaltatori, fornitori, maestranze, banche, consulenti), ossia per ragioni del tutto irrilevanti nel presente arbitrato.

In definitiva, non sussiste alcun difetto di legittimazione processuale in capo alla Impromed s.p.a., né alcun difetto nell'integrale instaurazione del contraddittorio. La società consortile Irmes, costituita per l'esecuzione dei lavori di cui la Impromed s.p.a. è risultata aggiudicataria, non è parte del rapporto, che lega quest'ultima alla stazione appaltante, e non è, dunque, parte necessaria del presente processo arbitrale.

2. Violazione del contraddittorio, del giusto processo e della ragionevole durata

Il Comune convenuto rileva che la procedura arbitrale ha determinato una "grave violazione del contraddittorio" nel compimento dei seguenti atti:

- con l'ordinanza di ammissione della C.T.U. del 18.03.2016 e con l'ordinanza di rigetto dell'istanza di revoca della C.T.U. del 20.05.2016;
- con il provvedimento collegiale di fissazione dell'udienza finale, che avrebbe precluso all'Ente la possibilità di richiedere al Collegio di convocare il CTU a chiarimenti ovvero di disporre un supplemento d'indagine.

2.1. Ammissione della C.T.U.

La parte resistente, che nella prima memoria del 12.01.2016 aveva, a sua volta, richiesto una CTU al fine di determinare i danni subiti per effetto dell'inadempimento dell'impresa appaltatrice, si è opposta nell'udienza del 29.02.2016 e nell'udienza del 20.05.2016 alla richiesta di CTU avanzata dalla controparte, adducendo la violazione del giusto processo e della ragionevole durata del processo sul presupposto che la CTU avesse carattere esplorativo. Tale argomento viene sostenuto affermando che la parte attrice avrebbe dedotto un generico "errore progettuale", omettendo "sia la descrizione [...] di tale sussunto vizio e dei suoi elementi fattuali, sia il deposito del progetto dell'opera [...] e degli elaborati progettuali della perizia di variante".

2.1.2. Il motivo è infondato

Il motivo è infondato. La parte ricorrente ha prodotto in giudizio numerose note scambiate fra l'impresa e la direzione lavori (le note del 25.01.2011, del 26.01.2011, del 15.02.2011, dell'11.05.2011, del 12.05.2011, del 10.10.2011, del 19.10.2011, del 26.10.2011, del 07.11.2012), che offrono una base di riferimento, sul piano probatorio, volta ad attestare le inadeguatezze del progetto e la necessità di approvare una variante. In particolare, già

da tali note si inferiscono indizi in merito: a difformità di misure rispetto alle finestre e alle porte finestre di taluni immobili nel cantiere ERP; alla scarsa rispondenza del progetto rispetto allo stato dei luoghi e al depauperamento degli immobili del quartiere ERP; alla necessità di acquisire autorizzazioni; alle maggiori opere rese necessarie negli immobili A ed E del Quartiere di Santa Maria degli Angeli; alla necessità di approvare una variante. In particolare, se è vero che alcune note provengono dalla Irmes, non mancano note – ad esempio, la nota dell'11.05.2011 n. 226 (all. 19 alla memoria di costituzione Impromed); la nota del 12.05.2011, n. 227 (all. 20 alla memoria di costituzione Impromed), la nota del 10.10.2011, n. 465 (all. 22 alla memoria di costituzione Impromed) e la nota del 07.11.2012, n. 625 (all. 39 alla memoria di costituzione Impromed) - nelle quali è la stessa DL a riferirsi al consistente incremento dell'importo dei lavori registrato per i fabbricati A ed E; alla necessità di una valutazione da parte della D.L. in merito ai maggiori lavori dovuti al "depauperamento" e alla necessità di una variante. D'altro canto, dalla stessa documentazione presentata dalla parte resistente (nota 27.10.2011, n. 503, all. 13 alla seconda memoria del Comune di Benevento) emerge la intempestiva acquisizione delle autorizzazioni antisismiche per la Scuola dell'Infanzia e per il Parcheggio e, nella seconda memoria della resistente, viene riconosciuto che in fase di esecuzione delle opere era emersa l'inadeguatezza delle fognature nel quartiere ERP (p. 11).

Sempre la parte ricorrente ha depositato, con l'atto introduttivo, copia dell'atto di sottomissione del 05.12.2012, n. 79 che attesta come "in fase di avvio dei lavori sono state rilevate alcune condizioni, diverse da quelle dell'epoca di progettazione, che hanno determinato la necessità di variare alcune previsioni progettuali per rendere più adeguate alle nuove condizioni e che pertanto si rende necessario apportare delle modifiche alle previsioni progettuali".

In definitiva, i fatti allegati e documentati dalle parti rendono evidente che i quesiti posti alla CTU non avevano valore esplorativo, ma servivano solo a corredare di elementi tecnici quanto già si palesava dalle prove prodotte in giudizio.

2.2. Nullità della CTU per utilizzo di documenti forniti dal CTP e acquisiti al di fuori del contraddittorio - Il motivo è infondato

In conformità con quanto previsto dalla Suprema Corte di Cassazione (pronunce 12921/2015; 1901/2010; 13428/2008; 3105/2004; 13686/2001) e al mero fine di agevolare, ove necessario, le deduzioni tecniche della CTU, l'Ordinanza di ammissione della medesima aveva previsto la possibilità che il consulente tecnico ricavasse notizie e dati, non desumibili dagli atti processuali e concernenti fatti e situazioni formanti oggetto del suo accertamento, quando ciò fosse necessario per espletare il compito affidatogli e a condizione "che [fossero] indicate le fonti in modo che le parti [fossero] messe in grado di effettuare il controllo, a tutela del contraddittorio".

Ebbene, i documenti inizialmente non allegati agli atti del procedimento e, ciononostante, utilizzati dal C.T.U. ai fini dell'elaborazione della relazione sono stati acquisiti con il consenso di entrambe le parti.

In particolare, come risulta dal verbale del CTU relativo all'incontro peritale del 07.07.2016 tenutosi negli uffici del Comune di Benevento (pag. 4-5), il consulente d'ufficio ha chiesto al consulente di parte del Comune (Ing. Bianchi) di inviargli la documentazione allegata alla perizia di variante, in presenza dell'Avv. Carbone che nulla ha eccepito in proposito. Sempre in base a quanto documentato nel verbale del 07.07.2016 risulta che lo scambio di corrispondenza e di documenti sia avvenuto tramite PEC e sempre per conoscenza alle parti. Inoltre, la Relazione finale del CTU dà conto delle note di riscontro dei consulenti di parte alla bozza di relazione.

Infine, e solo *ad abundantiam*, si precisa che, stante la peculiarità del procedimento arbitrale, deve ritenersi, in conformità con quanto espresso dalla Suprema Corte di Cassazione, che, "ove pure il consulente tecnico d'ufficio acquisisca della documentazione depositandola insieme all'elaborato al termine degli accertamenti, senza averla esibita al consulente tecnico di una parte, quest'ultimo, qualora abbia ommesso di chiedere agli arbitri di concedere un termine per osservazioni e rilievi alla consulenza, non può lamentare alcuna violazione del principio del contraddittorio" (Cass., 26.09.2007, n. 19949).

2.3. Violazione del contraddittorio: fissazione dell'udienza finale - Il motivo è infondato

Il contraddittorio è stato garantito dal Collegio arbitrale mediante il c.d. "contraddittorio tecnico anticipato" fra consulenti di parte e CTU.

Si è disposto, infatti, che la bozza di relazione venisse trasmessa ai consulenti di parte, che nei successivi 15 giorni trasmettessero le loro memorie e che, dopo altri quindici giorni, il CTU trasmettesse la relazione definitiva.

In tal modo, il Collegio ha adottato quel modello di subprocedimento celere e semplificato che, nell'opinione di dottrina unanime, ha lo scopo di prevenire l'esigenza di chiamare il CTU a chiarimenti, per evitare che eventuali comportamenti dilatori delle parti comportino un allungamento dei tempi processuali, inopportuni nel processo ordinario, inaccettabili in un procedimento arbitrale.

Nel mese trascorso fra deposito e ordinanza di chiusura l'istruttoria (08.10.2016 - 08.11.2016), nessuna richiesta è stata avanzata dalle parti affinché il Collegio convocasse il CTU a chiarimenti ovvero disponesse un supplemento d'indagine. In ogni caso, il Collegio ha concesso alle parti: un termine (fino al 21.11.2016) per il deposito delle memorie conclusionali; un secondo termine (fino al 28.11.2016) per le repliche e, infine, una discussione orale (15.12.2016, poi rinviata al 21.12.2016). In tutte queste occasioni le parti hanno avuto la facoltà - della quale si sono effettivamente avvalse - di avanzare nuove critiche e censure alla ricostruzione del CTU. Alla luce di tale condotta processuale delle parti, non è possibile rinvenire la violazione del contraddittorio lamentata dal convenuto.

Vale, da ultimo, rammentare quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui "la convocazione del CTU a chiarimenti è una facoltà discrezionale del giudice" (Cass., Sez. I, 4.5.2011, n. 9754) e, qualora una parte abbia ommesso di chiedere agli arbitri di concedere un termine per osservazioni e rilievi alla consulenza ("non essendo stato, del resto, da parte dell'odierna ricorrente, neppure minimamente dedotto di avere richiesto (inutilmente) la fissazione di un termine"), la medesima non può poi

lamentare alcuna violazione del principio del contraddittorio (Cass., Sez. I, 26.9.2007, n. 19949).

B. MERITO

I. QUESITO 1 DELLA PARTE ATTRICE – RESPONSABILITÀ DELLA STAZIONE APPALTANTE

Risoluzione del contratto per inadempimento di non scarsa importanza della Committente derivante:

- a. dall'aver posto in gara un progetto carente, non ~~esecutivo~~ né eseguibile nei termini e tempi convenuti e privo delle necessarie verifiche preliminari;
- b. dalla mancata cooperazione ex art. 1206 c.c. derivante dalla tardiva approvazione della Perizia di Variante
- c. dal rifiuto di procedere al pagamento dei SAL 7 e 8.

a.1. Mancata rispondenza del progetto allo stato di fatto dei luoghi all'atto della consegna – Sussistenza dell'inadempimento

Il materiale probatorio prodotto in giudizio (confortato dai rilievi della CTU) dimostra la vetustà del progetto al momento della consegna dei lavori e, dunque, la mancata rispondenza del progetto allo stato di fatto dei luoghi all'atto della consegna (avvenuta in data 29.07.2010, doc. 13 allegato alla memoria di costituzione parte attrice). Né ciò stupisce, ove si consideri che il progetto – come riconosce la stessa parte resistente (nella memoria di replica p. 7) - era stato approvato con delibera della G.M. del 14.12.2006, n. 194, vale a dire circa quattro anni prima della consegna.

In particolare, oltre agli indizi già desumibili dalle note prodotte dalla ricorrente (v. *supra* p. 7 del Lodo) e specificamente dalle note provenienti dalla DL (la nota dell'11.05.2011 n. 226, all. 19 alla memoria di costituzione Impromed; la nota del 12.05.2011, n. 227, all. 20 alla memoria di costituzione Impromed; la nota del 10.10.2011, n. 465, all. 22 alla memoria di costituzione Impromed), nelle quali si evocano il consistente incremento dell'importo dei lavori registrato per i fabbricati A ed E nonché la necessità di una valutazione da parte della D.L. in merito ai maggiori lavori dovuti al "depauperamento", l'atto di sottomissione del 05.12.2012, n. 79 inequivocabilmente attesta:

- che "in fase di avvio dei lavori sono state rilevate alcune condizioni, diverse da quelle dell'epoca di progettazione, che hanno determinato la necessità di variare alcune previsioni progettuali per rendere più adeguate alle nuove condizioni e che pertanto si rende necessario apportare delle modifiche alle previsioni progettuali" (p. 1);
- che "per effetto delle conseguenti variazioni, occorre rivedere la quantità di alcune lavorazioni, oltre a prevedere delle nuove categorie di lavorazioni non previste nel progetto d'appalto, e per la cui definizione del nuovo importo "a corpo" si rende necessaria l'adozione di nuovi prezzi" (p. 1);
- che "differenze sono state riscontrate in corso d'opera, soprattutto al patrimonio ERP per il lungo tempo trascorso dall'epoca della progettazione a quella

dell'esecuzione, con conseguente maggior degrado degli alloggi e delle condizioni generali dei fabbricati, date, altresì, le precarie condizioni della rete fognante secondaria del quartiere, registrate soprattutto nell'ultimo periodo e che impongono nuove lavorazioni in sostituzione di altre già previste" (p. 43).

Tale inadeguatezza progettuale viene confermata dalla relazione di accompagnamento alla variante, prodotta dal CTP del Comune e illustrata dalla CTU, dalla quale risulta quanto segue. Fra "l'epoca della progettazione delle opere a quella della consegna dei lavori sono trascorsi oltre quattro anni e ciò ha comportato un sensibile aggravamento delle precarie condizioni in cui versavano gli alloggi. Anche alcuni particolari costruttivi dei fabbricati, originariamente censiti per una certa quantità e, quindi, previsti in ristrutturazione e/o rifacimento per la medesima quantità hanno, con il passare degli anni, registrato l'aggravamento delle condizioni di conservazione e, pertanto, si è dovuto incrementare, e talune volte generalizzare, l'intervento".

Non vale ad escludere l'inadempimento della stazione appaltante l'eccezione mossa dalla parte resistente con riferimento alla dichiarazione resa dall'appaltatore ex art. 71, co. 2, DPR 554/99.

Tale dichiarazione, infatti, da una parte della dottrina ritenuta addirittura pleonastica o mera clausola di stile, si limita ad attestare la presa d'atto da parte dell'appaltatore di quanto risulta in modo apparente dallo stato dei luoghi nonché dal progetto e dalla dichiarazione allegata e, in ogni caso, non determina alcuna obbligazione di co-verifica né alcuna validazione del progetto, così come non costituisce dichiarazione negoziale che possa esonerare dalla responsabilità la stazione appaltante. Detto principio, sostenuto tanto nella giurisprudenza arbitrale (Lodo 25.01.2010, n. 8) quanto nella giurisprudenza ordinaria (Trib. Firenze Sez. I, Sent., 07/01/2014), è stato sancito dalla stessa Autorità di Vigilanza per i Contratti Pubblici nella Deliberazione n. 236/2001.

a.2. Mancanza delle autorizzazioni sismiche al momento della stipula del contratto e della consegna dei lavori – Sussistenza dell'inadempimento

Dagli atti prodotti in giudizio risulta che l'autorizzazione antisismica per la Scuola d'Infanzia è stata rilasciata in data 13.12.2010, prot. n. 355 - come riconosciuto dalla stessa parte convenuta (memoria di replica della parte convenuta p. 10) - e che l'autorizzazione antisismica per il Parcheggio Pubblico Seminterrato di Via Pietà è stata rilasciata dal Genio Civile di Benevento in data 26.03.2012, prot. n. 1991 ed è pervenuta al Comune di Benevento il 12.04.2012, prot. n. 32042 (doc. n. 28 allegato alla memoria di costituzione della Impromed).

Emerge, dunque, per tabulas che, al momento della consegna dei lavori in data 29.07.2010, non sussistevano le autorizzazioni antisismiche necessarie allo svolgimento dei lavori.

Sul punto, parte convenuta si difende rilevando che l'approvazione del progetto esecutivo era antecedente al termine del 30.06.2009 da cui decorreva l'obbligo di adozione delle NTC del 2008 e che, in virtù del criterio espresso nell'art. 20, co. 3, del d.l. 248/07, convertito con la l. n. 31/08, per i progetti esecutivi antecedenti all'entrata in vigore della

nuova normativa tecnica continuava ad applicarsi la disciplina utilizzata per la redazione del progetto.

L'eccezione non appare fondata.

Il Comune, infatti, non si è avvalso della previsione di cui all'art. 20, co. 3, del d.l. 248/07, convertito con la l. n. 31/08, ma ha scelto di conformarsi alle NTC del 2008.

Orbene, se, da un lato, tale scelta deve reputarsi ampiamente legittima, da un altro lato, non giustifica la tardività della richiesta delle autorizzazioni sismiche rispetto al momento della stipula del contratto e della consegna dei lavori.

E, infatti, a fronte dell'emanazione nel 2008 delle nuove NTC, il Comune di Benevento depositava il progetto delle strutture per il rilascio delle autorizzazioni sismiche per la Scuola d'Infanzia e per il Parcheggio Pubblico solo il 23.07.2010, prot. n. 630597, dopo che era già stato firmato il contratto, stipulato il 16.07.2010, rep. n. 15098, e soli tre giorni prima rispetto all'avvenuta consegna dei lavori, effettuata il 26.07.2010. In sostanza si stipulava un contratto rispetto ad un progetto parzialmente non cantierabile, tant'è che la D.L. – come emerge nella nota 19.10.2011, n. 484 (all. 24 alla memoria di costituzione della ricorrente) e nella nota del 27.10.2011, n. 503 (all. 7 alla memoria di costituzione della resistente) – ricorreva alla soluzione della consegna parziale. Senonché, la consegna parziale è ipotesi regolata dal codice degli appalti (art. 153) con riferimento al caso in cui il Capitolato speciale la preveda, in considerazione della natura o dell'importanza dei lavori o dell'opera, o al caso di temporanea indisponibilità delle aree o degli immobili e non può essere utilizzata quale *escamotage* per sanare un inadempimento contrattuale. Del resto, che la mancata acquisizione prima dell'inizio dei lavori delle autorizzazioni che devono essere rilasciate da altre Amministrazioni integri un comportamento imputabile alla responsabilità della Stazione Committente è espressamente confermato dalla deliberazione n. 321 del 17.12.2003 dell'ex AVCP.

All'inadempimento originario si aggiunge, come emerge dalla CTU (pp. 27 ss.), la responsabilità per le carenze e per gli errori di calcolo effettuati nella richiesta delle autorizzazioni, che hanno determinato il grave ritardo con il quale tali autorizzazioni, e in particolare quella relativa al Parcheggio Pubblico, sono state rilasciate.

b. Mancata cooperazione ex art. 1206 c.c. derivante dalla tardiva approvazione della Perizia di Variante – Sussistenza dell'inadempimento

I documenti prodotti in giudizio – a partire da varie note (fra cui la n. 625 del 07.11.2012, all. 39 alla memoria di costituzione della Impromed) e dall'atto di sottomissione - dimostrano che si è resa necessaria l'approvazione di una Perizia di Variante ex art. 132 del d. lgs. 163/2006, riferibile a svariate ragioni:

- carenze del progetto derivanti dalla sua vetustà e, dunque, dalla mancata di corrispondenza dello stato di fatto dei luoghi all'atto della consegna dei lavori rispetto al progetto esecutivo. Tali carenze risultano dimostrate al punto a1;
- maggiore difficoltà ed onerosità dei lavori, che si palesano in fase esecutiva con riferimento
 - o alla rete fognante secondaria del complesso edilizio ERP;
 - o alla demolizione dei capannoni nel sub cantiere relativo alla Scuola dell'Infanzia;

- o alla necessità di allacciare gli scarichi della scuola dell'Infanzia alla fogna di Via Torre della Catena, atteso che la fogna su cui era stato ipotizzato lo scarico era risultata non regolare.

Tali circostanze si inferiscono dalla Relazione di accompagnamento alla Variante allegata all'atto di sottomissione;

- variazioni derivanti dal ricalcolo degli elementi strutturali a norma delle NTC 2008.

Tale circostanza è attestata dalla Relazione di accompagnamento alla Variante allegata all'atto di sottomissione.

Dalla CTU risulta che la necessità della perizia di variante è emersa sin dalla fase iniziale dei lavori e ha introdotto ben 187 nuovi prezzi, comportando una variazione dell'importo lordo dei lavori del 13,08 %.

Da tale dato si evince che l'entità della variante era tale da imporre un'approvazione il più possibile tempestiva. Per converso, l'approvazione della variante, benché ne fosse continuamente annunciata l'imminente adozione – v. nota 07.11.2012, n. 625 (all. 39 alla memoria di costituzione Impromed) – avveniva solo in data 08.10.2013, quando era stato già avviato il procedimento arbitrale.

Il carattere tardivo dell'approvazione della perizia viene peraltro riconosciuto dalla parte resistente che fornisce quale giustificazione del ritardo “il permanere della totale inattività dell'impresa (a cui si aggiungevano giorno dopo giorno ulteriori criticità nel rapporto, ad es. il contenzioso con i subappaltatori [...sicché]) l'Amministrazione ha ritenuto di non dover approvare con immediatezza la perizia di variante ma di attendere la risoluzione delle problematiche esistenti prima di adottare ogni altro provvedimento, che avrebbe unicamente implementato le quantità di opere nel contesto di totale inadempienza dell'appaltatore”.

Senonché simile comportamento non appare improntato a correttezza, tanto più in quanto la decisione di rallentare l'approvazione della perizia di variante non veniva comunicata all'altra parte, ma al contrario veniva contraddetta dalle dichiarazioni della stazione appaltante che rassicuravano la controparte circa l'imminente approvazione della perizia di variante (v. *supra*, all. 39).

Una corretta reazione all'inadempimento dell'impresa avrebbe dovuto essere non certo il ritardo nell'approvazione della perizia di variante, ma al contrario una sua tempestiva approvazione e, in presenza di un persistente inadempimento dell'impresa, l'immediata risoluzione del contratto.

Se la difesa volta a giustificare il ritardo nell'approvazione della variante non convince, parimenti si dimostrano infondate le due eccezioni sollevate dalla parte convenuta. La prima adduce che la variante sarebbe stata conforme a legge, in quanto contenuta nel “quinto d'obbligo” (20%) e, dunque, rientrante nel dovere dell'appaltatore “di eseguire i variati lavori ai medesimi patti, condizioni e prezzi del contratto originario”; tant'è che “l'appaltatore [aveva] sottoscritto un atto di sottomissione e non un atto aggiuntivo” (memoria conclusionale di replica, pag. 15). La seconda rileva che la variante rientrava nella normale alea del contratto e non avrebbe potuto giustificare la sua risoluzione (memoria conclusionale di replica, pag. 17).

Orbene, entrambe le eccezioni sono infondate in quanto parte attrice non contesta lo sconvolgimento del sinallagma dovuto alla variante, né ritiene quest'ultima una sopravvenienza anormale idonea di per sé a giustificare lo scioglimento di un rapporto modificato in maniera incompatibile con gli accordi originari e con le modifiche consentite dalla legge; per converso, parte attrice adduce – ai sensi dell'art. 1206 c.c. – la mancata collaborazione del Comune consistente nella **tardiva approvazione di una variante** dimostratasi necessaria sin dall'inizio dei lavori.

Il convenuto contesta anche quest'ultimo profilo, affermando “*che l'esigenza della variante si è manifestata in una fase successiva rispetto al prioritario inadempimento dell'appaltatore*” (memoria conclusionale di replica, pag. 18). In verità, le motivazioni alla base della variante – sia quelle esplicitate nelle premesse dell'atto di sottomissione, sia quelle individuate dal C.T.U. – non sono sopravvenute in corso d'opera, ma in buona parte esistevano già al momento della consegna. A tacere d'altro, basti menzionare la già evocata difformità dei luoghi al momento della consegna rispetto al tempo della progettazione e la mancanza delle necessarie autorizzazioni.

Eccezione rispetto ai punti a) e b). Tardiva iscrizione delle riserve – L'eccezione è infondata

La parte resistente si oppone al rilievo circa l'inadempimento della Stazione Appaltante consistente nella carenza del progetto e nella violazione dell'art. 1206 c.c. obiettando che l'impresa ha omesso di iscrivere tempestive riserve.

Sul punto, occorre rilevare che l'orientamento prevalente in giurisprudenza è che “**il potere dell'appaltatore di sciogliersi dal contratto** stesso, facendo valere il grave inadempimento del committente, **non è condizionato nell'ordinamento positivo da adempimenti formali riconducibili al genus delle riserve**, che riflette solo e sempre i maggiori costi che il committente potrebbe sopportare a seguito dell'esecuzione dell'opera e mai la sorte del contratto, la nullità o la risoluzione del medesimo. Infatti, ogni qualvolta si fa questione di invalidità del contratto e dei modi della sua estinzione, quale è appunto la risoluzione per inadempimento, la relativa domanda arbitrale o giudiziaria non incontra ostacoli procedurali nell'inosservanza dell'onere della tempestiva riserva. Ne consegue che una qualsiasi vicenda di scioglimento del contratto di appalto di opere pubbliche non rientra nell'area applicativa dell'istituto delle riserve” (cfr. Cass 11.1.2006 n. 388 e in precedenza Cass., 4.2.2000, n. 1217; Cass., 1.6.1994, n. 5332; Cass., 17 marzo 1982, n. 1728. In senso analogo cfr. Lodo arbitrale, Roma, 31.3.2011, n. 32, in *Arch. giur. oo.pp.*, 2011, 2, 990; Lodo Arbitrale, 3 ottobre 2014, Pres. Dell'Antoglietta, <http://www.appaltieriserve.it/HTML/6151.html>).

Il Collegio reputa, pertanto, l'eccezione infondata.

c. Il ritardo nel pagamento del SAL 6 e il rifiuto di procedere al pagamento dei SAL 7 e 8 - Legittimità del comportamento della Stazione Appaltante

L'impresa Impromed s.p.a. ritiene, infine, che sia qualificabile come grave inadempimento del Comune il rifiuto di procedere al pagamento dei SAL maturati in mancanza delle quietanze di pagamento del subappaltatore.

La Stazione appaltante avrebbe pagato con notevole ritardo il SAL n. 6 (liquidato in data 02.07.2012 ma maturato in data 11.10.2011) e negato il pagamento degli ultimi due SAL (nn. 7 e 8) sulla base di fatture emesse unilateralmente dal subappaltatore e contestate dall'appaltatore.

Il Comune resistente sostiene che la mancata esibizione da parte dell'impresa di ogni minima fattura quietanzata relativa ai pagamenti effettuati in favore dei subappaltatori giustificasse la sospensione dei pagamenti.

In base all'art. 16, lett. n) del bando di gara (doc. 7 allegato alla memoria di costituzione di Impromed) "i pagamenti relativi ai lavori svolti dal subappaltatore o cottimista verranno effettuati dall'aggiudicatario che è obbligato a trasmettere, entro venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato, copia delle fatture quietanzate con l'indicazione delle ritenute a garanzie effettuate". Con tale dichiarazione le parti hanno contrattualmente escluso il pagamento diretto al subappaltatore, scegliendo la seconda alternativa prospettata dall'art. 118 cod. contr. pubbl., co. 3, primo periodo.

In ragione di tale esplicita opzione, la Stazione Appaltante ha correttamente applicato la seconda parte dell'art. 118 cod. contr. pubbl., co. 3, a tenore del quale:

"3. ... Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanzate del subappaltatore [...] entro il predetto termine [venti giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti], la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari. [...]"

Per tale ragione il Comune, in mancanza di riscontro alla richiesta di esibire le fatture quietanzate formulata con la nota n. 106780 del 24.11.2011 [richiamata nella nota 02.12.2012, n. 57560 (all. 33 alla memoria costitutiva di Impromed)], aveva smesso di pagare. Tale sospensione è da ritenersi legittima, dal momento che la legge non riconosce alla Stazione Appaltante alcuna discrezionalità in ordine a tale interruzione dei pagamenti. In particolare, l'art. 118 cod. app. pubbl. non consentiva al Comune di valutare le motivazioni della mancata trasmissione delle fatture. La sospensione dell'art. 118, co. 3 è una sanzione destinata a bloccare tutti i pagamenti nei confronti dell'appaltatore, a prescindere dall'importo dovuto al subappaltatore, per punire la sua presumibile condotta infedele nei confronti del subappaltatore-contraente debole (Delib. AVCP, AG28-08, 25 settembre 2008). Si aggiunga che il pagamento in violazione dell'obbligo di sospensione potrebbe essere inidoneo a liberare la stazione appaltante dall'obbligazione, potendo essere gli effetti della sospensione sostanzialmente assimilabili a quelli del sequestro e del pignoramento. (AVCP Parere sulla Normativa del 10/02/2011 - rif. AG48/10).

Peraltro, anche ammettendo di ritenere – in analogia all'art. 170 del Regolamento 207/2010, non applicabile, *ratione temporis*, in via diretta - che la Stazione Appaltante fosse tenuta a richiedere spiegazioni all'appaltatore e, se del caso, liberare l'intera somma o parte di essa, deve rilevarsi che era stato fissato un incontro fra impresa esecutrice e direttore dei lavori, ma tale incontro non aveva chiarito i termini della questione, in quanto l'impresa appaltatrice aveva sostenuto – in quel contesto - che i lavori eseguiti dal subappaltatore valevano solo € 183.000, mentre il subappaltatore aveva emesso fatture per € 876.000.

Dunque, in mancanza di una verifica in contraddittorio dei lavori effettivamente eseguiti, legittimamente la stazione appaltante svincolava il solo 6° SAL al mero scopo di garantire

all'impresa la liquidità necessaria e accantonava i due successivi SAL fino alla definizione della controversia fra affidatario e subappaltatore.

Esaminati i profili di responsabilità della stazione appaltante la risposta in merito alla risoluzione del contratto per responsabilità della medesima presuppone il previo esame delle contestazioni in termini di inadempimento che la stessa stazione appaltante muove all'impresa appaltatrice. In particolare, la parte convenuta, sin dalla sua prima memoria, chiedeva che, ove il Collegio avesse ritenuto sussistente il proprio inadempimento, dichiarasse comunque prevalente quello dell'appaltatore.

II. QUESITI 3 E 4 DI PARTE CONVENUTA – RESPONSABILITÀ DELL'IMPRESA APPALTATRICE

Il Comune resistente ha chiesto: - il pagamento della penale e/o la liquidazione del differente ammontare dei danni patrimoniali e non patrimoniali; - nonché, nell'ipotesi in cui si accertasse un qualche inadempimento in capo alla Stazione Appaltante, di ritenere prevalente, ai fini risolutori, l'inadempimento dell'impresa appaltatrice.

Gli inadempimenti contestati all'impresa appaltatrice sono:

a. la mancata iscrizione delle riserve;

b. ingiustificata interruzione dell'esecuzione dei lavori.

a. Mancata iscrizione delle riserve – Violazione della correttezza da parte dell'impresa appaltatrice

La non tempestiva iscrizione delle riserve relative alla non corrispondenza dello stato dei luoghi, nonostante le molteplici denunce effettuate dall'impresa sin dal 2011, se non vale ad escludere la responsabilità del committente né a far decadere l'impresa dall'azione risolutoria e dalla conseguente azione risarcitoria, integra, tuttavia, un comportamento scorretto, rilevante – come si dirà - ai fini dell'art. 1227 c.c.

Una tempestiva e regolare iscrizione delle riserve sarebbe risultata, infatti, conforme al principio di buona fede e correttezza e avrebbe ridotto il periodo di incertezza.

b. Ingiustificata interruzione dell'esecuzione dei lavori – Motivo parzialmente fondato

Numerosi documenti allegati dalla parte resistente (all. 8, all. 9, all. 10, all. 11, all. 13, all. 14,

all. 15, all. 16, all. 17, all. 18, all. 19, all. 20 alla memoria di costituzione del Comune) attestano che l'impresa appaltatrice ha, sin dal 2011, interrotto e poi ripreso varie volte i lavori sino alla definitiva chiusura dei cantieri accertata in data 22.01.2013.

Tale comportamento va confrontato con quanto sostenuto dalla Suprema Corte di Cassazione e cioè che "l'appaltatore di opere pubbliche non ha la facoltà di sospendere i lavori quando ravvisi la necessità di una variante al progetto originario, se non vi è alcuna necessità di ordine tecnico che impedisca la prosecuzione dei lavori progettati" [...]; e che "il ritardo nell'approvazione di una perizia di variante non esonera l'appaltatore

dall'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto, non potendo egli legittimamente sospendere l'esecuzione dei lavori" (Cass. Civ, sez. I, 7 giugno 2012 n. 9246).

Su tale punto era stato sottoposto alla CTU il seguente quesito "accerti il consulente se [...le] variazioni abbiano determinato l'eventuale impossibilità tecnica di proseguire l'esecuzione di qualsivoglia opera contemplata nell'originario progetto in tutti o in alcuni sub-cantieri oggetto del contratto d'appalto".

Orbene, la CTU segnala che la mancata esecuzione dei lavori deve reputarsi giustificata dalla insussistenza delle autorizzazioni antisismiche nel cantiere relativo alla Scuola dell'Infanzia per il periodo che va dalla consegna dei lavori al 13.10.2010 (data di rilascio della relativa autorizzazione) e nel cantiere relativo al Parcheggio Pubblico per il periodo che va dalla consegna dei lavori al 12.04.2012 (data di rilascio della relativa autorizzazione). Ovviamente dopo tale termine la mancata esecuzione dei lavori in detti cantieri non può più ritenersi giustificata.

Per quanto riguarda, invece, il cantiere ERP si afferma che "non si manifesta la completa impossibilità tecnica di proseguire nella esecuzione di quanto in progetto, come del resto avvenuto" fermo restando che le variazioni dovevano ritenersi "quanto meno condizionanti".

Alla luce di tali dati il Collegio arbitrale ritiene, dunque, ingiustificata l'interruzione dei lavori:

- nella Scuola d'Infanzia dopo il 13.10.2010, ove si consideri che in tale cantiere non sussistevano particolari impedimenti (cfr. nota 29.11.2011 [all. 8 alla memoria costitutiva del Comune]; verbale 05.12.2011 [all. 9 alla memoria costitutiva del Comune]; nota 15/3/2012 [all. 11 alla memoria costitutiva del Comune]);
- nel Parcheggio, a partire dal 12.04.2012, una volta rilasciata l'autorizzazione antisismica (cfr. nota 12.4.2012 [all. 13 alla memoria costitutiva del Comune] e nota RUP dell'8.05.2012 [all. 14 alla memoria costitutiva del Comune])
- nel quartiere ERP (cfr. nota 29.11.2011 [all. 8 alla memoria costitutiva del Comune]; verbale 05.12.2011 [all. 9 alla memoria costitutiva del Comune], dove l'interruzione fra il 2011 e il 2012 cagionava particolari disagi agli abitanti del quartiere; qui i lavori venivano di seguito ripresi, ma poi venivano definitivamente sospesi all'inizio del 2013.

Tale ricostruzione del Collegio deve, peraltro, confrontarsi con l'argomentazione della CTU secondo la quale vi sarebbe stata una sospensione dei lavori disposta dalla DL, che legittimerebbe il comportamento dell'impresa appaltatrice. In particolare, la CTU rileva che la nota del 19.10.2011, n. 484 (all. 24 alla memoria di costituzione Impromed) dà conto di una sospensione dei lavori disposta dalla DL con la nota del 03.06.2011, nota non prodotta agli atti e solo menzionata nella suddetta nota del 19.10.2011. D'altro canto, però, la medesima nota del 19.10.2011 dà conto altresì dell'avvenuto annullamento della sospensione da parte del RUP. Ebbene, la CTU ritiene di considerare rilevante la sospensione, benché meramente evocata nella nota n. 484, e irrilevante l'annullamento della sospensione, a sua volta solo evocata nella nota n. 484.

Sennonché tale argomentazione non convince in quanto o si ritiene di poter inferire dalla nota del 19.10.2011, n. 484 l'avvenuta sospensione, benché il relativo provvedimento e le sue motivazioni non risultino agli atti, ma allora similmente si deve ritenere desumibile dalla medesima nota l'annullamento della sospensione, benché il relativo provvedimento e la sua motivazione non siano agli atti. Oppure – come invero pare più corretto e rigoroso – si devono ritenere non adeguatamente provate né la sospensione né il suo annullamento, sicché non può ritenersi in alcun modo legittimata l'interruzione dei lavori da parte dell'impresa.

L'argomentazione della CTU, dunque, non convince il Collegio e appare tanto più debole ove si consideri che la nota del 19.10.2011 sembra riferirsi essenzialmente alla mera sospensione dei lavori nel parcheggio pubblico dovuta alla mancanza di autorizzazione antisismica: una sospensione dei lavori della cui legittimità non si discute.

In conclusione, alla luce dei fatti provati in giudizio, il Collegio ritiene che, salva la giustificazione della sospensione dei lavori in attesa delle autorizzazioni antisismiche e salvi alcuni possibili condizionamenti nello svolgimento dei lavori, non emergeva tuttavia un'impossibilità assoluta a proseguire qualsivoglia lavoro, sicché dal comportamento globale dell'impresa si palesa una condotta solo in alcuni momenti e per taluni aspetti giustificata, ma in altri momenti e per altri profili inadempiente e scorretta.

Tale parziale inadempimento, peraltro, è confermato dalla stessa ricorrente che – nell'atto di accesso (p. 7) – riconosce che la sospensione dei lavori avveniva non solo per le difficoltà collegate alle inadeguatezze del progetto e al ritardo nell'approvazione della variante, ma anche per il rifiuto del Comune di pagare i SAL 7-8, vale a dire per un comportamento che viceversa era legittimo.

III. – RISPOSTA AI QUESITI 1 E 7 DI PARTE ATTRICE E ALLE ECCEZIONI DI PARTE CONVENUTA – RISOLUZIONE DEL CONTRATTO PER L'INADEMPIMENTO PREVALENTE DELLA STAZIONE APPALTANTE E RESTITUZIONI

Constatata la sussistenza di una responsabilità bilaterale, il Collegio arbitrale procede a valutare l'inadempimento prevalente nella comparazione fra il comportamento della stazione appaltante e quello dell'impresa appaltatrice.

Il giudizio di comparazione fra inadempimenti che appaiano entrambi sufficientemente gravi da giustificare lo scioglimento del contratto deve essere svolto tenendo conto delle regole ricavate dal diritto vivente, poiché – come sottolinea autorevole dottrina – “il codice non fu tanto pessimista da prevedere e regolare l'inadempienza reciproca”.

La giurisprudenza di legittimità (Cass. 3.7.2013, n. 16637; Cass. 9.6.2010, n. 13840) afferma, a riguardo, che il giudicante deve comparare il comportamento delle parti tenendo conto di plurimi criteri, nessuno dei quali assume un valore preponderante. I principali parametri utilizzati a tal fine sono: quello “cronologico-temporale”; quello “causale” (ossia quale inadempimento ha cagionato l'altro) e quello “proporzionale” (ossia quale inadempimento ha inciso maggiormente sulla frustrazione del raggiungimento dello scopo del contratto).

Orbene, sul piano cronologico non vi è dubbio che l'inadempimento antecedente sia quello connesso con la vetustà del progetto e con la mancanza di autorizzazioni, ossia la

responsabilità della stazione appaltante nell'aver concluso il contratto e nell'aver consegnato i lavori a fronte di un progetto divenuto inadeguato rispetto allo stato dei luoghi e privo delle necessarie autorizzazioni. Anche sul piano causale e proporzionale le inadeguatezze progettuali imputabili alla stazione appaltante nonché la violazione – sempre da parte del Comune di Benevento – dell'art. 1206 c.c., dovuta al ritardo nell'emanazione della Perizia di Variante, risultano decisamente prevalenti nella frustrazione degli obiettivi contrattuali rispetto alla scorrettezza dell'impresa appaltatrice consistente nella mancata iscrizione delle riserve e nell'andamento irregolare dello svolgimento dei lavori.

Verificata, dunque, la sussistenza dei presupposti del grave inadempimento bilaterale, con prevalenza di quello imputabile alla stazione appaltante, si accerta la risoluzione del contratto d'appalto rep. n. 15098 del 16.02.2010.

Dalla risoluzione del rapporto consegue il diritto dell'impresa appaltatrice a conseguire il corrispettivo dei lavori eseguiti, pari all'ammontare del SAL 7 per euro 296.806,42 (duecentonovantaseimilaottocentosei/42) e del SAL 8 per euro 330.054,77 (trecentotrentamilaacinquantaquattro/77).

Non sono, invece, dovuti interessi e rivalutazione, poiché il pagamento dei SAL spetta solo ex art. 1458 c.c. e, dunque, è esigibile unicamente in conseguenza della risoluzione, che fa venir meno le ragioni di cui all'art. 118, co. 3, cod. app. pubbl., che giustificavano la sospensione dei pagamenti. Il criterio che si applica è confermato dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui *“in caso di risoluzione del contratto di appalto per inadempimento del committente, quest'ultimo, non potendo restituire l'opus parzialmente eseguito dall'appaltatore adempiente, è obbligato per l'esigenza di reintegrare la situazione patrimoniale dell'altro contraente, a corrispondergli il valore venale dell'opus” predetto con riferimento al momento della pronuncia di risoluzione*” (Cass. Sez. I 10/3/1992, n. 2871; cfr. altresì il lodo arbitrale 27 ottobre 2005, n. 61, in *Riv. Arch. Giur. Opere Pubbliche*, n. 2006/1, secondo cui *“in caso di risoluzione del contratto, l'Amministrazione, non potendo restituire le opere eseguite e dovendo reintegrare la situazione patrimoniale dell'appaltatore, è tenuta a corrispondere a quest'ultimo il valore venale delle dette opere, con riferimento al momento della pronuncia della risoluzione”*). Parimenti, non sono dovuti interessi e rivalutazione per il presunto ritardo nel pagamento del SAL 6, in quanto tale pagamento, inizialmente negato in applicazione dell'art. 118, comma 3, cod. contr. pubbl., è stato poi effettuato dal Comune di Benevento esclusivamente per garantire liquidità all'Impresa.

Quanto all'obiezione mossa dalla parte resistente circa l'avvenuta cessione da parte della Impromed alla Banca della Campania di tutti i crediti presenti e futuri nascenti dal contratto d'appalto, il che renderebbe l'impresa appaltatrice carente di interesse ad agire e di legittimazione, essa è da reputare infondata sia in quanto tale cessione non era stata notificata al Comune sia in quanto comunque l'Impromed era tenuta a garantire l'esistenza del credito. Neppure può accogliersi l'obiezione fondata sul presunto pignoramento presso terzi dei SAL 7 e 8 poiché non è stata fornita prova nel giudizio di tali atti di pignoramento e poiché, in ogni caso, non può ritenersi intaccato il diritto del creditore a pretendere i pagamenti dovuti.

Da ultimo, in conseguenza della risoluzione del contratto è dovuta all'impresa appaltatrice, ai sensi e per gli effetti dell'art. 1458 c.c., l'integrazione dell'importo relativo ai lavori "eseguiti e contabilizzati" della aliquota corrispondente al ribasso offerto in sede di gara (13%).

In caso di risoluzione del contratto, infatti, l'inefficacia retroattiva dello stesso comporta l'obbligo di restituire le prestazioni già eseguite e "il valore della prestazione resa dall'appaltatore, [che...] stante il travolgimento del contratto, non può tener conto del ribasso d'asta, elemento proprio del contratto." (Lodo Arbitrale, 15 aprile 2011).

Il valore da reintegrare è, dunque, pari non ai € 303.027,751 richiesti dall'attore sulla base delle lavorazioni che asserisce di aver eseguito, fino al 20/07/2012, per l'importo di € 2.330.982,70, bensì a € 272.938,64 (duecentosettantaquedue milanovecentotrentotto/64), risultanti dallo stato finale dei lavori (doc. 54, allegato alla prima memoria dell'attore, pag. 10).

Tale importo tiene conto della necessità di scorporare i lavori relativi alla sicurezza, già originariamente non soggetti a ribasso, rispetto ai quali nessuna reintegrazione del 13% è giustificata.

IV. – RISPOSTA AI QUESITI 3 E 4 DI PARTE CONVENUTA E AI QUESITI 2, 4, 8 E 9 DI PARTE ATTRICE – CONCORSO DI COLPA DEL DANNEGGIATO E RISARCIMENTO DEL DANNO A FAVORE DELL'IMPRESA APPALTATRICE

a. Concorso di colpa dell'impresa appaltatrice – Accoglimento

Chiarito che dalla comparazione fra gli inadempimenti reciproci risulta prevalente la responsabilità della Stazione Appaltante, cui deve imputarsi la risoluzione del contratto, **va determinata**, a questo punto, **l'incidenza causale ex art. 1227 c.c. della condotta colposa dell'impresa appaltatrice.**

Ebbene, sia la mancata iscrizione delle riserve sia le interruzioni dei lavori, a partire dalla fine del 2011, sino all'abbandono di tutti i cantieri all'inizio del 2013, denotano un concorso di responsabilità dell'impresa appaltatrice rilevante tanto sul piano oggettivo, quanto sul piano soggettivo. Si consideri, infatti, che - per espresso riconoscimento della parte ricorrente - tale condotta era legata non solo alle inadeguatezze del progetto e al ritardo nella previsione della variante, ma anche all'interruzione dei pagamenti da parte dell'impresa appaltante, condotta da ritenersi viceversa legittima. Per tali ragioni, deve inferirsi che **la condotta dell'impresa appaltante, solo in parte giustificata dall'inadempimento della stazione appaltante, abbia concorso al 30 % nella produzione dei danni derivanti alla medesima impresa appaltante.** Di conseguenza, la pretesa risarcitoria dell'impresa appaltante deve essere decurtata del 30 % per effetto del concorso colposo imputabile alla stessa danneggiata.

b. Richiesta della penale e pretesa risarcitoria della Stazione Appaltante - Rigetto

Quanto alla richiesta da parte della stazione appaltante del pagamento della penale e/o del risarcimento del diverso ammontare del danno patrimoniale e non patrimoniale, essa va rigettata in quanto, essendo la responsabilità della stazione appaltante prevalente rispetto

a quella dell'impresa appaltatrice, la stazione appaltante non può lamentare alcun danno, ma può solo ottenere – in ragione del concorso colposo dell'impresa appaltatrice – una decurtazione della pretesa risarcitoria di quest'ultima, che il Collegio arbitrale ha ritenuto, per l'appunto, di quantificare nella misura del 30 %.

c. Danno emergente a favore dell'impresa appaltatrice – Accoglimento con riduzione per effetto del concorso di colpa del danneggiato

Il Collegio arbitrale, verificata la sussistenza dei presupposti della responsabilità contrattuale in capo alla stazione appaltante e preso atto del carattere prevalente di tale inadempimento rispetto a quello imputabile all'impresa appaltatrice, procede ad accertare e a quantificare il danno, per poi decurtarlo in proporzione alla responsabilità del danneggiato.

Per quanto concerne il danno emergente, il Collegio Arbitrale si avvale, ai fini liquidatori, delle risultanze della CTU che fornisce i seguenti criteri di quantificazione.

Calcolo percentuale ridotta produzione

a. Importo contrattuale	€ 6.891.710,75
b. Tempo contrattuale	365
c. Data consegna lavori	29.07.2010
d. Data domanda impresa	28.02.2013
e. Tempo trascorso	945
f. Produzione teorica media giornaliera = a/b	€ 18.881,40
g. Importo lavori eseguiti al 28/02/2013	€ 2.342.696,18
h. produzione giornaliera realizzata	€ 2.479,04
i. Percentuale ridotta produzione = % R.P.	86.870%

Calcolo spese generali infruttifere

a. Importo netto Contrattuale	€ 6.891.710,75
b. Tempo contrattuale	365
c. Spese generali	13%
d. Utile di impresa	10%
e. Importo netto contrattuale (depurato di spese ed utili) = I.N.C/1.13*1.10	€ 5.544.417,34
f. Percentuale Spese generali = 50% spese generali	6.50%
g. Spese generali = 5,544,417.34 x 6.5% =	€ 360,387.13
h. Spese generali giornaliere = 360,387,13/365	€ 987.36
i. Spese generali giornaliere infruttifere = 987,36 * % Ridotta Produzione	€ 857.73
j. Totale spese generali	€ 810.550,85

Ritardata percezione dell'utile

a. Importo Contrattuale	€ 6.891.710,75
b. Percentuale dell'utile	10%

c. Importo contrattuale depurato dell'utile 10%	€ 6.265.191,59
d. Utile totale = Importo depurato dell'utile x 0.1	€ 626.519,16
e. Tempo Contrattuale	365
f. Utile giornaliero	€ 1.716,49
g. Periodo di ridotta produzione	945
h. Utile sul periodo di ridotta produzione	€ 1.622.083,85
i. Interessi di mora giornaliero in %	5.27%
j. Interessi di mora giornaliero	€ 234,20
k. Interessi di mora sulla ridotta produzione	€ 192.262,64.

Complessivamente il danno emergente spettante all'impresa appaltatrice risulta, dunque, quantificabile in € 1.002.813,49 (un milione due mila ottocentotredici/49).

Alla luce della suddetta liquidazione del danno e del concorso colposo della stessa danneggiata quantificato nel 30 %, il Collegio arbitrale riconosce all'Impromed Consorzio Stabile S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la Mastrocinque Costruzioni s.r.l., il diritto al risarcimento del danno emergente pari al 70 % della cifra sopra determinata, vale a dire la somma di € 701.969,443 (settecentounomilanovecentosessantatré/443).

d. Lucro cessante a favore dell'impresa appaltatrice – Accoglimento con riduzione per effetto del concorso di colpa del danneggiato

Sulla scorta di quanto sostenuto dalla giurisprudenza prevalente, il Collegio arbitrale riconosce all'Impromed Consorzio Stabile S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la Mastrocinque Costruzioni s.r.l., a titolo di lucro cessante il 10 % dell'importo contrattuale delle opere non eseguite. Tale soluzione è conforme all'orientamento che si rinviene in numerosi giudizi arbitrali secondo cui "in caso di risoluzione per inadempimento della committente, il risarcimento riguardante le opere non eseguite viene determinato calcolando il 10 % sui lavori non eseguiti (Lodo Roma 18.09.2000; Lodo Roma, 11 marzo 2013, n. 17; Lodo Roma, 9 maggio 2013; Lodo Roma, 11.12.2012; Lodo Roma, 12.04.2005). Detto criterio di quantificazione – com'è noto – si ricava dall'applicazione analogica dell'art. 345, della legge 20.03.1865, n. 2248, all. F, in considerazione dell'idoneità del principio equitativo di liquidazione del danno che da tale norma è dato ricavare (Lodo arbitrale, 18.12.1992, n. 140, in Riv. Arch. Giur. Op. Pubbl., n. 1994/1). In particolare, "la giurisprudenza amministrativa, confortata dall'avviso della Corte di Cassazione, ha ritenuto [...] che, sebbene sia previsto per l'ipotesi di esercizio da parte della amministrazione committente della facoltà di recesso, e quindi per pregiudizio da atto legittimo, la corresponsione del 10% come utile presunto possa essere utilizzato come parametro del lucro cessante dell'appaltatore anche nelle ipotesi di responsabilità risarcitoria per inadempimento" (Cons. Stato Sez. V, 08/07/2002, n. 3796).

Il lucro cessante deve essere, pertanto, calcolato con riferimento al contratto originario, della cui risoluzione si discute, senza tener conto della successiva variante. Il suddetto lucro, inoltre, sarebbe stato conseguito sugli importi al netto del ribasso d'asta, poiché il

guadagno atteso dall'impresa è quello derivante dall'esecuzione fisiologica del contratto (Cons. Stato Sez. IV, 06/07/2004, n. 5012).

L'importo dei lavori eseguiti (al lordo del ribasso) è stato individuato nello stato finale dei lavori (doc. 54, allegato alla prima memoria dell'attore, pag. 10), al netto del ribasso, in € 1.932.418,24 (unmilionenovecentotrentaduemilaquattrocentodiciotto/24).

Il valore dei lavori non eseguiti, pertanto, coincide con la differenza tra l'importo netto contrattuale, pari a € 6.891.710,75 (seimilioniottocentonovantunomilasettecentodieci/75), e l'ammontare dei lavori eseguiti, pari a € 1.932.418,24 (unmilionenovecentotrentaduemilaquattrocentodiciotto/24), per un risultato di € 4.959.292,51 (quattromilioninovecentocinquantanovemiladuecentonovantadue/51).

Di conseguenza, il lucro cessante, calcolato nel 10% del valore dei lavori non eseguiti, è da quantificare in € 495.929,25 (quattrocentonovantacinquemilanovecentoventinove/25).

Tale risarcimento deve essere, a sua volta, decurtato del 30 % per effetto del concorso colposo dell'impresa appaltatrice.

Il Collegio arbitrale liquida, dunque, all'Impromed Consorzio Stabile S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la Mastrocinque Costruzioni s.r.l., a titolo di lucro cessante la cifra di € 347.150,48 (trecentoquarantasettemilacentocinquanta/48).

e. Danno curriculare - Rigetto

Il Collegio arbitrale, alla luce delle conclusioni cui è pervenuta la CTU e in ragione della mancata allegazione e prova da parte dell'attore di fatti idonei a dimostrare l'esistenza del danno c.d. curriculare, ritiene di non poter riconoscere tale voce di danno.

Il Collegio non ignora, invero, l'esistenza di un orientamento giurisprudenziale secondo il quale tale voce di danno può essere "*pragmaticamente ritenuta in re ipsa, per il fatto stesso dell'impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto in controversia nell'ambito di futuri procedimenti simili di gara cui la stessa ricorrente potrebbe partecipare*", orientamento da cui consegue che "*un'impresa operante nel settore degli appalti di servizi non può dirsi gravata, al riguardo, da alcuno specifico onere probatorio*" (Cons. Stato, Sez. V, 3 maggio 2012, n. 2546).

Tuttavia, il Collegio condivide l'orientamento ritenuto più corretto e rigoroso secondo il quale "*anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito*" (Cons. Stato Sez. IV, Sent., 23/05/2016, n. 2111; dello stesso avviso Cons. Stato Sez. III, Sent., 22/02/2012, n. 968). Del resto, se è vero che il danno curriculare è il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale, ne consegue che in certi casi - come avviene in presenza di una ditta leader nel settore, alla cui fama ed al cui prestigio nulla avrebbe aggiunto il contratto non eseguito (così Cons. Stato, sez. III, 7 marzo 2013, n. 1381) - tale pregiudizio può essere stimato nullo, sicché è evidente che il medesimo necessita di una specifica dimostrazione.

V. – QUESITO 3 DI PARTE ATTRICE – LAVORI ESEGUITI IN VARIANTE ED ORDINATI DALLA D.L.

Per quanto concerne il diritto al riconoscimento e al pagamento delle riserve tecniche per aver eseguito lavori previsti in variante e ordinati dalla D.L. si ritiene – sulla scorta di quanto accertato dalla CTU – che sia accertabile e pertinente la sola voce relativa al maggior importo per nolo di ponteggio, pari ad € 7.121,28 (settemilacentotrentuno/28). La suddetta somma, maggiorata con interessi e rivalutazione, è pari a € 7.398,81 (settemilatrecentonovantotto/81).

VI. – QUESITI 5 E 6 DI PARTE ATTRICE – CALCOLO DELLE PRESTAZIONI EXTRACONTRATTO

Con riferimento al quesito 5 si osserva che nello stato finale il valore dei lavori è stato calcolato tenendo conto dei nuovi prezzi.

L'operazione è corretta a prescindere dalla validità e dall'efficacia dell'atto di sottomissione, poiché l'obbligo di corrispondere la suddetta somma non deriva dalla fonte negoziale del rapporto, estinto in ragione della pronunciata risoluzione. Al contrario, l'amministrazione è tenuta – ex art. 1458 c.c. – a restituire per equivalente il valore delle prestazioni eseguite dall'impresa. La stazione appaltante, non potendo restituire l'opus eseguito dall'appaltatore, deve reintegrare la situazione patrimoniale dell'altro contraente corrispondendogli il valore venale dell'opera stessa, che deve essere calcolato con riferimento al momento della pronuncia di risoluzione, nella quale l'obbligo trova la sua fonte, e non con riferimento ai prezzi contrattuali delle opere eseguite (Cass., SS.UU., sent. n. 26008 del 2008; Cass., sent. n. 12162 del 2007; Cass., sent. n. 106 del 1972; Cass., sent. n. 2871 del 1992; cfr. altresì Lodo n. 57 del 2012, secondo cui "in caso di risoluzione del contratto per grave inadempimento del Committente, l'appaltatore ha diritto al pagamento dei lavori eseguiti, applicando i prezzi di mercato attualmente vigenti, con la precisazione che, ove la stazione appaltante non abbia un proprio prezzario, occorre far riferimento a quelli locali vigenti nell'area interessata dai lavori", nello stesso senso, ex multis, anche Lodo 24 luglio 2009, Lodo 30 ottobre 2009, Lodo 18 dicembre 2009, Lodo 29 marzo 2010).

Il quesito 6 resta assorbito dalla risposta al quesito 5.

VII. QUESITO 10 DI PARTE ATTRICE – CONDANNA DEL COMUNE DI BENEVENTO AL PAGAMENTO DI SOMME

In considerazione di quanto sopra ill. ustrato il Collegio Arbitrale condanna il Comune di Benevento

a corrispondere all'Impromed Consorzio Stabile S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la Mastrocinque Costruzioni s.r.l., le seguenti somme:

€ 296.806,42 (duecentonovantaseimilaottocentosei/42), quale corrispettivo per i lavori corrispondenti al SAL 7;

€ 330.054,77 (trecentotrentamilacinquantaquattro/77), quale corrispettivo per i lavori corrispondenti al SAL 8;

€ 272.938,64 (duecentosettantaduemilanovecentotrentotto/64) a titolo di reintegrazione della aliquota corrispondente al ribasso offerto in sede di gara rispetto ai lavori eseguiti e contabilizzati;

€ 701.969,443 (settecentounomilanovecentosessantanove/443) a titolo di risarcimento del danno emergente, al netto della decurtazione determinata dal concorso di colpa del danneggiato;

€ 347.150,48 (trecentoquarantasettemilacentocinquanta/48) a titolo di risarcimento del lucro cessante, al netto della decurtazione determinata dal concorso di colpa del danneggiato;

€ 7.398,81 (settemilatrecentonovantotto/81), per lavori previsti in variante ed eseguiti su ordine della DL, con l'aggiunta di interessi e di rivalutazione.

Il Collegio Arbitrale condanna pertanto il Comune di Benevento a corrispondere all'Impromed Consorzio Stabile S.p.A., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con la Mastrocinque Costruzioni s.r.l., la somma totale di:

€ 1.956.318,56 (unmilionenovecentocinquantaseimilatrecentodiciotto/56).

VIII. QUESITO 11 DI PARTE ATTRICE E QUESITO 5 DI PARTE CONVENUTA – SPESE DI GIUDIZIO

Il Collegio arbitrale, in applicazione dell'art. 241, co. 12-bis, cod. contr. pubbl., avendo accolto solo parzialmente la domanda dell'attore, compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento.

In particolare, il valore della domanda dell'attore (*ex art. 10, d.m. 398/2000*) è pari a € 11.909.416,48 (dodicimilioni quattrocentosettantunmilaseicentoventitrè/41), che risulta dalla somma delle domande avanzate dalla parte attrice (prima memoria Impromed, pag. 21 ss.) e relative a:

(1) la risoluzione contrattuale, che si determina *ex art. 10, co. 5 d.m. 398/2000* sui lavori non eseguiti: € 4.959.292,51;

(2) la reintegrazione del ribasso offerto in sede di gara € 303.027,75;

(3) il risarcimento danni: € 5.161.927,72;

(4) il pagamento del SAL n. 7 per € 306.313,74 (€ 296.006,42 più rivalutazione e interessi calcolati sino al giorno della proposizione della domanda *ex art. 10, co. 4, d.m. 398/2000*) e del SAL n. 8 per € 338.339,98 (€ 330.054,77 più rivalutazione e interessi calcolati sino al giorno della proposizione della domanda *ex art. 10, co. 4, d.m. 398/2000*);

(5) il lucro cessante calcolato al 10% dell'importo contrattuale delle opere non eseguite: € 495.929,25;

(6) il "danno curriculare", calcolato nella misura del 5% dell'importo contrattuale: € 344.585,53.

La parte della domanda accolta dal Collegio è pari a € 1.956.318,56. Tale somma, maggiorata del valore da attribuire alla domanda di risoluzione *ex art. 10, co. 5 d.m. 398/2000*, è pari a € 6.915.611,07.

Tanto premesso, il Collegio Arbitrale condanna il Comune di Benevento soccombente a sopportare il **58,07 %** delle spese del giudizio.

Pertanto, il Collegio arbitrale condanna le parti a pagare, con la suddetta proporzione, le spese di difesa che, sulla base della tariffa professionale degli avvocati, D.M. 55/2014 (Regolamento recante la determinazione dei parametri per la liquidazione dei compensi

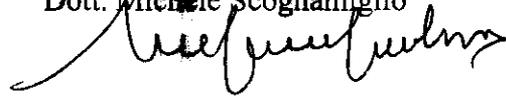
per la professione forense), liquida in € 69.170,20 (sessantanovemilacentosettanta/20). Sempre con la medesima proporzione condanna le parti a pagare le spese di giudizio e, in particolare, il compenso spettante agli Arbitri e al Segretario nella misura che verrà determinata dalla Camera Arbitrale.

Pisa, 12.01.2017

Prof. Avv. Emanuela Navarretta



Dott. Michele Scognamiglio



Avv. Marco Annoni

Rome, 12.01.2017 

