



LODO ARBITRALE



L'anno 2017, il giorno 20 del mese di dicembre, alle ore 16 si è riunito il Collegio Arbitrale nelle persone di:

- Prof. Avv. Andrea Pertici, Presidente;
 - Avv. Antonio Parisi, Arbitro;
 - Avv. Francesca Romana Tomaselli, Arbitro;
- nella controversia

TRA

la **Società 2P Costruzioni s.r.l.** (p.iva 06919731213) corrente in Afragola (NA), Via Tripoli n. 16, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, difesa dagli Avv.ti Achille Iroso e Antonio Silvestre ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Afragola (NA), Via G. Rossini n. 34;

E

il **Comune di Cottanello**, in persona del Sindaco *pro tempore* domiciliato per la carica in Cottanello (RI), Via Umberto I, n. 5, difeso dagli Avv.ti Francesco Antonio Caputo e Francesco Lilli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, Via Ugo Ojetti n. 114;

Il Collegio si è riunito per sciogliere la riserva assunta nell'udienza del 12 dicembre 2017 e così decidere la controversia in oggetto.

Fatto e svolgimento del procedimento arbitrale

Con atto introduttivo e contestuale nomina di arbitro notificato il 30 maggio 2016 la 2P Costruzioni s.r.l. iniziava il presente contenzioso nei confronti del Comune di Cottanello, sottoponendo al Collegio Arbitrale i seguenti quesiti:

- 1) *se, in relazione al contratto di appalto rep. n. 03/2012 del 12.06.2012, vi sia grave inadempimento della stazione appaltante legittimante la sua risoluzione;*
- 2) *se la 2P s.r.l. sia creditrice nei confronti del Comune di Cottanello dell'importo complessivo di euro 194.545,21, come da conteggi trasmessi unitamente alla diffida stragiudiziale notificata a mezzo PEC il 02/02/2015, dovuto a titolo di risarcimento dei danni, oltre interessi moratori e rivalutazione monetaria;*
- 3) *se nei confronti del Comune di Cottanello debba essere pronunciata condanna al pagamento delle spese di difesa e funzionamento del Collegio arbitrale".*

In particolare ai fini del deferimento della controversia al Collegio adito, la 2P Costruzioni S.r.l. faceva riferimento alla clausola n. 22 del Contratto di affidamento in appalto per i lavori di "costruzione di una piscina di copertura in Località San Nicola del Comune di Cottanello" a mente della quale, "in caso di controversia, ove non si proceda all'accordo bonario e l'appaltatore confermi le riserve, la definizione della controversia è demandata ad un collegio arbitrale costituito presso la Camera Arbitrale per i lavori Pubblici istituita presso l'Autorità di cui all'art. 241 del d.lgs. n. 163/2006 e art. 251 D.P.R. n. 544/1999".

Si costituiva ritualmente il Comune di Cottanello, con atto di resistenza e contestuale nomina di arbitro, notificato in data 20 giugno 2016, eccependo preliminarmente dubbi di legittimità della clausola compromissoria, in considerazione dell'entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190, che ha modificato la disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici. In particolare, sosteneva l'Ente Pubblico che l'art. 1, comma 19, della legge 190 del 2012, ha sostituito l'art. 241, comma 1, del decreto legislativo n. 163 del 2001, stabilendo che «le controversie su diritti soggettivi,

derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli». Nel sollevare i dubbi di legittimità della clausola compromissoria suddetta, il Comune faceva riferimento anche alla determinazione n. 6/13 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (le cui funzioni sono state oggi assorbite dall'ANAC). Il Comune di Cottanello, inoltre, chiedeva "in via principale il rigetto delle avverse domande poiché destituite di qualsivoglia fondamento fattuale e giuridico e, in accoglimento della spiegata domanda riconvenzionale, condannare la Soc. 2P Costruzioni al risarcimento dei danni causati dalla medesima - in conseguenza del perpetrato grave inadempimento - e di cui si avrà cura di fornire adeguata quantificazione in corso di giudizio, salva liquidazione in via equitativa; in via istruttoria disporre prova per testi ovvero audizione del Direttore dei Lavori, Ing. Aldo Angelici, sulle circostanze di cui in narrativa in fatto ovvero su quelle che si avrà cura di ulteriormente enucleare in esito al comportamento di controparte, conseguentemente alla presa d'atto di quanto controdedotto nella presente memoria".

In data 18.01.2017 si costituiva il Collegio arbitrale e successivamente fissava udienza per la discussione sulla questione preliminare alla data del 01.03.2017, concedendo alle parti termine per note, adempimento che veniva ritualmente svolto ed in esito alla acquisizione della documentazione ritenuta necessaria (ordinanze del 01.03.2017 e 22.03.2017), a scioglimento della riserva assunta, in data 12.04.2017 emetteva un'ordinanza con cui decideva il rigetto dell'eccezione preliminare sollevata dal Comune di Cottanello e, al contempo, disponeva la prosecuzione del giudizio nel merito, invitando le parti personalmente a presentarsi all'udienza del 14 aprile 2017, ore 15,00, per esperire il tentativo di conciliazione. A seguito dell'esito negativo dello stesso concedeva termine per il deposito di memorie e documenti, nonché per le successive repliche.

Le parti depositavano tempestivamente sia le memorie che le repliche nei termini. In particolare, la 2P Costruzioni depositava una prima memoria istruttoria e, nello stesso giorno (quindi tempestivamente) un'integrazione della stessa con la quale aggiungeva alle conclusioni già rese un ulteriore quesito "*accertare e dichiarare, incidenter tantum, l'illiceità della risoluzione contrattuale disposta dal Comune di Cottanello. È, se del caso, disporre la disapplicazione e/o l'annullamento*".

A seguito dell'udienza di discussione del 31.05.2017, nel corso della quale le parti ribadivano le proprie posizioni sostanziali, il Collegio, a scioglimento della riserva in quella sede assunta, con ordinanza del 05.07.2017, disponeva una CTU rinviando all'udienza del 02.08.2017 per il giuramento del professionista, individuato dalla Camera arbitrale, su istanza presentata dal Collegio, Ing. Tommaso Di Piero, il quale veniva chiamato a rispondere ai seguenti quesiti: "*Dica il C.T.U., previo esperimento del tentativo di conciliazione, verificato e descritto lo stato dei luoghi, anche in relazione alle generali condizioni atmosferiche intervenute nel corso dell'appalto, in base alle quali ha trovato giustificazione la disposta sospensione dei lavori, acquisiti dalle parti stesse nonché presso gli organi pubblici tutti i documenti ritenuti necessari all'espletamento dell'incarico:*

1. Se il progetto posto a base di gara, anche alla luce della prima variante, possa dirsi completo, conforme alle norme di legge e funzionale alla realizzazione dell'opera oggetto d'appalto;

2. Ove così non fosse, individui quelle modifiche ulteriori ritenute necessarie e sufficienti, specificando le relative cause e quantificandone gli importi;

3. Verifichi, in ogni caso, la correttezza della quantificazione operata dalla 2P COSTRUZIONI S.r.l. e posta alla base della richiesta risarcitoria".

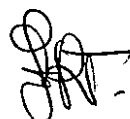
Decorsi i termini concessi per il deposito della CTU in bozza, delle note critiche a firma dei CTP di parte e della CTU definitiva, all'udienza del 12 dicembre 2017 le parti precisavano le rispettive conclusioni riportandosi agli atti difensivi già depositati, da intendersi tutti integralmente trascritti.

Diritto e motivi della decisione

1. In merito alla domanda di risoluzione contrattuale per grave inadempimento, occorre premettere che, in effetti, parte resistente, con delibera della Giunta comunale 18 maggio 2016, n. 25 (pubblicata sull'Albo pretorio in data 25.05.2016 e comunicato alla 2P Costruzioni in data 10.06.2016, successivamente alla proposizione della domanda introduttiva del presente giudizio) aveva deliberato la risoluzione contrattuale ex art. 136 d.lgs. n. 163 del 2006. In proposito, tuttavia, deve ribadirsi che il provvedimento di risoluzione ex lege adottato dalla stazione appaltante ai sensi del suddetto art. 136, d.lgs. n. 163/2006, non preclude l'esame dell'avversa domanda di risoluzione (in termini anche Lodo arbitrale 24.10.2014, n. 70), dovendo essere valutato il comportamento di ciascuna delle parti al fine di verificare a chi l'inadempimento sia eventualmente addebitabile.

Ora, nel caso di specie, la sospensione dei lavori era stata disposta in data 12.11.2012, con verbale del D.L., prot. n. 3992, in quanto *"il verificarsi delle impreviste circostanze di avverse condizioni atmosferiche e l'approvazione della perizia di variante impediscono il normale svolgimento dei lavori di costruzione di una piscina, compresa di copertura, in località San Nicola"*. Circa la perizia di variante, questa è stata sottoposta in data 25.07.2013 alla Regione Lazio, la quale, tuttavia, l'ha respinta il 14.01.2014, ritenendo in particolare di non poter autorizzare il ricorso ad economie derivanti dal ribasso d'asta per effettuare le nuove lavorazioni richieste e che pertanto non si poteva procedere ai sensi dell'art. 132 del d.lgs. 163/2006. In data 03.04.2014 il Comune di Cottanello sottoponeva alla Regione Lazio ulteriore richiesta di approvazione di variante, volta ad ottenere la possibilità di utilizzare le somme già destinate alla realizzazione della copertura (circa € 62.000,00) per effettuare invece il completamento degli impianti elettrici e di filtraggio (opere inizialmente non previste). A fronte di questo, l'Amministrazione comunale si sarebbe impegnata a realizzare la copertura in un momento successivo (e non precisato), tenuto conto che le opere di ancoraggio e di predisposizione per l'installazione del pallone erano già previste nel progetto. In data 22.04.2014, la Regione Lazio respingeva tale ulteriore richiesta, ciò facendo venire meno una delle ragioni della sospensione. Circa l'altra ragione, relativa alle condizioni atmosferiche, nulla più emerge dagli atti né dalla CTU, ma è da ritenere – anche in assenza di qualunque diversa deduzione di parte, notizia o accertamento peritale – che, trascorso un così ampio lasso di tempo, e anche considerata la diversa stagione, a questo punto essa non fosse più sussistente.

In proposito è da ricordare che il combinato disposto degli artt. 158 e 159 del d.P.R. n. 207/2010 regola le ipotesi di legittima sospensione dei lavori, il comma 2 dell'art. 159 ricomprendendo, in particolare, tra le circostanze speciali che giustificano la



sospensione medesima anche "situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera nei casi previsti dall'art. 132, comma 1, lett. a) e b) del codice", salvo che "nei casi previsti dall'articolo 132, comma 1, lettere c) e d), del codice, la sospensione è ammessa solo quando dipenda da fatti non prevedibili al momento della stipulazione del contratto".

La giurisprudenza ha peraltro precisato che "la sospensione dei lavori può ritenersi legittima solo allorché sia disposta per motivi di pubblico interesse o per necessità (Cass. 21/6/2007, n. 14510), o sia giustificata da fatti obiettivi non imputabili alla P.A. committente o da esigenze non previste né prevedibili con l'ordinaria diligenza, mentre è illegittima allorché sia disposta o si protragga oltre il necessario per un fatto proprio dell'Amministrazione stessa, quali esigenze particolari, estranee al fine di garantire la bontà dell'esecuzione, esattamente come accade quando si intenda ovviare a negligenze proprie o supplire a mancate predisposizioni che si aveva il dovere di compiere tempestivamente" (Lodo 23/06/2008 n. 81/2008). E, ancora, la Suprema Corte ha altresì sottolineato che "in tema di appalto di opere pubbliche, 'le ragioni di pubblico interesse o necessità' che, ai sensi dell'art. 30, comma 2, d.P.R. 1063 del 1962, legittimano l'ordine di sospensione dei lavori, vanno identificate in esigenze pubbliche oggettive e sopravvenute, non previste né prevedibili dall'Amministrazione con l'uso dell'ordinaria diligenza, così che esse non possono essere invocate al fine di porre rimedio a negligenza o imprevidenza dell'Amministrazione medesima. In particolare, nel caso che sopravvenga la necessità di approvare una 'perizia di variante', tale emergenza non deve essere ricollegabile ad alcuna forma di negligenza o imperizia nella predisposizione e nella verifica del progetto da parte dell'ente appaltante, il quale è tenuto, prima dell'indizione della gara, a controllarne la validità in tutti i suoi aspetti tecnici, e ad impiegare la dovuta diligenza nell'eliminare il rischio di impedimenti alla realizzazione dell'opera sì come progettata" (Cass. civ., sez. VI, 25/10/2012, n. 18239; id., sez. I, 11/04/2002, n. 5135; cfr. anche Corte appello Roma sez. I, 31/10/2009, n. 3220).

In tale ottica, giova ancora rilevare come l'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, al comma 1 lett. e), ammette in via eccezionale il ricorso alle varianti in corso d'opera "per il manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione", prescrivendo, altresì, al comma 4, "ove le varianti di cui al comma 1, lettera e), eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, il soggetto aggiudicatore procede alla risoluzione del contratto e indice una nuova gara alla quale è invitato l'aggiudicatario iniziale".

Comunque, nel caso di specie, emerge chiaramente dalla CTU che la non realizzabilità del progetto non è derivata semplicemente dalla mancata approvazione della perizia di variante da parte della Regione, bensì è riscontrabile nello stesso progetto esecutivo posto a base di gara, il quale – secondo quanto affermato dall'ing. Di Piero, in risposta al quesito n. 1 (rinviandosi in proposito *amplius* alle pp. 19-21) – "nel progetto esecutivo, posto a base di gara dal Comune di Cottanello, non sono stati minimamente esaminati gli aspetti dell'ingegnerizzazione dell'opera, per cui tale progetto non è completo e conforme a quanto previsto dal D.P.R. n. 270/2010 (art. 33)", con la conseguenza che "sulla base del suddetto progetto esecutivo non era e non è possibile realizzare un'opera pubblica funzionale e rispondente a quanto deliberato dalla Regione Lazio". In proposito è stato più specificamente rilevato che "secondo l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, alla stazione appaltante si impone di

predisporre una progettazione completa e concretamente eseguibile, sì che anche il fermo dei lavori nelle more dell'approvazione di una perizia di variante intesa a porre anche solo parzialmente rimedio a negligenze o imperizie contenute nel progetto, ovvero che sia finalizzata al miglioramento dell'opera ed alla sua funzionalità o all'integrazione della stessa, impegna la responsabilità della committente per i maggiori oneri e danni conseguenti (cd. obbligazione progettuale) (Coll. Arb. 29/9/2006, n. 76; Cass. Sez. I 29/4/2006, n. 10052; Coll. Arb. 3/7/2007, n. 96/07; Coll. Arb. 26/2/2002; Coll. Arb. 8/4/1999)". (Lodo 17/06/2008 n. 75/2008).

Tutto ciò configura un evidente grave inadempimento imputabile al Comune convenuto a titolo di colpa per la lacunosità e l'inadeguatezza del progetto esecutivo posto a base di gara, siccome non cantierabile e non costituente, in difformità dalle previsioni del regolamento approvato con D.P.R. n. 207/2010, ingegnerizzazione dei preordinati livelli di progettazione così come accertato in sede istruttoria per il tramite dell'espletata C.T.U., tale da legittimare la richiesta di risoluzione formulata dall'impresa appaltatrice 2P Costruzioni.

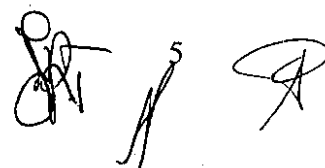
2. Acclarata la sussistenza dei presupposti della risoluzione contrattuale come sopra esposti, va scrutinata la consequenziale domanda dell'impresa attrice volta al riconoscimento, a titolo risarcitorio, dell'importo complessivo di euro 194.545,21 oltre a interessi moratori e rivalutazione monetaria.

Ebbene, tenuto conto della sopraggiunta illegittimità della disposta sospensione e del contegno serbato dal Comune, anche all'esito della trasmissione dell'atto di diffida e messa in mora del 21.07.2014 (data acclarata in fase istruttoria, diversamente da quanto dedotto da parte attrice nell'atto introduttivo), la pretesa è fondata e, pertanto, va accolta per quanto di ragione.

Alla stregua delle risultanze peritali, per come articolate ed a cui il Collegio si riporta integralmente, infatti, risulta provato che non solo il progetto era carente di elaborati essenziali ma non era eseguibile se non all'esito di un completo rifacimento che ne avrebbe stravolto i contenuti al di fuori del paradigma di cui all'art. 132 del d.lgs. n. 163/2006, tanto da essere configurato come un vero e proprio nuovo progetto.

La costante giurisprudenza sul punto ha precisato che *"l'elaborazione di varianti in corso d'opera – di norma costituente una mera facoltà della p.a. (esercitabile in presenza delle condizioni previste dalla legge) – può configurarsi come espressione di un doveroso intervento collaborativo del creditore (Cass. Civ. sez. I 29/4/2006, n. 10052). In presenza di un accertato sconvolgimento dei tempi contrattuali, non occorre una prova particolare del danno conseguito perché, in via di presunzione, ai sensi dell'art. 2727 c.c., deve senz'altro ritenersi verificato un aumento o un improduttivo esborso anche delle spese generali, essendo i due fenomeni strettamente connessi (lodo 21/9/2006, n. 72; lodo 31/7/2006, n. 61; lodo 2/8/2006, n. 63)"* (Lodo 24/07/2008 n. 105/2008). E ancora che *"In ossequio ai fondamentali canoni di correttezza, cooperazione e buona fede, la stazione appaltante deve, sotto pena di risarcimento dei danni cagionati all'appaltatore, porre lo stesso in condizione di eseguire concretamente i lavori, senza impedimento alcuno, così da impiegare in modo razionale ed economico le proprie risorse e la propria capacità produttiva (Cass. Sez. I 23/5/2002, n. 7543)".* (Lodo 17/06/2008 n. 75/2008).

Circa la quantificazione del danno, si evidenzia come, ai sensi del comma 3 del citato art. 159, sia onere dell'esecutore *"che ritenga cessate le cause che hanno determinato la sospensione temporanea dei lavori ai sensi dei commi 1 e 2, senza che la stazione appaltante abbia disposto la ripresa dei lavori stessi"* diffidare *"per iscritto il*



responsabile del procedimento a dare le necessarie disposizioni al direttore dei lavori perché provveda a quanto necessario alla ripresa". Nel caso di specie ciò è effettivamente avvenuto in data 21.07.2014, quando l'attrice, a mezzo del proprio legale, ha formalmente diffidato e costituito in mora l'Ente per l'immediata ripresa dei lavori.

Su questa base, il CTU ha concluso che: *"la quantificazione del danno derivante da illegittima sospensione, nel settore dei lavori pubblici, è disciplinata dall'articolo 160 del DPR 5 ottobre 2010 n. 207. Si precisa che la diffida oltre a costituire condizione essenziale alla richiesta di danni costituisce anche il termine a decorrere dal quale l'impresa può chiedere i danni da fermo cantiere"*.

Il Collegio ritiene di aderire alle suddette conclusioni e alla conseguente quantificazione operata dal medesimo Consulente nella misura di euro 82.468,48.

2.1. Avuto riguardo alla domanda afferente alla richiesta degli accessori alla condanna, presentata da parte della 2P Costruzioni e protesa a indicare come criterio di calcolo quello inerente l'applicazione degli interessi di mora, questo Collegio rileva come la domanda non possa trovare accoglimento, se non limitatamente a quanto di seguito specificato. Gli indicati interessi di mora, infatti, possono essere riconosciuti solo nel caso in cui si verta in ambito di mora *ex re* (automatica) e non nel caso di specie, afferente il risarcimento per fatto illecito. In buona sostanza, il Collegio aderisce, sul punto, a quanto ripetutamente stabilito dalla Suprema Corte di Cassazione (Cass. sez. I, 12 maggio 2010, n. 11516; 21 febbraio 2006, n. 3768) secondo cui, qualora il danno sia contrattuale, spettano al danneggiato sia la rivalutazione monetaria calcolata sulla base degli indici ISTAT, dal c.d. mese baricentrico e fino alla data di sottoscrizione del lodo, e gli interessi al tasso legale sulla somma così rivalutata da calcolare dalla data di notifica della diffida e messa in mora del 21.07.2014 e fino alla data di sottoscrizione del lodo, sia gli interessi, sempre al tasso legale, successivi alla cristallizzazione dell'importo così determinato, ma con decorrenza dalla costituzione in mora, avvenuta con la notifica dell'atto sopra citato e sino al soddisfo. Gli interessi moratori sono, pertanto, da riconoscere esclusivamente in ordine alle lavorazioni eseguite e non contabilizzate nel primo S.A.L., liquidate dal CTU nella misura di euro 7.514,96, da quantificarsi, con la medesima decorrenza del 21.07.2014, in euro 1.256,47, ai sensi della disciplina speciale in materia di lavori pubblici (art. 142 d.P.R. 207/2010).

3. Le motivazioni che hanno condotto all'accoglimento delle domande di parte attrice assorbono ogni ulteriore esame della domanda riconvenzionale formulata dal Comune intimato, peraltro in via del tutto generica e sfornita di prova, che pertanto deve essere rigettata.

4. Per quanto concerne le spese legali esse seguono la soccombenza nella misura indicata nel dispositivo.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sulle domande proposte dalla 2P Costruzioni s.r.l. e dal Comune di Cottanello, così provvede:

- dichiara la risoluzione per grave inadempimento, imputabile alla stazione appaltante, del contratto di appalto stipulato in data 12.6.2012;
- accoglie, per quanto di ragione, la domanda di condanna al risarcimento dei danni che vengono quantificati in euro 82.468,48, oltre a interessi moratori nella misura di euro 1.256,47, oltre a rivalutazione e interessi legali, per come sopra e meglio specificati, decorrenti dalla data del 21.07.2014 e fino al dì del soddisfo;

- rigetta la domanda riconvenzionale formulata dal Comune di Cottanello;
- condanna il Comune convenuto alla rifusione delle spese di difesa che vengono liquidate in euro 3.543,00 oltre IVA, c.p.a. e spese generali (15 %) ai sensi del D.M. n. 55/2014;
- condanna il Comune di Cottanello al pagamento del compenso agli arbitri che sarà liquidato dal Consiglio della Camera Arbitrale;
- pone a carico del Comune di Cottanello gli onorari e le spese di CTU che saranno liquidate dal Consiglio della Camera Arbitrale.

Così deciso, in conferenza personale degli arbitri, in Roma presso la sede della Camera Arbitrale alla via Minghetti n. 10 addì 20.12.2017.

Prof. Avv. Andrea Pertici, Presidente

Avv. Antonio Parisi, Arbitro

Avv. Francesca Romana Tomaselli, Arbitro