LODO

Pronunciato dal Collegio arbitrale composto dai signori

Avv. Andrea MAGNANELLI, presidente;

Dott.ssa Gabriela NAPOLI, componente;

Dott. Ferdinando GUARRACINO, componente

Costituitosi in data 8 febbraio 2018 per la risoluzione della controversia tra:

la ARCOTECNICAGROUP S.p.a. (oggi ATG Group S.r.l.) (C.F. 06732230153), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, con sede in Milano, piazza Missori n. 2, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Fassi (C.F. FSSGPP64S10F205T), telefax 0272020168, p.e. giuseppefassi@studiolegalefassi.it, pec avvgiuseppefassi@milano.pecavvocati.it, nel cui studio in Milano in via Agnello n. 5 elettivamente domicilia,

e

il Comune di ERCOLANO, (C.F. 80017980634) in persona del sindaco *pro tempore*, con sede in Ercolano al Corso Resina n. 39, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Castelluccio (C.F. CSTPLA78S14C129Y) elettivamente domiciliato in Torre Annunziata, Corso Vittorio Emanuele III n.475, pec paolo.castelluccio@forotorre.it, p.e. paolo@studiocastelluccio.com telefax 08119970472, giusta delibera di Giunta Comunale n. 6/2017,

in relazione all'affidamento "*della prestazione di servizi tecnico-economici finalizzata alla ricerca, validazione attivazione/riattivazione della totalità delle risorse finanziarie non impositive disposte in ogni epoca da ogni entità a ciò preposta in tutto o in parte inutilizzate, nonché alla concretizzazione di nuove risorse finanziarie, in conformità al Capitolato Tecnico approvato con D.D. n. 1/616 del 28.6.2007 ed alla D.D. n. 1/6/13 del 6.5.2008*",

con sede in Roma negli Uffici della Camera Arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in via Marco Minghetti n.10.

Premesso che

con atto notificato il 23 dicembre 2016 la Arcotecnicagroup S.p.a. comunicava al Comune di Ercolano la volontà di promuovere un procedimento arbitrale nei suoi confronti contestualmente nominando come proprio arbitro la dott.ssa Gabriela Napoli, con studio in Napoli. Il 19 gennaio 2017 il Comune di Ercolano, a sua volta, notificava alla società attrice la nomina del proprio arbitro nella persona del Dirigente dell'Avvocatura Comunale, dott. Ferdinando Guarracino.

Successivamente, in data 23 febbraio 2017, i due arbitri designati dalle parti si riunivano con lo scopo di individuare il terzo componente del Collegio, cui affidare la funzione di Presidente ma, in difetto di accordo sulla nomina e sulla procedura da adottare, concordavano di ricorrere alla Camera Arbitrale istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione perché provvedesse alla nomina in questione.

La società istante, dunque, depositava presso la Camera Arbitrale di cui sopra domanda del 5 aprile 2017 di nomina del terzo arbitro con funzione di presidente nonché domanda di arbitrato del 12 maggio 2017 con la quale formulava i quesiti, designando a proprio arbitro la dott.ssa Gabriela Napoli, ed invitava il Comune di Ercolano a nominare l'arbitro di propria competenza.

Il Consiglio della Camera Arbitrale, nella seduta del 7 giugno 2017, ai sensi e per gli effetti dell'art. 209, comma 8, del D.Lgs. n. 50/2016, individuava come terzo arbitro con funzioni di presidente l'avv. Andrea Magnanelli del foro di Roma e, preso atto della designazione degli arbitri di parte, nominava il Collegio arbitrale

nelle persone dell'avv. Andrea Magnanelli, con funzioni di presidente, della dott.ssa Gabriela Napoli e del dott. Ferdinando Guarracino.

Gli arbitri nominati facevano pervenire il 13 (dott.ssa Napoli), il 15 (dott. Guarracino) ed il 16 (avv. Magnanelli) giugno 2017 alla Camera arbitrale dichiarazione di disponibilità all'accettazione della nomina con contestuale dichiarazione di non versare in nessuna delle situazioni di incompatibilità previste dall'art. 815 c.p.c. nonché dagli artt. 209, comma 6, e 210, comma 10, del D.Lgs. 50/2016 e di aver preso visione e di accettare il Codice deontologico degli arbitri redatto ai sensi dell'art. 210, comma 2, del D.Lgs. 50/2016.

Con nota del 4 agosto 2017, pervenuta alla Camera arbitrale il successivo 17 agosto (prot. 80409) il Dipartimento Organizzazione e Risorse Umane di Roma capitale dichiarava che con provvedimento dell'1 agosto 2017 il Sindaco di Roma capitale aveva autorizzato all'incarico l'avv. Magnanelli, dipendente a tempo indeterminato dell'ente ed in servizio presso l'Avvocatura capitolina con la qualifica di Avvocato Dirigente.

I Signori avv. Andrea Magnanelli, dott.ssa Gabriela Napoli e dott. Ferdinando Guarracino, pertanto, si riunivano il giorno 8 febbraio 2018 negli Uffici della Camera Arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in Roma, via Marco Minghetti n.10, per accettare, anche ai sensi dell'art. 813, 1° comma, c.p.c., l'incarico loro affidato con gli atti su riferiti e per costituire, sotto la presidenza dell'avv. Andrea Magnanelli il Collegio arbitrale al quale è stato demandato il giudizio sulla vertenza di cui sopra.

Il Collegio, così costituito, stabiliva la propria sede in Roma nella sede della Camera Arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale

Anticorruzione, in via Marco Minghetti n.10 ed assegnava alle parti i seguenti termini, perentori ai sensi dell'art. 209, comma 11, D.Lgs. 50/2016:

- fino al 9 marzo 2018 per il deposito delle prime memorie, nonché di tutta la documentazione relativa alla controversia;
- fino al 6 aprile 2018 per il deposito di eventuali controdeduzioni ed ulteriori documenti.

Ai sensi dell'art. 816 bis c.p.c., inoltre, veniva delegata al Presidente del Collegio la facoltà di emettere ogni necessario atto ordinatorio del procedimento, di concedere - sull'accordo delle parti - proroghe ai termini su indicati e di autorizzare la produzione di eventuali altre memorie, sempre che dalle stesse parti fosse consentita una congrua proroga al termine per la pronuncia del lodo.

Entrambe le parti hanno prodotto memorie e documenti nel primo termine loro assegnato ed hanno chiesto una proroga del secondo termine, concedendo – nel contempo – una proroga della stessa durata per il deposito del lodo. Con provvedimento presidenziale del 30 marzo 2018, pertanto, è stata concessa la richiesta proroga del secondo termine assegnato alle parti di sessanta giorni, fino al 7 giugno 2018, con contestuale analogo differimento anche del termine per il deposito del lodo fino al 6 dicembre 2018.

Con il deposito delle seconde memorie e dell'ulteriore documentazione, avvenuta nei termini assegnati, le parti hanno chiesto di essere sentite dal Collegio. A tal fine, con provvedimento presidenziale del 14 settembre 2018 veniva fissata apposita seduta per il successivo 27 settembre, poi differita al 5 ottobre 2018 su richiesta delle stesse parti, con provvedimento del 20 settembre.

Nel corso della seduta sopra indicata, fissata per il tentativo di conciliazione e per la discussione, il Collegio, ascoltate le parti sul punto, prendeva atto della mancata sussistenza delle condizioni per l'esperimento di una conciliazione della controversia e disponeva per l'ulteriore corso della procedura arbitrale; quindi, dopo aver ascoltato l'ampia discussione orale delle parti, chiedeva il deposito della perizia prodotta nell'ambito del giudizio svoltosi, tra le medesime parti ed in relazione allo stesso contratto di cui qui si discute, davanti al Tribunale civile di Roma e conclusosi con una pronuncia di difetto di giurisdizione in virtù della clausola compromissoria inserita nel contratto di cui è giudizio, ponendo l'incombente in capo alla parte più diligente. Con pec del 12 ottobre 2018 l'incombente veniva adempiuto.

Fatto

Con contratto del 28 ottobre 2008, rep. n.6142, il Comune di Ercolano, premesso di voler "*procedere alla ricognizione di tutte le risorse finanziarie non impositive disposte in ogni epoca da qualsiasi istituto, ente e/o altra entità a ciò preposta, in tutto o in parte inutilizzate, con l'obiettivo di poterle oggi utilizzare*" affidava al Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) composta da Europrogetti & Finanza S.p.A. (capogruppo) e Studio Tecnico Associato degli Architetti Luca de Vincenti e Daniele Patriarca (mandante), "*... la prestazione di servizi tecnico-economici finalizzata alla ricerca, validazione attivazione/riattivazione della totalità delle risorse finanziarie non impositive disposte in ogni epoca da ogni entità a ciò preposta in tutto o in parte inutilizzate, nonché alla concretizzazione di nuove risorse finanziarie, in conformità al Capitolato Tecnico approvato con D.D. n. 1/616 del 18.6.2007 ed alla D.D. n. 1/6/13 del 6.5.2008*".

All'art. 2 del contratto in questione veniva precisato che: "*l'Ente richiede la prestazione dei servizi in argomento mediante la:*

a) *ricognizione circa lo stato attuale delle opere pubbliche e degli investimenti ... con l'obiettivo di individuare somme non utilizzate ovvero utilizzate in modo finanziariamente poco conveniente ...;*

b) *individuazione di risorse finanziarie già destinate all'Ente ... parzialmente o totalmente inattivate o inutilizzate ... con l'obiettivo di consentire all'Ente di poterle dichiarare non più funzionali alla realizzazione delle opere originarie, e, quindi, di riutilizzarle nel modo maggiormente produttivo ...;*

c) *individuazione di nuove risorse finanziarie ... ;*"

All'art. 12, poi, si prevedeva, quale corrispettivo delle prestazioni oggetto di incarico, un compenso "*pari al 2,75% dei* "finanziamenti reali" *oltre Iva nella misura di legge*" ed infine l'art. 16 conteneva la clausola compromissoria.

Il Raggruppamento affidatario dava seguito alle obbligazioni contrattualmente assunte, provvedendo, al termine della propria prestazione, a consegnare al Comune di Ercolano, nel novembre 2008, nel dicembre 2008 e nel marzo 2009, tre relazioni illustrative dell'attività svolta e l'esito del lavoro di ricerca ed analisi compiuto.

Conseguentemente, il RTI richiedeva al Comune di Ercolano il compenso per l'attività svolta emettendo tre fatture con la specifica delle somme richieste.

Lamentando il mancato adempimento degli obblighi contrattuali da parte del Comune, l'odierna istante promuoveva un'azione davanti all'Autorità Giudiziaria Ordinaria, all'esito della quale il Tribunale di Roma, seconda sezione civile, con sentenza n. 6131 del 14 marzo 2015, dichiarava il proprio difetto di giurisdizione

in favore dell'organo arbitrale in virtù del richiamato art. 16 del contratto di affidamento oggetto di causa.

Di conseguenza, con atto notificato il 23 dicembre 2016 la Arcotecnicagroup S.p.a. dava avvio al presente procedimento arbitrale contestualmente nominando l'arbitro di propria competenza. In data 19 gennaio 2017 il Comune di Ercolano, a sua volta, notificava alla società attrice la nomina del proprio arbitro. In seguito, a causa del mancato accordo sulla nomina del terzo componente il Collegio con funzioni di presidente, la società istante depositava presso la Camera Arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione domanda di nomina del terzo arbitro con funzione di presidente nonché domanda di arbitrato contenente i quesiti. Il Consiglio della Camera Arbitrale, nella seduta del 7 giugno 2017, provvedeva ad individuare il terzo arbitro con funzioni di presidente.

Il Collegio si è costituito l'8 febbraio 2018 assegnando alle parti i termini per il deposito di memorie, repliche e documentazione.

Entrambe le parti hanno prodotto memorie e documenti nel primo termine assegnato ed hanno chiesto una proroga di sessanta giorni del secondo termine, concedendo – nel contempo – una proroga della stessa durata per il deposito del lodo, proroga che è stata concessa dal Collegio. Con le seconde memorie, prodotte nel termine prorogato, le parti hanno chiesto di essere sentite dal Collegio, cosa che è avvenuta nel corso della seduta del 5 ottobre 2018 alla quale hanno partecipato i procuratori di entrambe le parti, Avvocati Giuseppe Fassi, del Foro di Milano, e Paolo Castelluccio, del Foro di Torre Annunziata.

Nel corso di quella seduta il Collegio ha, poi, chiesto il deposito della perizia prodotta nell'ambito del giudizio sopra richiamato svoltosi davanti al Tribunale civile di Roma, incombente adempiuto il 12 ottobre 2018.

Diritto

Con domanda di arbitrato del 23 dicembre 2016 la Arcotecnicagroup S.p.a., premesso di aver correttamente ed esaurientemente adempiuto alle proprie obbligazioni scaturite dal contratto stipulato *inter partes* il 28/10/2008, chiedeva al Collegio Arbitrale di:

"*condannare il Comune di Ercolano al pagamento in favore della società attrice ATG Group s.r.l. del complessivo importo pari ad E. 110.077,46, oltre interessi al tasso di cui al D.lgs. 231/02, dalla data di ogni singola fattura al saldo;*

condannare il Comune di Ercolano al pagamento di tutte le spese del procedimento, nonché delle spese e compensi di difesa nel presente giudizio".

Con la prima memoria di costituzione, il Comune di Ercolano a sua volta, chiedeva:

"*In via preliminare, dichiarare la carenza di legittimazione attiva ed ad agendum della società ARCOTECNICAGROUP S.p.a. per i motivi dedotti in narrativa, adottando ogni altro provvedimento opportuno e consequenziale;*

In via gradata, ma pur sempre preliminare, accertare la violazione del combinato disposto dell'articolo 11 del capitolato tecnico (divieto di cessione del contratto e dei servizi oggetto del contratto - cfr all. 6) e dell'art 9 del D. lgs n.163/2006 ratione temporis applicabile;

e, per l'effetto dichiarare la conseguente risoluzione del contratto e l'inammissibilità e/o l'improcedibilità della domanda, con ogni conseguenza di legge;

Nel merito, rigettare la domanda proposta dalla società ARCOTECNICAGROUP S.p.a contro il Comune di Ercolano perché infondata;

In ogni caso, con vittoria di spese, diritti ed onorari a carico della parte soccombente, con attribuzione al sottoscritto procuratore anticipatario."

Infine, nella propria memoria di replica, la società appaltatrice, in via subordinata, chiedeva al Collegio arbitrale di voler "*accertare l'arricchimento senza causa del Comune di Ercolano, e per l'effetto, constatata l'irripetibilità della prestazione oggetto di appalto, condannare il convenuto, ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., al pagamento in favore della società attrice, dell'indennizzo pari al valore della prestazione contrattualmente pattuita, da quantificarsi nella misura pari ad E. 110.047,76, ovvero nel diverso ammontare da questo Collegio ritenuto congruo, oltre interessi al tasso legale e rivalutazione monetaria dalla data dell'avvenuta prestazione alla data di effettivo saldo*".

1. SULLA LAMENTATA CARENZA DI LEGITTIMAZIONE ATTIVA DELLA PARTE ISTANTE

In via preliminare occorre esaminare le eccezioni sollevate dal Comune di Ercolano relative al difetto di legittimazione attiva della Arcotecnicagroup S.p.A..

a) È pacifico tra le parti (e risulta agli atti) che il più volte richiamato contratto d'appalto, del 28.10.2008 rep. 6142, avente ad oggetto il servizio di *"ricerca tecnico-economica e riattivazione delle risorse finanziarie"* è stato stipulato tra il Comune di Ercolano ed il RTI composto dalla Europrogetti & Finanza S.p.a

(capogruppo) e lo Studio Tecnico Associato degli Architetti Luca De Vincenti e Daniele Patriarca (mandante).

L'amministrazione resistente lamenta la carenza di legittimazione attiva della parte istante in quanto essa, con atto di cessione di azienda, prima come Qiref, poi Europrogetti & Finanza s.r.l. ed infine, per acquisizione, Arcotecnica Group, ha acquisito il ramo aziendale dell'originaria mandataria, subentrando ad essa nel rapporto oggetto di causa e nel relativo credito.

La censura non merita accoglimento.

In effetti il raggruppamento stipulante ha ceduto alla società Qiref S.r.l. un ramo della propria azienda, con atto del 26.11.09. Dalla documentazione prodotta da parte istante risulta che nel contratto di cessione aziendale vi è espresso richiamo e menzione del rapporto e del relativo credito oggetto di causa, determinando – in tal modo – il subentro della cessionaria nella medesima posizione giuridica soggettiva della cedente.

Sempre dalla documentazione in atti è emerso che la società Qiref ha successivamente cambiato la propria ragione sociale in Europrogetti & Finanza S.r.l. ed è infine stata incorporata, con atto del 9 luglio 2015, dalla società Arcotecnica Group S.p.A., a sua volta divenuta poi ATG Group per un altro mutamento della ragione sociale.

Ne consegue la piena legittimazione attiva dell'odierna istante nella presente controversia.

b) Il Comune di Ercolano lamenta, sotto altro profilo, la violazione dell'art. 11 del Capitolato Speciale d'Appalto che vieta la cessione del contratto.

Anche questa doglianza non può essere accolta.

L'art. 11 del Capitolato Speciale d'Appalto non consente, come detto, che il contratto di appalto *de quo* possa essere ceduto a terzi, a pena di risoluzione e risarcimento delle spese e dei danni causati all'Ente.

In realtà la fattispecie in esame non concretizza la variazione del raggruppamento aggiudicatario ma l'ipotesi di cessione di azienda della società mandataria, consentita – argomentando *a contrario* – dall'art 116 del Decreto legislativo 163 del 2006, applicabile *ratione temporis* alla presente controversia.

Nel senso qui proposto, si è espressa pacificamente sia la giurisprudenza che l'Autorità Nazionale Anticorruzione la quale ha affermato che "*l'art. 118, co. 1 d.lgs. n. 163/2006 e s.m., nel riprodurre la previgente disposizione dell'art. 18 della legge n. 55/1990, sancisce il divieto di cessione del contratto d'appalto, a pena di nullità, fatta salva la disciplina di cui all'art. 116 in materia di cessione d'azienda ed atti di trasformazione, fusione e scissione relativi ad esecutori di contratti pubblici. Tra le ipotesi contemplate in tale ultima disposizione non figura espressamente la cessione di "ramo di azienda" ovvero l'affitto della stessa, così come invece previsto dall'art. 51 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m. per la fase anteriore alla stipulazione del contratto. Sul punto l'Autorità ha ritenuto che, in base alla ratio sottesa ad entrambi gli istituti e per esigenza di sistematicità del quadro normativo di riferimento, l'art. 116 deve trovare applicazione anche in relazione a dette fattispecie negoziali, pur in assenza di un'indicazione specifica nell'art. 116 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.*

L'estensione della disciplina prevista per le ipotesi di "cessione d'azienda" nel suo complesso anche alle "cessioni di ramo d'azienda", in relazione alla previsione di cui all'art. 118, co. 1 d.lgs. n. 163/2006 e s.m., deve comportare,

tuttavia, che la stazione appaltante sia onerata di acquisire l'atto di cessione di ramo d'azienda e tutti gli atti che hanno portato alla variazione dell'assetto aziendale dell'esecutore del contratto, in quanto si tratta di documentazione necessaria per accertare se si sia in presenza di un'effettiva cessione del complesso aziendale; ciò al fine di non consentire, da parte delle stazioni appaltanti, l'elusione del divieto di cessione del contratto ex art. 118, co. 1 del d.lgs. n. 163/2006 e s.m., per il tramite di accurate verifiche circa il ricorrere delle condizioni previste per la cessione del ramo d'azienda (Cfr. Parere di Precontenzioso n. 179 del 06 ottobre 2011)." (ANAC delibera 2016)

Per quanto attiene, poi, al previsto obbligo di informativa, contrariamente a quanto affermato dal Comune di Ercolano, la documentazione prodotta dimostra che esso è stato correttamente assolto. Infatti, in data 6.11.09 la società istante inviava all'Amministrazione un preavviso di comunicazione con il quale informava il Comune della sottoscrizione di un contratto preliminare di cessione di azienda in favore della Qiref (poi divenuta per trasformazione della ragione sociale, Europrogetti & Finanza S.r.l) e successivamente, l'11 dicembre 2009, questa comunicava al Comune di Ercolano l'avvenuta acquisizione del ramo aziendale.

Un altro argomento milita a favore di quanto fin qui sostenuto.

L'appaltatrice, al compimento della propria attività ricognitiva e di consulenza, ha inviato una prima relazione al Comune di Ercolano il 19 novembre 2008. A seguito di una riunione tenutasi presso gli uffici civici il 16 dicembre dello stesso anno, il raggruppamento temporaneo inviava una seconda relazione il successivo 22 dicembre. Una terza ed ultima relazione, infine, è stata consegnata al Comune

di Ercolano il 17 marzo del 2009. Di esse, l'Amministrazione pubblica ha dato riscontro in più di una circostanza, confermandone – in tal modo – l'avvenuta ricezione. Il tutto secondo il disposto dell'ultimo comma dell'art.2 del contratto d'appalto.

Ai sensi dell'art.7 del medesimo contratto, gli "studi" consegnati dovevano essere analizzati dal Responsabile del Procedimento il quale entro 15 giorni dalla consegna aveva l'onere di attestarne l'idoneità o l'inidoneità con apposito provvedimento. Trascorso il termine di cui sopra senza esplicita dichiarazione di inidoneità trasmessa all'appaltatore con lettera raccomandata a.r., lo studio si intende approvato e l'approvazione ha "*valore di attestazione di regolare esecuzione dei servizi prestati*" (art.7 cit.).

Ai sensi dell'art.13 del contratto, infine, si prevedeva che il corrispettivo delle prestazioni oggetto di incarico "*pari al 2,75 % dei* "finanziamenti reali" *oltre Iva*" (secondo la previsione dell'art.12), dovesse essere corrisposto dall'Ente committente "*entro un termine di dieci giorni dal perfezionamento di ogni singola operazione finanziaria*". Pertanto l'ATG Group ha emesso ed inviato al Comune le fatture 8 e 9 del 9 marzo 2009 e la fattura n.15 del 15 dicembre 2009.

Ne consegue che alla data della cessione del ramo d'azienda, come s'è detto, avvenuta il 26/9/2009, le prestazioni contrattuali a carico della società istante erano già concluse ad opera del medesimo soggetto contraente, a nulla rilevando le vicende societarie successive a detto adempimento.

2. SULL'ASSERITA IMPROPONIBILITÀ DELLA DOMANDA PER DIFETTO DEI PRESUPPOSTI

Il Comune di Ercolano eccepisce ancora, sempre in via preliminare, l'improponibilità della domanda avanzata da controparte e la conseguente nullità della proposta di arbitrato per la supposta carenza dei presupposti.

Sul punto l'Amministrazione sostiene che il credito vantato dalla società istante non sia dimostrato in quanto essa non avrebbe offerto "*prova idonea a dimostrare l'avvenuto espletamento dell'incarico, quali il deposito degli studi ed elaborati o le prestazioni rese limitandosi a richiamare le fatture n. 8/09, 9/09 e 15/09, peraltro prontamente contestate dal Comune di Ercolano con nota del 6.4.2010*". Ne conseguirebbe "*la completa assenza di un titolo valido ad azionare il procedimento arbitrale*".

Anche questa eccezione dev'essere disattesa.

A prescindere da ogni considerazione sul valore, in relazione a detta eccezione, dell'avvenuta accettazione della procedura arbitrale, con la nomina dell'arbitro di propria competenza, si osserva, da un lato, che la presente procedura arbitrale, non avendo natura di procedura esecutiva, non abbisogna affatto di un titolo per la sua attivazione essendo sufficiente (e necessaria) la (sola) clausola compromissoria, presente – come più volte ricordato – nell'art.16 del contratto d'appalto, contratto che è stato sottoscritto ed accettato in ogni sua pagina da entrambe le parti, e che, fra l'altro, è stato predisposto proprio dalla stazione appaltante.

Ma quel che più rileva, qui, è che l'asserita contestazione a cui fa riferimento il Comune resistente e che sarebbe contenuta nella richiamata nota del 6.4.2010, non riguarda affatto l'esistenza o la regolarità della prestazione della società istante ma solamente l'entità del corrispettivo richiesto in rapporto all'entità della prestazione

resa, questione che evidentemente attiene al merito della controversia e non ne costituisce un profilo di inammissibilità.

3. SULL'INDEBITO ARRICCHIMENTO

Si è detto sopra che nella propria memoria di replica, la società appaltatrice chiedeva al Collegio arbitrale, in via gradata, di voler "*accertare l'arricchimento senza causa del Comune di Ercolano, e per l'effetto, constatata l'irripetibilità della prestazione oggetto di appalto, condannare il convenuto, ai sensi dell'art. 2041 cod. civ., al pagamento in favore della società attrice, dell'indennizzo pari al valore della prestazione contrattualmente pattuita*".

La domanda è inammissibile.

A prescindere da ogni valutazione sulla sua tempestività e proponibilità per la prima volta in sede di replica (anche alla luce del fatto che il difensore del Comune di Ercolano ha espressamente dichiarato a verbale nel corso della seduta del 5 ottobre 2018 di non accettare il contraddittorio in relazione ad essa), trattandosi di azione residuale, ai sensi dell'art. 2042 c.c. essa non può essere proposta quando, come nel caso di cui qui si controverte, possa essere azionata una domanda di adempimento contrattuale.

In ogni caso, la reiezione delle eccezioni preliminari sollevate dal Comune, assorbe la presente domanda.

4. SULLA FONDATEZZA DELLA DOMANDA NEL MERITO

Respinte tutte le eccezioni preliminari, non resta al Collegio che esaminare la domanda nel merito.

Come detto in precedenza, la Arcotecnicagroup S.p.a. (oggi ATG Group S.r.l.), premesso di aver correttamente ed esaurientemente adempiuto alle proprie

obbligazioni scaturite dal contratto stipulato *inter partes* il 28/10/2008, chiede la condanna del Comune di Ercolano al pagamento in suo favore del corrispettivo di euro 110.077,46, oltre interessi al tasso di cui al D.lgs. 231/02, dalla data di ogni singola fattura al saldo, nonché delle spese del presente giudizio.

A sua volta il Comune di Ercolano contesta la domanda sostenendo che il credito azionato dalla società risulta errato, eccessivo e non dovuto e che essa tenta di ottenere il pagamento di importi relativi a prestazioni mai erogate.

Il Comune riferisce di aver approvato, con delibera consiliare n. 99 del 19.11.2008, il provvedimento del 3 settembre 2008 del Dirigente Assetto del Territorio (sottoscritto anche dal Sindaco e dall'Assessore competente), con cui si proponeva l'attivazione della procedura di rimborso anticipato di taluni mutui concessi dalla Cassa Depositi e Prestiti per l'esecuzione di opere pubbliche, disciplinata dalla circolare della medesima Cassa del 27.1.2005 n.1255. La proposta riguardava in particolare i seguenti mutui: pos. 3086372/00; pos. 4425350/01; pos. 4350670/00; pos. 4425345/01; pos. 44032203/01.

L'Ente pubblico, pertanto, argomenta che il compenso per dette attività non può essere richiesto dall'appaltatrice in quanto le risorse finanziarie in esame erano state direttamente "*curate*" dall'Amministrazione civica senza l'intervento del R.T.I. e comunque prima della sottoscrizione del contratto.

La contestazione è parzialmente condivisibile nei limiti di seguito esposti.

Occorre anzitutto precisare che delle posizioni sopra riportate ed originariamente contenute nella proposta di deliberazione del 3/9/2008, in virtù di un emendamento alla deliberazione consiliare, venne disposto il rimborso anticipato

della sola posizione n. 4350670/00. In relazione a tale posizione, in effetti, non risulta richiesto dalla ATG Group alcun compenso.

Per le altre quattro posizioni la società istante ha chiesto il corrispettivo previsto contrattualmente nella misura del 2,75% dei relativi importi: per quanto riguarda la posizione 3086372/00 nella fattura n.8/09 e per quanto riguarda le posizioni 4425350/01, 4425345/01 e 44032203/01 nella fattura 9/09.

Non è revocabile in dubbio che le quattro posizioni in commento, pur essendo state sottoposte a studio ed elaborazione da parte dell'ATG Group, non siano state da questa oggetto di attività di ricognizione e ricerca, in quanto – all'epoca della sottoscrizione del contratto d'appalto – erano già ben note al Comune di Ercolano il quale ne aveva fatto oggetto di una istruttoria che aveva condotto alla predisposizione di una proposta di deliberazione. A nulla rileva, sotto il profilo della consapevolezza dell'esistenza di tali risorse finanziarie, il fatto che poi, in virtù di un emendamento, la deliberazione consiliare n.99/08 abbia disposto il rimborso anticipato di una sola di esse. Ne consegue che in relazione ad esse la società istante non abbia svolto per intero la prestazione contrattualmente prevista.

A tal proposito si richiama il già menzionato art.2 del contrato d'appalto a mente del quale: "*l'Ente richiede la prestazione dei servizi in argomento mediante la:*

a) *ricognizione circa lo stato attuale delle opere pubbliche e degli investimenti ... con l'obiettivo di individuare somme non utilizzate ovvero utilizzate in modo finanziariamente poco conveniente ...;*

b) *individuazione di risorse finanziarie già destinate all'Ente ... parzialmente o totalmente inattivate o inutilizzate ... con l'obiettivo di consentire all'Ente di*

poterle dichiarare non più funzionali alla realizzazione delle opere originarie, e, quindi, di riutilizzarle nel modo maggiormente produttivo ...;

c) individuazione di nuove risorse finanziarie ... ;".

I servizi oggetto del contratto *de quo*, pertanto, consistevano, riassuntivamente, nella ricognizione dello stato delle opere pubbliche e dei relativi finanziamenti, nell'individuazione di risorse finanziarie parzialmente o totalmente inattivate o inutilizzate e individuazione di nuove risorse finanziarie; il tutto con l'obiettivo di consentire al Comune appaltante di riutilizzare le varie risorse reperite in modo più produttivo.

In relazione alle quattro posizioni evidenziate è mancata quell'attività di ricerca ed individuazione che, a giudizio del Collegio, costituisce la parte più rilevante ed impegnativa dell'oggetto del contratto. Esse, perciò, correttamente sono state inserite dall'appaltatrice tra le somme su cui calcolare il corrispettivo contrattuale, considerato che anche in relazione ad esse sono state studiate alcune proposte di riutilizzo. Appare equo, tuttavia, ridurre parzialmente il corrispettivo dovuto per la loro lavorazione, in quanto – si ripete – l'attività posta in essere risulta ridotta in considerazione del fatto di essere già conosciute al Comune prima ancora che venisse sottoscritto il contratto.

Il Collegio ritiene congrua, in relazione all'attività effettivamente svolta per le quattro posizioni in questione, il riconoscimento del compenso spettante all'ATG Group nella misura del trenta per cento di quanto previsto dall'art. 12 del contratto d'appalto, accogliendo, invece, per intero la domanda di pagamento del corrispettivo per le altre posizioni lavorate.

Gli importi delle fatture 8 e 9 del 2009, vanno, pertanto, riconosciuti nella misura ridotta di €. 5.742,98, per la fattura 8, ed €. 19.643,93 per la fattura 9. Sono, invece, confermati i corrispettivi calcolati nella fattura 15/09, pari a €. 21.551,29.

In definitiva, i corrispettivi complessivamente dovuti dal Comune di Ercolano all'ATG Group per le prestazioni rese in virtù del contratto d'appalto rep.3142 del 28 ottobre 2008 ammontano ad €. 46.938,18 più Iva, se dovuta. Sulle somme così determinate spettano gli interessi moratori di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002 n.231 a far data dal trentesimo giorno dalla presentazione di ciascuna fattura fino al soddisfo, ai sensi dell'art. 4 del medesimo decreto.

La reciproca soccombenza giustifica l'integrale compensazione delle spese di lite nonché degli onorari e spese degli arbitri.

P.Q.M.

Il Collegio arbitrale, definitivamente pronunziando su tutti i quesiti proposti dalla Soc. ATG Group s.r.l. e dal Comune di Ercolano, ogni diversa istanza, eccezione, domanda, anche istruttoria, disattese, all'unanimità così provvede:

I) in accoglimento parziale delle pretese formulate dalla Soc. ATG Group s.r.l. nei limiti e per le ragioni indicate in motivazione, condanna il Comune di Ercolano a corrispondere all'ATG Group, per le prestazioni rese in virtù del contratto d'appalto rep.3142 del 28 ottobre 2008, la somma di €. 46.938,18 (euro quarantaseimilanovecentotrentotto virgola diciotto) più IVA, se dovuta. Sulla somma così determinata spettano gli interessi moratori di cui al Decreto Legislativo 9 ottobre 2002 n.231 a far data dal trentesimo giorno dalla presentazione di ciascuna fattura fino al soddisfo, ai sensi dell'art. 4 del medesimo decreto;

II) rigetta ogni altra domanda e richiesta formulate dalle parti;

III) compensa le spese di lite;

IV) compensa integralmente le spese di funzionamento del Collegio arbitrale, le spese e gli onorari dovuti agli arbitri, che pone definitivamente a carico di entrambe le parti nella misura del 50% ciascuna con vincolo di solidrietà, il tutto come liquidato con separato provvedimento.

Così deciso all'unanimità dal Collegio arbitrale, riunito in conferenza personale di tutti gli arbitri, il 5 ottobre e il 29 novembre 2018 in Roma, nella sede del Collegio arbitrale in via Marco Minghetti 10.

Il presente lodo è dai medesimi arbitri sottoscritto, in numero tre originali, in Roma, negli uffici della Camera Amministrativa presso l'ANAC, in data 29 novembre 2018.

Il Presidente Avv. Andrea Magnanelli

L'Arbitro Dott.ssa Gabriela Napoli

L'Arbitro Dott. Ferdinando Guarracino