

**CAMERA ARBITRALE PER I CONTRATTI PUBBLICI**  
**presso l'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE**

Il Collegio composto dagli Avvocati:

Prof. Ida Angela **Nicotra**– Presidente;

Giovanni **Malinconico** – Componente;

Carlo **Contaldi La Grotteria** – Componente;

ha pronunciato il seguente

**LODO ARBITRALE**

nel procedimento n. 3/2022 promosso da

**EDIL SAFER S.R.L.** (P IVA 04150181008), con sede in Anzio (RM) Via Aldobrandini n. 19, in persona del legale rappresentante pro-tempore, Sig. Sabatelli Giuseppe (C.F. SBTGPP73B19F880W), nato il 19 febbraio 1973 a Nettuno (RM), rappresentata e difesa in questo procedimento dall'Avv. Toni De Simone (cod. fisc. DSMDNO77H12D708A) ed elettivamente domiciliata presso il suo studio in Fondi alla Via Cesare Battisti n. 6 (fax 0773.412656; PEC: avv.tonidesimone@puntopec.it);

**Parte attrice**

**Contro**

**COMUNE DI NETTUNO**, in persona del Sindaco p.t., domiciliato per la carica presso la Casa Comunale in Viale Giacomo Matteotti n. 37, 00048 Nettuno (RM), c.f. 02910820584, rappresentato e difeso giusta delibera di G.C. n. 10 del 29.1.2020 e determina n. 324 del 21.4.2022 e procura speciale in calce su foglio separato dall'avv. Alberto Colabianchi del Foro di Roma, c.f. CLBLRT63M03F770X, con domicilio eletto presso il suo studio in Via Oslavia 30, Roma (pec: albertocolabianchi@ordineavvocatiroma.org; fax 063725907);

**Parte convenuta**

**in dipendenza**

del contratto di appalto integrato *per la progettazione esecutiva ed esecuzione per la realizzazione di un edificio residenziale di 28 alloggi per emergenza abitativa loc. Eschieto* del 19.12.2013, rep. n. 13 e del patto compromissorio ivi contenuto all'art.

16 del seguente tenore letterale *“tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui al comma 1, sono deferite ad arbitri, con le modalità di cui al Capitolato speciale d'appalto e, per quanto da questo non previsto, dagli articoli 241 e 242 del Codice dei contratti ...”*.

### **Premessa in fatto e svolgimento del procedimento**

#### **1. Svolgimento dell'appalto**

Nell'anno 2013 il Comune di Nettuno (di seguito anche solo Comune) ha bandito una procedura aperta per l'affidamento dell'appalto integrato sopra indicato. All'esito della gara la Edil Safer srl (di seguito anche solo Edil Safer) è risultata aggiudicataria e le parti hanno sottoscritto il contratto.

Il valore dell'appalto era, in ragione del ribasso offerto dall'aggiudicataria, pari a euro 2.380.050,92, di cui euro 2.195.587,13 per lavori, euro 152.427,21 per oneri della sicurezza, euro 32.036,58 per la progettazione.

L'art. 5 del contratto prevedeva che il RUP avrebbe dovuto trasmettere l'ordine di servizio per la redazione della progettazione esecutiva, che l'aggiudicatario avrebbe dovuto consegnare entro trenta giorni. Tale ordine di servizio è stato trasmesso in data 7.1.2015.

In data 23.1.2015 la Edil Safer segnalava al Comune che, nella redazione del progetto esecutivo, *“sono emerse problematiche di particolare criticità non ascrivibili a codesta [sic] impresa/progettista, legate al P.d.Z. e sistemazioni plano-altimetriche che lo stesso P.d.Z. prevede”*. L'impresa proponeva, quindi, la costituzione di un tavolo tecnico al fine di elaborare soluzioni condivise per superare dette criticità.

Il Comune accoglieva tale richiesta e in data 28.1.2015 si svolgeva una riunione tra i tecnici delle parti, all'esito della quale il Comune, con nota del RUP datata 2.2.2015, sospendeva i termini per la consegna del progetto esecutivo (in scadenza il successivo 6.2.2015) e disponeva: *“le parti dovranno aggiornarsi per il proseguo [sic] delle attività tecniche che vertono [sic] alla risoluzione delle incongruità emerse, fermo l'impegno dell'impresa a presentare entro il più breve tempo possibile le sue soluzioni progettuali, necessarie al superamento delle problematiche emerse”*.

Il successivo 27.2.2015 la Edil Safer chiede un nuovo incontro tra i tecnici.

In data 13.5.2015 la Edil Safer emetteva fattura dell'importo di euro 238.005,09 (oltre IVA) a titolo di anticipazione, come previsto dall'art. 12 del contratto di appalto.

Il 5.6.2015 il Comune invitava la Edil Safer a comunicare *“i tempi e le modalità per la definizione della proposta progettuale risolutiva delle problematiche segnalate”*.

Con nota del 29.6.2015 (acquisita dall'ente al prot. n. 22956 del 30.06.2015) la Edil Safer trasmetteva al Comune il progetto definitivo e formulava le seguenti riserve:

- 1) il contratto *“per mero errore materiale”* ha qualificato l'appalto come *“a corpo”*, in difformità dal bando nel quale lo stesso era qualificato *“a misura”*, e chiedeva di rettificare in tal senso il contratto;
- 2) la necessità di rimodulare il progetto al fine di superare le criticità dovute alla sua non conformità con il Piano di Zona ha imposto la predisposizione di un nuovo progetto definitivo, con un ulteriore costo per la progettazione di euro 65.918,00;
- 3) nel predisporre tale progetto sono emerse omissioni e voci di prezzo errate nel computo metrico estimativo parte della documentazione di gara che produceva un maggior costo di euro 186.920,00;
- 4) inoltre, il computo metrico ha sottostimato il costo del ferro necessario per le strutture in cemento armato di euro 418.611,00;
- 5) infine, anche il costo della progettazione è da aumentare di ulteriori euro 300.000,00.

Con riferimento alle voci di maggior costo di cui ai nn. 3 e 4 l'impresa si riservava di meglio giustificare l'ammontare, mediante il deposito di documentazione (per la voce n. 3) e dichiarandosi disposta ad *“eventuali ragguagli o documentazione”* (per la voce n. 4).

Al progetto era unita una *“relazione”* nella quale l'impresa esplicitava le criticità tecniche del progetto definitivo predisposto dal Comune e messo a gara.

In data 23.7.2015 il Comune convocava l'impresa per *“avviare un primo confronto sia sulla formulazione delle riserve ... che sulla proposta grafica progettuale allegata”*.

In data 25.9.2015 il Comune riscontrava formalmente le riserve:

- 1) in relazione alla prima, affermando che l'appalto era *“a corpo”* e, quindi, il prezzo sarebbe stato immodificabile;
- 2) in relazione alla seconda, invitando l'impresa ad un confronto;

3) in relazione alla terza ed alla quarta, richiedendo una relazione tecnica.

In atti è presente una serie di ulteriori convocazioni datate: 1.10.2015, 13.10.2015 e 23.11.2015. Di tali riunioni non sono presenti in atti i relativi verbali.

In data 19.11.2015, il RUP trasmetteva al Commissario straordinario e al Dirigente dell'area lavori pubblici del Comune, la nota prot. n. 3222 (vedi documento n. 58 della produzione del Comune di Nettuno) contenente una relazione nella quale, tra l'altro e nel rilevare la necessità di modificare il progetto definitivo, attestava le seguenti circostanze:

- a- il progetto preliminare e quello definitivo, redatti dal tecnico incaricato Arch. Roberto Palombi, presentavano significative criticità tali da impedirne la realizzazione (criticità peraltro segnalate dallo stesso Arch. Palombi), e ciò in relazione al fatto che *“l'area di sedime dei lotti corrisponde(va) quasi esattamente alla superficie di massimo ingombro delle ali del complesso edilizio. Questa scelta del progettista del Piano di Zona non consente(va) assolutamente la realizzazione di parcheggi pertinenziali a raso data la mancanza di spazio e compromette pesantemente l'accesso al piano interrato dato che risulta di difficile realizzazione la stessa rampa di accesso;*
- b- la problematica del collegamento del Lotto 18/a con la viabilità pubblica era risolta dal PdZ prevedendo un prolungamento della rampa del Lotto 18b, con ciò attribuendo, tuttavia, una servitù a carico del lotto 18/a;
- c- tale lotto, al momento della redazione del progetto preliminare e del definitivo, risultava però assegnato alla società cooperativa Azzurra senza il cui assenso *“non era pensabile individuare una soluzione unitaria condivisa, tale da permettere l'attuazione delle previsioni edificatorie del Piano, tenendo conto anche dei maggiori spazi interrati per l'edificio del Lotto 18/a e della necessità di andare in appalto prima della scadenza dei termini del finanziamento regionale”;*
- d- tale criticità era stata rilevata dall'Arch. Palombi, che fin dall'inizio aveva previsto *“l'estensione del piano interrato al di sotto delle aree a viabilità pedonale previste dal Piano di Zona”;*
- e- dopo la redazione del progetto definitivo, però, la Coop. Azzurra aveva rinunciato all'intervento, retrocedendo il lotto all'amministrazione comunale, situazione che rendeva a quel punto possibile la ripresa delle ipotesi di soluzione che operassero su entrambi i lotti;

- f- sulla base di tali presupposti, si poteva quindi legittimamente giustificare, nei limiti del contratto di appalto siglato, la possibilità di apportare variazioni al progetto definitivo posto a base, essendo mutata la situazione del Lotto 18.

Ciò posto, nella relazione il RUP affermava di ritenere possibile di autorizzare, l'Impresa alla definizione della soluzione, già presentata all'Amministrazione dall'Impresa in data 3010612015, che tenesse anche conto delle problematiche esposte, tanto previa stima comparativa, dalla quale risultassero le variazioni economiche, rispetto al progetto-posto a base di gara, tenendosi conto del fatto che “[...] *le eventuali risorse per la copertura economica dei maggiori costi di progettazione e di esecuzione, che si rendessero necessari, si ritiene possano essere individuati sia con il recupero nel ribasso d'asta, previa autorizzazione della Regione Lazio, che attraverso una opportuna calibrazione del quadro Tecnico Economico a base di aggiudicazione*”; ciò fermo restando il limite massimo di costo attualmente in vigore per la Provincia di Roma (pubblicato sul BURL n. 17 del 27.02.2014) che si attestava su € 1.422,96 per mq di superficie complessiva, a fronte degli € 1.202,13 del progetto definitivo posto a base di gara.

Sulla base di tale disamina, il RUP concludeva nel senso che: *“Esistono di conseguenza i margini per realizzare opere in variante senza oneri aggiuntivi rispetto al finanziamento ricevuto e nel rispetto dei massimali di costo stabiliti dalle norme”*.

Con provvedimento del 27.11.2015 - che, come si legge nelle premesse, fa seguito alle citate interlocuzioni tra le parti – il Comune autorizzava la Edil Safer alla *“elaborazione di una proposta progettuale definitiva/ esecutiva”* a condizione che:

- 1) la proposta progettuale evidenzi le variazioni economiche rispetto a quella messo a gara;
- 2) le eventuali ulteriori risorse finanziarie siano reperibili con il recupero del ribasso d'asta e *“attraverso una opportuna ricalibrazione del Quadro Tecnico Economico a base di aggiudicazione”*;
- 3) sia rispettato il limite massimo di costo di euro 1.422,96/mq, a fronte di quello di euro 1.202,13/mq posto a base di gara.

Ove il progetto avesse rispettato tali condizioni, il Comune avrebbe verificato

- 1) la procedibilità della variante al progetto definitivo;
- 2) l'ammissibilità di una variante al P.d.Z.;

- 3) la verifica delle dotazioni minime degli spazi pubblici;
- 4) l'ammissibilità di una procedura semplificata per l'approvazione delle variazioni urbanistiche.

Il provvedimento in questione non assegnava alcun termine espresso per la consegna del nuovo progetto, ma invitava l'impresa *“a procedere celermente”*

In data 22.2.2016 l'impresa presentava una “bozza di variante” (non in atti, ma richiamata dalla nota del Comune del 2.3.2016), che il Comune, con nota del 2.3.2016, riteneva *“meritevole di accoglimento sotto il profilo architettonico”*, ma ancora incompleta degli elaborati tecnici prescritti con il precedente provvedimento del 27.11.2015. Inoltre, il Comune chiedeva anche la produzione del computo metrico delle migliorie, *“allo scopo di dimensionare economicamente l'incidenza delle stesse rispetto al contratto sottoscritto”*.

Il 31.5.2016 la Edil Safer invia il progetto in variante. Il Comune avviava il procedimento di validazione che si snodava attraverso una serie di “rapporti” del tecnico incaricato (del 27.5.2017, 27.6.2017, 26.7.2017) che rilevavano una serie di carenze nella progettazione.

L'impresa veniva invitata a controdedurre alle osservazioni del verificatore nel corso di un incontro tenutosi il 30.8.2017, nel corso del quale l'impresa si dichiarava disposta *“a mantenere l'importo del contratto a corpo, riservandosi di verificare le modifiche richieste al progetto esecutivo”*, modifiche che il tecnico dell'impresa dichiarava essere *“condivisibili e facilmente risolvibili”*.

Dopo tale riunione i rapporti tra le parti precipitavano.

La Edil Safer, con nota del 19.10.2017, *“sentito quanto emerso nell'incontro”* di agosto, e rilevato che le varianti progettuali resesi necessarie a causa degli errori del progetto definitivo predisposto dal Comune, chiedeva al Comune se fosse ancora intenzionato a proseguire nella realizzazione dell'opera nel rispetto dei termini contrattuali, anche in presenza di un aumento di spesa.

Il Comune, senza rispondere alle domande contenute nella nota ora richiamata, in data 13.11.2017 sollecitava la Edil Safer a dare seguito a quanto concordato nella riunione del 30.8.2017.

All'esito di una ulteriore riunione tenutasi il 30.11.2017 il Comune invitava nuovamente l'impresa a controdedurre ai rilievi del tecnico incaricato dal Comune e a definire l'importo complessivo dell'opera.

In risposta a tale sollecito, con nota del 6.12.2017, la Edil Safer affermava di:

- non ritenere congrui e legittimi i chiarimenti richiesti dal tecnico incaricato dal Comune
- non ritenere legittimo il processo di verifica della progettazione
- ritenere che l'importo complessivo dell'opera è quello che si desume dal quadro economico, ovvero dal computo metrico, ovvero dal contratto di appalto

Il successivo 20.12.2017 il Comune intimava alla Edil Safer di trasmettere le proprie osservazioni in merito alle criticità del progetto evidenziate nel "rapporto" del tecnico incaricato dal Comune datato 26.7.2017, assegnandole un termine di 10 giorni e comunicando che in difetto di riscontro il tecnico avrebbe concluso il procedimento di verifica del progetto.

La Edil Safer, con nota del 22.12.2017, comunicava al Comune che il riscontro richiesto era contenuto nelle proprie precedenti comunicazioni del 19.10.2017 e del 6.12.2017.

Il Comune, in data 15.1.2018, ribadiva di non ritenere esaustive tali comunicazioni, e insisteva nel chiedere all'impresa l'indicazione della "*cifra relativa all'importo dei lavori*". La risposta della Edil Safer del 23.1.2018 torna a censurare il procedimento di verifica della progettazione ("*la Edil Safer S.r.l. ritiene che la procedura di validazione che Codesta Amministrazione sta seguendo è assolutamente distante dalla procedura prevista dalla norma*") e afferma che la determinazione dell'importo dei lavori compete al Comune.

Con nota datata 5.2.2018 il Comune affermava che la variante progettuale non avrebbe dovuto comportare alcun aumento del prezzo (evidenziando come su tale aspetto l'impresa avesse manifestato il suo assenso nel corso degli incontri tecnici) e avrebbe dovuto rispettare le norme tecniche, assegnando all'impresa termine fino al 9.2.2018 per far pervenire la documentazione richiesta.

Il 7.2.2018 la Edil Safer ribadiva la bontà del progetto in variante trasmesso il 31.5.2016, e il 12.2.2018 il progettista dell'appaltatore trasmetteva una relazione tecnica per chiarire le problematiche individuate dal tecnico del Comune.

Il Comune replicava il successivo 20.2.2018 evidenziando come il progetto in variante prevedesse un aumento dei costi di circa euro 400.000 e superasse, quindi, il tetto massimo di euro 3.000.000 di cui al quadro economico di spesa originario, invitava la Edil Safer a chiarire se intendeva eseguire l'opera al prezzo contrattuale di euro

2.380.050,92, e comunicava che era in corso l'esame della relazione tecnica trasmessa in data 13.2.2018.

Il 20.3.2018 il Comune, riscontrando una nota del 7.2.2018, concedeva un'ultima proroga al 31.3.2018 per la presentazione della documentazione integrativa richiesta.

Il 5.4.2018 la Edil Safer chiedeva un nuovo incontro tecnico e la proroga del termine "*per poter valutare una serie di proposte tecniche collaterali da sottoporre al RUP*", incontro che si teneva in data 16.4.2018.

Il 25.5.2018 il Comune diffidava la Edil Safer a consegnare entro quindici giorni la progettazione esecutiva "*con espressa disponibilità a mantenere l'importo del contratto a corpo: con avvertenza che decorso tale termine senza idoneo riscontro ci si riserva di risolvere il contratto per inadempimento*", consistente nel mancato rispetto del disposto dell'art. 15, comma 4, del contratto per "consegna di progettazione esecutiva non approvabile".

Nel frattempo, l'attività del tecnico incaricato di verificare il progetto di Edil Safer proseguiva con la predisposizione di ulteriori rapporti (15.6.2018, 20.7.2018, 23.7.2018).

Pertanto, scaduto tale termine, il Comune indiceva una nuova riunione tra i tecnici, riunione che si svolgeva il giorno 6.8.2018 e nel corso della quale, dopo aver manifestato l'esistenza del rischio della perdita del finanziamento regionale, l'Amministrazione ribadiva alla Edil Safer la richiesta di eseguire i lavori per l'importo complessivo di euro 2.380.050,92. La Edil Safer, ribadita l'esistenza di errori progettuali, si dichiarava disposta ad eseguire i lavori solo a fronte di un aumento del 30% dell'importo contrattuale, oppure a fronte di una riduzione delle lavorazioni di circa il 30%. Il Comune respingeva tale richiesta e preannunciava la risoluzione in via amministrativa del contratto. I tecnici delle parti ribadivano le proprie posizioni in merito al progetto di variante.

In data 13.8.2018 il tecnico incaricato della verifica del progetto predisponendo il proprio rapporto finale che si concludeva con la constatazione che "*non è stato quindi presentato dall'Appaltatore un progetto esecutivo approvabile*" e che pertanto.

Il 30.8.2018 il RUP dichiarava non validabile il progetto esecutivo del 31.5.2016.

Il 17.9.2018 il Commissario straordinario adottava la deliberazione n. 62, con la quale, sulla base delle seguenti premesse:

- Part. 2, comma 3, del contratto qualifica il prezzo "a corpo", "*per cui l'importo contrattuale resta fisso e*

*invariabile*”;

- l'art. 5, comma 4, del contratto esclude la possibilità che il progetto esecutivo preveda variazioni rispetto al definitivo;
- il Comune nell'autorizzare la variante ha richiesto una stima dei costi, specificando che per far fronte ai maggiori oneri si sarebbe dovuto attingere al ribasso d'asta o a una ricalibrazione del quadro tecnico economico;
- il progetto in variante della Edil Safer presentava incongruenze sia sotto il profilo tecnico che sotto quello economico e tali incongruenze non sono state sanate e, pertanto, tale progetto non è approvabile *“in quanto palesemente difforme dal progetto definitivo posto a base di gara, sia dal punto di vista tecnico che da quello economico, comportando un aumento del costo dei lavori di circa € 400.000 a fronte di un importo contrattuale fissato a corpo € 2.380.050,92”*;
- l'art. 15 del contratto e l'art. 136 del d.lgs. n. 163 del 2006 prevedono la risoluzione del contratto per inadempimento nel caso di consegna di progettazione esecutiva non approvabile e per la mancata positiva valutazione delle controdeduzioni dell'appaltatore in risposta alle contestazioni del RUP

si determinava a risolvere il contratto *“avendo la Edil Safer S.r.l. assunto comportamenti che ‘concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto’ non avendo l'appaltatrice manifestato la propria disponibilità a rispettare le condizioni contrattuali, compreso l'importo dei lavori fissato in € 2.380.050,92”*.

Il successivo 15.10.2018, il RUP adottava il provvedimento di risoluzione.

## **2. L'attività del Comune successiva alla risoluzione del contratto con la Edil Safer**

In data 5.4.2019 il Comune sottoscriveva un nuovo contratto di appalto per la realizzazione dell'opera in questione con la Borgia Costruzioni s.r.l. (di seguito anche solo Borgia), seconda classificata nella gara di appalto del 2013 allo stesso prezzo e condizioni dell'affidamento alla Edil Safer.

Il 13.11.2019 il progetto della Borgia veniva validato con prescrizioni ed il successivo 22.11.2019 tale progetto veniva approvato con la seguente motivazione:

*considerato che la soluzione progettuale determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare ed il relativo costo previsto e che è sviluppata*

*ad un livello di definizione tale che ogni elemento è identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo, e che la stessa è altresì corredata da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti;*

*considerato che la soluzione progettuale proposta individua compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto definitivo.*

### **3. I primi due procedimenti arbitrari**

Nel mese di gennaio del 2020 la Edil Safer dava impulso ad un primo procedimento arbitrale “libero”. Il Collegio si costituiva in data 16.9.2020 nelle persone degli avv.ti Antonio Giovannoni (Presidente), Giovanni Malinconico e Nicola Monticelli. Il Collegio si pronunciava, in data 31.3.2021, dichiarando la propria incompetenza in favore dell'arbitrato “amministrato” dalla Camera Arbitrale dell'ANAC.

Parallelamente, le parti avevano già attivato il procedimento arbitrale dinanzi la Camera Arbitrale dell'ANAC (proc. n. 5/20), che aveva provveduto alla nomina del terzo arbitro con funzioni di presidente nella persona dell'Arch. Carlo Comi. Tale procedimento veniva archiviato con provvedimento del 14.9.2021.

### **4. L'avvio del presente procedimento**

In data 6.4.2022 la Edil Safer notificava al Comune un nuovo atto di accesso a giudizio arbitrale, avente ad oggetto l'accertamento della illegittimità della “*risoluzione in danno del contratto di appalto rep. n. 13 del 2014 disposta dal Comune di Nettuno con il provvedimento commissariale n. 62 del 17.9.2018 e con la determina dirigenziale n. 1020 del 2018*”, con conseguente domanda di risarcimento dei danni e refusione delle spese del procedimento arbitrale. Contestualmente nominava il proprio arbitro nella persona dell'Avv. Giovanni Malinconico ed invitava la parte convenuta a procedere alla designazione del proprio arbitro.

Con tale atto la Edil Safer formulava cinque quesiti:

*“a. Rigettata ogni avversa istanza, eccezione, domanda e deduzione per le causali ed i titoli di cui in atti, disapplicato il provvedimento di risoluzione ex ar. 136 d.lgs 163/06 del contratto di appalto per cui è causa emesso dal Comune di Nettuno con il provvedimento commissariale n. 62 del 17.09.2018 e con la determina dirigenziale n. 1020 del 2018, dichiarare l'inefficacia dell'atto di risoluzione del contratto di appalto per cui è causa.*

*b. Rigettata ogni avversa istanza, eccezione, domanda e deduzione per le causali ed i titoli di cui in atti, disapplicato il provvedimento*

di risoluzione ex art. 136 d.lgs 163/06 del contratto di appalto dichiarare la risoluzione del contratto di appalto n. rep. n. 13 del 23.12.2014 per inadempimento del Comune di Nettuno.

**c.** Per l'effetto condannare il Comune di Nettuno a pagare alla società Edil Safer la complessiva somma pari ad € 732.349,73 oltre oneri di legge (come dovuti) ed oltre interessi in misura pari agli interessi dovuti per le transazioni commerciali ex d. lgs. 231/2002 (come dovuti) e rivalutazione per le seguenti causali e per i seguenti importi: a. la somma di € 97.954,58 oltre IVA e c.n.p.a.i.a quale corrispettivo della progettazione eseguita oltre ad interessi moratori dal dovuto sino al saldo (data di consegna della progettazione) e rivalutazione monetaria; b. la somma di € 634.395,15 oltre IVA e oltre a rivalutazione monetaria dal 23.12.2014 sino al saldo ed interessi legali sulle somme annualmente rivalutate o alla diversa somma ritenuta di giustizia.

**Nel merito ed in via subordinata:**

**d.** Rigettata ogni avversa istanza, eccezione, domanda e deduzione per le causali ed i titoli di cui in atti, disapplicato il provvedimento di risoluzione ex art. 136 d.lgs 163/06 del contratto di appalto per cui è causa emesso dal Comune di Nettuno con il provvedimento commissariale n. 62 del 17.09.2018 e con la determina dirigenziale n. 1020 del 2018, dichiarare l'inefficacia dell'atto di risoluzione del contratto di appalto per cui è causa, dichiarando comunque la risoluzione del contratto di appalto n. rep. n. 13 del 23.12.2014.

**e.** Per l'effetto, condannare il Comune di Nettuno a pagare alla società Edil Safer la complessiva somma di € 732.349,73 oltre oneri di legge (come dovuti) in ragione delle prestazioni eseguite e a titolo di risarcimento danni arrecati oltre rivalutazione monetaria dal 23.12.2014, sino al saldo ed interessi legali sulle somme annualmente rivalutate o alla diversa somma ritenuta di giustizia.

**f.** Condannare in ogni caso il Comune di Nettuno alle spese del presente di liti compressive degli onorari del difensore ai sensi del D.M. 55 del 2014 e ss.mm e secondo il valore individuato dal Collegio del presente giudizio arbitrale”.

Il Comune, con atto notificato in data 22.4.2022, indicava il proprio arbitro nella persona dell'avv. Nicola Monticelli.

In data 7.6.2022 la Camera arbitrale dell'ANAC ha comunicato di non poter dar corso alla nomina del Collegio arbitrale in quanto l'avv. Monticelli non risultava più assistito dalle qualifiche richieste dall'art. 209, comma 5.

Con atto notificato in data 4.7.2022, il Comune nominava quale proprio arbitro l'avv. Carlo Contaldi La Grotteria.

Con lo stesso atto il Comune chiedeva il rigetto delle domande di parte attrice, e che il costituendo Collegio arbitrale dichiarasse la legittimità della “risoluzione in danno del contratto di appalto rep. n. 13 del 2014 disposta dal Comune di Nettuno

con il provvedimento commissariale n. 62 del 17.9.2018 e con la determina dirigenziale n. 1020 del 2018” o, in subordine, la pronunzia costitutiva della risoluzione del medesimo contratto d'appalto e, comunque, la condanna della parte attrice al risarcimento del danno procuratole, oltre alla refusione delle spese del presente procedimento arbitrale. La Camera arbitrale nella seduta del 12.7.2022, a seguito degli esiti dell'estrazione informatica, ha individuato nella Prof. avv. Ida Angela Nicotra il terzo arbitro, con funzioni di presidente.

Il Collegio così nominato si costituiva in data 8.9.2022 e all'udienza del 27.9.2022, constatato l'esito negativo del tentativo di conciliazione, assegnava alle parti tre termini per il deposito di memorie e documenti.

## **5. Il primo deposito delle parti**

### ***5.1. Il primo deposito di Edil Safer***

L'impresa depositava memoria corredata da 43 documenti e formulava i seguenti quesiti, parzialmente modificativi rispetto a quelli articolati nella domanda di arbitrato:

*Nel merito ed in via principale:*

*1. Rigettata ogni avversa istanza, eccezione, domanda e deduzione per le causali ed i titoli di cui in atti, disapplicato il provvedimento di risoluzione ex ar. 136 d.lgs 163/06 del contratto di appalto per cui è causa emesso dal Comune di Nettuno con il provvedimento commissariale n. 62 del 17.09.2018 e con la determina dirigenziale n. 1020 del 2018, dichiarare l'inefficacia dell'atto di risoluzione del contratto di appalto per cui è causa e accertare e dichiarare la risoluzione del contratto di appalto n. rep. n. 13 del 23.12.2014 per grave inadempimento del Comune di Nettuno.*

*2. Per l'effetto condannare il Comune di Nettuno a pagare alla società Edil Safer la complessiva somma pari ad € 732.349,73 oltre oneri di legge (come dovuti) ed oltre interessi (come dovuti) e rivalutazione per le seguenti causali e per i seguenti importi: a. la somma di € 97.954,58 oltre IVA e c.n.p.a.i.a quale corrispettivo della progettazione eseguita oltre ad interessi moratori dal dovuto sino al saldo (data di consegna della progettazione) e rivalutazione monetaria; b. la somma di € 634.395,15 oltre IVA e oltre a rivalutazione monetaria dal 23.12.2014 sino al saldo ed interessi legali sulle somme annualmente rivalutate o alla diversa somma ritenuta di giustizia.*

*Nel merito ed in via subordinata:*

*3. Rigettata ogni avversa istanza, eccezione, domanda e deduzione per le causali ed i titoli di cui in atti, disapplicato il provvedimento*

*di risoluzione ex ar. 136 d.lgs 163/06 del contratto di appalto per cui è causa emesso dal Comune di Nettuno con il provvedimento commissariale n. 62 del 17.09.2018 e con la determina dirigenziale n. 1020 del 2018, dichiarare l'inefficacia dell'atto di risoluzione del contratto di appalto per cui è causa, dichiarando comunque la risoluzione del contratto di appalto n. rep. n. 13 del 23.12.2014 per fatto non imputabile alla soc. Edil Safer S.r.l.*

*4. Per l'effetto, condannare il Comune di Nettuno a pagare alla società Edil Safer la somma di € 97.954,58 oltre IVA e c.n.p.a.i.a per la progettazione eseguita oltre al risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione dell'opera per la complessiva somma comprensiva anche delle spese di progettazione di € 732.349,73 oltre oneri di legge (come dovuti) in ragione delle prestazioni eseguite come indicate e specificate nel presente atto e a titolo di risarcimento danni arrecati il tutto oltre rivalutazione monetaria dal 23.12.2014, sino al saldo ed interessi legali sulle somme annualmente rivalutate o alla diversa somma ritenuta di giustizia.*

*5. Rigettare tutti i quesiti e le domande comunque formulate dal Comune di Nettuno in via preliminare pregiudiziale e nel merito in quanto tutte inammissibili e comunque del tutto infondati e non provati in fatto ed in diritto*

*6. Condannare in ogni caso il Comune di Nettuno alle spese del presente di liti compressive degli onorari del difensore ai sensi del D.M. 55 del 2014 e ss.mm e secondo il valore individuato dal Collegio del presente giudizio arbitrale.*

A sostegno della domanda la Edil Safer formulava un articolato motivo di diritto.

Ad avviso dell'impresa la risoluzione disposta dal Comune sarebbe illegittima e inefficace perché Edil Safer non sarebbe stata inadempiente; al contrario il contratto sarebbe da risolvere per inadempimento dall'Amministrazione.

In particolare, l'attrice evidenziava che il provvedimento di risoluzione non avrebbe tenuto conto:

- dello svolgimento dei fatti e della buona fede dimostrata dalla Edil Safer nel confronto con il Comune per definire la progettazione in variante, a fronte della quale il Comune avrebbe mostrato un atteggiamento connotato da una *totale indisponibilità ... a ricercare soluzioni alternative*, violativo dell'obbligo di cooperazione che deve caratterizzare la fase esecutiva del contratto;
- dei gravi errori progettuali imputabili al Comune stesso.

Per quanto riguarda il primo profilo la Edil Safer ritiene di non essere stata messa nelle condizioni di presentare un progetto definitivo/esecutivo a causa della condotta della PA.

Afferma, inoltre, che il progetto presentato sarebbe stato *del tutto realizzabile*, e perfettamente in linea con le richieste

della PA.

L'Amministrazione, inoltre, non avrebbe potuto pretendere una variante "a costo zero" e avrebbe dovuto farsi carico dei maggiori oneri derivanti dalla nuova progettazione e dei maggiori costi di costruzione.

Sempre sotto il profilo della correttezza della propria condotta, l'Impresa evidenzia che il provvedimento con il quale il Comune, nel febbraio del 2015, ha disposto la sospensione dei termini per il deposito della progettazione non sarebbe mai stato revocato.

Per quanto riguarda il secondo profilo, l'impresa evidenzia il valore della nota del 27.11.2015 con la quale il Comune aveva autorizzato l'impresa a redigere un nuovo progetto definitivo/esecutivo in variante e previsto l'aumento dei costi dell'appalto.

L'attore afferma che il Comune, sul quale gravava l'obbligo di predisporre un progetto definitivo realizzabile, avrebbe ammesso l'esistenza del proprio errore e da ciò trae la conseguenza dell'esistenza della responsabilità per inadempimento della PA: *è pacifico che in caso di errore progettuale della Amministrazione, sussiste una grave responsabilità della committente a cui la stessa deve porre rimedio.*

Inoltre, l'assenza di buona fede nella condotta del Comune sarebbe anche resa evidente dalla mancata corresponsione dell'anticipazione.

Secondo l'impresa, poi, il Comune, non validando il progetto presentato dall'Impresa, avrebbe illegittimamente rifiutato di accettare la prestazione della Edil Safer.

Infine, la Edil Safer evidenzia come il risarcimento del danno sarebbe dovuto anche nel caso in cui il Collegio non dovesse accertare l'inadempimento del Comune, in quanto la prestazione non è più eseguibile, per fatto non imputabile ad essa attrice.

Sotto il profilo dei danni, la Edil Safer li quantifica come segue:

- euro 32.036,58 a titolo di costi per la progettazione esecutiva, come previsto dal contratto, oltre interessi di mora e rivalutazione;
- euro 65.918,00 a titolo di ulteriori costi per la progettazione derivanti dalla necessità di predisporre la variante oltre interessi di mora e rivalutazione;

- euro 238.005,92 a titolo di mancato profitto, quantificato nella misura del 10% del valore dell'appalto, argomentando in analogia a quanto previsto dall'art. 109 del Regolamento per il caso di recesso, oltre interessi legali e rivalutazione;
- euro 119.002,54 a titolo di cd. "danno curricolare", quantificato nella misura del 5% del valore dell'appalto, oltre interessi legali e rivalutazione;
- euro 238.005,92 a titolo di risarcimento del danno emergente, perché, a causa *della impossibilità di partecipare a future gare oltre alla immobilizzazione dell'impresa per anni sull'appalto ...*, è incappata in una irreversibile crisi aziendale, oltre interessi legali e rivalutazione;
- euro 39.380,77 a titolo di risarcimento del danno emergente, per gli interessi pagati alla Banca di Credito Cooperativo di Nettuno che ha scontato la fattura per l'anticipazione mai onorata dal Comune, oltre interessi legali e rivalutazione.

## **5.2. Il primo deposito del Comune**

Il Comune depositava memoria corredata da 50 documenti e formulava i seguenti quesiti:

*Respinta ogni contraria domanda e quesito, si chiede che in via dichiarativa, di accertamento, costitutiva e condannatoria, il Collegio Arbitrale respinga domande e quesiti della Edil Safer perché infondati ed accolga le seguenti domande e quesiti riconvenzionali del Comune:*

*a) accerti e dichiari la legittimità ex art. 15 del Contratto ed ex art. 136 D.lgs. 163/2006 (o art. 108 D. Lgs. 50/2016) della risoluzione in danno del Contratto di appalto rep. 13 del 2014 disposta dal Comune di Nettuno con la delibera n. 62 del 17.9.2018 e con la determina dirigenziale n. 1020 del 2018 o, in subordine, pronunci, anche in via costituiva, la risoluzione del Contratto di appalto rep. n. 13 del 2014 per grave inadempimento della S.r.l. Edil Safer ex artt. 1453 e 1455 c.c.;*

*b) per l'effetto, condanni la S.r.l. Edil Safer al risarcimento dei danni a favore del Comune di Nettuno, allo stato quantificati in euro 238.005,09 per danno da inadempimento, ovvero la minore o maggior somma di giustizia, oltre interessi e rivalutazione, ed euro 238.005,09 per danno da ritardo e all'immagine, ovvero la minore o maggior somma di giustizia, oltre interessi e rivalutazione, e così per un totale di euro 476.010,18 con riserva di migliore precisazione in corso di giudizio;*

*c) condanni la S.r.l. Edil Safer alle spese d'arbitrato ed a rimborsare le spese difensive comunali.*

A sostegno della domanda il Comune formulava i seguenti motivi di diritto.

In relazione al primo, secondo e quarto quesito, l'Amministrazione deduce la legittimità dell'atto, in ragione delle carenze presenti nel progetto, che rendevano lo stesso non validabile.

Tali carenze sarebbero sia di natura tecnica, in quanto il progetto esecutivo non avrebbe tenuto conto della condizione di invarianza del prezzo contenuta nell'autorizzazione comunale del 19.11.2015, né sarebbe stato integrato secondo le indicazioni del verificatore (rapporti nn. 1, 2, 3, 4, 5, 5bis e 6), sia di natura economica, in quanto la Edil Safer avrebbe subordinato l'esecuzione all'aumento del corrispettivo nella misura di circa euro 400.000, a fronte di un contratto "a corpo". Alla luce di tali carenze il diniego di validazione sarebbe conforme al disposto dell'art. 112 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Inoltre, il Comune afferma che la variante in esame non sarebbe qualificabile come sostanziale. Infatti, a detta del Comune, il progetto definitivo era "*completo e concretamente eseguibile*", tant'è che la subentrante Borgia Costruzioni ha presentato un progetto esecutivo validabile, a prezzo invariato.

Il Comune evidenzia, poi, come l'impresa avesse dichiarato, in sede di partecipazione alla gara, di conoscere ed accettare il progetto definitivo, nonché di averlo ritenuto eseguibile.

Infine, l'Amministrazione contesta che la variante sia stata disposta dal Comune, precisando come la stessa sarebbe stata richiesta dalla Edil Safer e sottolinea che il comportamento tenuto dalle parti nel corso dell'interlocuzione metterebbe in luce, da un lato, la correttezza e la buona fede del Comune, dall'altro, la non contestazione delle condizioni alla variante da parte della Edil Safer.

In relazione al terzo e quinto quesito, il Comune contesta la quantificazione dei danni effettuata dall'attrice deducendo che l'importo dell'eventuale danno sarebbe da quantificare non con riferimento al valore del contratto non eseguito, ma con riferimento al danno emergente ed al lucro cessante, con "*specifico onere probatorio gravante sulla ricorrente che lo chiede*".

A sostegno del primo quesito posto in via riconvenzionale, il Comune afferma che l'inadempimento della Edil Safer legittimerebbe la risoluzione ai sensi dell'art. 15, comma 4 del contratto, e che il procedimento seguito sarebbe conforme a quello disciplinato dall'art. 136 del d.lgs. n. 163 del 2006.

In relazione al proprio primo quesito, seconda parte, il Comune evidenzia la gravità dell'inadempimento di Edil Safer, sia per la già detta non validabilità del progetto esecutivo, sia perché il Comune rischiava di perdere il finanziamento dell'opera.

In relazione al terzo quesito, il Comune addebita alla Edil Safer il ritardo di circa quattro anni e mezzo nell'avvio dell'esecuzione ed afferma che a cagione di tale ritardo il Comune sarebbe legittimato a incamerare la cauzione prestata dalla Edil Safer sotto forma di garanzia fidejussoria che, costituendo un contratto autonomo di garanzia, vale a predeterminare il danno da mancato adempimento dell'obbligazione principale.

A tale importo sarebbe da aggiungersi la somma richiesta a titolo di danno all'immagine.

## **6. Il secondo deposito delle parti**

### ***6.1. Il secondo deposito di Edil Safer***

La Edil Safer, dopo aver ribadito che il Comune avrebbe ammesso l'esistenza di un errore progettuale nel definitivo e avrebbe ritenuto la proposta di variante della Edil Safer idonea a superare tale errore e a rendere l'opera realizzabile, evidenzia come, inizialmente, l'Amministrazione avrebbe previsto la necessità di un aumento dei costi a causa della nuova progettazione definitiva ed esecutiva.

Ad avviso della Edil Safer il Comune erroneamente qualifica la progettazione in variante come relativa al solo progetto esecutivo, dal momento che la stessa, come qualificata dagli atti della PA, avrebbe anche la natura di progetto definitivo.

Quanto al progetto presentato dalla Borgia Costruzioni, la Edil Safer rileva come lo stesso avrebbe mutuato le principali soluzioni elaborate dall'attrice, e sarebbe stata in grado di contenere i costi solo perché sarebbero state eliminate varie lavorazioni e utilizzati materiali diversi. Ciò nonostante, a detta dell'attrice, il progetto della Borgia presenterebbe gravi criticità, sebbene il Comune non abbia imposto al nuovo appaltatore di realizzare alcune opere, invece richieste alla Edil Safer.

Infine, con riferimento alle proprie dichiarazioni di conoscenza, accettazione ed eseguibilità del progetto definitivo rese in sede di gara, la Edil Safer afferma che le problematiche sarebbero *“sorte solo dopo che la Edil Safer S.r.l. ha iniziato lo sviluppo del progetto esecutivo”* e deduce che l'errore progettuale comporterebbe sempre e irrimediabilmente

la responsabilità dell'Amministrazione.

Per quanto riguarda la domanda riconvenzionale spiegata dal Comune, la Edil Safer, dopo aver evidenziato che la mancata escussione della polizza da parte dell'Amministrazione costituirebbe la prova dell'infondatezza della pretesa risarcitoria, rileva l'assenza di prova in relazione all'esistenza stessa del danno, che, in ogni caso, non si sarebbe realizzato, dal momento che il finanziamento non è stato perduto.

## ***6.2. Il secondo deposito del Comune***

Il Comune depositava memoria ed ulteriori 14 documenti.

Il Comune afferma, in primo luogo, di non aver riconosciuto l'esistenza di errori nel progetto definitivo e di non aver mai commissionato alla Edil Safer la redazione di un nuovo progetto definitivo.

Per quanto riguarda la progettazione presentata dalla Edil Safer, il Comune, riportando ampi stralci delle relazioni del proprio tecnico incaricato della verifica del progetto, ne ribadisce la non validabilità.

Sotto il profilo dell'ammontare della domanda risarcitoria, il Comune deduce:

- per quanto riguarda le spese di progettazione, le stesse sarebbero sproporzionate, tanto rispetto agli elaborati del 29.6.2015, quanto rispetto alle condizioni indicate dall'Amministrazione nell'autorizzazione del 27.11.2015; inoltre, la progettazione non è mai stata validata né accettata;
- per quanto riguarda il mancato guadagno, da un lato, ribadisce l'assenza di colpa, dall'altro lato, evidenzia come il parametro preso a riferimento per calcolare il 10% (euro 2.380.050,92) sarebbe errato in quanto tale importo sarebbe comprensivo anche dei costi della progettazione (euro 32.036,58) già oggetto di specifica richiesta risarcitoria e gli oneri per la sicurezza (euro 152.427,21); infine, sul punto, evidenzia che, trattandosi di risarcimento del danno, sull'importo richiesto non può essere aggiunta l'IVA;
- per quanto riguarda il danno curricolare, rilevato che, anche in questo caso, la base di calcolo sarebbe errata, la domanda non sarebbe sorretta dalla dimostrazione dell'esistenza del danno;
- per quanto riguarda il danno collegato alla crisi di impresa, rilevato che, anche in questo caso, la base di calcolo sarebbe errata, la domanda sarebbe duplicativa delle precedenti, nonché strumentale e pretestuosa;
- quanto, infine, all'emissione della fattura per anticipazione, il Comune rileva che, ai sensi degli artt. 124 e

140 del DPR n. 207 del 2010, l'erogazione dell'anticipazione è subordinata all'emissione di apposita garanzia fideiussoria. Inoltre, ai sensi dell'art. 12 del contratto, l'erogazione dell'anticipazione era condizionata all'erogazione dei fondi da parte della Regione, erogazione che è avvenuta in data 16.10.2016, mentre la fattura in questione reca la data del 13.5.2015.

## **7. Il terzo deposito delle parti**

### ***7.1. Il terzo deposito di Edil Safer***

La Edil Safer, con la terza memoria, poneva l'accento sul contenuto della nota del RUP del 19.11.2015, di cui si è detto nella premessa in fatto, evidenziando come la stessa: a- mettesse in luce l'esistenza dell'errore progettuale e la sua non rilevabilità in sede di esame del progetto stesso e ribadiva le proprie difese già svolte nei precedenti scritti.

### ***7.2. Il terzo deposito del Comune***

Il Comune depositava memoria ed ulteriori 5 documenti, ribadendo le proprie precedenti difese ed evidenziando come la subentrante Borgia abbia presentato un progetto validabile.

## **8. La consulenza tecnica di ufficio**

All'udienza del 12.12.2022, il Collegio, dopo un nuovo tentativo di conciliazione della lite, invitava le parti a discutere la causa.

Con ordinanza del 30.12.2022, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 12.12.2022, il Collegio disponeva consulenza tecnica di ufficio, formulando quattro quesiti:

*Accerti e dica il C.T.U.:*

- 1) se e quali siano stati le carenze e gli errori della progettazione definitiva posta a base della gara oggetto di giudizio, come individuati nelle riserve della Edilsafer e nel carteggio intercorso con il Comune di Nettuno, nonché il modo in cui dette eventuali carenze ed errori potrebbero aver interferito con la eseguibilità del progetto;*
- 2) se la progettazione definitiva/esecutiva in variante e le successive integrazioni a chiarimento - presentate dalla Edilsafer rispettivamente il 31.05.2016 e il 13.02.2018 - siano o meno conformi al relativo incarico autorizzato dal Comune di Nettuno. Inoltre, se le stesse abbiano superato le criticità individuate in risposta al quesito n. 1 e se fossero conseguentemente*

*validabili. In caso negativo, per quali ragioni non fossero validabili;*

- 3) *quali siano le varianti all'originale progetto definitivo posto a base di gara presenti nella nuova progettazione definitiva/esecutiva depositata dalla Borgia Costruzioni su incarico del Comune di Nettuno e se via siano o meno riportate in tutto o in parte le soluzioni proposte dalla Edilsafer nel proprio progetto definitivo/esecutivo e le successive integrazioni presentate il 31.05.2016 e il 13.02.2018;*
- 4) *se successivamente l'opera sia stata o meno realizzata e, in caso affermativo, con quali varianti al progetto originario e a quali condizioni economiche.*

All'udienza del 14.2.2023 il CTU nominato, ing. Giovanni Marsella, prestato il giuramento di rito, fissava l'avvio delle operazioni peritali, all'esito delle quali depositava la propria relazione.

A conclusione di tale complesso elaborato, le cui parti rilevanti ai fini della decisione saranno richiamate nella parte in diritto, il CTU formulava le seguenti conclusioni:

- 1) il progetto presentava carenze ed errori che rendevano l'opera non eseguibile perché:
  - a. non conforme al piano di zona;
  - b. la zona garage non rispettava le norme sulle altezze minime, sulle uscite di sicurezza e sulla sicurezza della rampa di accesso;
  - c. non era stata rispettata la distanza minima dall'edificio limitrofo;
- 2) la progettazione della Edil Safer *“per le parti essenziali è conforme con l'incarico che gli ha conferito il Comune, è da rilevare che l'impresa nel redigere la progettazione esecutiva ha assunto libertà decisionali che sono andate oltre l'incarico ricevuto, variando anche altri aspetti che non erano attinenti all'incarico ricevuto”*;
- 3) la Borgia Costruzioni ha apportato varianti al progetto definitivo, in parte coincidenti con quelle proposte dalla Edil Safer;
- 4) l'opera non è stata ancora realizzata, il quadro economico della Borgia Costruzioni non prevede alcun aumento di spesa.

## **9. Le conclusioni rassegnate dalle parti e le memorie finali**

All'udienza del 12.4.2023, il Collegio, valutata la causa matura per la decisione, invitava i difensori a discuterla e,

all'esito della discussione, assegnava termine per il deposito delle memorie finali.

### ***9.1. La memoria finale della Edil Safer***

L'attrice, ripercorso lo svolgimento dei fatti e del giudizio ribadiva:

- l'illegittimità del provvedimento di risoluzione in danno, dal momento che non vi era alcun inadempimento ad essa imputabile e che, anzi, l'inadempimento sarebbe integralmente imputabile al Comune sia per aver posto a base di gara un progetto definitivo che presentava gravi carenze, sia per non aver erogato l'anticipazione, sia per aver tenuto una condotta contraria al canone di buona fede;
- la validabilità della progettazione presentata che non sarebbe stata approvata dal Comune solo perché presentava un (legittimo) aumento dei costi.

Nella parte conclusiva di tale memoria l'attrice affermava che l'assenza dei presupposti per la risoluzione disposta dal Comune porterebbe a qualificare tale atto come recesso, con il conseguente obbligo indennitario di cui all'art. 109 del d.lgs. n. 50 del 2016.

### ***9.2. La memoria finale del Comune***

Il Comune, richiamati alcuni profili della relazione del consulente tecnico d'ufficio, evidenziava:

- che l'impresa non avrebbe mai prodotto un nuovo quadro economico dell'opera e che, comunque, esaminando gli elaborati sarebbe emerso che il nuovo progetto della Edil Safer avrebbe comportato il superamento dell'importo stanziato per la realizzazione dell'opera (euro tre milioni);
- che il Comune avrebbe rigettato e/o chiesto di esplicitare le riserve con nota del 25.9.2015;
- che la variante proposta dalla Edil Safer non avrebbe rispettato i limiti posti dal Comune;
- che l'impresa aveva preso dichiarato che la progettazione definitiva era realizzabile

## **MOTIVI DELLA DECISIONE**

### **A. Premessa**

In primo luogo, il Collegio non può non rilevare come lo sviluppo della fase esecutiva del contratto sia caratterizzato da un andamento estremamente dilatato. Entrambe le parti hanno lasciato intercorrere ampi momenti di silenzio e di inerzia nelle loro interlocuzioni che hanno condotto alla presentazione del progetto

definitivo/esecutivo in variante a ben sedici mesi di distanza dall'avvio della fase di progettazione, ed al suo definitivo accantonamento (con il provvedimento di non validazione) a oltre due anni di distanza dalla sua presentazione.

In particolare, si evidenzia che dopo una prima rapida interlocuzione (gennaio febbraio 2015), il Comune non assegnava alla Edil Safer un termine per il deposito del progetto in variante, che veniva presentato in data 29.6.2015. Dopodiché altri cinque mesi venivano impiegati in incontri tra le parti che si concludevano con l'autorizzazione del Comune del 27.11.2015 alla elaborazione di una (nuova) proposta progettuale in variante. Anche in questo caso il Comune non assegnava un termine. La Edil Safer depositava tale variante in data 37.5.2016, cioè a distanza di ben sei mesi dall'autorizzazione del Comune.

Dopo un anno circa dal deposito il Comune avviava il procedimento di validazione (il primo rapporto del validatore è del 27.5.2017), che impiegava ben quindici mesi per giungere a conclusione.

Il Collegio osserva, poi, che, tanto la sospensione in sé, quanto la sua durata (è stata disposta dal RUP con provvedimento del 2.2.2015 ed è cessata solo tre anni e mezzo dopo con la risoluzione del contratto), appare violativa del disposto degli artt. 158 e ss. del Regolamento. Peraltro, dal momento che l'attrice non ha svolto alcuna domanda risarcitoria ai sensi dell'art. 160 del Regolamento, il Collegio sul punto non può pronunciarsi, salvo valutare il fatto sotto il profilo del rispetto degli obblighi di correttezza e buona fede.

## **B. Alcuni punti fermi**

### ***B.1 Disciplina applicabile***

Le parti nei propri scritti difensivi richiamano tanto il d.lgs. n. 163 del 2006, quanto il successivo d.lgs. n. 50 del 2016. Analogamente risultano richiamati sia il regolamento di cui al DPR 554 del 1999, sia quello di cui al DPR n. 207 del 2010.

Il Collegio, considerato che il bando risale all'anno 2013, ed il contratto è stato sottoscritto il 19.12.2013, ritiene che la disciplina applicabile alla presente fattispecie sia quella di cui al d.lgs. n. 163 del 2006 ed al DPR n. 207 del 2010.

### ***B.2. Contratto "a corpo" o "a misura"***

Nel corso delle interlocuzioni tra le parti, la Edil Safer, come si è visto, si spende nel sostenere che il contratto in esame era da qualificare “a misura”. Il Comune, di contro, afferma che lo stesso era “a corpo”.

La ragione delle due opposte ricostruzioni della natura del contratto risiede nella circostanza che mentre il bando di gara prevedeva l'esecuzione dei lavori “a misura”, il successivo contratto, all'art. 2, comma 3, dispone che il contratto è stipulato “a corpo”.

Come chiarito dalla giurisprudenza (v. Cass. n. 13296/2012 e 21592/2014), nel caso di contrasto tra gli atti di gara ed il contratto occorre dare prevalenza al secondo, dal momento che il contratto determina il passaggio dalla fase amministrativa, preordinata alla scelta del contraente e disciplinata dalle regole del diritto pubblico, alla fase privatistica, attinente all'esecuzione dell'appalto e retta dalle regole del diritto comune, in virtù delle quali il rapporto tra le parti è assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto.

### ***B.3. Le varianti e i contratti “a corpo”***

Se, da un lato, il Comune ha ragione a dire che il contratto è “a corpo” e non “a misura” come sostiene Edil Safer, dall'altro lato, erra quando va a trarre le conseguenze di tale qualificazione. Infatti, nel momento in cui interviene una variante al progetto originario, il prezzo dell'appalto, anche se a corpo, deve, necessariamente, aumentare (o diminuire) in misura proporzionale alle nuove opere richieste (o espunte dal progetto).

Sul punto la giurisprudenza di legittimità è molto chiara: *“Il principio di immodificabilità del prezzo “a corpo” può quindi subire una deroga, dovendo i lavori aggiuntivi essere compensati con un corrispettivo ulteriore. Infatti, la modalità di pagamento del corrispettivo “a corpo” non trasforma l'appalto in contratto aleatorio, rispondendo ad un principio generale (valido anche nell'appalto tra privati, alle condizioni di cui all'art. 1661 c.c.) la possibilità di modificare il prezzo in presenza di variazioni tipologiche e dimensionali dell'opera”* (Cass. 9264/2012).

### ***B.4. L'errore progettuale del Comune***

L'esistenza di un errore nella progettazione messa a gara risulta tanto dalla documentazione in atti (si veda, ad esempio, la relazione del RUP del 19.11.2015, doc. n. 58 del Comune), quanto dalla relazione del Consulente tecnico d'ufficio.

Il CTU, nell'analizzare la relazione del 30.6.15 della Edil Safer (doc. 10 fascicolo Edil Safer), e la relazione del

5.10.20 della Edil Safer (doc. 41 del fascicolo Edil Safer) afferma, tra l'altro, che:

- è corretto quanto affermato dalla E. ai punti nn. 1, 2, 3, 4, 5 della prima relazione, cioè che l'area indicata dal piano di zona è insufficiente ad alloggiare il fabbricato (pagine 13-15 della CTU);
- è corretto quanto affermato dalla E. al punto A.9 della seconda relazione, cioè che il perimetro del manufatto eccede il lotto (pp.21 e 22 della CTU, §.20).

Il CTU ritorna su questi aspetti alle pp. 30 e 31: *“stante dette problematiche si ritiene che il progetto definitivo doveva necessariamente essere revisionato”*.

### ***B.5. La natura del progetto commissionato alla Edil Safer con il provvedimento del 27.11.2015***

Il provvedimento in esame chiarisce che la nuova progettazione commissionata alla Edil Safer ha ad oggetto una variante al progetto definitivo. Tale atto, infatti, richiama una determinazione del RUP con la quale questi espone *“all'attuale Organo politico ed al Dirigente ... le motivazioni sull'ammissibilità nei limiti di legge per la definizione di una soluzione progettuale in variante al progetto definitivo posto a base di gara”*.

Peraltro, appare assolutamente evidente che la variante autorizzata non poteva che riguardare l'unica progettazione esistente al momento della sua autorizzazione, cioè quella definitiva.

A ciò si aggiunga che alla determinazione con cui il Comune di Nettuno ha commissionato alla Edil Safer la redazione della variante alla progettazione definitiva si arrivò al termine di una articolata interlocuzione tra le parti, adeguatamente riassunta nella nota del RUP prot. n. 3222 del 19.11.2015 (allegato n. 58 della produzione del Comune di Nettuno), nella quale si faceva espresso riferimento, oltre ai criteri ai quali la nuova progettazione si sarebbe dovuta attenere, anche ai margini economici entro i quali la variante si sarebbe dovuta attestare, secondo quanto sopra riportato in punto di fatto.

### **C. Sul provvedimento di risoluzione per inadempimento della Edil Safer**

Il provvedimento di risoluzione, come si è detto nella parte in fatto, si regge sui seguenti inadempimenti contestati alla Edil Safer:

- a) la variazione dell'importo contrattuale;
- b) la non coincidenza del progetto esecutivo con quello definitivo;

c) la mancata approvazione della progettazione esecutiva.

In particolare, va evidenziato che le contestazioni principali mosse dal Comune all'operato della Edil Safer si incentrano sostanzialmente nel non aver presentato una progettazione esecutiva validabile e nell'aver previsto, in sede di redazione della nuova progettazione in variante soluzioni non conformi al principio di invarianza dei costi e comunque riduttive dell'entità dell'opera

A sua volta la Edil Safer, affermando di aver presentato una nuova progettazione conforme all'incarico ricevuto, contesta al Comune di aver posto a base di gara un progetto non eseguibile, di non aver provveduto alla corresponsione delle anticipazioni dovute, di non aver validato la nuova progettazione e, in buona sostanza, di non aver offerto, durante il rapporto contrattuale – reso complesso dalle inadeguatezze progettuali di cui si è detto – una adeguata collaborazione rispondente ai criteri di correttezza e buona fede.

Riguardo alle motivazioni del provvedimento del Comune, si deve rilevare, in primo luogo, che, secondo quanto chiaramente accertato dal CTU, il progetto definitivo posto a base di gara non era realizzabile e pertanto la progettazione esecutiva redatta in conformità non avrebbe mai potuto essere approvata.

Per quanto riguarda, invece, la pretesa invarianza del prezzo, va evidenziato come la posizione del Comune non sia stata affatto lineare:

- il 27.11.2015, nell'autorizzare la Edil Safer alla progettazione in variante, richiedeva che la proposta progettuale indicasse le variazioni economiche necessarie, precisando entro quali limiti sarebbero state ammesse (recupero del ribasso, rimodulazione del quadro tecnico economico) ed indicando un tetto massimo;
- a partire dalla riunione del 30.8.2017 affermava, invece, che la variante non avrebbe potuto prevedere costi aggiuntivi; questa linea viene seguita anche nel provvedimento di risoluzione.

Dal canto suo, anche, la Edil Safer nelle varie interlocuzioni con la PA ha prospettato un costo dell'opera differente:

- nelle riserve del 29.6.2015 stimava un aumento di complessivi euro 971.449,00
- nel corso della riunione del 30.8.2017 si dichiarava disposta a mantenere invariato il prezzo;
- con la nota del 6.12.2017, la Edil Safer affermava che l'importo complessivo dell'opera era quello che si

desume dal quadro economico, ovvero dal computo metrico, ovvero dal contratto di appalto

- nel corso della riunione del 6.8.2018, indicava l'aumento nella misura del 30% del prezzo iniziale

#### **D. Sulle reciproche domande di risoluzione per inadempimento**

Il Collegio ritiene che la condotta di entrambe le parti sia caratterizzata dalla presenza di reciproci inadempimenti. Infatti, da un lato, il Comune ha messo a base di gara una progettazione carente ed errata, non ha corrisposto l'anticipazione, ed ha preteso che la variante fosse a costo zero; dall'altro lato, la Edil Safer, non ha rilevato l'esistenza dell'errore progettuale in sede di partecipazione alla gara, ha presentato la nuova progettazione dopo un significativo lasso di tempo, ha presentato una progettazione non validabile.

Per quanto riguarda la mancata corresponsione dell'anticipazione, occorre precisare perché tale evento rileva sotto il profilo dei reciproci inadempimenti, ma non sotto quello risarcitorio.

Al riguardo il Collegio osserva che le due circostanze evocate dal Comune (clausola contrattuale che subordinava l'erogazione dell'anticipazione all'avvenuto finanziamento da parte della Regione e mancata produzione della cauzione richiesta dall'art. 124 del DPR n. 207 del 2010) non sono tali da escludere una condotta inadempiente da parte del Comune che, ricevuta la fattura della Edil Safer in data 13.5.2015, da un lato, non ha dialogato con l'operatore economico chiedendo la cauzione, dall'altro, non ha sollecitato la Regione (o, quantomeno, non ha dimostrato in giudizio di aver sollecitato la Regione) affinché questa provvedesse all'erogazione del finanziamento. Il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale prevalente a mente del quale nei contratti con prestazioni corrispettive, ai fini della pronuncia di risoluzione per inadempimento in caso di inadempienze reciproche deve procedersi ad un esame del comportamento complessivo delle parti, al fine di stabilire quale di esse, in relazione ai rispettivi interessi e all'oggettiva entità degli inadempimenti, si sia resa responsabile delle violazioni maggiormente rilevanti e causa del comportamento della controparte e della conseguente alterazione del sinallagma contrattuale. Con la conseguenza che, qualora l'inadempimento di una delle parti sia valutato come prevalente deve considerarsi legittimo il rifiuto dell'altra di adempiere alla propria obbligazione e alla risoluzione del contratto deve seguire l'esame dell'eventuale richiesta di risarcimento del danno della parte non inadempiente (ex multis, da ultimo, Cass n. 13827 del 22/05/2019).

L'indagine richiesta ai fini della suddetta valutazione comparativa del comportamento di entrambe le parti, deve avere natura globale e unitaria coinvolgente nell'insieme tutto il comportamento di ciascuna parte, anche con riguardo alla durata del protrarsi degli effetti dell'inadempimento, perché l'unitarietà del rapporto obbligatorio a cui ineriscono tutte le prestazioni inadempite da ciascuna delle parti (indipendentemente dalla collocazione cronologica delle stesse in epoca anteriore o posteriore alla domanda di risoluzione) non tollera una valutazione frammentaria e settoriale della condotta del contraente ma esige un apprezzamento complessivo.

Prima di fare applicazione di tali parametri, occorre sgomberare il campo dalla principale questione oggetto della dialettica processuale: l'addebitabilità dell'errore progettuale.

Il Collegio ritiene che non possa condividersi l'affermazione della Edil Safer secondo la quale l'errore progettuale costituirebbe un inadempimento imputabile esclusivamente al Comune.

Infatti, l'attrice ha sottoscritto, come risulta dal contratto di appalto in atti, il verbale di attestazione di immediata eseguibilità dei lavori ai sensi dell'art. 106, c. 3 del DPR n. 207 del 2010. La disposizione in esame prevede l'obbligo dell'appaltatore di dichiarare di aver *“esaminato tutti gli elaborati progettuali, ..., di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di avere preso conoscenza delle condizioni locali, della viabilità di accesso, .., e di aver giudicato i lavori stessi realizzabili, gli elaborati progettuali adeguati ...”*.

Tale dichiarazione, lungi dal costituire un orpello di mera forma, ha un pregnante contenuto sostanziale perché resa da un soggetto, l'operatore economico qualificato per l'esecuzione dei lavori pubblici, dotato di una spiccata capacità professionale.

Conseguentemente, come chiarito anche dalla giurisprudenza: *“non è possibile per l'impresa appaltatrice chiedere la risoluzione del contratto di appalto per inadempimenti dell'Ente appaltante che attengono alla fase progettuale, visti gli obblighi reciproci che incombono su entrambi le parti, committente ed appaltatrice, fin dalla fase della gara, precedente alla formulazione dell'offerta per l'affidamento dell'appalto”* (Capp. Roma II 29.11.22 n. 7688).

L'indagine in merito a quale sia l'inadempimento prevalente, peraltro, è superata dalle intese intercorse tra le parti nelle interlocuzioni seguite alla verifica di irrealizzabilità e che hanno condotto il Comune di Nettuno a commissionare alla Edil Safer una variante al progetto definitivo, sulla cui scorta redigere poi anche la progettazione

esecutiva: tale evento, infatti, muta il quadro contrattuale di riferimento originario, nel senso che entrambe la parti hanno ritenuto e accettato che il rapporto andasse parzialmente novato sul piano dell'oggetto, con i presupposti e limiti che sono stati ampiamente vagliati in punto di fatto e chiaramente indicati nella relazione contenuta nella nota del RUP prot. n. 3222 del 19.11.2015 e nella nota del 27.11.2015 con cui il Comune di Nettuno aveva autorizzato la Edil Safer alla elaborazione di una nova proposta progettuale definitiva/esecutiva in variante. Con tale fatto sopravvenuto, le parti avevano reciprocamente superato la problematica, cosicché il tema dell'inadempimento va vagliato in relazione al nuovo e mutato quadro contrattuale, muovendo dall'indagine, di natura preliminare, di quale fossero i presupposti, anche di legittimità, nonché i contenuti e i limiti di tale nuova intesa.

Così inquadrato il problema, entrambe le domande delle parti volte ad addebitarsi la prevalenza dei reciproci inadempimenti risultano non meritevoli di accoglimento, non solo e non tanto per il fatto che entrambe avevano concorso alla mancata riuscita del rapporto contrattuale, quanto piuttosto per il fatto che le stesse si erano accordate proprio per il superamento dell'originario quadro contrattuale, convenendo che si sarebbe proceduto a una variante del progetto definitivo, nei termini di cui sopra si è detto.

A tal riguardo, infondata appare la contestazione di fondo posta a base dei provvedimenti ed atti con cui il Comune di Nettuno aveva disposto la risoluzione del contratto per inadempimento della Appaltatrice, contestando alla stessa di non aver rispettato il progetto posto a base di gara e di non aver rispettato nella nuova progettazione il quadro economico originario, da intendersi a corpo: contestazione che non tiene conto né del fatto che le parti si erano accordate nel senso di operare le dovute variazioni al progetto definitivo originario, sia pure nei limiti oggettivi, dimensionali, funzionali ed economici compatibili con il quadro normativo di riferimento all'epoca vigente, né del fatto che tali modifiche comportavano conseguentemente la inattualità del compenso contrattuale che, sebbene computato a corpo, faceva riferimento a un'opera che avrebbe dovuto essere variata, secondo reso necessario dalla situazione di fatto e conseguentemente convenuto tra le parti. La tematica, semmai, avrebbe dovuto essere incentrata sulla presa d'atto della irrealizzabilità del progetto originario e sulla eventuale compatibilità dei nuovi importi scaturenti dalle necessarie modifiche progettuali con le norme di riferimento (tema su cui, *amplius*

*infra*). Ne consegue che la pronuncia unilaterale di risoluzione disposta dal Comune di Nettuno appare, oltre che infondata, violativa delle intese contrattuali (parzialmente) novative intercorse tra le parti ed è quindi illegittima e si pone essa in termini di inadempimento a quanto - successivamente - convenuto.

Alla illegittimità della risoluzione così pronunciata e alla correlata infondatezza della domanda svolta in giudizio in tal senso dal Comune di Nettuno, consegue la infondatezza della connessa domanda risarcitoria.

Allo stesso tempo, infondata appare la domanda svolta in via principale dalla Edil Safer volta a una pronuncia di risoluzione per inadempimento del Comune e, anche in questo caso, proprio perché le parti, muovendo dai reciproci inadempimenti (il Comune in fase di progettazione e redazione della documentazione di gara e la appaltatrice in sede di verifiche precontrattuali) avevano convenuto di agire sul piano della variante. Conseguentemente anche la connessa domanda risarcitoria svolta dalla Edil Safer appare infondata.

Resta però da vagliare la domanda subordinata svolta dalla Edil Safer, volta a una pronuncia che, previa declaratoria della inefficacia dell'atto di risoluzione del contratto di appalto per cui è causa, disponesse la risoluzione del contratto di appalto n. rep. n. 13 del 23.12.2014 per fatto non imputabile alla soc. Edil Safer S.r.l., con le conseguenti statuizioni regolative dei rapporti economici.

A tal riguardo, va rilevato che l'art. 132 D.Lgs. n. 163/2006, nel testo all'epoca vigente, ammetteva una serie di ipotesi in costanza delle quali si poteva procedere a varianti in corso d'opera, in nessuna delle quali è direttamente inquadrabile la situazione venutasi a determinare, non essendovi né la sussistenza di fatti nuovi imprevedibili e imprevisi (vedi art. 132, 1° co. lett. a-, b-, c- e d-, né errori del progetto esecutivo, in quanto le carenze riguardavano il progetto definitivo posto a base di gara (art. 132, 1° co., lett. e-). E, in ogni caso, l'entità della variazione del quadro economico avrebbe semmai reso applicabile la disposizione inibitoria di cui al comma 4° dello stesso art. 132.

Trova dunque applicazione al caso di specie il disposto di cui all'art. 132, 5° co., D.Lgs. n. 163/2006 che, in caso di risoluzione del contratto derivante dalla necessità di varianti non ammissibili prevede che sia disposto il pagamento dei lavori eseguiti, dei materiali utili e del 10 per cento dei lavori non eseguiti, fino a quattro quinti dell'importo del contratto.

In ragione di quanto precede, il Collegio condanna il Comune al pagamento dell'importo di euro 190.404,79 (somma pari al 10% dei quattro quinti dell'importo contrattuale), oltre rivalutazione e interessi a far data dal 17.9.2018 (momento dell'interruzione del rapporto).

#### **E. Sulle domande risarcitorie**

È ora possibile passare all'esame delle domande risarcitorie avanzate dalla Edil Safer.

##### ***E.1. Sulla domanda di condanna del Comune al pagamento delle spese di progettazione***

La domanda di condanna del Comune al pagamento dell'importo di euro 65.918,00 per la nuova progettazione deve essere parzialmente accolta.

Infatti, come emerge dalla CTU, la Edil Safer ha predisposto una progettazione in variante in parte coincidente con quella poi predisposta dalla Borgia Costruzioni e validata dalla PA.

Inoltre, dal momento che la non corrispondenza tra la progettazione esecutiva predisposta dalla Edil Safer e quella definitiva messa a gara, non può ridondare in inadempimento della Edil Safer perché - come sopra si è detto - le parti avevano concordato di predisporre anche una modifica alla progettazione definitiva.

Per quanto riguarda la quantificazione dell'importo dovuto alla Edil Safer, il Collegio, facendo applicazione di parametri equitativi, individua lo stesso nella misura di euro 43.505,88, con rivalutazione e interessi a far data dal giorno della consegna del progetto.

Al contrario, la domanda di condanna al pagamento dell'importo di euro 32.036,58 a titolo di costi della progettazione esecutiva previsti dal contratto di appalto deve essere, rigettata, perché tale somma è stata già considerata nel calcolo del 10% del valore del contratto.

##### ***E.2. Sul danno derivante dal mancato pagamento dell'anticipazione***

Come si è visto la Edil Safer ha emesso, in data 13.5.2015, fattura per anticipazione dell'importo di euro 238.005,00, dopodiché si è fatta anticipare il relativo importo dalla Banca di Credito Cooperativo di Nettuno. Alla scadenza del termine dell'anticipazione, non avendo il Comune provveduto a corrispondere l'importo, la Edil Safer ha dovuto corrispondere all'istituto di credito la somma di euro 39.380,77 a titolo di interessi. Tale somma viene oggi richiesta, a titolo di risarcimento del danno, al Comune.

Il Comune sul punto afferma di non aver mai autorizzato l'emissione di tale fattura, ed evidenzia come, da un lato, il contratto, condizionasse l'erogazione dell'anticipazione alla corresponsione del relativo importo da parte della Regione, dall'altro lato, come la disciplina regolamentare subordinasse l'erogazione dell'anticipazione alla costituzione di una garanzia fideiussoria *ad hoc*.

La domanda di risarcimento è infondata.

Infatti, come correttamente dedotto dal Comune, l'art. 124 del DPR n. 207 del 2010, dispone che *“l'erogazione dell'anticipazione, ..., è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma dei lavori?”*.

Non vi è prova, in atti, dell'avvenuta costituzione da parte della Edil Safer di tale garanzia.

Pur nell'assorbimento di quanto ora si è detto, va rilevato che coglie nel segno anche il richiamo all'art. 12 del contratto operato dal Comune, a mente del quale l'erogazione dell'anticipazione era subordinata al trasferimento dei fondi da parte della Regione; pertanto, prima del realizzarsi di tale evento il credito non poteva ritenersi esigibile.

Pertanto, sebbene, come si è detto, la condotta tenuta dal Comune si è palesata inadempiente (per non aver avvisato la Edil Safer della necessità della cauzione e non aver sollecitato la Regione), non può non sottacersi come il danno lamentato derivi dalla condotta imprudente della Edil Safer che ha chiesto l'anticipazione alla BCC di Nettuno, pur dovendo essere anch'essa consapevole che la fattura, in assenza dell'avverarsi delle due condizioni di cui sopra, non poteva essere saldata.

### ***E.3. Sulla domanda di risarcimento del danno da mancato guadagno***

Dal momento, che, come sopra si è detto, nella fattispecie trova applicazione il disposto dell'art. 132, 5° co., D.Lgs. n. 163/2006, la domanda deve essere rigettata.

### ***E.4 Sulle domande di risarcimento per danno curricolare e crisi dell'impresa***

Anche tale domanda deve essere rigettata sia in ragione di quanto si è detto al § E.2 che precede, sia perché la Edil Safer non ha fornito prova adeguata né del danno subito, né del nesso di causalità.

Sul punto va richiamato l'orientamento giurisprudenziale consolidato a mente del quale il danno curricolare,

ancorato 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 di partecipazione alle singole gare, deve essere oggetto di puntuale dimostrazione, ancorata alla perdita di un livello di qualificazione già posseduta ovvero alla mancata acquisizione di un livello superiore, quale conseguenze immediate e dirette della mancata aggiudicazione; alla mancata acquisizione di un elemento costitutivo della specifica idoneità tecnica richiesta dal bando oltre la qualificazione SOA (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2019, n. 2435; Id., sez. IV, 7 novembre 2014, n. 5497), sicché solo all'esito di tale dimostrazione, relativamente all'*an*, è possibile procedere alla relativa liquidazione nel *quantum* (anche a mezzo di forfettizzazione percentuale applicata sulla somma riconosciuta a titolo di lucro cessante: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5803).

#### ***E.5. Sulla domanda di indennizzo per recesso***

In sede di comparsa conclusionale l'attrice, ritenuto che il provvedimento di risoluzione avesse, in realtà, contenuto di revoca, rimodula la propria domanda, qualificando parte della somma richiesta come indennizzo ex art. 109 del d.lgs. n. 50 del 2016.

La domanda non può trovare accoglimento.

Lasciando in disparte la circostanza che, come sopra si è detto, la disciplina applicabile al caso in esame è quella di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, che disciplina l'istituto del recesso all'art. 134, e la circostanza che tanto la norma del 2006, quanto quella del 2016, pongono a base di calcolo dell'indennizzo il valore delle opere non eseguite, ridotte del cd. "quinto d'obbligo" (*il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posta a base di gara, depurato del ribasso d'asta, e l'ammontare netto dei lavori eseguiti*), il Collegio rileva come tale domanda costituisca una modificazione della domanda introduttiva formulata per la prima volta solo in sede di comparsa conclusionale e, pertanto, è da dichiararsi inammissibile.

#### **F. Sulle spese di lite e di funzionamento del Collegio arbitrale**

Il Collegio, facendo applicazione degli artt. 21 del DM n. 55 del 2014 e 10 c.p.c., determina il valore della controversia in euro 1.425.067,02 (Edil Safer: euro 634.395,15, con interessi legali e rivalutazione a far data dal

31.12.2014 = 793.856,51 + euro 97.954,58, con interessi moratori a far data dal 31.5.2016 = 155.200,33 + Comune: euro 476.010,18).

Ciò posto, con riferimento agli onorari dovuti ai difensori, si evidenzia che l'art. 10 del D.M. n. 55/2014 stabilisce che agli avvocati che patrocinano in procedura arbitrali sono liquidati i parametri di cui alla tab. n. 2 (giudizi civili di cognizione innanzi ai Tribunali) che, per lo scaglione di valore come sopra determinato, prevede, applicando l'art. 6 del DM n. 55/2014, un onorario di importo pari a € 37.951,00. In relazione alle oscillazioni consentite da tale decreto, ritenuti il valore, la natura, la complessità e il numero delle questioni trattate per la definizione della presente procedura, ritiene equo applicare una percentuale di riduzione del parametro di cui sopra, nella media aritmetica  $(a+b/2)$  tra lo stesso parametro (a) fissato in € 37.951,00 e la somma risultante dalla massima riduzione possibile (b) pari a € 18.976,00. In applicazione di tale criterio, determina l'importo degli onorari dei difensori nella somma di € 28.400,00 così arrotondata per difetto, oltre l'onere di cui all'art. 2, 2°, D.M. n. 55/2014 e gli oneri previdenziali e fiscali di legge.

In ragione dei diversi profili di reciproca soccombenza, compensa gli onorari per 1/3 e pone i restanti 2/3, nell'importo di € 18.866,00 (così arrotondata per difetto) a carico del Comune.

Per quanto attiene agli onorari dovuti agli arbitri, il Collegio prende atto della circostanza che nel corso del presente procedimento arbitrale è entrata in vigore la l. n. 49 del 2023, la quale, all'art. 1, stabilisce che per gli avvocati l'equo compenso è quello previsto dal DM n. 55 del 2014, e, al successivo art. 3, sanziona con la nullità le pattuizioni che prevedano un compenso inferiore ai parametri di cui al citato decreto.

Il Collegio, quindi, rileva la sopravvenuta inattualità in *parte qua* del regolamento della Camera arbitrale, che per le controversie rientranti nello scaglione da € 500.000 a euro 2.500.000 fissa l'onorario per l'intero Collegio nella misura ricompresa tra un minimo di euro 20.000 e un massimo di euro 35.000 perché, anche nella misura massima, il compenso individuale, pari a circa € 11.666,66, risulta essere inferiore al parametro legale minimo che l'art. 10, c. 1 del DM n. 55/2014 fissa in euro 14.374,45 per ciascun avvocato componente il Collegio.

Pertanto, il Collegio, disapplicata la tariffa camerale, ritiene di prendere come riferimento l'importo di cui alla tabella n. 26 (arbitrato) allegata al D.M. n. 55/2014 (come modificato con D.M. 13.08.2022 n. 147) che per lo

scaglione di valore pertinente fissa il parametro per ciascun avvocato/arbitro nell'importo di € 28.746,90. Con riferimento alle oscillazioni consentite da tale decreto, applicando il medesimo criterio già indicato per la determinazione degli onorari ai difensori, fa dunque riferimento alla media aritmetica  $(a+b/2)$  tra lo stesso parametro (a) fissato in € 28.747,90 e la somma risultante dalla massima riduzione possibile (b) pari a € 14.374,45. In applicazione di tale criterio, liquida quale compenso a ciascuno arbitro, l'importo di € 21.500,00 così arrotondato per difetto, oltre l'onere di cui all'art. 2 D.M. n. 55/2014 e gli oneri previdenziali e fiscali di legge.

### **P.Q.M.**

Il Collegio arbitrale, come sopra composto, definitivamente pronunciando in ordine alla controversia insorta tra la Edil Safer s.r.l. e il Comune di Nettuno, così decide:

- condanna, ai sensi dell'art. 132, 5° co., D.Lgs. n. 163/2006, il Comune di Nettuno al pagamento in favore della Edil Safer della somma di euro 190.404,79, oltre rivalutazione e interessi a far data dal 17.9.2018
- condanna il Comune di Nettuno al pagamento in favore della Edil Safer della somma di euro 43.505,88, oltre rivalutazione e interessi a far data dal giorno della consegna del progetto, per la prestazione di progettazione commissionata e parzialmente eseguita;
- rigetta tutte le altre domande delle parti;
- determina le spese di lite in € 28.300,00 e, stante la parziale reciproca soccombenza, ne dispone la compensazione nella misura di 1/3, condannando il Comune a corrispondere alla Edil Safer i restanti 2/3 nella somma di euro 18.866,00, oltre l'onere di cui all'art. 2, 2° co. D.m. n. 55/2014 e oneri previdenziali e fiscali di legge;
- pone in capo alle parti, con vincolo di solidarietà, ai sensi dell'art. 209, c. 21, del d.lgs. n. 50 del 2016, le spese di funzionamento del Collegio arbitrale fissate in € 21.500,00 quale onorario per ciascun arbitro, oltre l'onere di cui all'art. 2 D.M. n. 55/2014 e gli oneri previdenziali e fiscali di legge, nonché € 432,00 per il versamento dell'imposta di bollo di cui appresso.
- ai sensi dell'art. 209, c. 18, d.lgs. n. 50 del 2016, invita la Camera arbitrale a liquidare gli onorari e le spese del Consulente tecnico d'ufficio;

- dispone la parziale compensazione delle spese del Collegio arbitrale e della CTU nella misura di 1/3 a carico della Edil Safer e 2/3 a carico del Comune di Nettuno.

Così è deciso, in conferenza personale telematica audio/video dei giorni 6-26 giugno, 3-11-17 luglio, 1 agosto, 14-20-27 settembre, 4 e 9 ottobre 2023. La decisione è assunta all'unanimità dei componenti del Collegio, i quali formano il presente lodo in originale digitale e lo sottoscrivono con firma digitale ai sensi e per gli effetti delle disposizioni vigenti e della delibera del Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 30 gennaio 2019, n. 48. L'imposta di bollo viene assolta mediante versamento ad intermediario convenzionato con l'Agenzia delle Entrate e conseguente rilascio di contrassegni in numero corrispondente ad una marca ogni quattro facciate per un totale massimo di cento righe, moltiplicato per il numero degli originali disposto dall'art. 209, comma 13, d.lgs. 50/2016. Sulla base delle indicazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate nella risposta 25 luglio 2019, n. 321, ad interpello, si indicano di seguito i codici numerici composti da quattordici cifre rilevabili dai contrassegni telematici rilasciati dall'intermediario, contrassegni che vengono conservati mediante applicazione degli stessi su copia analogica del presente documento informatico, che sarà depositato presso la segreteria della Camera arbitrale:

01230070504703	01230070504715	01230070504726	01230070504737
01230070504748	01230070504759	01230070504760	01230070504771
01230070504782	01230070504793	01230070504806	01230070504817
01230070504828	01230070504839	01230070504840	01230070504851
01230070504862	01230070504873	01230070504884	01230070504895
01230070504908	01230070504919	01230070504920	01230070504931
01230070504942	01230070504953	01230070504964	

Il presente lodo, in formato nativo digitale, è trasmesso all'indirizzo pec: [protocollo@pec.anticorruzione.it](mailto:protocollo@pec.anticorruzione.it)

Roma, Catania, Latina, 9.10.2023

Prof. Avv. Ida Angela Nicotra – Presidente

Avv. Giovanni Malinconico – Componente

Avv. Carlo Contaldi La Grotteria – Componente