



N. R.G. 200109/2012



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di LATINA

I Sezione CIVILE

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Antonio Gabrielli
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **200109/2012** promossa da:

ICO S.R.L. C.F. 01846150595 elettivamente domiciliato in con il patrocinio dell'Avv. SIGNORE
MARIO (SGNMRA62M11F224L) VIA XXIV MAGGIO 8 BIS 04023 FORMIA;

ATTORE/I

contro

COMUNE DI PONZA (C.F. 81004890596), elettivamente domiciliato in VIA G.B. VICO 45
LATINA con il patrocinio dell'Avv. MIGNANO GIACOMO .

CONVENUTO/I

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come in atti.

RAGIONI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto di citazione notificato in data 07.02.2012, la Ico S.r.l. conveniva in giudizio, dinanzi l'intestato Tribunale – sez. distaccata di Gaeta, il Comune di Ponza, affinché fosse accertata la responsabilità di quest'ultimo per inadempimento dovuto ad errore progettuale del contratto di appalto sottoscritto in data 23.11.2010, dichiarata la risoluzione del contratto, e condannato il Comune al risarcimento del danno patito.

A sostegno della domanda spiegata, la società attrice adduceva il contratto di appalto del 23.11.2010 avente ad oggetto la “realizzazione di una sala per attività socio-culturale, sportiva e convegnistica” sull'Isola di Ponza, in Località La Piana, su un terreno riportato in Catasto al Foglio n. 6, particelle nn. 105, 104, 117 e 519, dalla stessa aggiudicato in applicazione del criterio del prezzo più basso, per il corrispettivo netto di € 770.632,78.

Deduceva l'attrice che, in seguito all'aggiudicazione, nelle more della sottoscrizione del contratto, il Comune di Ponza, con verbale del 08.11.2010, prot. 13913/LLPP, vistato dal RUP, aveva eseguito la



consegna dei lavori in via d'urgenza, dando atto di aver verificato la corrispondenza tra i dati di progetto e le condizioni locali, eseguendo accertamenti di misure, tracciamenti e ricognizioni ed indicando i siti di impianto delle principali opere, nonché di avere riscontrato misure e disponibilità delle aree sulle quali dovevano eseguirsi i lavori, precisando, infine, l'inizio della decorrenza del termine di gg 550 per la consegna dei lavori.

Precisava, quindi, che, sottoscritto il contratto in data 23.11.2010, aveva proceduto all'acquisto di beni strumentali ed attrezzature necessarie per il cantiere e, più precisamente, di una intonacatrice REV DRY 220V al prezzo di € 5.280,00 e di un motogeneratore, mod GBVW15P Ft Passari & Cilia al prezzo di € 6.600,00 incaricando un tecnico, Ing. Simonelli, ed il proprio dipendente, Arch. Rizzi di seguire il cantiere. Aveva, quindi, dato inizio ai lavori di cantierizzazione, facendo eseguire dalla S.r.l. Ediltecnica, nel mese di gennaio 2011, i lavori di spianamento dell'area, per un costo di € 30.000,00. Tuttavia, eseguito lo spianamento, veniva informata dall'Ing. Simonelli dell'impossibilità di eseguire i lavori, in quanto l'area sulla quale realizzare la costruzione era risultata di consistenza inferiore rispetto a quella indicata nel progetto.

Deduceva che, accertato l'errore progettuale, il RUP, con nota prot. n. 1124 del 11.02.2011, aveva autorizzato la Direzione dei Lavori a redigere una variazione planimetrica da presentare alla Regione Lazio e che, nella medesima data, la D.L. aveva disposto la sospensione delle attività di cantiere, rappresentando che, con nota prot. n. 1125, il RUP aveva richiesto alla Regione il nulla osta alla variante, in quanto la zona era sottoposta a vincolo. Aggiungeva che, in seguito, con nota prot. n. 2535 del 7.04.2011 inviata alla Regione Lazio, lo stesso RUP aveva sostituito gli elaborati già presentati.

Rappresentava di aver sollecitato più volte, e senza esito, il Comune alla ripresa dei lavori e che, decorsi ben 265 gg dalla consegna dei lavori e 138 gg dalla sospensione, in data 30.06.2011, con atto notificato dal proprio legale, aveva contestato al Comune l'inadempimento al contratto di appalto, chiedendone, pertanto, la risoluzione, con rimborso delle spese sostenute e il risarcimento del danno nella misura del 10 % dei lavori non eseguiti e lo svincolo dalle polizze. Non avendo ricevuto riscontro, si era, quindi, determinata all'attivazione del presente giudizio, chiedendo all'Autorità adita di *“a) accertare la responsabilità e/o inadempimento del Comune di Ponza per errore progettuale nel contratto di appalto sottoscritto dalla s.r.l. ICO in data 23 novembre 2010 per la realizzazione di una sala per attività socio-culturali, sportive e convegnistica” in località La Piana, sul terreno al foglio 6 particelle n. 105, 104, 117 e 519; b) dichiarare pertanto risolto il contratto di appalto per fatto e colpa del Comune di Ponza e condannarlo di conseguenza al rimborso- risarcimento del danno in favore della società appaltatrice per tutte le voci esposte nell'atto introduttivo nella misura di € 151.510,29, o di quella somma ritenuta di Giustizia da liquidarsi per alcune voci in via equitativa, oltre IVA,*



interessi moratori ex D.Lgs.vo 231/2002 e/o rivalutazione monetaria a titolo di maggior danno ed interessi sulla somma rivalutata c) con vittoria delle spese di lite”.

Nell’atto introduttivo del giudizio, in relazione all’Autorità adita, la società Ico S.r.l. rappresentava che, a dispetto di quanto previsto nel bando di gara del 05.07.2010 - nel quale veniva espressamente chiarito che il contratto di appalto non avrebbe contenuto la clausola compromissoria, di talché doveva ritenersi escluso il ricorso all’arbitrato per la definizione delle controversie nascenti dal contratto – l’art. 6 del contratto di appalto prevedeva che *“Eventuali controversie tra committente ed appaltatore, ai sensi degli art.li 150 e 151 del DPR n. 554/99 saranno devolute alla decisione di apposito collegio istituito presso la Camera Arbitrale, con le modalità di cui all'art 32 della legge 109/94”*; che, tuttavia, tale previsione doveva ritenersi nulla in quanto contrastante con il bando di gara, da ritenersi *lex specialis*.

Con comparsa di costituzione del 4.05.2012, si costituiva in giudizio il Comune di Ponza, eccependo, preliminarmente, l’improcedibilità della domanda per mancato esperimento del tentativo obbligatorio di mediazione. Sempre in via preliminare, il Comune eccepeva l’inammissibilità della domanda, atteso che, sulla scorta dell’art. 6 del contratto di appalto, unico soggetto competente a dirimere la controversia doveva ritenersi il Collegio Arbitrale. In particolare, il Comune deduceva la legittimità della previsione contrattuale di deroga al contenuto del bando, sul presupposto della natura di fonte obbligatoria tra le parti e ben potendo novare il contenuto del bando senza incorrere in alcuna forma di invalidità.

Nel merito, invece, il Comune faceva rilevare l’infondatezza delle avverse pretese, rappresentando come la sospensione dei lavori fosse dovuta all’intervenuto sequestro dell’immobile da parte dell’Autorità giudiziaria - che aveva erroneamente ritenuto che l’area individuata per la costruzione non fosse proprietà comunale, ma privata – e non, invece, al dedotto errore progettuale.

In ogni caso, il Comune deduceva un concorso di colpa della società attrice, la quale, nel processo verbale di consegna dei lavori, aveva compiuto una ricognizione del progetto e dello stato dei luoghi, non sollevando, tuttavia, alcuna obiezione in ordine alla legittimità degli stessi.

Il convenuto formulava, poi, istanza ex art. 269 c.p.c. al fine di posticipare la prima udienza di comparizione per consentire la citazione in giudizio dei tecnici addetti alla progettazione e direzione dei lavori, Ing. Nicola Bosco e Arch. Tommaso Agnoni, così da essere manlevato dalle pretese attoree nell’eventualità di un loro accoglimento.

La causa veniva istruita mediante concessione dei termini di cui all’art. 183 co. 6, c.p.c. e Consulenza tecnica d’ufficio, redatta a cura del perito nominato, Ing. Andrea Pignataro.



In seguito all'assegnazione del fascicolo al Giudice Istruttore Dott. Antonio Gabrielli, all'udienza del 16.09.2021 la causa veniva trattenuta in decisione con concessione dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica.

Ciò detto, risulta priva di fondamento l'eccezione preliminare di parte convenuta in ordine al mancato esperimento del tentativo di mediazione, non rientrando l'oggetto del presente giudizio tra quelli di cui all'art. 5, D.Lgs. n. 28/2010 per i quali l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Deve, invece, ritenersi fondata l'ulteriore eccezione preliminare di inammissibilità e/o improcedibilità fondata sul presupposto della competenza arbitrale risultante dal contratto di appalto.

Sul punto, invero, l'art. 6 del contratto di appalto sottoscritto tra le parti in data 23.11.2010 (allegato ad entrambi i fascicoli di parte) è chiaro nel devolvere, ex artt. 150 e 151 DPR 554/99, ogni eventuale controversia relativa al suddetto contratto *“alla decisione di apposito collegio istituito presso la Camera Arbitrale, con le modalità di cui alla legge 109/94”*.

La clausola così richiamata, inserita nel contratto e accettata da entrambe le parti, costituisce inequivoca estrinsecazione della volontà dei contraenti di avvalersi della competenza arbitrale e determina la sussistenza di un valido accordo scritto ai sensi dell'art. 808 c.p.c.

Non possono, sul punto, condividersi le deduzioni di parte attrice volte a rappresentare la nullità di detta clausola in ragione di quanto previsto nel bando di gara del 05.07.2010, che, ai sensi dell'art. 241, co. 1-bis, D.Lgs 163/2006, escludeva dal contratto di appalto che si sarebbe stipulato con l'impresa aggiudicataria la presenza della clausola compromissoria, rifiutando, quindi, il ricorso all'arbitrato per la definizione delle controversie nascenti dal rapporto contrattuale.

Ed infatti, quand'anche una clausola del bando escluda la competenza arbitrale, detta previsione non inficia, in alcun modo, la validità e l'efficacia del contratto d'appalto successivamente stipulato in difformità, rimanendo nella disponibilità delle parti, in seguito all'espletamento della gara e alla conclusione della fase tipicamente pubblicistica, optare per una diversa valutazione in merito alla definizione delle eventuali controversie rispetto a quella operata al momento dell'emissione del bando.

Deve, pertanto, escludersi che tale modifica possa rappresentare una causa di invalidità della clausola compromissoria per contrarietà al bando di gara, il quale, in relazione all'opzione per le modalità di definizione delle controversie, non può vincolare o limitare l'autonomia negoziale delle parti.

Del resto - seppure trattasi di questione non prospettata dalla parte attrice - neppure può ritenersi che la modifica in tal senso operata rispetto al contenuto del bando di gara possa in qualche modo condurre ad una violazione del principio di pari e libera concorrenza degli operatori interessati a contrattare con la Pubblica Amministrazione. E ciò in quanto le clausole del bando o di un capitolato speciale che, se



modificate successivamente, conducono ad una violazione del principio di libera concorrenza, appaiono essere quelle attinenti all'oggetto del contratto (quali, ad esempio, quelle relative alla descrizione dell'appalto, all'importo complessivo, al pagamento delle prestazioni, ai termini di esecuzione) e alle modalità di presentazione e apertura dell'offerta (quali, ad esempio, quelle relative alle condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione, alle cauzioni, al criterio di aggiudicazione, alle varianti), di talché, deve ritenersi che esulino dalle previsioni che potrebbero modificare il comportamento degli operatori privati - falsando la concorrenza o comportando illegittime esclusioni - quelle che, in ordine a eventuali controversie che dovessero insorgere in sede di esecuzione del contratto, ne prevedano la devoluzione all'autorità giudiziaria ordinaria ovvero ad un collegio arbitrale.

Rientra, quindi, nell'autonomia contrattuale delle parti, in qualsiasi momento, la facoltà di compromettere in arbitri, piuttosto che al giudice ordinario, la risoluzione di controversie derivanti dal contratto, senza che a ciò possa costituire ostacolo la clausola contraria contenuta nel bando di gara.

A conferma di tale assunto, sul presupposto dell'autonomia negoziale delle parti, la Corte di Cassazione ha ritenuto valida finanche la clausola compromissoria oggetto di stipulazione separata e successiva rispetto all'originario contratto di contenuto contrario (Sez. 1, 11.07.2003, n. 10910). Ne deriva, quindi, che il ricorso alla procedura arbitrale deve considerarsi ammissibile anche quando le parti abbiano escluso la competenza arbitrale nel contratto di appalto, ma successivamente abbiano concordato, attraverso apposite determinazioni negoziali, di compromettere in arbitri una controversia nascente da detto contratto. Del resto, l'art. 808 c.p.c. riconosce alle parti la facoltà di prevedere la clausola compromissoria nel contratto originario o in atto separato.

A fortiori, dunque, la clausola compromissoria deve ritenersi valida nel caso che ci occupa.

Peraltro, coerentemente al principio affermato dalla Suprema Corte secondo cui il requisito della forma scritta è soddisfatto quando la volontà negoziale di rimettere la causa ad arbitri è contenuta in un contratto d'appalto recante clausola puntuale di richiamo a norma regolamentare che prevede l'espletamento di arbitrato (cfr. Cass. Civ. I Sez., 19.03.2004, n. 5540), occorre rilevare che, nella specie, la clausola compromissoria, contenuta nel contratto di appalto deve considerarsi valida ed efficace, dato che richiama gli artt. 150 e 151 del D.P.R. 554/99 e 32 della L. 109/94.

Inoltre, la clausola - menzionata all'art. 6 del contratto di appalto - risulta validamente sottoscritta da entrambe le parti, per aver le stesse apposto le proprie sottoscrizioni in calce al contratto e a margine di ciascuna pagina, di talché la clausola può ritenersi approvata ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c.

Inoltre, neppure può ritenersi applicabile alla fattispecie che ci occupa la modifica apportata all'art. 241, D.Lgs 163/2006, dall'art. 1, co. 19, L. 190/2012 (attualmente, invero, abrogato dall'art. 217, co. 1,



D.Lgs. 50/2016), con cui si è sancita, con un'interpretazione pacificamente retroattiva per via del disposto di cui all'art. 1, co. 25, L. 190/2012, la nullità (rectius, inefficacia sopravvenuta per effetto dell'interpretazione costituzionalmente orientata della Corte costituzionale con pronuncia n. 118/2015) della clausola compromissoria non preventivamente autorizzata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione (atteso che, nel caso di specie, non vi è prova di tale autorizzazione preventiva).

Ed infatti, fermo restando che l'operatività di tale fattispecie non è stata eccepita da parte attrice a sostegno della dedotta nullità della clausola compromissoria – risultando precluso a questo Giudice un rilievo d'ufficio dell'inefficacia sopravvenuta – va, ad ogni modo, rilevato che il presente giudizio risulta incardinato in data antecedente all'entrata in vigore della predetta modifica legislativa attuata con Legge Anticorruzione, fissata al 28.11.2012, - circostanza, in ogni caso, ostativa a tale applicazione.

Andrà invece applicata il testo vigente all'epoca dei fatti contenente anche l'inserito n. 1 bis dell'art.241, in particolare tale modifica ha reso inequivocabile come fosse possibile modificare (anche unilateralmente dal solo aggiudicatario) la clausola compromissoria contenuta nel bando di gara, dichiarando di non accettare la stessa.

E' vero che espressamente si fa riferimento all'ipotesi inversa a quella oggetto di causa, ma comunque il principio affermato è che (in relazione alla clausola compromissoria) non necessariamente deve esservi coincidenza tra il bando di gara ed il contratto, prevalendo la volontà espressa dalle parti , quindi nessuna prevalenza della lex specialis in materia di clausola compromissoria rispetto al contratto.

Sulla scorta delle motivazioni anzidette, quindi, la clausola compromissoria contenuta nel contratto di appalto del 23.11.2010 deve ritenersi valida ed operante.

Si evidenzia, peraltro, che alcuna tacita rinuncia alla cognizione arbitrale della presente controversia può desumersi dalle difese di parte convenuta, la quale, fin dalla propria costituzione in giudizio, e finanche in sede di comparsa conclusionale, ha eccepito l'inammissibilità ovvero l'improcedibilità della domanda attorea, invocando la competenza arbitrale.

In difetto di espressioni qualificanti delle parti utili sul punto ad individuare la volontà delle stesse, l'incertezza interpretativa va risolta nel senso che esse abbiano inteso prevedere un arbitrato rituale, atteso che, per condivisibile orientamento giurisprudenziale, la Pubblica amministrazione non può avvalersi, per la risoluzione delle controversie derivanti da contratti conclusi con privati, dello strumento del cd. arbitrato irrituale o libero, in quanto, in tal modo, il componimento della vertenza verrebbe ad essere affidato a soggetti (gli arbitri irrituali) che, oltre ad essere individuati in difetto di qualsiasi procedimento legalmente determinato e, pertanto, senza adeguate garanzie di trasparenza e



pubblicità della scelta, sarebbero pure destinati ad operare secondo modalità parimenti non predefinite e non corredate dalle dette garanzie (Cass. S.U. 898772009; Cass. 28533/2018; più recentemente, Cassazione civile sez. III, 08/04/2020, n.7759).

L'accertata validità della clausola compromissoria arbitrale , non comporta tuttavia l'accoglimento delle conclusioni di parte convenuta , in quanto trattandosi di arbitrato rituale va dichiarato il difetto di giurisdizione da parte di questo giudice e non l'improponibilità della domanda attorea.

Le spese possono essere rimesse al definitivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Latina, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando in persona del dott. Antonio Gabrielli, così provvede:

- dichiara il proprio difetto di Giurisdizione in favore del Collegio istituito presso la Camera Arbitrale competente per territorio.
- Spese tutte rimesse al definitivo.

Latina, 22 dicembre 2022

Il Giudice
dott. Antonio Gabrielli

