



CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

Prima Sezione Civile

REPUBBLICA ITALIANA

In nome del popolo italiano

La Corte di Appello di Napoli, prima sezione civile, riunita in camera di consiglio nelle persone dei magistrati:

- | | |
|-----------------------------------|-----------------------|
| 1) Dr. Fulvio Dacomo | Presidente; |
| 2) Dr. Antonio Mungo | Consigliere; |
| 3) Dr. Francesco Gesùè Rizzi Ulmo | Consigliere relatore; |

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile in grado di appello iscritta al n° 377/17 R.G., riservata in decisione all'esito delle note scritte delle parti, depositate, ai sensi dell'art. 221 comma 4 L. n° 77/20, in sostituzione dell'udienza collegiale del 13.4.2022, ed avente ad oggetto impugnativa di lodo arbitrale, tra:

- Comune di Capua (partita IVA: 00150590610), in persona del Sindaco pro-tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Di Benedetto (C.F.: DBNNCL71A06F352J), presso il cui studio elettivamente domicilia in Santa Maria Capua Vetere (CE), alla Via Carlo Santagata n° 73

- impugnante-

e

- Esarf Costruzioni s.r.l. (C.F.: 02839240617), in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Fiorillo (C.F.: FRLPQL55A04I234P), elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Luca Siniscalchi in Napoli, al Corso Umberto In° 23

-impugnata-





Svolgimento del processo e conclusioni delle parti

La Esarf Costruzioni s.r.l. attivava procedimento arbitrale nei confronti del Comune di Capua per la risoluzione di una controversia scaturente dalla esecuzione dei lavori di realizzazione del primo lotto del parcheggio interrato di Piazza Umberto I in virtù di contratto di appalto stipulato in data 21.12.2006 tra il Comune di Capua ed essa Esarf Costruzioni s.r.l.

In particolare, la società appaltatrice deduceva di aver eseguito *“ulteriori lavorazioni, non previste né dal progetto esecutivo né dalla perizia di miglioramento, ma, come detto, necessarie alla esecuzione dell’opera a perfetta regola d’arte”*, per complessivi euro 240.665,63, oltre IVA.

Depositata le memorie ed i documenti, ammessa ed espletata la prova per testi ed effettuata la CTU, il collegio arbitrale, con lodo del 22.12.2015, accoglieva parzialmente la domanda dell’Eсарf Costruzioni s.r.l., così statuendo:

“- dichiara il diritto della Esarf Costruzioni s.r.l. a vedersi corrispondere dal Comune di Capua il corrispettivo delle opere ulteriori, dei maggiori costi sostenuti e delle diverse modalità realizzative richieste nell’esecuzione del contratto di appalto del 21/12/2006, così come accertate nel corso del procedimento arbitrale e, per l’effetto,

- condanna il Comune di Capua a pagare, in favore della Esarf Costruzioni s.r.l., per le citate causali, l’importo di € 52.424,98 (diconsi euro cinquantaduemilaquattrocentoventiquattro/28) oltre rivalutazione monetaria, anno per anno, a decorrere dalla data del collaudo, ossia il 23.11.2010, e sino alla data di deposito del presente lodo. Il tutto per € 55.832,60 (diconsi euro cinquantacinquemilaottocentotrentadue/60), oltre interessi legali con decorrenza dalla presentazione della domanda di arbitrato, ossia il 14.11.2013 e sino all’effettivo soddisfo.

- Compensa per metà le spese di lite e condanna il Comune di Capua al pagamento, in favore della Esarf Costruzioni s.r.l., della restante metà, che liquida (per tale frazione), avuto riguardo alla somma attribuita alla Esarf Costruzioni s.r.l. ex artt. 4 e 5 D.M. 10 marzo 2014 n. 55, in € 7.000,00 oltre rimborso spese generali come per legge, IVA e CPA (...).”

...

Contro tale pronuncia ha proposto impugnazione il Comune di Capua per sentire accogliere le seguenti conclusioni:

1) in via preliminare sospendere ex art. 830 c.c. l’efficacia del lodo;





- 2) accertare e dichiarare la nullità del lodo arbitrale reso nel giudizio promosso da Esarf Costruzioni S.r.l. contro il Comune di Capua, pronunciato il 22.12.2015 e sottoscritto in pari data da tutti i componenti del Collegio Arbitrale, per inesistenza e/o nullità e/o inefficacia e/o invalidità della convenzione d'arbitrato contenuta nell'art. 48 del Capitolato Speciale d'Appalto, ma esclusa dall'art. 12 del bando di gara e dall'art. 14 del contratto di appalto;
- 3) condannare la Esarf Costruzioni s.r.l. al pagamento, in favore del Comune di Capua, delle spese del giudizio arbitrale nonché al pagamento dei compensi degli Arbitri e delle spese di funzionamento del Collegio Arbitrale;
- 4) condannare la medesima società al pagamento, in favore del Comune di Capua, delle spese del presente giudizio di impugnazione.

...

Si è costituita in giudizio la Esarf Costruzioni s.r.l. chiedendo, in via preliminare, il rigetto dell'istanza di sospensione dell'efficacia del lodo arbitrale e, nel merito, di accertare l'infondatezza dei motivi di impugnazione spiegati e, per l'effetto, rigettare il gravame avverso il lodo.

...

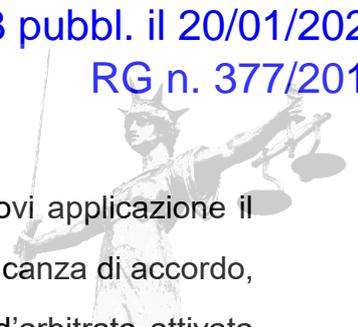
All'udienza del 3.5.2017 il Comune di Capua rinunciava all'istanza di sospensione ed il processo veniva rinviato per la precisazione delle conclusioni; quindi, mediante note scritte disposte, ai sensi dell'art. 221 comma 4 L. n° 77/20, in sostituzione dell'udienza del 13.4.2022, si è proceduto alla precisazione delle conclusioni dinanzi al collegio, all'esito delle quali la causa è stata assegnata in decisione con ordinanza emessa in pari data, con scambio delle comparse conclusionali e delle memorie di replica nei termini previsti dall'art. 190 c.p.c.

Ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con un unico motivo di impugnazione il Comune di Capua ripropone l'eccezione di invalidità della convenzione d'arbitrato già sollevata dinanzi al collegio arbitrale e da quest'ultimo rigettata con il lodo che ha definito il procedimento.

A fondamento del proprio motivo di impugnazione l'ente comunale evidenzia che l'art. 12 del bando di gara esclude espressamente la possibilità di ricorrere agli arbitri ("è esclusa la competenza arbitrale") e che lo stesso contratto d'appalto stipulato in data 21.12.2006 tra esso Comune di Capua e l'Esarf Costruzioni s.r.l. non prevede alcuna convenzione





d'arbitrato, ma anzi stabilisce, all'art. 14, che in caso di controversie trovi applicazione il procedimento bonario di cui all'art. 240 del d.lgs. n° 163/06 e che, in mancanza di accordo, la controversia sia devoluta al giudice amministrativo: la convenzione d'arbitrato attivata dall'Esarf è prevista esclusivamente dall'art. 48 del capitolato speciale d'appalto, ma, per giurisprudenza costante, nel contrasto tra bando di gara e capitolato speciale d'appalto prevale il primo.

Il motivo è fondato.

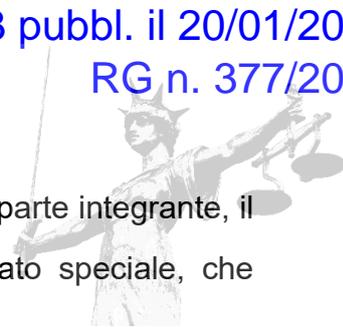
Come ripetutamente evidenziato dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, il bando costituisce la legge speciale del procedimento e, nel caso di contrasto tra le sue disposizioni e quelle del capitolato speciale o del disciplinare di gara, il conflitto deve essere risolto attribuendosi la prevalenza alle clausole del bando, laddove le disposizioni del capitolato o del disciplinare possono soltanto *integrare, ma non modificare* le prime (cfr. Consiglio di Stato, sez. 5, n° 7573/22, il quale precisa pure che il bando ha non solo la funzione di "scoprire" le regole fondamentali della procedura, ma ha anche la funzione precontrattuale di predefinire sul piano sostanziale, l'oggetto del contratto e le relative prestazioni; cfr., ancora, Consiglio di Stato, sez. 5, n° 6286/05).

È stato anche precisato che l'integrazione delle clausole del bando non può tradursi in una modificazione del contenuto essenziale del contratto, quale emerge dalle condizioni riportate nel bando di gara, risultando altrimenti alterato il risultato della procedura, tanto nel caso in cui le nuove condizioni siano più favorevoli all'aggiudicatario, restando in tal modo penalizzati i concorrenti che di quelle facilitazioni non abbiano potuto tener conto nella formulazione della propria offerta, quanto nel caso in cui esse appaiano più gravose, non potendo costringersi l'aggiudicatario ad accollarsi oneri non valutati al momento dell'offerta (cfr. Cass., sez. 1, n° 19433 del 18 dicembre 2003).

Da quanto detto consegue che, nel caso che qui ci occupa, tra la disposizione che esclude il ricorso all'arbitrato, contenuta nell'art. 12 del bando di gara ("è esclusa la competenza arbitrale"), e quella che invece prevede la convenzione d'arbitrato, contenuta nell'art. 48 del tale capitolato speciale, si deve ritenere prevalente la prima.

E' peraltro vero che, come evidenziato dal collegio arbitrale nel lodo impugnato e come evidenziato dall'Esarf Costruzioni s.r.l. nella comparsa di costituzione nel presente procedimento, il contratto d'appalto stipulato in data 21.12.2006 tra il Comune di Capua e





l'Esarf Costruzioni s.r.l. richiama espressamente, all'art. 1, quale propria parte integrante, il capitolato speciale di appalto, e quindi anche l'art. 48 di tale capitolato speciale, che contiene per l'appunto la convenzione d'arbitrato attivata dall'Esarf.

Ed è sicuramente vero che, come evidenza in motivazione Cass., sez. 1, n° 21592 del 13/10/2014: *“La sottoscrizione del contratto determina infatti il passaggio dalla fase amministrativa preordinata alla scelta del contraente, disciplinata dalle regole dell'evidenza pubblica, a quella privatistica attinente all'esecuzione dell'appalto, sottoposta alle norme di diritto comune, in virtù delle quali il rapporto tra l'appaltatore e l'Amministrazione committente resta assoggettato esclusivamente alle condizioni risultanti dal contratto sottoscritto dalle parti, non potendosi attribuire alcuna rilevanza al bando di gara, il cui contenuto deve ritenersi definitivamente superato per effetto dell'esaurimento della sua funzione”*.

Tuttavia, il citato art. 1 del contratto d'appalto stipulato in data 21.12.2006 tra il Comune di Capua e l'Esarf Costruzioni s.r.l. richiama, quale propria parte integrante, non solo il capitolato speciale di appalto, ma anche il bando di gara, che, come detto, all'art. 12 esclude espressamente la possibilità di ricorrere agli arbitri (*“è esclusa la competenza arbitrale”*).

Ne consegue che l'effettiva volontà delle parti, in relazione alla loro intenzione di deferire o meno agli arbitri le controversie relative all'esecuzione del contratto, non risulta affatto chiarita dal contratto di appalto tra di esse stipulato, ma anzi diviene viepiù oscura ed impenetrabile alla luce del contestuale richiamo a due disposizioni dal contenuto esattamente opposto e contrastante.

Ed allora non può che essere richiamato il principio che: *“Poiché il deferimento di una controversia al giudizio degli arbitri comporta una deroga alla giurisdizione ordinaria, in caso di dubbio in ordine alla interpretazione della portata della clausola compromissoria, deve preferirsi un'interpretazione restrittiva di essa e affermativa della giurisdizione statale, riconoscendosi non rientrare la domanda in contestazione nell'ambito della materia rimessa agli arbitri* (cfr. Cass., sez. 2, n° [22841](#) del 30/10/2007; conforme Cass., sez. 2, n° [22490](#) del 24/09/2018, la quale ha precisato che: *“In tema di arbitrato, il “favor” per la competenza arbitrale contenuto nella disposizione di cui all'art. 808 quater c.p.c. si riferisce ai soli casi in cui il dubbio interpretativo verta sulla “quantificazione” della materia devoluta*





agli arbitri dalla relativa convenzione e non anche sulla stessa scelta arbitrale compiuta dalle parti”).

Ne consegue che, nel caso che qui ci occupa, l'invalidità (o, meglio, l'inesistenza) della clausola d'arbitrato consegue sia dal principio della prevalenza delle clausole del bando di gara su quelle del capitolato speciale d'appalto e sia anche dal principio della prevalenza della giurisdizione statale su quella degli arbitri in caso di dubbio sull'interpretazione dell'effettiva volontà delle parti in proposito.

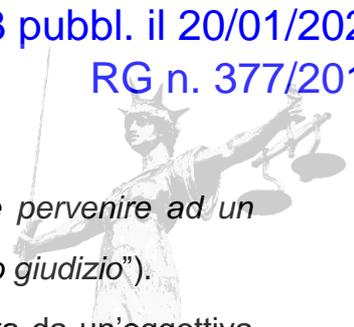
In conclusione, va dichiarata, ai sensi degli artt. 830 comma 1 e 829 comma 1 n° 1 c.p.c., la nullità del lodo per invalidità della convenzione d'arbitrato.

Non rientrando tale ipotesi tra quelle indicate nel comma 2 dell'art. 830 c.p.c., non vi è spazio per una decisione della controversia nel merito, tra l'altro correttamente non richiesta dalla parte impugnante.

...

Quanto alle spese processuali, essendosi pervenuti, all'esito del presente giudizio, ad un accoglimento dell'impugnazione e ad una conseguente dichiarazione di nullità del lodo arbitrale, devono essere liquidate, secondo il principio della soccombenza applicato all'esito globale del giudizio, non solo quelle del presente giudizio di impugnazione, ma anche quelle del procedimento arbitrale (cfr. Cass., sez. 1, n° [20399](#) del 25/08/2017: “*Anche nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale trova applicazione il principio, desumibile dall'art. 336, comma 1, c. p. c., secondo cui la riforma, anche parziale, della sentenza di primo grado ha effetto sulle parti dipendenti dalla parte riformata (cd. "effetto espansivo interno") e determina, pertanto, la caducazione del capo che ha statuito sulle spese di lite; ne consegue che il giudice di appello ha il potere-dovere di rinnovare totalmente, anche d'ufficio, il regolamento di tali spese, alla stregua dell'esito finale della causa*”; conforme Cass., sez. 1, n° [17631](#) del 10/08/2007: “*Anche nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale trova applicazione il principio, desumibile dall'art. 336, primo comma, cod. proc. civ., secondo cui la riforma, anche parziale, della sentenza di primo grado ha effetto sulle parti dipendenti dalla parte riformata (cd. "effetto espansivo interno") e determina, pertanto, la caducazione del capo che ha statuito sulle spese di lite; ne consegue che il giudice di appello ha il potere-dovere di rinnovare totalmente, anche d'ufficio, il regolamento*





di tali spese, alla stregua dell'esito finale della causa, potendo anche pervenire ad un provvedimento di compensazione, totale o parziale delle spese dell'intero giudizio").

Ciò posto, ritiene questa Corte che la peculiarità della vicenda, costituita da un'oggettiva insanabile contraddittorietà tra bando di gara e capitolato speciale di appalto, foriera di una indubbia confusione, e la considerazione che di tale contraddittorietà e confusione è stata causa determinante proprio l'ente comunale in questa sede impugnante, che ha predisposto i due menzionati atti insanabilmente contraddittori, costituiscano gravi ed eccezionali ragioni che giustificano la compensazione per intero delle spese processuali sia del procedimento arbitrale che del presente giudizio di impugnazione.

Per le medesime ragioni si ritiene di dover ripartire in misura uguale tra le parti i compensi e le spese spettanti agli arbitri, tra queste ultime comprese le spese di funzionamento del collegio arbitrale e le spese di consulenza tecnica d'ufficio: con la precisazione che la presente statuizione riguarda esclusivamente la ripartizione interna tra le parti delle dette voci, laddove invece la determinazione del *quantum* sia dell'onorario spettante agli arbitri che delle spese da essi sostenute, tra le quali quelle per il funzionamento del collegio arbitrale ma anche quelle di consulenza tecnica d'ufficio (l'onorario del consulente tecnico d'ufficio grava, nei rapporti con quest'ultimo, sugli arbitri che gli conferiscono l'incarico, i quali possono poi rivalersi sulle parti a titolo di spese da essi sostenute per l'opera prestata: cfr. Cass., sez. 1, n° [6736](#) del 21/03/2014), quand'anche, come nel caso di specie, effettuata dagli arbitri nel lodo, costituisce una mera proposta contrattuale predisposta dagli arbitri, che diviene vincolante per le parti solo se da esse accettata ai sensi dell'art. 814 c.p.c., laddove invece, in caso di mancata accettazione, essa non è vincolante per le parti, che non devono proporre sul punto impugnazione nei confronti del lodo, spettando piuttosto agli arbitri ricorrere al presidente del tribunale, ai sensi dell'art. 814 comma 2 c.p.c., la determinazione di tali spese ed onorari (cfr. Cass., sez. 1, n° [8306](#) del 01/09/1997; Cass., sez. 1, n° [20371](#) del 26/09/2014; Cass., sez. 1, n° [17034](#) del 23/06/2008).

Ne consegue che sulla determinazione del *quantum* di onorari e spese spettanti agli arbitri, tra queste ultime comprese quelle di funzionamento del collegio arbitrale e quelle di consulenza tecnica d'ufficio, nulla va statuito da questa Corte.

P.Q.M.

La Corte di Appello, prima sezione civile, così provvede:





- accoglie l'impugnazione e, per l'effetto, dichiara la nullità del lodo deliberato in data 22.12.2015 tra Esarf Costruzioni s.r.l. e Comune di Capua;
- dichiara interamente compensate tra le parti spese ed onorari del procedimento arbitrale e del presente giudizio di impugnazione;
- pone in misura uguale tra le parti i compensi e le spese spettanti agli arbitri, tra queste ultime comprese quelle di funzionamento del collegio arbitrale e quelle di consulenza tecnica d'ufficio, rimettendo la quantificazione di tali voci al procedimento previsto dall'art. 814 comma 2 c.p.c.

Napoli, così deciso all'esito della camera di consiglio del 18.1.2023.

Il Consigliere estensore

Francesco Gesùè Rizzi Ulmo

Il Presidente

Fulvio Dacomo

Arbitrato in Italia

...

