

N. R.G. 1173/2013



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sezione prima civile

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Marina Anna Tavassi	Presidente
dr. Maria Iole Fontanella	Consigliere
dr. Silvia Brat	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. 1173/2013 promossa in grado d'appello

da

[REDACTED] (C.F. [REDACTED]), con il
patrocinio degli avv.ti [REDACTED] e [REDACTED], elettivamente
domiciliata in [REDACTED] 20123 Milano, presso i difensori

appellante

contro

[REDACTED]
[REDACTED] (C.F. [REDACTED]), con il patrocinio degli avv.ti [REDACTED]
[REDACTED], elettivamente domiciliata in [REDACTED] 20121 Milano presso i difensori

appellata

avente ad oggetto: Impugnazione di lodi nazionali (art. 828 c.p.c.)

sulle seguenti conclusioni:

pagina 1 di 26



conclusioni per [REDACTED]

Voglia la Corte d'Appello Ecc.ma

- emessa ogni più opportuna pronuncia, condanna e declaratoria;

- ogni diversa domanda o eccezione disattesa;

- rigettata l'eccezione preliminare *ex adverso* sollevata di inammissibilità dell'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto;

- dichiarare la nullità dell'impugnato lodo reso il [REDACTED] con l'opinione dissenziente del Prof. Avv. [REDACTED], e conseguentemente, giudicando nel merito *ex art.* 830 secondo comma c.p.c., accogliere – previa eventuale istruttoria – le conclusioni proposte da [REDACTED] nel procedimento arbitrale, parte delle quali riprodotte nel seguito intendendosi rinunciate quelle non qui riprodotte, rigettando le domande della convenuta e dichiarando inammissibili sue eventuali domande nuove;

In via istruttoria:

Si chiede l'ammissione dei seguenti capitoli di prova per testi:

- 1) "Vero che [REDACTED] è stata informata della decisione del DAB con la lettera di [REDACTED] del 19 luglio 2007 prodotta sub doc. 2 che si rammostra";
- 2) "Vero che [REDACTED] è stata informata della transazione raggiunta da [REDACTED] e [REDACTED] in ordine alle "Notices of Dissatisfaction" sulla decisione del DAB a seguito della lettera di [REDACTED] del 19 luglio 2007 prodotta sub doc. 2 che si rammostra";
- 3) "Vero che il mancato pagamento da parte di [REDACTED] della quota parte di *advance payment* di Euro 1.500.000 a valere su di un pagamento di Euro 6.000.000 effettuato nel mese di gennaio/febbraio 2006, di cui a pag. 131 della relazione del CTU, che si rammostra, ha generato difficoltà finanziarie al cantiere ed impedito la prosecuzione delle opere elettromeccaniche come da programma";

Si indicano a testi i Signori:

- [REDACTED], domiciliato in Monza, su tutti i capitoli sopra indicati da 1) a 3);
- 4) "Vero che il documento denominato "*non conformity register*" prodotto sub 39, che si rammostra, indica le difformità esistenti alla data di estromissione di [REDACTED] dal cantiere";
 - 5) "Vero che a tale data i lavori erano in corso";

pagina 2 di 26



6) "Vero che, di prassi, difformità quali quelle indicate nel "non conformity register" vengono sanate in itinere nel corso ordinario dei lavori sino al collaudo";

7) "Vero che alla data di estromissione di [REDACTED] dal cantiere [REDACTED] aveva maturato ritardi, come anche indicato a pag. 151 della relazione del CTU che si rammostra al teste";

8) "Vero che il ritardo di [REDACTED] era recuperabile in termini contenuti";

9) "Vero che il progetto delle opere elettromeccaniche elaborato da [REDACTED] è stato utilizzato anche da [REDACTED]";

10) "Vero che i sistemi di distribuzione idraulica avevano subito un test con esito positivo come da documenti esibiti in corso di CTU ("notices to check" prodotti nel corso della CTU con le Note in replica di [REDACTED] del 9 ottobre 2009" e quale doc. 40 di AAT) che si rammostrano";

Sul capitolo 10) si indicano a testi i Sigg. [REDACTED], residente in Milano, e [REDACTED], residente in Milano; [REDACTED] domiciliato in Monza, su tutti i capitoli sopra indicati da 4) a 10).

11) "Vero che [REDACTED] continua a trattenere le ritenute di garanzia su tutti i pagamenti effettuati ad [REDACTED]";

12) "Vero che [REDACTED], nel prendere possesso degli uffici di [REDACTED] in [REDACTED] si è anche impossessata di tutta la documentazione tecnica presente, inclusi disegni, *as built drawings*, e manuali".

Sui capitoli 11) e 12) sopra indicati si indica a teste il sig. [REDACTED], domiciliato in Monza.

Si chiede che la Corte d'Appello adita voglia disporre la nomina di un CTU per accertare alla luce del *non-conformity register* i vizi delle opere di competenza [REDACTED] al momento della risoluzione.

- Si chiede che vengano respinte le istanze istruttorie che fossero avanzate da controparte, e che l'esponente sia ammessa a prova contraria sulle prove dedotte da controparte che fossero accolte.

Si chiede che vengano emessi i seguenti ordini di esibizione di documenti:

- ingiungere a [REDACTED] di esibire tutta la documentazione relativa alle procedure contenziose e/o ai negoziati intercorsi con [REDACTED] ed alla loro conclusione;

- ingiungere a [REDACTED] di esibire tutta la documentazione relativa alle procedure contenziose e/o ai negoziati intercorsi con [REDACTED] ed alla loro conclusione, ivi inclusa tutta la corrispondenza intercorsa riguardo alla negoziazione, conclusione ed esecuzione della transazione del 18 maggio 2007, con tutta la documentazione relativa ai pagamenti eseguiti in esecuzione di tale transazione, e le eventuali garanzie concesse e linee di credito aperte nel contesto di tale transazione da istituti bancari;

- ingiungere a [REDACTED] di esibire tutta la documentazione relativa al pagamento dell'anticipo di Euro 6 milioni occorso nel mese di gennaio o febbraio 2006, o intorno a tale data.

Nel merito:



Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello, assunta ogni più opportuna pronunzia, condanna e declaratoria, ogni diversa domanda, eccezione e deduzione respinta, previo annullamento del lodo arbitrale:

giudicando la lite nel merito:

1. Accertare e dichiarare l'illegittimità ed invalidità della risoluzione contrattuale intimata da [REDACTED] e di conseguenza:

a) Condannare [REDACTED] a pagare ad [REDACTED] il corrispettivo dovuto per lavori base ed in variante eseguiti alla data della estromissione di [REDACTED] dal cantiere (e relativi maggiori oneri riconosciuti dal DAB), e materiali in giacenza cantiere di cui [REDACTED] si è impossessata, per l'importo determinato dal CTU di Euro 8.095.730,49;

b) Condannare [REDACTED] a restituire ad [REDACTED] la somma di Euro 3.621.348 indebitamente incassata a seguito dell'escussione delle fideiussioni;

c) Condannare [REDACTED] a risarcire [REDACTED] di ogni danno subito per effetto dell'illegittima risoluzione del contratto, ivi incluso il pregiudizio conseguente alla mancata impugnazione della decisione del *Dispute Adjudication Board*, anche sotto il profilo della perdita di chances e alla dissoluzione dell'azienda [REDACTED] di [REDACTED];

4. In ogni caso condannare [REDACTED] al pagamento in favore di [REDACTED] di rivalutazione ed interessi al tasso previsto ex art. 5 d. lgs. 231/2002, dal 18 dicembre 2006 al saldo, sulle somme dovute.

5. Respingere tutte e ciascuna delle domande *ex adverso* proposte, ivi incluse le domande declaratorie di responsabilità contrattuale, risarcitorie e restitutorie, e le domande di condanna al pagamento di penali contrattuali.

In subordine rispetto al totale annullamento del lodo:

1. dichiarare la nullità dei seguenti capi del lodo (o di quelli ritenuti di giustizia), relativi a: (i) esclusione del diritto di [REDACTED] a richiedere il danno derivante dalla rinuncia di [REDACTED] ai crediti di [REDACTED] (capo 43 del lodo); (ii) determinazione dei danni da ritardo e per vizi (capo 50 del lodo); (iii) determinazione delle penali da ritardo (capo 51 del lodo); (iv) determinazione del costo di completamento delle opera (capo 52 del lodo); (v) compensazione (capo 44 del lodo); e di conseguenza:

2. dichiarare che non è dovuto risarcimento per danni da ritardo;



3. dichiarare che il risarcimento per vizi è dovuto solo ed esclusivamente in relazione ai vizi indicati nel *Non conformity register*;

4. dichiarare che la penale da ritardo non può essere riaddebitata ad [REDACTED] e comunque non può eccedere il 10% del valore delle opere elettromeccaniche e deve essere ulteriormente ridotta tenuto conto del concorso di [REDACTED] nei ritardi;

5. dichiarare che il risarcimento dovuto in relazione a spese di completamento delle opere può essere disposto solo per danni che siano conseguenza diretta e prevedibile dell'asserito inadempimento e per l'effetto dichiarare che nulla è dovuto a tale titolo;

6. condannare comunque [REDACTED] al pagamento del corrispettivo dovuto per lavori base ed in variante eseguiti alla data della estromissione di [REDACTED] dal cantiere (e relativi maggiori oneri riconosciuti dal DAB), e materiali in giacenza cantiere di cui [REDACTED] si è impossessata, per l'importo determinato dal CTU di Euro 8.095.730,49 e alla restituzione dell'importo di Euro 3.621.348 incassato da [REDACTED] con l'escussione delle fidejussioni, a cui devono aggiungersi interessi, al tasso previsto ex art. 5 d.lgs 231/2002, dal 18 dicembre 2006 al saldo;

7. dichiarare, in ogni caso, che i crediti di [REDACTED] diversi dai vizi delle opere e dai danni da ritardo accertati dal CTU al momento della risoluzione non possono essere compensati con i crediti di [REDACTED] e devono subire la falcidia concordataria.

In ogni caso con vittoria di spese e competenze di lite del presente procedimento e di quello arbitrale.

conclusioni per [REDACTED]

[REDACTED]:

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Milano, *contrariis reiectis*, così giudicare:

- dichiarare inammissibile e comunque rigettare l'impugnazione proposta avverso il lodo rituale sottoscritto in data [REDACTED], dal Collegio Arbitrale composto dai Prof. Avv. [REDACTED] e, conseguentemente,
- confermare integralmente il lodo impugnato;

Nel denegato caso di annullamento, anche solo parziale, del lodo impugnato e di apertura del giudizio rescissorio, rigettare in quanto infondate in fatto e in



diritto e comunque non provate, tutte le domande formulate, anche in via istruttoria, dalla società impugnante, richiamate integralmente tutte le difese, domande, istanze, eccezioni e deduzioni svolte da [REDACTED] e, per l'effetto, accogliere le conclusioni rassegnate nel procedimento arbitrale che qui, per comodità della Corte d'Appello, si trascrivono (modificando il solo riferimento al Collegio arbitrale, di seguito sostituito con "Codesta Corte"):

Voglia Codesta Corte, rigettata e disattesa ogni diversa domanda, istanza e eccezione, occorrendo, previo accoglimento delle istanze istruttorie di [REDACTED] non ammesse, in via principale,

dichiarare inammissibili e comunque rigettare tutte le domande avversarie in quanto infondate in fatto e in diritto;

accertare e dichiarare che il residuo credito di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] a titolo risarcitorio e/o restitutorio, considerato l'avvenuto pagamento (di cui infra) dell'importo capitale di Euro 3.390.347,45 da parte di [REDACTED], all'esito di un giudizio tuttora sub iudice, è complessivamente pari ad almeno Euro 50.000.000,00, oltre ad interessi e rivalutazione dalla domanda fino all'effettivo soddisfo;

- dato atto che [REDACTED], in virtù delle garanzie "performance bond" e "advance payment bond" del 13 dicembre 2002 e all'esito della procedura esecutiva instaurata contro la banca garante [REDACTED] in forza del decreto ingiuntivo n. [REDACTED] del [REDACTED] del Tribunale di [REDACTED], ha ottenuto l'importo capitale di Euro 3.390.347,45 e che la relativa causa di opposizione al decreto ingiuntivo pende tuttora avanti alla Corte d'Appello di [REDACTED], così come è attualmente pendente avanti al Tribunale di [REDACTED] altro giudizio fra [REDACTED] (quest'ultima chiamata in causa da [REDACTED] per ottenere la ripetizione, a titolo d'indebito, del suddetto importo), sicché il pagamento ricevuto in relazione alle garanzie "performance bond" e "advance payment bond" è ancora sub iudice, condannare [REDACTED], in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento dell'importo di almeno Euro 50.000.000,00 oltre ad interessi e rivalutazione dalla domanda fino all'effettivo soddisfo, e, per la denegata e non creduta ipotesi in cui [REDACTED] fosse condannata a restituire a [REDACTED], in tutto o in parte, la somma incassata, condannare [REDACTED], in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a pagare a [REDACTED] anche l'importo di Euro 3.390.347,45 o la diversa somma che quest'ultima dovesse essere condannata a restituire in esito ai suddetti giudizi pendenti, oltre a interessi e rivalutazione dalla domanda fino all'effettivo soddisfo;

In via subordinata, per la denegata ipotesi di accoglimento, anche parziale, delle domande avversarie,



*dichiarare comunque estinte per compensazione, per quanto di ragione, le opposte ragioni di credito e debito, ferma restando la condanna di [REDACTED] per la parte di debito residua;
condannare [REDACTED] al pagamento delle spese di arbitrato, ivi incluse quelle relative alla consulenza tecnica, e alla rifusione degli onorari, diritti e spese di difesa, incluse quelle del consulente tecnico di parte, oltre IVA, CPA e contributo forfetario spese generali nella misura di legge.”*

Concisa esposizione delle ragioni in fatto e in diritto

- 1) Con lodo emesso in data [REDACTED] gli arbitri decidevano la controversia introdotta da [REDACTED] (già [REDACTED]) contro [REDACTED] e tendente a: a) ottenere l'accertamento dell'inadempimento, da parte di [REDACTED], rispetto agli obblighi previsti dal contratto di subappalto, costituiti dal pagamento del corrispettivo dovuto per lavori base ed in variante alla data di estromissione di [REDACTED] dal cantiere; rispetto ad obblighi di cooperazione necessari per la tempestiva e corretta esecuzione dei lavori; rispetto all'obbligo di cui all'art. 21.7 di informare e consultare [REDACTED] in relazione ad ogni procedimento innanzi al Dispute Adjudication Board; b) accertare e dichiarare l'illegittimità ed invalidità della risoluzione contrattuale intimata da [REDACTED], in considerazione dell'assenza di ritardi rispetto all'avanzamento lavori da parte di [REDACTED], il mancato pagamento ad [REDACTED] della quota parte degli anticipi sul prezzo contrattuale, la sostanziale mancanza di difformità elettromeccaniche nel non conformity register e la possibilità, per [REDACTED] di proseguire il rapporto contrattuale, a parità di condizioni con il gruppo [REDACTED], acquirente dell'azienda [REDACTED]; c) ottenere la condanna di [REDACTED] a pagare ad [REDACTED] il corrispettivo per i materiali rimasti nel cantiere alla data dell'estromissione di [REDACTED] dal cantiere; d) condannare [REDACTED] a restituire ad [REDACTED] la somma di € 3.621.348 indebitamente incassata a seguito dell'escussione delle fidejussioni; e) condannare [REDACTED] a risarcire [REDACTED] di ogni danno subito per effetto dell'illegittima risoluzione del contratto, ivi compreso il pregiudizio derivante dalla mancata impugnazione della decisione emessa dal Dispute Adjudication Board (DAB). In subordine, [REDACTED] aveva chiesto: a) accertare la misura del concorso di responsabilità di [REDACTED] in relazione ai ritardi, accertando l'entità delle penali secondo le disposizioni contrattuali; b) dichiarare che le somme incassate da [REDACTED] a seguito dell'escussione delle fidejussioni sono da imputare a soddisfo di tali penali o danni. La [REDACTED] chiedeva il rigetto delle pretese della controparte; chiedeva accertarsi



che il residuo credito verso [REDACTED] a titolo "risarcitorio e/o restitutorio", tenuto conto dell'avvenuto pagamento dell'importo capitale di € 3.390.347,45 da parte di [REDACTED] all'esito di un giudizio all'epoca ancora in corso, era pari complessivamente ad almeno € 50.000.000,00 e condannare la [REDACTED] al pagamento di detto importo, oltre interessi e rivalutazione; dato, poi, atto che [REDACTED], in virtù delle garanzie performance bond e advance payment bond del 12.12.02 ed all'esito della procedura esecutiva instaurata contro la banca garante [REDACTED] in forza di decreto ingiuntivo n. [REDACTED] del [REDACTED] del Tribunale di [REDACTED] aveva ottenuto l'importo capitale di € 3.390.347,45 e che la relativa causa di opposizione era ancora pendente davanti alla Corte d'Appello di [REDACTED] (come pendente avanti al Tribunale di [REDACTED] era ancora altro giudizio tra [REDACTED] [REDACTED]), condannare [REDACTED] al pagamento dell'importo di € 50.000.000,00 oltre interessi e rivalutazione e, nell'ipotesi in cui [REDACTED] fosse stata condannata a restituire a [REDACTED] la somma incassata di € 3.390.347,45, condannare [REDACTED] al rimborso della stessa; in via ulteriormente subordinata, dichiarare comunque estinte per compensazione le opposte ragioni di credito e debito.

- 2) Il Collegio arbitrale esaminava prioritariamente la legittimità della domanda di risoluzione inviata da [REDACTED] con lettera dell'1.12.06. Ad avviso degli arbitri, la disposizione di cui all'art. 17.1.1 del contratto di subappalto consentiva la risoluzione, alla luce del denunciato "preoccupante ritardo nell'esecuzione delle opere", tenuto conto dei numerosi richiami e delle esortazioni inviate nei mesi precedenti. Il Collegio riteneva anche che, pur essendo il contratto di subappalto regolato dalla legge italiana, ex art. 20 del negozio, tuttavia consentisse l'emersione di disposizioni pattizie autosufficienti ed ancorate alle condizioni generali di contratto predisposte dalla FIDIC, in forza del disposto di cui all'art. 31. Ne scaturiva la legittimità e l'autosufficienza delle ipotesi tipizzate di inadempimento ex art. 17.1.8 e, quindi, l'assoluta rilevanza dei ritardi contestati, come successivamente valutati dal C.T.U.. Il Consulente, infatti, accertava che nel periodo dal maggio all'ottobre 2006 si erano verificati i ritardi ritenuti rilevanti dall'art. 17.1.8 lett. e). Il Collegio concludeva anche nel senso che la disciplina di cui all'art. 1662, Il comma, c.c. non risultava applicabile nella specie *"di fronte all'insieme della regolamentazione pattizia espressamente prevista dalle parti attraverso l'art. 17 del contratto di subappalto ed alla prevalenza di questa rispetto alle norme generali del codice specificatamente pattuita all'art. 31 del medesimo contratto"*. Sulla base di tali considerazioni conseguiva che le condizioni richieste dall'art. 1454 c.c. per la diffida ad adempiere non risultavano applicabili, a fronte della disciplina dell'art. 17.1.8 lett. e). Ancora, con riguardo all'art. 17.1.8 lett. a) del contratto di subappalto, anche la



liquidazione di [REDACTED] era da considerare valida causa di risoluzione, dal momento che la fattispecie in esame non era sussumibile nell'alveo dell'eccezione, sempre pattiziamente prevista e costituita dalla ristrutturazione funzionale a garantire la continuità aziendale. Ed, invero - osservavano gli arbitri - *"l'eccezione mira, evidentemente, a consentire la prosecuzione dei lavoro ed il completamento dell'opera nonostante la liquidazione della società appaltatrice, tutte le volte che di quest'ultima si preveda una riorganizzazione idonea a garantire la possibilità di adeguata esecuzione da parte dell'appaltatore delle obbligazioni assunte con il contratto di appalto, attraverso la predisposizione di tutti i mezzi necessari a tale fine. Proprio in vista di questa finalità, il limite che l'ipotesi incontra - e non può non incontrare, in un'interpretazione coerente con i canoni degli artt. 1366 e 1367 c.c. è quello dell'identità degli essenziali elementi soggettivi ed oggettivi che concorrono a caratterizzare l'attività aziendale propria dell'appaltatore. Elementi, questi, che consistono tanto negli aspetti essenziali dell'organizzazione dell'impresa, quanto in quelli oggettivi propri dell'azienda"*. Alla luce di tale interpretazione, quindi, l'operazione societaria posta in essere da [REDACTED] non poteva essere considerata una liquidazione volontaria al fine di "amalgamation" o "reconstruction", in quanto prevedeva l'affitto e poi la cessione del ramo di azienda ad un terzo soggetto non appartenente al gruppo societario e del tutto diverso, con la conseguenza che non poteva configurare l'eccezione ex art. 17.1.8 lett a). Conclusivamente, il collegio arbitrale, riconosciuto che nel caso in esame la risoluzione neppure configurava abuso di diritto, passava ad analizzare le altre domande spiccate da [REDACTED], a carattere risarcitorio e restitutorio.

- 3) Con riguardo alle domande di [REDACTED] per inadempimenti posti in essere da [REDACTED] rispetto ai propri obblighi per mancato versamento di corrispettivi di quote di anticipi ricevuti da [REDACTED] da parte del committente principale [REDACTED], mancata cooperazione e consultazione nel rapporto con l'arbitrato tra [REDACTED] ed il committente, smantellamento dell'organizzazione di [REDACTED] a [REDACTED], il Collegio riteneva che tali condotte non fossero qualificabili in termini di inadempimenti, ma rispondessero all'esigenza di autotutela ex artt. 1460 e 1461 c.c., in considerazione del deterioramento delle condizioni patrimoniali di [REDACTED]. Tali rilievi non escludevano, tuttavia, l'obbligo del Collegio di determinare e quantificare eventuali crediti di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] in rapporto all'esecuzione delle opere di cui al contratto di subappalto. In particolare, alla luce delle conclusioni della disposta C.T.U. tecnica, risultavano ancora dovuti da parte di [REDACTED] in favore di [REDACTED] importi pari ad € 8.095.730,49 per opere realizzate in base agli accordi ed anche in variante



sino alla data della risoluzione dell'1.12.06, detratto quanto già ottenuto da [REDACTED] sino alla stessa data. Quanto all'importo ottenuto da [REDACTED] con l'escussione della garanzia prestata da [REDACTED], importo pari ad € 3.621.348,00, il Collegio lo ha considerato nell'alveo dei crediti, dichiarando l'inammissibilità della domanda proposta da [REDACTED] di condanna di [REDACTED] al pagamento in proprio favore di quanto questa fosse condannata a pagare ad [REDACTED] in esito ai procedimenti pendenti davanti all'autorità giudiziaria ordinaria: ciò in quanto il Collegio era privo del potere di emanare statuizioni vincolanti relativi a diritti ed obblighi futuri delle parti, che non derivino da fattispecie già perfezionate, quali erano certamente quelli cui faceva riferimento [REDACTED].

- 4) Quanto al costo dei materiali e delle attrezzature ancora presenti sul cantiere, il Collegio rilevava che tali beni potevano essere trattenuti da [REDACTED] e posti a disposizione del nuovo subappaltatore, [REDACTED] come previsto da contratto.
- 5) Il Collegio arbitrale, quanto alla determinazione dei crediti di [REDACTED] verso [REDACTED] per danni da ritardo, costi per eliminazione di vizi e pagamento di debiti di [REDACTED], si rifaceva alle conclusioni dell'accertamento peritale, indicandoli rispettivamente in € 1.336.934,49, € 1.692.457,83 ed in € 558.350,06.
- 6) Con riferimento, poi, alle penali da ritardo accollate a [REDACTED] nell'ambito della transazione conclusa con il committente [REDACTED] in data 18.5.07 per la somma di € 10.809.413,00 – somma che corrisponde alla penale prevista per 100 giorni di ritardo sino a concorrenza del 10% del valore delle opere previste in contratto – il C.T.U., richiesto di stabilire la quota di pertinenza di [REDACTED] per opere elettromeccaniche, aveva prospettato due differenti ipotesi relative a diverse date ed a diversi programmi di revisione, con riferimento ai quali il ritardo preso in considerazione poteva essere calcolato. Secondo la prima ipotesi, l'importo ascrivibile ad [REDACTED] era di € 5.728.986,89. Secondo l'altra ipotesi, l'importo era pari ad € 3.930.695,64. Il Collegio ha disatteso l'obiezione formulata da [REDACTED] secondo la quale l'applicazione della penale come effettuata nel settlement agreement non sarebbe stata a lei opponibile per essere stata estromessa dal negoziato [REDACTED] – [REDACTED]. Ciò in quanto, in base agli artt. 4.5 e 19 del contratto di subappalto, le regole relative alla disciplina delle penali secondo il contratto principale non erano recepite nel contratto di subappalto: contratto nel quale, al contrario, mancava completamente la previsione di penali per l'esecuzione delle opere elettromeccaniche, con la conseguenza che i sopra citati articoli (4.5 e 19) dovevano intendersi nel senso di porre a carico del subappaltatore la responsabilità per i danni il cui risarcimento fosse stato richiesto a [REDACTED] dal committente, secondo quanto previsto nel contratto principale.



Conseguentemente, il Collegio, pur ritenuta la sussistenza del danno subito da [REDACTED] per effetto delle penali nella misura massima prevista nel contratto principale, con riguardo alla quantificazione richiamava i principi ex art. 1226 c.c.: alla stregua dei quali, non potendosi attribuire il mancato completamento di tutte le opere ad [REDACTED] anche per la parte di 53 giorni data l'esistenza di opere civili da completare anche con eliminazione di difetti, individuava il danno in questione nella media aritmetica tra le somme previste dal C.T.U. per le due ipotesi, con esclusione dell'ulteriore penale di € 1.000.000,00 prevista per la mancata apertura anticipata dell'albergo all'1.9.07, in quanto esclusa in sede di supplemento di C.T.U.. Ne derivava l'importo di € 4.829.841,27.

- 7) Infine, quanto ai costi per il completamento delle opere dopo la risoluzione del contratto di subappalto, il C.T.U. li quantificava in € 3.413.065,83.
- 8) Conclusivamente, effettuata la compensazione dei reciproci crediti, il Collegio pronunciava la condanna di [REDACTED] al pagamento, in favore di [REDACTED], della somma di € 113.570,99. Compensava interamente tra le parti le spese dell'arbitrato, della consulenza tecnica e della difesa tecnica.
- 9) Avverso il lodo proponeva appello [REDACTED], chiedendone la declaratoria di nullità alla luce degli specifici motivi formulati e instando per l'accoglimento delle proprie domande, all'esito di attività istruttoria integrata da capitoli di prova testimoniale e da ulteriore consulenza tecnica.
- 10) [REDACTED] chiedeva dichiararsi l'inammissibilità dell'impugnazione alla luce del disposto dell'art. 829, III comma, c.p.c. e dell'art. 27 D.Lgs. n. 40/06. Nel merito, instava per il rigetto dell'impugnativa.
- 11) All'udienza di prima comparizione del 17.9.13 la controversia veniva rinviata per la precisazione delle conclusioni all'udienza del 9.2.16. La Corte, dopo lo scambio degli scritti difensivi, con ordinanza datata 22.11.16, ha rimesso la causa sul ruolo, fissando all'uopo udienza al 13.12.16 per la discussione sui profili di possibile rilevanza costituzionale della disciplina transitoria della riforma dell'arbitrato, a seguito delle sentenze della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 9284/16, n. 9285/16, n. 9341/16. Quindi, con ordinanza emessa in data 3.3.17, la Corte, dopo aver dato atto che con precedente ordinanza in data 24.11.16 aveva ritenuto di ravvisare la possibile questione di legittimità costituzionale dell'art. 27 D.lgs. n. 40/06 e dell'art. 829, III comma c.p.c., disponeva la sospensione del giudizio, in attesa della definizione della questione di legittimità costituzionale. Con decreto del 20.4.17 il Presidente fissava udienza di comparizione delle parti, a seguito di istanza formulata in tal senso da parte della difesa di [REDACTED]. All'udienza del 2.5.17 la Corte revocava la sospensione ex art. 295 c.p.c. e si riservava sulla questione di legittimità



costituzionale. La Corte, quindi, con ordinanza riservata del 27.6.17, provvedeva a sollevare analoga questione di legittimità costituzionale. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 13 in data 6 dicembre 2017 - 30 gennaio 2018, pubblicata in Gazzetta Ufficiale in data 7 febbraio 2018, decidendo la menzionata questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Appello di Milano con l'ordinanza n. 61 del 2017, pubblicata in G.U. n. 18, prima serie speciale, dell'anno 2017, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 829, III comma c.p.c., come sostituito dall'art. 24 del D.lgs. n. 40/06, in combinato disposto con l'art. 27, comma 4 del medesimo decreto legislativo. A seguito di ricorso in riassunzione depositato dall'impugnante, veniva fissata udienza di prosecuzione del giudizio al 17.4.19. A tale ultima udienza la causa veniva trattenuta in decisione sulle conclusioni come già rassegnate dalle parti in via telematica, senza concessione dei termini per le comparse conclusionali e le memorie di replica, scritti difensivi di cui le parti avevano già usufruito.

Motivi della decisione

- 12) Occorre premettere che la clausola compromissoria è contenuta nell'art. 21.2 del contratto di subappalto siglato in data 8.11.02 tra [REDACTED] e [REDACTED]. La clausola compromissoria è antecedente alla riforma del 2006 e la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente ad essa. Nel regime normativo previgente alla riforma del 2006, l'impugnazione del lodo per violazione di regole di diritto, ai sensi dell'art. 829, III comma, c.p.c. era sempre ammessa, salvo che le parti avessero autorizzato gli arbitri a decidere secondo equità o avessero espressamente dichiarato il lodo non impugnabile. L'art. 24 del D. lgs. n. 40/06, modificando l'art. 829, III comma, c.p.c., stabilisce una regola inversa, rendendo ammissibile l'impugnazione del lodo per violazione delle regole di diritto solo se "*espressamente prevista dalle parti o dalla legge*". La disposizione transitoria di cui all'art. 27 del medesimo Decreto Legislativo ha previsto che la nuova disciplina si applichi "*ai procedimenti arbitrati, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente Decreto*". La Corte di Cassazione a Sezioni Unite con le sentenze n. 9341/16, n. 9284/16 e n. 9285/16 ha composto il contrasto sull'applicazione temporale del mutato regime di impugnabilità del lodo per errori di diritto, riconoscendo l'impugnabilità per errori di diritto quando l'arbitrato sia reso dopo l'entrata in vigore della novella del 2006, ma origini da una convenzione anteriore al 2006, che nulla specifichi



sull'impugnabilità per errori di diritto. Tanto premesso, è dunque ammissibile nel caso di specie l'impugnabilità del lodo per errori di diritto, come formulati dalla difesa di [REDACTED].

13) E' anche opportuno premettere che l'impugnazione del lodo per nullità, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., ha carattere di impugnazione limitata, in quanto ammessa solo per determinati vizi *in procedendo* e, per inosservanza di regole di diritto, esclusivamente nei limiti di cui all'art. 829 c.p.c.. Essa non dà luogo ad un giudizio di appello che abiliti in ogni caso il giudice dell'impugnazione a riesaminare nel merito la decisione degli arbitri, ma consente esclusivamente il cosiddetto *iudicium rescindens*, consistente nell'accertare se sussista taluna delle nullità previste dalla norma citata, come conseguenza di errori *in procedendo* o *in iudicando*. Soltanto in ipotesi di giudizio rescindente conclusosi con l'accertamento della nullità del lodo è possibile, a norma dell'art. 830 c.p.c., il riesame di merito della pronuncia arbitrale, che forma oggetto dell'eventuale, successivo *iudicium rescissorium* (cfr. Cass. civ. n. 5857/00). A questo riesame subordinato di merito è ammissibile pervenire se sia risolta in via preliminare la questione della violazione di legge opponibile con l'impugnazione in via di legittimità (analogamente al ricorso per cassazione ex art. 360 n. 3 c.p.c.) e soltanto alla condizione che, in quanto ancorata agli elementi accertati dagli arbitri, sia allegata esplicitamente l'erroneità del canone di diritto applicato rispetto a detti elementi. L'impugnazione non è, pertanto, proponibile in collegamento con la mera deduzione di lacune d'indagine e di motivazione, che potrebbero evidenziare l'inosservanza di legge solo all'esito del riscontro dell'omesso o inadeguato esame di circostanze di carattere decisivo. I motivi dedotti devono essere, dunque, esaminati entro questi soli limiti di ammissibilità, determinati secondo le disposizioni e le regole richiamate.

- 14) Poste tali premesse, i motivi di censura sui quali la Corte è chiamata a pronunciarsi sono i seguenti:
- a) violazione dell'obbligo di applicare la legge italiana nel decidere la controversia e ciò sotto il profilo delle norme di cui all'art. 1453 c.c. e all'art. 1662 c.c.;
 - b) violazione per mancata applicazione del diritto italiano sotto il profilo dell'art. 1326 c.c., dell'art. 57 L. n. 218/95 e dell'art. 3 della Convenzione di Roma, ratificata con L. n. 975/84;
 - c) nullità del lodo ex art. 829, III comma, c.p.c. per erroneità della decisione arbitrale nella parte in cui gli arbitri avevano ritenuto che la risoluzione del contratto potesse elidere tutti i diritti già sorti in capo ad [REDACTED], per effetto della conclusione del contratto di subappalto;
 - d) nullità del lodo ex art. 829, I comma, nn. 5, 11, 12 c.p.c., per erronea determinazione dei danni da ritardo e dei costi per l'eliminazione dei vizi in relazione all'art. 1223 c.c.;



- e) nullità del lodo ex art. 829, I comma, nn. 11, 12 c.p.c., in relazione alla pronuncia di inopponibilità ad [REDACTED] della penale, per essere la stessa stata estromessa dal negoziato con il committente [REDACTED] e, in subordine, violazione dell'art. 1226 c.c.;
 - f) nullità del lodo ex art. 829, I comma, nn. 11, 12 c.p.c., in relazione alla quantificazione dei costi per il completamento delle opere da parte di [REDACTED];
 - g) violazione ex art. 829, III comma, c.p.c. in relazione agli artt. 56 e 169 L.F.
- 15) La Corte esamina congiuntamente i motivi di censura sub a) e b), tra loro intrinsecamente connessi. Per quanto deciso dal Collegio arbitrale, si rinvia al punto n. 2) della presente motivazione,
- 16) La difesa dell'impugnante ha censurato la mancata applicazione delle legge italiana, in violazione della disposizione dell'art. 20 del contratto di subappalto, che ne sanciva l'applicazione e ciò in coerenza con il fatto che il contratto era stato concluso tra due soggetti di nazionalità italiana. Nella stessa direzione, tra l'altro, era indirizzata anche la volontà contrattuale delle parti del contratto principale, tra [REDACTED] e [REDACTED] contratto avente ad oggetto la progettazione e la realizzazione delle opere funzionali ad un complesso commerciale ed alberghiero a [REDACTED]. Dall'applicazione della legge italiana scaturiva l'obbligo, per [REDACTED], di inoltrare previa diffida al subappaltatore ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1454 c.c.. Erroneamente, pertanto, il Collegio arbitrale aveva reputato che le disposizioni di cui agli artt. 17.1.1 e 17.1.8 potessero essere complete in sé, non avvedendosi tra l'altro che proprio la disciplina internazionale invocata, di cui alle clausole FIDIC, escludeva la possibilità di una risoluzione senza una previa diffida ad adempiere. Inoltre, nella stessa linea di trascurare qualsiasi ancoraggio alla legge italiana, il Collegio aveva negato l'applicabilità dell'art. 1662 c.c., che non solo prevede la necessità di un congruo termine per adempiere ma, anche, nella sua applicazione giurisprudenziale, l'illegittimità della risoluzione quando l'opera non sia totalmente inidonea all'uso. Facendo rifluire tali principi nel caso in esame, ne scaturiva l'illegittimità della comunicata risoluzione dell'1.12.06. Risoluzione fondata in ogni caso solo sui ritardi, non certo sull'altro motivo della liquidazione, posto che a tale circostanza non era ricollegata una dichiarazione espressa di risoluzione. Quanto a tale ipotesi, peraltro, il Collegio arbitrale aveva adottato ancora le condizioni FIDIC, a loro volta derivate dal diritto inglese. La difesa dell'appellante si soffermava, poi, sui ritenuti risultati abnormi derivanti sia dal frazionamento delle leggi applicabili allo stesso contratto, sia dall'incontrollata espansione della volontà contrattuale delle parti, con grave pregiudizio per la coerenza, come argomentato da ampia dottrina citata sul punto.



17) La difesa di [REDACTED] osservava, in primo luogo, come la controparte mai nel corso dell'arbitrato avesse esposto la tesi della prevalenza del diritto italiano sulla volontà espressa dalle parti nel contratto di subappalto; del resto, tanto meno si era soffermata sul contenuto delle condizioni FIDIC Yellow Book, tra l'altro neppure applicabili al contratto di subappalto, in quanto non richiamate nel corpo dello stesso, a differenza del contratto principale tra [REDACTED] e [REDACTED]. In secondo luogo, sottolineava l'autosufficienza della clausola di cui all'art. 17.1.8, coerentemente con quanto sancito dall'art. 31 del contratto di subappalto. Sulla base di queste osservazioni desumeva l'inoperatività dei meccanismi previsti dagli artt. 1454 e 1662 c.c..

18) Opinione della Corte quanto ai motivi sub a) e b). In via preliminare, la Corte disattende la contestazione svolta dalla difesa di [REDACTED], secondo la quale la parte impugnante davanti al Collegio arbitrale non aveva mai, in alcun modo, sollevato la tesi della prevalenza del diritto italiano sulla volontà espressa dalle parti nell'ambito del contratto di subappalto. Ed, invero, avuto riguardo allo scopo perseguito da [REDACTED] con l'invocare l'applicazione della legge italiana, è evidente come il richiamo al disposto degli artt. 1454 e 1662 c.c. sia implicitamente fondato sulla richiesta di applicazione del codice civile italiano. Codice civile espressamente previsto quale legge regolatrice del contratto di subappalto dall'art. 20 del contratto stesso. La disposizione in esame deve, tuttavia, essere coniugata con la successiva clausola di cui all'art. 31 che, pur richiamando il codice civile italiano, subordinava l'operatività delle disposizioni codicistiche all'insussistenza di deroga. L'art. 17 del contratto di subappalto individuava un elenco di specifiche ipotesi di inadempimento contrattuale da parte di [REDACTED]: si trattava di ipotesi puntualmente dettagliate alle singole lettere da a) ad h), nel cui ambito era inclusa la fattispecie del "preoccupante ritardo" sub e). Tale ipotesi prevedeva l'esistenza di precedenti richiami scritti ("previous warning from contractor in writing") ed era rivelatrice dell'importanza assegnata dalle parti al ritardo prolungato. L'incipit dell'art. 17.1.1 specificava che la risoluzione del contratto sarebbe stata efficace sin dalla data in cui la parte che intendeva avvalersene l'avesse notificata alla controparte. Tale schema contrattuale è stato puntualmente applicato da [REDACTED] nella missiva dell'1.12.06, senza l'inoltro di alcuna diffida ad adempiere ex art. 1454 c.c. e senza l'applicazione dell'art. 1662, il comma c.c.. Ad avviso della Corte, la prevalenza assegnata dal Collegio arbitrale alla volontà negoziale consacrata nella predetta disposizione (l'art. 17) non implica alcuna violazione dei criteri ermeneutici. Ed, invero, la mera interpretazione letterale delle disposizioni valutate nel loro complesso e, quindi, alla luce anche dell'art. 31 del contratto, è coerente con la condotta successiva tenuta dalla stessa [REDACTED]:



che, alla ricezione della missiva dell'1.12.06, con lettera del 5.12.06, respingeva le accuse di ritardo, segnalando che i lavori erano sempre proseguiti in pieno accordo. Orbene, tenuto conto del senso pianamente attribuibile alle clausole *de quibus* e del concreto atteggiarsi delle parti nell'esecuzione del rapporto, si conclude nel senso della completezza e dell'autosufficienza delle disposizioni negoziali, alla luce dei criteri ex artt. 1362 e 1363 c.c.; in tal senso ex multis, v. Cass. civ. n. 18180/07 secondo cui *"in tema di interpretazione del contratto ed ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate, con la conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi, quando la comune volontà delle parti emerga in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate e sia talmente chiara da precludere la ricerca di una volontà diversa; il rilievo da assegnare alla formulazione letterale va poi verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale e le singole clausole vanno considerate in correlazione tra loro, dovendo procedersi al rispettivo coordinamento a norma dell'art. 1363 cod. civ. e con riguardo a tutta la formulazione letterale della dichiarazione negoziale, in ogni parte e parola che la compone, dovendo il giudice collegare e raffrontare tra loro frasi e parole al fine di chiarirne il significato"*. Né sono accoglibili le osservazioni svolte dall'impugnante in merito all'applicabilità delle condizioni FIDIC, sulla base delle quali la comunicazione di risoluzione contrattuale deve essere preceduta da una previa diffida, in quanto – come esposto dal Collegio arbitrale – tali disposizioni non sono state espressamente previste dal contratto di subappalto quale legge regolatrice del rapporto, ma individuate solo quale parametro sul quale misurare l'estensione della volontà negoziale; e ciò a prescindere dal fatto che tale richiesta non è in linea con la specificità del motivo, fondato sulla dedotta violazione della legge italiana da applicarsi al contratto. Con riferimento, poi, al difetto di coerenza che affliggerebbe il contratto, in ragione del frazionamento della legge applicabile allo stesso, la Corte osserva quanto segue. Il contratto di subappalto (concluso in data 8.11.02), quanto all'individuazione della legge regolatrice, ricadeva sotto la vigenza della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, relativamente alle norme applicabili alle obbligazioni contrattuali (essendo stato il successivo regolamento Roma I adottato in data 17 giugno 2008). Come esposto nella Relazione Giuliano Lagarde, *"la norma contemuta nel paragrafo 1 dell'articolo 3, secondo la quale il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti, non fa altro che ribadire un principio ormai consolidato nel diritto internazionale privato di tutti gli Stati membri della Comunità, nonché nella maggior parte degli ordinamenti degli altri paesi"*. E, ancora



“la scelta delle parti dev'essere esplicita o risultare in modo univoco dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze della causa. Questa precisazione, che si ricava dall'ultima frase del paragrafo 1 dell'articolo 3, comporta una conseguenza importante. Spesso le parti procedono alla scelta della legge mediante apposita clausola inclusa nel contratto, ma la convenzione ammette la possibilità che il giudice, tenendo conto dell'insieme delle circostanze della causa, possa constatare che le parti hanno effettivamente operato una scelta della legge anche se non ne abbiano fatto espressa inclusione nel contratto. Ad esempio, il contratto può essere un contratto-tipo disciplinato da uno speciale regime giuridico, anche se non vi sia alcuna dichiarazione espressa in proposito: ad esempio, una polizza di assicurazione marittima dei Lloyds”. E' stato anche sottolineato che in alcuni casi la scelta del foro di un determinato paese come anche il luogo dell'arbitrato può rivelare in modo univoco che le parti hanno inteso prevedere l'applicazione della legge di quel determinato foro, fatta salva la compatibilità con le altre pattuizioni. Come anche la scelta o la modifica della legge applicabile ben poteva aver luogo anche nel corso del procedimento giudiziario basato sul contratto, ferme restando solo le preclusioni a carattere processuale. In sostanza, che la volontà negoziale delle parti sia stata progressivamente valorizzata si ricava anche dal considerando 11 del successivo regolamento Roma I, che qualifica la libertà delle parti di scegliere la legge applicabile come una delle pietre angolari del sistema delle regole di conflitto tra leggi in materia di obbligazioni contrattuali. Con particolare riguardo, poi, al problema del richiamo, ad opera dei contraenti, di una sola parte di disposizioni applicabili ed al possibile frazionamento della legge applicabile all'accordo negoziale, la Relazione Giuliano Lagarde evidenziava che, una volta operata una scelta parziale, i contraenti avvertivano certamente il problema della legge applicabile e, ove lo avessero voluto, ben avrebbero potuto risolverlo con il richiamo integrale a detta legge. In questo senso si è espressamente pronunciata, in relazione alla Convenzione di Roma, la S.C., che, con riguardo ad un contratto che richiamava il diritto austriaco solo in una clausola regolatrice della garanzia, si esprimeva nei seguenti termini: “il richiamo al diritto austriaco è contenuto soltanto nella parte finale dell'art. 8, destinato alla disciplina della garanzia. La particolare collocazione del patto, la specificità della previsione nel cui contesto s'inserisce, l'assenza di ogni ulteriore riferimento nelle altre (numerose) clausole e, segnatamente, in quelle destinate a regolare il contenuto essenziale del rapporto, non consentono di attribuire a quel richiamo significato generale, esteso all'intero rapporto, specialmente in un contesto normativo che in modo espresso prevede la possibilità per le parti di designare la legge applicabile anche ad una parte soltanto del



contratto. Inoltre detta limitazione, come esattamente rimarca la sentenza impugnata, ben si giustifica anche sul piano logico, perché la garanzia riguardava beni destinati ad essere venduti in territorio austriaco o nella vicina Baviera, onde rispondeva ad esigenze di praticità ed anche di più agevole collocazione dei prodotti che la garanzia medesima fosse regolata dal diritto austriaco. Deve quindi affermarsi che il richiamo a tale diritto riguardasse soltanto la parte del contratto disciplinata nell'art. 8° (Cass. civ. S.U. n. 7860/01; v. anche nello stesso senso Corte di Giustizia 6.10.09 causa C- 133/08). Quanto ai limiti posti al frazionamento delle disposizioni regolatrici il contratto, la Corte osserva che un limite è posto certamente dalla coerenza interna delle norme, la cui combinazione non deve portare ad una sostanziale paralisi dell'operatività dei meccanismi contrattuali. Coerenza che è rispettata laddove l'applicazione di diverse normative concerne clausole tra loro non in conflitto, in quanto regolanti ambiti diversi. Trasfondendo tali osservazioni nel caso di specie, la mancata previsione della diffida ex art. 1454 c.c., come anche la mancata previsione della possibilità per il committente di fissare un congruo termine all'appaltatore ex art. 1662, Il comma, c.c., non escludono affatto la compatibilità tra il richiamo al codice civile italiano ed il contenuto di una volontà contrattuale autosufficiente. Né, infine, ricorrono categorie di norme il cui rispetto è ritenuto cruciale da un paese per la salvaguardia dei suoi interessi pubblici, in ambito politico, sociale, economico, tale da esigerne il rispetto incondizionato (come nemmeno, del resto, dedotto dalle parti). Le considerazioni che precedono comportano la reiezione dei motivi sub a) e b) e determinano l'assorbimento dell'ulteriore contestazione, peraltro svolta in termini di erroneità quanto alla legittimità dell'intimata risoluzione, per effetto dell'intervenuta liquidazione di [REDACTED].

- 19) Con riguardo al motivo sub c), concernente la domanda di [REDACTED] relativa al risarcimento del danno subito per effetto della transazione conclusa tra [REDACTED] ed il committente [REDACTED] si rinvia a quanto esposto sub n. 3) della presente decisione.
- 20) La difesa di [REDACTED] ha contestato l'assenza di motivazione ed il grave errore di diritto del lodo nella parte in cui era stata negata la legittimazione di [REDACTED] a pretendere il risarcimento del danno subito per effetto della rinuncia di [REDACTED] a coltivare i claims nei confronti del committente ed era stata accettata supinamente la penale di € 10.809.413,00 ex art. 5 del settlement agreement. Ciò in quanto il diritto ai claims era già compreso nel patrimonio di [REDACTED] al momento della risoluzione contrattuale. Era, altresì, erroneo ritenere corretta la condotta di [REDACTED] che, in spregio a specifiche pattuizioni negoziali costituite dagli artt. 21.4, 21.7, 11.3, non aveva informato e consultato il



subappaltatore della possibile perdita di crediti, in conseguenza dell'addebito della penale in sede transattiva. Ad avviso dell'impugnante, la motivazione del lodo sul punto era assente e contraddittoria, con conseguente cristallizzazione dell'invocata nullità.

21) La difesa della parte impugnata deduceva l'inammissibilità del motivo in quanto in merito al difetto di motivazione *"la giurisprudenza – di merito e di legittimità – ritiene pacificamente che tale vizio sia ravvisabile nelle sole ipotesi in cui la motivazione manchi del tutto, o sia a tal punto carente da non consentire di comprendere l'iter del ragionamento seguito dagli arbitri e di individuare la ratio della decisione adottata, situazione che certo non ricorre nel capo in esame, ove l'esposizione dei motivi della soluzione adottata dal Collegio è soddisfacente, articolata, lineare e logica, né è stata omessa alcuna pronuncia sulle domande ed eccezioni svolte dalle parti. Né sussistono vizi classificati nell'art. 829, primo comma nn. 11 e 12. La giurisprudenza ritiene, infatti, sussistente il primo dei due vizi (omissis) allorché le varie statuizioni del lodo risultino inconciliabili, ovvero siano inconciliabili la motivazione ed il dispositivo, e da ciò derivi l'impossibilità di comprendere la ratio decidendi della pronuncia e di eseguire il lodo (in questo senso, fra le molte, Cass. 23511/2006; Cass. 3768/2006; Cass. 235/2005)"* (così, pag. 46 della comparsa costitutiva di [REDACTED]). Nel merito, richiamava le osservazioni svolte nel lodo.

22) Opinione della Corte quanto al motivo sub c). Riguardo alla natura dell'impugnativa del lodo, la Corte rinvia alle osservazioni a carattere generale sub n. 13). Merita, poi, rimarcare che ai fini della nullità del lodo ex art. 829 n. 5 cpc (quest'ultimo in relazione all'art. 823 n. 3 cpc, che prescrive che il lodo debba contenere *"la esposizione sommaria dei motivi"*), l'omessa o contraddittoria motivazione rilevante è soltanto quella che determina *"l'impossibilità assoluta di ricostruire l'iter logico e giuridico sottostante alla decisione per totale assenza di una motivazione riconducibile al suo modello funzionale"* (cfr. Cass. civ., n. 3768/06, nonché, tra le tante, Cass. civ. SU n. 2807/87; Cass. civ. n. 7160/1990; Cass. civ. n. 4881/1994; Cass. civ. n. 2211/2003; Cass. civ. n. 1183/06; Cass. civ. n. 3989/06). In particolare, la contraddittorietà rilevante ai detti fini è senz'altro quella che emerge dalle diverse componenti del dispositivo (cioè da contrastanti pronunce che rendano impossibile l'esecuzione del lodo), mentre si discute se rilevi la contraddittorietà tra motivazione e dispositivo (in senso affermativo, Cass. civ. n. 3768/06, in senso negativo Cass. civ. n. 1815/2000, Cass. civ. n. 13753/2002, Cass. civ. n. 25623/2007, sin da Cass. civ. n. 2838/1972). Infine, unanime è l'orientamento che nega rilevanza alla contraddittorietà tra diverse parti della motivazione, in quanto non espressamente prevista tra i vizi comportanti la



nullità, salvo che essa si risolva nella già sopra ricordata impossibilità assoluta di ricostruire la *ratio decidendi*, con conseguente, sostanziale inesistenza della motivazione, pur sommaria, richiesta dalla legge (cfr. Cass. civ. n. 3768/06 cit. e le altre già menzionate). Trasfondendo tali principi nella fattispecie in esame, non è ravvisabile carenza alcuna nella motivazione, posto che gli arbitri, con motivazione coerente, hanno concluso che l'intervenuta e ritenuta legittima risoluzione contrattuale avesse escluso che "i fatti posti da [redacted] a base delle domande elencate possano essere considerati inadempimenti delle obbligazioni poste a carico di [redacted] dal contratto. Si tratta di comportamenti che, pur se tenuti da [redacted] nella vigenza del contratto e comunque attinenti a obblighi esistenti anche in momento successivi alla risoluzione, non appaiono tali da comportare una responsabilità contrattuale in capo a [redacted]. E ciò, sia perché tali comportamenti rappresentano, per la massima parte, esercizio legittimo di autotutela in vista di inadempimenti di [redacted] o del deterioramento delle condizioni patrimoniali di questa (artt. 1460 e 1461 cod. civ.), sia perché si tratta, in altri casi, di mero esercizio di diritti contrattualmente attribuiti a [redacted] (escussione delle fidejussioni, mancata prestazione della fidejussione relativa all'anticipo contrattuale non corrisposto ad [redacted] o di fatti ai quali non viene causalmente ricollegato, neppure nella prospettazione di [redacted], alcun pregiudizio (mancata consultazione e cooperazione nei rapporti con il DAB)" (cfr. pag. 60 del lodo). Neppure è ravvisabile contraddizione alcuna tra motivazione e dispositivo o tra parti di motivazione.

- 23) Vengono ora trattati congiuntamente i motivi sub d) ed f), trattandosi di questioni connesse. Per il contenuto della pronuncia arbitrale si rinvia ai punti nn. 4) e 5) della presente decisione.
- 24) La difesa dell'impugnante ha osservato che la determinazione effettuata dal C.T.U. sui danni da ritardo e sui danni per vizi era stata dettagliatamente contestata da [redacted] sia nell'*an*, sia nel *quantum* in sede di comparsa conclusionale e di memoria di replica. In particolare, aveva sottolineato come la documentazione di cantiere, coeva alla risoluzione (il non conformity register) mostrasse che vi erano pochissimi vizi delle opere elettromeccaniche a fronte di una vasta mole di difetti delle opere civili. Tanto comportava la ricorrenza dei vizi di cui all'art. 829, I comma, nn. 5, 11, 12. Censurabile per le stesse ragioni era, poi, il lodo quanto ai costi sul completamento delle opere, in seguito all'intervento di [redacted]. Costi che secondo l'impugnante erano eccessivamente maggiorati, in misura ben superiore al dovuto e totalmente al di fuori dei prezzi di mercato (motivo sub f).
- 25) [redacted] deduceva l'inammissibilità dei motivi e, nel merito, si riportava alle conclusioni del Collegio arbitrale.



- 26) Opinione della Corte quanto ai motivi sub d) ed f). Premesso quanto già esposto al punto n. 22) della presente motivazione, la Corte rileva come nessuna carenza motivazionale sia riscontrabile nel lodo impugnato, posto che lo stesso ha fatto riferimento all'espletata C.T.U., completa di chiarimenti rispetto alle osservazioni dei consulenti di parte e di supplemento. Né, infine, i motivi superano la censura di inammissibilità, alla luce della contestata erronità della pronuncia arbitrale, a sua volta fondata sulle emergenze della C.T.U. tecnica. Per queste considerazioni, i motivi debbono essere respinti.
- 27) In relazione al motivo sub e). per il contenuto del lodo si richiama il punto n. 6) della presente decisione.
- 28) [REDACTED] ha censurato il lodo sotto il profilo dell'addebito alla stessa delle penali come concordate tra [REDACTED] ed il committente [REDACTED] accordo, tra l'altro, intervenuto ad oltre sei mesi dall'estromissione di [REDACTED] dal cantiere (in forza della sopra citata comunicazione di risoluzione dell'1.12.06). L'impugnante ha evidenziato come gli arbitri non si fossero pronunciati puntualmente in merito all'opponibilità di detta penale quanto ad [REDACTED], ritenendo semplicemente che gli artt. 4.5 e 19 del contratto di subappalto contenessero una disciplina speciale che deroga ai principi FIDIC, addossando ad [REDACTED] tutte le penali senza limite alcuno. Ha, quindi, contestato la quantificazione delle penali, effettuata tramite l'adozione di una media aritmetica tra le due ipotesi previste dal C.T.U., in applicazione dell'art. 1226 c.c..
- 29) [REDACTED] ha opposto l'inammissibilità del motivo e, nel merito, si è riportata alle considerazioni svolte dagli arbitri.
- 30) Opinione della Corte quanto al motivo sub e). Con riferimento all'opponibilità delle penali in forza del tenore delle pattuizioni di cui agli artt. 4.5 e 19 del contratto di subappalto, la Corte richiama i principi espressi al punto n. 22) della presente decisione. Alla luce dei quali è evidente come gli arbitri abbiano esplicitato con motivazione coerente, non contraddittoria, né lacunosa le ragioni dell'opponibilità al subappaltatore delle penali comunque concordate tra [REDACTED] e committente, sulla base della mera interpretazione letterale delle sopra dette disposizioni negoziali. Differenti considerazioni debbono essere svolte in punto quantificazione delle penali, operata con il ricorso all'art. 1226 c.c., sulla scorta delle due diverse ipotesi prospettata dal C.T.U.. A tale riguardo, occorre premettere che l'esercizio del potere discrezionale di liquidare il danno in via equitativa ex artt. 1226 c.c. è subordinato alla condizione che risulti obiettivamente impossibile o particolarmente difficile per la parte interessata provare il danno nel suo preciso ammontare. I giudici di legittimità



hanno osservato che *“in tema di risarcimento del danno, ove sia stata svolta una consulenza tecnica di ufficio per una precisa quantificazione dello stesso (nella specie, relativo al pregiudizio patrimoniale subito da fabbricati ed aree edificabili per effetto di immissioni di polveri di cemento), il giudice può far ricorso alla valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., solo quando ritenga, con congrua e logica motivazione, il relativo accertamento peritale inidoneo allo scopo, sussistendo, pertanto, il presupposto normativo del ricorso all'equità, costituito dalla situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno”*. Ed, ancora, con riferimento all'impugnazione di lodo, *“ove le parti abbiano concordato sulla natura rituale dell'arbitrato e sull'applicazione ad esso delle regole processuali civili vigenti, vanno conseguentemente applicati anche i principi giurisprudenziali in tema di accertamento e liquidazione del danno, ivi compresa la liquidazione dei danni in via equitativa, tanto nell'ipotesi in cui sia mancata interamente la prova del loro preciso ammontare per l'impossibilità della parte di fornire congrui ed idonei elementi al riguardo, quanto nell'ipotesi di notevole difficoltà di compiere una precisa quantificazione”* (v. Cass. civ. n. 3558/14; nello stesso senso Cass. civ. n. 6931/04).
Facendo, quindi, applicazione di tali criteri, occorre analizzare le risultanze della consulenza tecnica svolta dall'ing. [REDACTED]. Il consulente ha illustrato, alle pagg. 159 – 160 dell'elaborato, due differenti criteri di ripartizione a carico di [REDACTED] della penale concordata tra [REDACTED] e [REDACTED] al punto n. 5 del settlement agreement. Secondo una prima ipotesi, il ritardo nell'esecuzione delle opere impiantistiche di pertinenza di [REDACTED] poteva essere attribuito nel limite di 53 giorni compresi tra il 27.3.07 ed il 19.5.07 e quindi per un importo di € 5.728.986,89, proporzionale rispetto all'intera penale pattuita di € 10.809.413,00. Il consulente, tuttavia, precisava: *“si indica l'importo in misura dubitativa, in quanto l'esame e la verifica della formulazione ed attendibilità del programma, dell'avanzamento complessivo dei lavori e l'esistenza di consistenti importi di opere civili da completare, la ritardata definizione di attribuzioni di opere esterne tra le due imprese e la presenza di segnalazioni di difetti da emendare relativi anche ad opere civili non consente di poter attribuire in via esclusiva il mancato completamento di tutte le opere ad [REDACTED] anche per la parte di 53 giorni residui”*. Era possibile, poi, sviluppare una seconda ipotesi, ancorata al programma di revisione n. 07 (allegato al settlement agreement), che aveva protratto la data di ultimazione dell'8.2.07 al 31.12.07. Ora, il C.T.U. rilevava che la presenza di vizi e difetti nelle opere realizzate da [REDACTED] non aveva inciso sul termine di ultimazione finale del 31.12.07, ma sulla possibilità di rispettare il termine intermedio



dell'1.9.07, data di prevista apertura dell'albergo. Partendo da questi nuovi termini (resisi necessari sia in ragione del ritardo di 7,5 mesi accumulato nel precedente periodo, sia in considerazione della inadeguatezza dei tempi previsti dal precedente programma 06, già evidenziata dal committente in sede di procedura arbitrale) l'importo della penale attribuibile all'esecuzione delle opere da parte di [REDACTED] era pari ad € 3.930.695,64. Non doveva, poi, essere conteggiato l'importo di € 1.000.000,00, come specificato dal C.T.U. in sede di supplemento, in quanto la ritardata apertura dell'albergo non era ascrivibile ad [REDACTED] (v. pag. 37 del supplemento di C.T.U.). Orbene, reputa la Corte che in sede di lodo sia stato fatto malgoverno dei principi di cui all'art. 1226 c.c., posto che conclusioni del consulente, pur frutto di complesse valutazioni, consentivano prioritariamente la scelta tra le due differenti ipotesi. La Corte, pertanto, valutate le sopra dette conclusioni, reputa corretta la seconda ipotesi esaminata dal C.T.U., in quanto, in primo luogo, depurata da ossibili interferenze di vizi e difetti propri delle opere civili (come accertato dal C.T.U. quanto alla prima ipotesi, indicata con formula dubitativa); in secondo luogo, maggiormente aderente alla realtà dei fatti, caratterizzata dall'adozione del programma 07 e con esclusione di addebiti di ritardi per l'apertura dell'albergo, non riferibili all'odierna parte impugnante.

31) Quanto alla conseguente fase rescissoria, la sopra esposta conclusione implica la sostituzione dalla voce "penali da ritardo accollate a [REDACTED] dalla committente principale" di cui allo specchio a pag. 72 del lodo della somma di € 4.829.841,27 con la diversa somma di € 3.930.695,64. Di conseguenza, il credito di [REDACTED] verso [REDACTED] è pari ad € 10.931.503,85 in luogo di € 11.830.649,48. Ne consegue, ulteriormente, che, previa declaratoria di nullità dei capi nn. 3, 4, 5 del dispositivo del lodo impugnato, effettuata la compensazione con il credito attribuito ad [REDACTED], pari ad € 11.717.078,49, [REDACTED] deve essere condannata al pagamento, in favore di [REDACTED], della somma di € 785.574,64 – oltre interessi e rivalutazione come specificato in sede di lodo. Non può essere accolta la domanda di applicazione degli interessi ex art. 5 D.lgs. n. 231/02, trattandosi di domanda non proposta in sede arbitrale.

32) Con riguardo al motivo sub g), gli arbitri hanno operato la compensazione tra i reciproci crediti delle parti, sulla base dello specchio contenuto a pag. 72 della motivazione.

33) La difesa di [REDACTED] ha ritenuto che la disposta compensazione costituisca violazione degli art. 56 e 169 L.F., che salvaguardano l'inderogabile principio di ordine pubblico, posto a tutela della *par condicio creditorum*, "in virtù del quale non può essere pronunciata la compensazione di crediti e debiti vantati nei confronti di un soggetto sottoposto a procedura di concordato preventivo" (v.



pagg. 72 – 73 dell'impugnativa). Ed, ancora, censurava il fatto che il Collegio arbitrale non avesse preso posizione sull'esistenza del quesito circa la necessaria anteriorità alla procedura concorsuale dei crediti e controcrediti compensati.

- 34) La difesa di [REDACTED] ha replicato nei seguenti termini: *“per giurisprudenza autorevole e consolidata (omissis), formatasi in relazione alle procedure di fallimento, ma applicabile anche alle procedure concordatarie, la compensazione di cui all'art. 56 L.F. è ammessa indipendentemente dal fatto che uno dei crediti divenga liquido od esigibile dopo il fallimento, purché il fatto generico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di dissesto”* (v. pagg. 55 – 56 della comparsa di costituzione).
- 35) Opinione della Corte quanto al motivo sub g). Quanto alla pretesa violazione degli art. 56 e 169 L.F., la Corte richiama i principi espressi da Cass. civ. n. 18915/10 alla luce dei quali *“la compensazione nel fallimento, a norma dell'art. 56 della legge fall., è ammessa anche quando il controcredito del fallito divenga liquido od esigibile dopo il fallimento, purché il fatto genetico dell'obbligazione sia anteriore alla dichiarazione di fallimento, con la conseguenza che è sufficiente che i requisiti dell'art. 1243 cod. civ. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia”*. Si tratta di principi consolidati, ripresi anche da Cass. civ. n. 27441/14 ove *“in applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione di merito che aveva rigettato l'eccezione di compensazione sollevata dal creditore del fallito, sul presupposto che il credito opposto fosse privo del requisito della certezza in quanto oggetto di contestazione giudiziale”* Trasfondendo tali criteri nel caso in esame, è evidente che il credito di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] ha il suo fatto genetico anteriore al provvedimento di ammissione alla procedura concorsuale negli inadempimenti da ritardo nel corso dell'anno 2006, contestati con la comunicazione dell'1.12.106. Per tali considerazioni, il motivo è da rigettare.
- 36) L'esito del giudizio di impugnazione rende superflua l'ammissione delle istanze istruttorie formulate dalla difesa di [REDACTED].
- 37) Non sono da esaminare le seguenti domande subordinate proposte dalla [REDACTED]: *“accertare e dichiarare che il residuo credito di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED], a titolo risarcitorio e/o restitutorio, considerato l'avvenuto pagamento dell'importo capitale di Euro 3.390.347,45 da parte di [REDACTED] all'esito di un giudizio tuttora sub iudice, è complessivamente pari ad almeno Euro 50.000.000,00, oltre ad interessi e rivalutazione dalla domanda fino all'effettivo soddisfo; - dato atto che [REDACTED], in virtù delle garanzie “performance bond” e “advance payment bond” del 13 dicembre 2002 e*



all'esito della procedura esecutiva instaurata contro la banca garante [REDACTED] in forza del decreto ingiuntivo n. [REDACTED] del [REDACTED] del Tribunale di [REDACTED], ha ottenuto l'importo capitale di Euro 3.390.347,45 e che la relativa causa di opposizione al decreto ingiuntivo pende tuttora avanti alla Corte d'Appello di [REDACTED], così come è attualmente pendente avanti al Tribunale di [REDACTED] altro giudizio fra [REDACTED] (quest'ultima chiamata in causa da [REDACTED] per ottenere la ripetizione, a titolo d'indebito, del suddetto importo), sicché il pagamento ricevuto in relazione alle garanzie "performance bond" e "advance payment bond" è ancora sub iudice; condannare [REDACTED], in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento dell'importo di almeno Euro 50.000.000,00 oltre ad interessi e rivalutazione dalla domanda fino all'effettivo soddisfo, e, per la denegata e non creduta ipotesi in cui [REDACTED] fosse condannata a restituire a [REDACTED], in tutto o in parte, la somma incassata; condannare [REDACTED], in persona del suo legale rappresentante pro tempore, a pagare a [REDACTED] anche l'importo di Euro 3.390.347,45 o la diversa somma che quest'ultima dovesse essere condannata a restituire in esito ai suddetti giudizi pendenti, oltre a interessi e rivalutazione dalla domanda fino all'effettivo soddisfo". Si tratta, invero, di domande rispetto alle quali la difesa di [REDACTED] non ha articolato alcun motivo di impugnativa.

- 38) L'esito del presente giudizio è caratterizzato dall'accoglimento di un unico motivo di impugnazione che, peraltro, ha modificato le posizioni di debito e credito tra le parti. Ebbene, tale conclusione giustifica la condanna di [REDACTED] alla rifusione, in favore di [REDACTED], delle spese processuali, previa compensazione per ½.
- 39) Restano, invece, invariate le spese del procedimento arbitrale, come quantificate nel lodo e determinate in termini coerenti con l'esito finale.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente decidendo nella causa n. 1173/13 R.G., così provvede:

- I. in parziale accoglimento dell'impugnazione proposta da [REDACTED] e previa declaratoria di nullità dei capi nn. 3, 4, 5 del lodo emesso dal Collegio arbitrale, in Milano, in data 17 - 18.7.12, **determina** il credito complessivo residuo di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] in € 10.931.503,85, fermo restando il credito complessivo di [REDACTED] nei confronti di [REDACTED] nella somma di € 11.717.078,49;
- II. **compensa** i crediti reciproci indicati al punto I sino alla concorrenza della somma di € 10.931.503,85;



- III. **condanna** [REDACTED] al pagamento, in favore di [REDACTED], della complessiva somma di 785.574,64 – oltre interessi e rivalutazione come specificato nel lodo;
- IV. **conferma**, quanto al resto, il lodo impugnato;
- V. **condanna** [REDACTED] a rimborsare, in favore di [REDACTED] le spese processuali della presente fase di impugnazione, che, già operata la compensazione per ½, liquida in € 31.730,00 - oltre 15% di spese generali ed accessori come per legge.

Così deciso dalla Corte d'Appello come sopra composta e riunita in camera di consiglio in data 31.5.19.

Il Consigliere rel.

Dott. Silvia Brat

Il Presidente

Dott. Marina Anna Tavassi

