

Civile Sent. Sez. 1 Num. 26783 Anno 2016

Presidente: SALVAGO SALVATORE

Relatore: TERRUSI FRANCESCO

Data pubblicazione: 22/12/2016

SENTENZA

✓
sul ricorso 29270-2010 proposto da:

CONSORZIO SAPRO (p.i. 01768580696), in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA ZARA 16, presso l'avvocato MICHELE DE CILLA, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato SALVATORE NAPOLITANO, giusta procura in calce al ricorso;

2016

1750

COMUNE DI PESCARA, in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA PAOLO EMILIO 34, presso l'avvocato QUIRINO D'ANGELO, rappresentato e difeso dagli avvocati OSVALDO

PROSPERI e CARLO MONTANINO, giusta procura a margine
del ricorso successivo;

- ricorrente + ricorrente successivo -

contro

CONSORZIO SAPRO (p.i. 01768580696), in persona del
legale rappresentante pro tempore, elettivamente
domiciliato in ROMA, VIA ZARA 16, presso l'avvocato
MICHELE DE CILLA, che lo rappresenta e difende,
giusta procura in calce al controricorso successivo;

- controricorrente successivo -

avverso la sentenza n. 4384/2009 della CORTE
D'APPELLO di ROMA, depositata il 05/11/2009;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 28/10/2016 dal Consigliere Dott.
FRANCESCO TERRUSI;

udito, per il ricorrente successivo COMUNE DI
PESCARA, l'Avvocato PROSPERI OSVALDO che ha chiesto
il rigetto;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FRANCESCO MAURO IACOVIELLO che ha
concluso per il rigetto.



29270-10

Svolgimento del processo

Il comune di Pescara impugnava il lodo emesso a conclusione di un procedimento per arbitrato rituale avviato dal consorzio Sapro nell'anno 2003, avente a oggetto un'azione di rivalsa per il rimborso di somme dovute dal consorzio medesimo all'impresa Astaldi (mandataria dell'a.t.i. incaricata della realizzazione del nuovo palazzo di giustizia) in forza di altro lodo conclusivo di controversia tra esso e la detta associazione di imprese.

Si costituiva il consorzio con impugnazione incidentale in ordine alle spese del procedimento arbitrale.

L'adita corte d'appello di Roma rigettava entrambe le impugnazioni.

In particolare rigettava il primo motivo svolto dal comune in ordine alla nullità del lodo per invalidità della clausola compromissoria e per falsa applicazione degli artt. 19 e 32 della l. n. 109 del 1994, rilevando che nessuno sviluppo argomentativo aveva ricevuto la critica all'assunto degli arbitri circa l'estensione della disciplina normativa alle concessioni di committenza.

Reputava inammissibile, perché attinente a questione non oggetto del quesito rivolto agli arbitri, il secondo

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



motivo di impugnazione, per il quale la controversia andava attribuita alla giurisdizione amministrativa.

Riteneva generiche e comunque infondate le doglianze circa l'inopponibilità al comune del lodo con cui il sottostante credito era stato accertato.

Rigettava infine il gravame incidentale del consorzio, in quanto gli arbitri avevano reso la pronuncia nel rispetto di quanto a loro era stato devoluto coi quesiti.

Avverso la sentenza, depositata il 5-11-2009 e non notificata, hanno proposto separati ricorsi il comune di Pescara, in base a tre motivi, e il consorzio, in base a un unico mezzo.

Al ricorso del comune di Pescara il consorzio ha replicato con controricorso.

Entrambe le parti hanno depositato una memoria.

Motivi della decisione

I. - I ricorsi vanno riuniti ai sensi dell'art. 335 cod. proc. civ.

II. - Col primo motivo del ricorso principale il comune di Pescara deduce la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. per avere la corte d'appello omissa di pronunciare sul primo motivo di impugnazione per nullità del lodo, senza considerare le censure e le argomentazioni svolte a sostegno del mezzo e limitandosi a semplicemente rinviare al *dictum* arbitrale.



Il motivo non ha fondamento.

L'impugnata sentenza ha preso in esame il citato primo motivo col quale il comune aveva riproposto "l'eccezione di nullità del lodo per invalidità della clausola compromissoria e per falsa applicazione degli artt. 19 e 32 della l. n. 109 del 1994 e di ogni altro principio, norma e regola in materia di definizione delle controversie". Lo ha fatto esplicitamente considerando privo di sviluppo argomentativo l'asserto del comune incentrato sull'essere il contratto qualificabile come concessione di committenza, espunta dal novero dei sistemi di realizzazione delle opere pubbliche in base all'art. 19, terzo comma, della l. n. 109 del 1994.

In particolare ha condiviso la diversa conclusione degli arbitri in ordine all'estensione delle norme sulla definizione delle controversie di cui al citato testo normativo, che ha ritenuto riferibili anche a siffatta tipologia di atti per quanto interpretati come *infra*.

Il comune ricorrente deduce l'omissione di pronuncia sostenendo che la corte territoriale non si è "peritata di affrontare" la questione sottostante, avendo "liquidato sbrigativamente" il mezzo di impugnazione afferente l'interpretazione della normativa citata. Il quale era volto a sostenere la nullità del patto compromissorio di cui all'art. 19 della convenzione *inter*



partes, posto che questo non conteneva la nomina degli arbitri e non stabiliva il numero dei medesimi e il modo per nominarli.

Sennonché tutta l'argomentazione del comune di Pescara, per quanto emerge dall'ampio stralcio dell'atto di impugnazione del lodo riportato in ricorso (nella parte che rileva), si basava sul fatto che era stato richiamato in convenzione l'art. 45 del d.P.R. n. 1063 del 1962, norma abrogata a partire dall'entrata in vigore del regolamento attuativo della legge-quadro sui lavori pubblici n. 109 del 1994. Sicché era stato eccepito che all'abrogazione non poteva conseguire l'automatica integrazione della clausola mediante richiamo all'art. 32 della citata legge-quadro, in quanto tale disposizione, riferendosi letteralmente alle controversie derivanti dall'esecuzione del contratto, aveva alluso all'appalto, non alla concessione di committenza.

La corte d'appello ha escluso il fondamento del rilievo, reputando estensibile, in esatto contrario, la disciplina dell'art. 32 anche alla convenzione in esame. La quale era stata dagli arbitri diversamente interpretata, come tra un momento si dirà.

Ne consegue che non può discorrersi di omissione di pronuncia, essendo da ritenere implicita la statuizione



di rigetto ove la pretesa o l'eccezione risulti incompatibile con le premesse della decisione.

A integrare gli estremi del vizio non basta, infatti, la mancanza di un'espressa statuizione del giudice, ma è necessario che sia stato completamente omesso il provvedimento che si palesa indispensabile alla soluzione del caso concreto. Il che non si verifica quando la decisione adottata comporti la reiezione della pretesa fatta valere dalla parte, dovendo ravvisarsi una statuizione implicita di rigetto tutte le volte in cui la pretesa avanzata risulti incompatibile con l'impostazione logico-giuridica della sentenza (cfr. Sez. 1^a n. 17956-15, n. 21612-13, n. 10696-07, ma anche Sez. 2^a n. 20311-11).

III. - Col secondo motivo, deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 1421 cod. civ., violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. e violazione degli artt. 11 della l. n. 241 del 1990, 6, secondo comma, della l. n. 205 del 2000 e 33-bis del d.lgs. n. 80 del 1998, il comune di Pescara censura la sentenza sotto tre concorrenti profili.

Innanzitutto per non aver considerato che il difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri, derivante dalla eccepita non compromettibilità della controversia in quanto devoluta al giudice amministrativo, era rilevabile



d'ufficio e come tale deducibile per la prima anche in sede di impugnazione del lodo.

In secondo luogo per esser stata omessa la pronunzia in ordine al profilo correlato alla pretesa mancanza di censure di legittimità dirette a contestare l'esattezza del procedimento formativo del convincimento degli arbitri circa l'interpretazione dell'accordo.

In terzo luogo per esser stato violato il complesso di norme sostanziali di riferimento, giacché la convenzione aveva integrato una concessione di committenza con cui il comune aveva attribuito al consorzio anche la funzione amministrativa di stazione appaltante, con relativo potere pubblicistico per la realizzazione dell'opera pubblica "chiavi in mano"; sicché la convenzione aveva infine rappresentato un accordo integrativo o sostitutivo del procedimento amministrativo di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990, supponente la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

IV. - Il motivo è infondato nella parte intesa a sostenere l'omissione di pronuncia ed è inammissibile nel resto.

Per due ragioni la corte d'appello ha disatteso la doglianza prospettata dal comune con riferimento alle caratteristiche della convenzione:



(i) perché il contenuto della doglianza non aveva formato oggetto del quesito arbitrale;

(ii) perché comunque conteneva un'interpretazione dell'accordo *inter partes* (pacificamente datato 26-6-1992) diversa da quella posta a base del lodo, senza formulazione di censure di legittimità a proposito dell'esattezza del procedimento formativo del convincimento degli arbitri in ordine al fatto che la convenzione, ove pure si fosse voluta qualificare come concessione di committenza, non avrebbe avuto, "nello specifico" (*id est*, in concreto), l'effetto attributivo dell'esercizio al concessionario di pubbliche funzioni e sarebbe stata equiparabile a una concessione di costruzione ai fini di cui all'art. 32 della l. n. 109 del 1994.

E' ovvio che i citati rilievi consentono di ravvisare la pronuncia, che il comune persevera nel ritenere omessa. Dacché l'infondatezza della censura formulata previo richiamo dell'art. 112 cod. proc. civ.

V. - La motivazione della corte territoriale deve peraltro essere integrata, e in parte corretta, nel resto, ancorché al fine di sottolineare l'inammissibilità della ulteriore serie di censure.



Va difatti in linea generale rammentato che nella concessione di committenza al concessionario sono attribuite le funzioni di stazione appaltante.

La caratteristica della concessione di committenza sta propriamente in ciò: che l'amministrazione trasferisce al concessionario funzioni pubblicistiche, comprensive del potere di indizione di gare di appalto, di direzione dei lavori e di collaudo (cfr. per tutte Sez. 1^a n. 15486-05).

Detta figura, con cui la giurisprudenza amministrativa è solita qualificare tutte quelle fattispecie in cui il concessionario di un'opera pubblica non esegua direttamente la costruzione della stessa, ma la faccia eseguire a terzi soggetti riservandosi di espletare tutti i compiti tipici di una stazione appaltante (ricerca di finanziamenti, studi, progettazione, espropria direzione lavori, esecuzione dei collaudi), suppone l'attribuzione al concessionario della veste di organo indiretto dell'amministrazione concedente (Cons. stato n. 740-97), e non è configurabile nell'ambito delle concessioni di opere pubbliche che riguardano anche la costruzione delle opere stesse.

Ciò è necessario puntualizzare perché le argomentazioni di parte ricorrente si incentrano, per le conseguenze

Corte di Cassazione - copia non ufficiale



attinenti alla clausola arbitrale, sull'essere stata stipulata, *inter partes*, una concessione di committenza.

La concessione di committenza è stata espunta dal quadro dei sistemi di realizzazione dalle opere pubbliche dall'art. 19, terzo comma, della legge 109 del 1994, che ha vietato alle amministrazioni di ricorrervi.

VI. - Ancora va ricordato che prima dell'entrata in vigore dell'art. 31-bis, quarto comma, della l. n. 109 del 1994 (legge-quadro in materia di lavori pubblici), la giurisprudenza di questa corte aveva ritenuto che in materia di concessione di opere pubbliche vi fosse giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5 della l. n. 1034 del 1971 (indicativamente, Sez. un. n. 12966-91; n. 7285-93; n. 8647-96). La norma si riferiva alle concessioni di beni e di servizi pubblici, ma era stata interpretata estensivamente, come riferita pure alle citate concessioni di committenza.

La legge-quadro, come dianzi si è detto, ha ammesso come unica figura di concessione di opera pubblica quella di costruzione e gestione, senza più contemplare la possibilità di ricorrere, in questa materia, alla concessione di sola costruzione e alla concessione di committenza (cfr. Cons. stato n. 1478-98). Tuttavia ha anche stabilito che "ai fini della tutela giurisdizionale



le concessioni in materia di lavori pubblici sono equiparate agli appalti" (art. 31-bis, quarto comma), equiparazione implicante l'ordinaria regola di riparto basata sulla distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi.

Tale norma, per ragioni analoghe a quelle dette, è stata ritenuta non applicabile alle concessioni di costruzione e gestione (v. Sez. un. n. 3518-08 e n. 21585-13), ove la concessione sia anteriore alla legge 21 luglio 2000, n. 205; cosicché è stata esclusa la possibilità di ricorrere all'arbitrato in tali fattispecie con conseguente nullità della clausola compromissoria, sussistendo la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, atteso che l'equiparazione, ai fini della giurisdizione, delle concessioni di opere pubbliche agli appalti, operata dall'art. 31-bis della legge 11 febbraio 1994, n. 109, non concerne le concessioni di costruzione e gestione, dalle quali deriva un rapporto non assimilabile all'appalto per la natura di attività autonoma della gestione, che presuppone la costruzione dell'opera, e atteso che il concessionario trova compenso per la propria attività anche nella successiva gestione.

In linea generale non si è attribuita rilevanza al disposto dell'art. 6 della citata legge n. 205 del 2000, perché codesto non pone una norma sulla giurisdizione ma



riguarda una questione di merito, relativa alla validità ed efficacia del compromesso e della clausola compromissoria, attribuendo la facoltà di ricorrere all'arbitrato anche per le materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo quando la controversia riguardi diritti soggettivi.

La conclusione è stata ritenuta valida pure per la concessione di committenza, salvi però gli effetti del *ius superveniens* quanto alle cause pendenti in cui si discuta dell'arbitrabilità di controversie in tema di diritti soggettivi (v. Sez. un. n. 14545-05), appunto perché la concessione partecipa delle medesime caratteristiche di trasferimento al concessionario di funzioni pubblicistiche.

VII. - Così ricostruito, a integrazione della motivazione dell'impugnata sentenza, il quadro dei principi rilevanti in materia, il punto risolutivo è che, anche a voler prescindere dall'ultima considerazione surriportata, gli arbitri avevano nella specie escluso che la convenzione *inter partes* (pacificamente stipulata nell'anno 1992) avesse caratteristiche assimilabili a quella anzidette della concessione comunale di committenza (o anche di costruzione e gestione dell'opera pubblica).

E la corte d'appello ha puntualizzato che a siffatta interpretazione della convenzione, rimessa agli arbitri,



non era stata opposta una critica di legittimità quanto al processo formativo del convincimento espresso.

E' inutile allora insistere nell'affermazione secondo la quale la concessione aveva avuto a oggetto l'esercizio di una funzione amministrativa: che, cioè, dovevano essere considerate, per gli effetti che ne sarebbero derivati sulla validità della clausola compromissoria, le caratteristiche della concessione di committenza in quanto attributive al consorzio di ogni funzione di esercizio del potere pubblico di stazione appaltante.

L'aspetto, per quanto sinteticamente, risulta dalla corte d'appello considerato a petto della valutazione degli arbitri, con esito difforme a quanto predicato dal comune, e questo implica una valutazione di fatto in ordine al contenuto della concessione che nel ricorso non è stato neppure riportato.

Consegue che è inammissibile, perché assertorio in prospettiva di autosufficienza, il secondo motivo di ricorso, nella parte involgente gli effetti asseritamente correlati alla summentovata configurazione del rapporto.

VIII. - Col terzo motivo il comune denuncia un ulteriore vizio di omessa pronuncia (art. 112 cod. proc. civ.), questa volta in relazione al quarto motivo di impugnazione, non avendo la corte d'appello apprezzato in alcun modo la censura di violazione e falsa applicazione



degli artt. 2909 cod. civ., 831 e 404 cod. proc. civ. e di ogni altra norma e regola in materia di giudicato, di opposizione di terzo e di revocazione, nonché la censura di violazione dei principi del giusto processo e del contraddittorio.

Il terzo motivo è infondato.

La corte d'appello ha infatti esplicitamente considerato la censura, dal momento che l'ha dichiarata inammissibile perché generica.

IX. - Deve essere disatteso infine l'unico motivo del ricorso incidentale del consorzio.

Si denuncia l'omissione di pronuncia per "totale obliterazione della problematica dell'interpretazione della domanda" posta in sede arbitrale, onde potersi pervenire al convincimento, infine dalla corte d'appello espresso, che la domanda era stata esaminata e decisa dagli arbitri.

In proposito è da osservare che la trascrizione operata in ricorso evidenzia che l'impugnazione incidentale del lodo era stata affidate a censure afferenti la violazione dell'art. 112 cod. proc. civ. quanto agli interessi maturandi e alla erronea determinazione della domanda in punto di spese della controversia principale tra il consorzio e la Astaldi.

11



La corte d'appello ha esaminato e disatteso l'impugnazione incidentale in entrambi i risvolti.

Ha difatti escluso l'omissione imputata agli arbitri in ordine al primo quesito e ha ritenuto non supportata da valida argomentazione la tesi che anche le spese di difesa tecnica potessero rientrare nel novero di quelle rimborsabili in forza del secondo quesito.

L'attuale motivo ricorso si presenta confuso nella corrispondente parte, tanto da rendere arduo cogliere a quale specifica "problematica" il ricorrente si riferisca nell'imputare alla corte d'appello l'omissione di pronuncia.

A ogni modo è evidente che il giudice a quo ha reso la decisione su entrambi i profili e tanto è sufficiente per negare fondamento al ricorso incidentale.

X. - In conclusione, entrambi i ricorsi debbono essere rigettati, con conseguente compensazione delle spese processuali.

p.q.m.

La Corte, riuniti i ricorsi, li rigetta e compensa le spese processuali.

Deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima