



**CORTE D'APPELLO DI
ANCONA**

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte di Appello di Ancona –I sezione civile- composta dai seguenti magistrati:

Dr.	Presidente
Dr. UGO PASTORE	Consigliere
Dr. ANNALISA GIANFELICE	Consigliere est.

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in secondo grado, iscritta a ruolo al n. 341/2013 e promossa

DA

ASUR MARCHE rappresentata e difesa dall'Avv. F. Lubrano del foro di Roma e dall'Av. G. Carassai del foro di Macerata, con questi elettivamente domiciliati presso lo studio legale dell'A. A. Cucchieri in via c.so Mazzini 148 di Ancona

IMPUGNANTE

CONTRO

Osimo Salute s.r.l. in liquidazione rappresentata e difesa dagli Avv.ti L. Bonechi, N. Princi e L. Gracili del foro di Firenze e con questi elettivamente domiciliati presso lo studio legale dell'Av. P. Pauri in C.so Cavour n. 148 di Ancona,

IMPUGNATA



OGGETTO: impugnazione avverso lodo arbitrale 15.03.2012

Le parti hanno concluso come da verbale del 24.07.2018

RAGIONI IN FATTO ED IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con atto ritualmente notificato in data 21.3.2013, ASUR Marche impugnava il lodo deliberato in data 15.03.2012 chiedendo che ne fosse dichiarata la nullità, lodo con cui veniva parzialmente accolta la domanda di risarcimento danni proposta da Osimo Salute s.r.l. in liquidazione (di seguito Osimo Salute).

Deduceva fra l'altro l'Ente impugnante che il lodo in questione doveva ritenersi nullo ex art. 829 c.p.c. co. I nn. 11 c.p.c.

Si è costituita in giudizio Osimo Salute proponendo impugnazione incidentale ed in particolare tornando ad insistere per l'accoglimento delle domande già avanzate (declaratoria di inadempimento di ASUR con riferimento al contratto di concessione stipulato con Osimo Salute il 20.10.2005 e conseguente risoluzione del contratto; condanna al pagamento della somma di € 1.460.892,90 iva inclusa per la progettazione definitiva ed esecutiva eseguite in forza del contratto di concessione oltre interessi e rivalutazione monetaria; risarcimento degli ulteriori danni quali spese sostenute per la costituzione ed il funzionamento della società, per le penali pagate agli affidatari dei lavori, per la preparazione della proposta, per lucro cessante, per danno all'immagine; in via subordinata accertamento del recesso unilaterale di ASUR Marche e risarcimento dei danni)

Il Collegio arbitrale ha deciso la controversia nei termini che seguono:

- - ha ritenuto insussistente l'inadempimento contrattuale di ASUR in quanto, in accoglimento dell'eccezione *ex adverso*, ha dichiarato la nullità del contratto per contrasto con norma imperativa ai sensi dell'art.1418 c.c. (pronuncia assunta a maggioranza);
- - ha ritenuto insussistente la responsabilità precontrattuale della ASUR che Osimo Salute individuava nell'aver predisposto un bando, gestita una gara, aggiudicato e



stipulato il contratto di cui il concessionario dava puntuale esecuzione, in quanto, usando l'ordinaria diligenza, Osimo Salute avrebbe dovuto rendersi conto dei vizi che inficiavano la procedura e, quindi, della nullità del contratto (pronuncia assunta a maggioranza);

- - ha ritenuto solo parzialmente sussistente la responsabilità di ASUR per il comportamento tenuto successivamente alla revoca del finanziamento consistente nel silenzio serbato sul punto dall'ente sanitario mentre il concessionario continuava ad eseguire il contratto;
- - ha ritenuto la sussistenza del concorso colposo di Osimo Salute e limitato di conseguenza la responsabilità di ASUR (decisione assunta a maggioranza);
- - ha riconosciuto i danni a favore di Osimo Salute, quantificati forfettariamente in € 400.000,00
- - ha compensato le spese di costituzione e funzionamento del collegio arbitrale e condannato ASUR al pagamento delle spese processuali sostenute da Osimo Salute s.p.a. determinate in € 45.000,00 oltre accessori.

La causa sulle conclusioni delle parti, è stata trattenuta in decisione all'udienza del 24.07.2018.

Col primo e col secondo motivo di gravame la parte impugnante denuncia la pronuncia dell'arbitro sotto il profilo della carenza di giurisdizione per essere la controversia demandata alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, e della carenza di giurisdizione degli arbitri in quanto la nullità del contratto farebbe venir meno il carattere autonomo della clausola compromissoria.

Afferma ASUR Marche la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in caso di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto pubblico e sulle conseguenziali domande di risarcimento del danno; che il contratto originato dall'aggiudicazione, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica è da stimarsi inefficace ab origine a seguito e per effetto dell'annullamento -in autotutela- del provvedimento di aggiudicazione, con provvedimento amministrativo reputato legittimo in virtù del passaggio in giudicato della sentenza del CdS, sez. V, n. 1946/2010; rilevato che l'annullamento (in autotutela) comporta la caducazione automatica degli effetti del contratto e travolge anche la clausola compromissoria.



Ribadisce che erroneamente il Collegio arbitrale ha ritenuto di dichiarare la nullità del contratto – non sussistendo l'automatica caducazione del negozio giuridico a valle (c.d. effetto caducante), producendo piuttosto una invalidità derivata (c.d. effetto viziante), che deve essere dedotta davanti al giudice avente giurisdizione sull'atto negoziale", e a statuire la sopravvivenza della clausola compromissoria.

I motivi, assorbenti, sono fondati.

E' vero che la giurisprudenza di legittimità (cfr. ex multis Cass. civ. 11 luglio 2003, n. 10910), ha affermato che la clausola compromissoria è dotata di una propria individualità ed autonomia nettamente distinta da quella del contratto cui accede, autonomia che la preserva dalla nullità o inefficacia, originaria o sopravvenuta, del negozio sostanziale, sicchè non costituendo un accessorio del contratto-convenzione non è possibile estendere alla clausola compromissoria eventuali cause di invalidità del negozio sostanziale né è possibile che su di essa (clausola) possano incidere provvedimenti amministrativi che si risolvono nella "rimozione" dell'atto (amministrativo) di approvazione della convenzione stipulata. Se effettivamente la clausola compromissoria non vincola per la risoluzione di vertenze al di fuori di quelle sorte dal contratto in cui è inserita, la sua autonomia comporta che, nel caso di risoluzione o rescissione del contratto che fanno venire meno ogni effetto di questo, comunque essa rimane operativa, imponendo di rimettere tutte le controversie insorte dall'appalto alla cognizione arbitrale (in tal senso, Cass. 20 giugno 2011 n. 13531 e [23 dicembre 2010 n. 26046](#)).

Tuttavia va ricordato che secondo la giurisprudenza consolidata delle Sezioni Unite sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, comprese quelle di annullamento, accertamento e risarcimento del danno, relative al procedimento di affidamento dell'appalto, ed in particolare tutte le questioni involgenti atti e comportamenti della stazione appaltante relativi alla fase di individuazione del contraente privato e, più in generale, prodromiche alla stipulazione del contratto, mentre sono devolute al giudice individuato secondo i criteri di riparto (perciò in genere al giudice ordinario) tutte le vertenze riguardanti i rapporti contrattuali tra le parti successivi alla stipulazione del contratto di appalto e concernenti la sua esecuzione, non rilevando in contrario che l'amministrazione si sia avvalsa della facoltà di rescindere o risolvere il rapporto, perchè in tali casi l'atto rescindente, pur essendo un atto amministrativo, non ha natura provvedimentoale in quanto opera



nell'ambito delle paritetiche posizioni contrattuali, con la conseguenza che spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa al recesso della pubblica amministrazione dal contratto di appalto, vertendosi in ipotesi di esercizio di un potere contrattuale e non di esercizio del potere pubblico di revoca (in tal tra le altre s.u. nn. 9409 del 1994; 10160 del 2003; 6992 del 2005; 13033 del 2006; 8081 del 2012; da ultimo Cassazione civile sez. un., 05/05/2017, n.10935 secondo cui *In tema di controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici, va affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo a conoscere non solo della controversia inerente alla legittimità della revoca del bando di gara d'appalto ed alla conseguente efficacia del contratto, ma anche di quella volta ad ottenere il pagamento del corrispettivo. Invero, benchè atto successivo alla stipula del contratto d'appalto, la revoca involge pur sempre il legittimo esercizio, da parte della P.A., di poteri autoritativi incidenti sul rapporto contrattuale, e la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento non può non riguardare anche gli atti di secondo grado, ossia quelli incidenti su provvedimenti assunti nell'ambito delle suddette procedure (quali, appunto, gli atti di ritiro) e le relative conseguenze.*)

Ciò posto, ritiene il Collegio che l'annullamento in autotutela di un atto amministrativo prodromico alla stipulazione del contratto ha natura autoritativa e discrezionale, sicchè il relativo vaglio di legittimità spetta al giudice amministrativo, la cui giurisdizione esclusiva si estende -con necessità di trattazione unitaria - alla conseguente domanda per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto a valle, come pure alle collegate domande di ripetizione e di risarcimento.

La giurisprudenza di legittimità ha poi precisato che sussiste invece la giurisdizione del giudice ordinario (non solo, ovviamente, quando la domanda attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale - ad es.: risoluzione per inadempimento- ma anche) quando la P.A., dietro lo schermo dell'annullamento in autotutela, interviene direttamente sul contratto per vizi propri, anzichè sulle determinazioni prodromiche in sè considerate (v. tra le altre s.u. nn. 9861 del 2015 e 22554 del 2014).

Ma questo aspetto non sussiste nel caso di specie, ove l'annullamento in autotutela dei provvedimenti adottati per la realizzazione dell'ospedale di Osimo è avvenuto per gravi irregolarità della procedura di affidamento adottata.



Nel caso di specie pertanto si ravvisa una ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, trattandosi di controversia che, pur relativa ad atti intervenuti successivamente alla stipula del contratto (risoluzione del contratto di appalto e risarcimento del danno), involge il legittimo esercizio da parte della P.A. di poteri autoritativi incidenti sul rapporto contrattuale, posto che la giurisdizione esclusiva sulle procedure di affidamento non può non riguardare anche gli atti di secondo grado, ossia gli atti incidenti su provvedimenti assunti nell'ambito delle suddette procedure (quali, appunto, gli atti di ritiro) e le relative conseguenze. Per l'espressa affermazione, nelle ipotesi considerate, della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ragione della necessità di trattazione unitaria sia delle domande relative alle prodromiche deliberazioni di affidamento della P.A. sia di quelle conseguentemente incidenti sul rapporto contrattuale, si sono espressamente pronunciate, tra le altre, s.u. nn. 14260 del 2012 e 2906 del 2010.

La Suprema Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare: *Il principio secondo il quale la clausola compromissoria non costituisce un accessorio del contratto nel quale è inserita, ma ha propria individualità ed autonomia nettamente distinta da quella del contratto cui accede, per cui ad essa non si estendono le cause di invalidità del negozio sostanziale, non trova applicazione nelle ipotesi in cui queste siano esterne al negozio e comuni ad esso e alla clausola. Pertanto, la invalidità dell'atto di aggiudicazione dell' appalto di un servizio pubblico, la quale esclude che l'amministrazione potesse legittimamente stipulare il contratto con l'apparente aggiudicatario, e perciò inserire nello stesso una clausola compromissoria, determina la invalidità anche di questa.* ([Cass. Civ. sez. I n. 2529/05](#)).

Nel caso in esame, relativo l'aggiudicazione dell'appalto relativo alla realizzazione dell'Ospedale di Osimo, sia il contratto che la clausola compromissoria risultano viziati dal mancato rispetto delle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente e questo fatto comporta la nullità di tutte le pattuizioni del contratto di appalto del 25.10.2005, compresa la clausola compromissoria, intercorso con la Osimo Salute s.p.a.

Deve essere pertanto affermata la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e di conseguenza dichiarata la nullità del lodo impugnato.

Attesa la decisione adottata va rigettata l'impugnazione incidentale.



Va infine disposta la condanna di Osimo Salute spa al pagamento delle spese spese della procedura arbitrale e della presente impugnazione, in virtù del principio della soccombenza, atteso che *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.* (Cassazione civile sez. I, 25/08/2017, n.20399)

P. Q. M.

La Corte di Appello di Ancona, ogni diversa o contraria azione, eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- 1) accoglie l'impugnativa proposta da Asur Marche nei confronti di Osimo Salute in liquidazione s.r.l. avverso il lodo deliberato in data 15.03.2012 e per l'effetto
- 2) dichiara la nullità del lodo;
- 3) dichiara la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo
- 4) rigetta l'impugnazione incidentale di Osimo Salute in liquidazione s.r.l. ;
- 4) condanna Osimo Salute in liquidazione s.r.l. al pagamento in favore di Asur Marche delle spese di arbitrato che si liquidano in €. 22.000,00 nonché delle spese della presente impugnazione che si liquidano in € 4.180,00 per la fase di studio, € 2.430,00 per la fase introduttiva, € 6.950,00 per la fase decisoria, oltre accessori come per legge.

Così deciso in Ancona, li 7.05.2019

Il giudice estensore

(dott. Annalisa Gianfelice)

Il presidente

(Dott. Gianmichele Marcelli)

