



n. 729/2013 R. G.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte d'Appello di Messina, Prima Sezione Civile, riunita in camera di consiglio e composta dai signori:

dott. Augusto SABATINI, presidente relatore;
dott. Marisa SALVO, consigliere;
dott. Maria Giuseppa SCOLARO, consigliere;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile d'appello iscritta al n. 729/2013 R. G., posta in decisione all'udienza celebrata in data 26.9.2022 a seguito di discussione orale del presente procedimento – in ossequio al disposto dell'art. 352 C.P.C., vertente

TRA

Comune di Milazzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

codice fiscale e p. IVA: 00226540839

parte rappresentata e difesa per procura in atti dall'avv. MAZZÙ Carlo del foro di Messina ed elettivamente domiciliata presso lo studio professionale del medesimo in Messina (via Ducezio n. 32);

pec: studiolegalemazzu@pec.giuffre.it ;

RICORRENTE

E

CCC Consorzio Cooperative Costruzioni–Soc. Cooperativa, in proprio e n.q. di capogruppo del R.T.I. con FAGO S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

p. IVA: 00281620377;

parte rappresentata e difesa per procura in atti dall'avv. SCUDERI Andrea del foro di Catania ed elettivamente domiciliata presso lo studio professionale dell'avv. SILIPIGNI Patrizia in Messina (via Ugo Bassi n. 144);

pec: Andrea.scuderi@pec.ordineavvocaticatania.it ;

pec: avv.patriziasilipigni@pec.giuffre.it ;

RESISTENTE–RICOPRENTE INCIDENTALE

Con l'intervento di

ITALIANO Lorenzo, già sindaco *pro tempore* del Comune di Milazzo;

codice fiscale: TLN LNZ 59S18 F206Y;



parte rappresentata e difesa per procura in atti dall'avv. LA MALFA Gioacchino del foro di Barcellona Pozzo di Gotto ed elettivamente domiciliata presso lo studio professionale del medesimo in Milazzo (via Cumbo Borgia n. 56);

pec: avvgioacchinolamalfa@pec.giuffre.it ;

INTERVENIENTE AD ADIUVANDUM (DEL RICORRENTE)

avente ad oggetto: impugnazione di lodo arbitrale.

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Si dà atto, in proposito, che all'udienza del 26.9.2022 le difese delle parti costituite insistevano nei rispettivi *petita* – di cui alle note di trattazione depositate in modalità telematica in data 6 e 9.9.2022 – di seguito richiamati:

per il ricorrente in via “principale” Comune di Milazzo:

“... si insiste affinché l'On.le Corte d'Appello di Messina adita, voglia, nel merito, ritenere e dichiarare che il lodo arbitrale è nullo per i motivi esposti [nell'atto introduttivo. Con ogni conseguente statuizione e con vittoria di spese, competenze ed onorari di giudizio, oltre iva e CPA ...]”

per l'interveniente adesivo ITALIANO Lorenzo:

“... lo scrivente difensore avendo già depositato – trattandosi di udienza ex articolo 352 del codice di procedura civile – i propri atti difensivi conclusivi (comparsa conclusionale e memoria), insiste nelle conclusioni ivi rassegnate ...”;

per la resistente e ricorrente incidentale CCC Consorzio Cooperative Costruzioni–Soc. Cooperativa:

“... Voglia l'III.ma Corte d'Appello adita:

A) respingere l'appello proposto dal Comune di Milazzo in impugnazione del lodo in quanto inammissibile ai sensi degli articoli 348 bis e 829 c.p.c. e comunque infondato, e per l'effetto confermare il lodo medesimo.

B) Accogliere l'appello incidentale proposto dal Consorzio e per l'effetto, previo annullamento e/o modifica del lodo impugnato:

B.1) accertare e dichiarare, previa ove occorresse disapplicazione del provvedimento di autotutela contenuto nella delibera di Giunta municipale numero 290/2006, l'inadempimento del Comune di Milazzo agli obblighi derivanti dal contratto di concessione, ed in conseguenza accertare e dichiarare il diritto del Consorzio Cooperative Costruzioni al risarcimento dei danni subiti secondo i criteri indicati in comparsa, con la condanna del Comune di Milazzo al pagamento in favore del Consorzio Cooperative Costruzioni del complessivo importo di 2.672.167 di euro, ovvero della diversa somma che risulterà di giustizia, oltre rivalutazione monetaria e- sulla somma rivalutata – agli interessi sino al soddisfo;

a tal fine, disponendo in via istruttoria:

B.1a) l'acquisizione ai sensi degli articoli 210 e 213 c.p.c. presso il Comune di Milazzo dei seguenti documenti: a) progetto – offerta del RTI concessionario approvato con la delibera del Consiglio Comunale numero 291/1990; b) progettazioni preliminari redatte dal Consorzio concessionario trasmesse con nota del 31 agosto 2004 numero 36248 di protocollo e restituite con nota del Settore BB.CC del 18 gennaio 2005 numero 188); c) progettazioni preliminari relative agli interventi finanziati nell'ambito del PIOS 5 redatti dagli uffici comunali ed approvati con le delibere di G.M. del 16 dicembre 2004 numeri 617, 618, 619, 620, 621 e 622; d) progettazioni esecutive trasmesse dal Concessionario con note dell'1 aprile 2005 numeri di protocollo 14688 e 14691; e) verbale di collaudo parziale dei lavori del 9 giugno 2003;

B.1b) l'esperimento di CTU al fine di accertare i fatti di causa, con specifico riferimento alle responsabilità del Comune di Milazzo per le causali sottese alle domande risarcitorie, con particolare riferimento: a) alla esatta individuazione



delle opere ed interventi rientranti nell'oggetto della concessione ed alla mancanza di sostanziali modifiche di tale oggetto nel corso del rapporto, come desumibile dagli atti formali sottoscritti tra le parti; b) all'accertamento della corrispondenza sotto il profilo oggettivo, nonché della natura, finalità, funzione ed omogeneità qualitativa, delle opere finanziate nell'ambito del PIOS per il Comune di Milazzo e di quelle previste e rimaste ineseguite nell'ambito della concessione originaria del 1990 e dell'atto aggiuntivo stipulato l'1 ottobre 1999.; c) all'esatta quantificazione delle somme dovute al Consorzio concessionario a titolo di risarcimento danni sulla base dei criteri individuati con l'atto di accesso all'arbitrato del 13 gennaio 2012 e la comparsa di costituzione con impugnazione incidentale.

B.2) condannare il Comune di Milazzo al pagamento integrale degli onorari dei Signori Arbitri, delle spese e competenze del giudizio arbitrale con la refusione in favore del Consorzio appellato di 1/3 di detti onorari, spese e competenze già pagati da quest'ultimo;

B.3) condannare il Comune di Milazzo alla corresponsione sulla somma dovuta a titolo di risarcimento danni per responsabilità extracontrattuale, della rivalutazione e degli interessi secondo i criteri indicati in comparsa.

C) In ogni caso, condannate il Comune di Milazzo al pagamento delle spese del presente giudizio d'appello, con refusione del contributo unificato versato ...".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con atto di citazione notificato in data 20.11.2013 il Comune di Milazzo conveniva in giudizio davanti a questa Corte la *CCC Consorzio Cooperative Costruzioni-Soc. Cooperativa* (di seguito, individuata come *CCC*), riproponendo le domande, eccezioni e difese rigettate dal Collegio arbitrale per i contratti pubblici adito con lodo n. 33 emesso in data 6-14.5.2013 nel procedimento già iscritto al n. 33/2013 R.G. Lodi presso la Camera Arbitrale di Messina.

*

A fini di miglior intellesione della presente vicenda processuale, gioverà premettere all'illustrazione dei relativi motivi di gravame quanto appresso:

a) con delibera n. 51 del 22.2.1990 il Consiglio Comunale di Milazzo stabiliva di procedere alla realizzazione delle opere per la fruizione del Castello di Milazzo (secondo il cd. progetto PUGLISI-BASILE-IOPPOLO), di cui con delibera n. 291 del 18.12.1990 la gara relativa era aggiudicata mediante affidamento in concessione al R.T.I. *CO.GE.I. S.P.A.-FAGO S.R.L.*, con contestuale consegna dei lavori relativi limitatamente al 1° lotto;

è bene avvisare, in proposito, tuttavia che:

a.1)

il raggruppamento aveva presentato, oltre al progetto per il predetto 1° lotto, anche un progetto "generale", la cui esecuzione era però espressamente stata esclusa dalla delibera n. 291 e dal contratto successivamente stipulato con la p.a. committente in data 16.11.1991;

a.2)

per il pagamento dei compensi determinati in contratto (pari a £ 26.020.000.000) era previsto che si sarebbe fatto ricorso ad un finanziamento regionale, ex L.R. 1.3.1968, n. 64 (già concessi dal F.I.O. '89, di cui alla delibera C.I.P.E. del 19/12/1989 pubblicata sulla G.U.R.I. n. 13 del 17/01/1990);

a.3)

seguiva, pertanto, la sola parziale consegna dei lavori, ossia – come premesso sub a) e sub a.1) – con esclusione di quelli previsti all'interno della Cittadella fortificata, in quanto da consegnarsi da parte del Ministero delle Finanze (consegna avvenuta, peraltro, solo in data 25.1.1995);

b) nel corso dei lavori l'impresa aggiudicataria, l'Amministrazione comunale e la Soprintendenza ai Beni Culturali di Messina ravvisavano la necessità di realizzare, con priorità su qualsiasi altro intervento, il consolidamento del costone roccioso delle strutture di contratto e pertanto:

b.1)

i lavori venivano sospesi nel luglio 1993, in attesa che il R.T.I. predisponesse una perizia di variante e suppletiva per farvi luogo (che non otteneva però l'approvazione in linea tecnica del C.T.A.R.);



b.2)

ulteriori sospensioni derivavano, poi:

dalle vicende contenziose sorte *medio tempore* (avendo l'aggiudicataria chiesto giudizialmente la risoluzione del contratto) *inter partes*;

dalla crisi dell'impresa che all'epoca aveva assunto la funzione di capogruppo, ossia *CO.GE.I. S.P.A.*, in quanto dichiarata fallita (con sentenza del Tribunale di Roma del 20.1.1998);

c) in data 1.10.1999, con "atto aggiuntivo e di sottomissione", il Comune di Milazzo affidava la prosecuzione del rapporto di concessione di cui al contratto di appalto del 1991 – secondo la nuova perizia di variante approvata nelle more – al C.C.C. odierno appellato ed appellante incidentale (consorzio di cooperative subentrato alla *COGEI*, in quanto nelle more fallita), in A.T.I. sempre con *FAGO S.R.L.*, con espressa previsione per cui la copertura finanziaria dell'opera sarebbe derivata dall'utilizzazione del diverso finanziamento concesso dall'Assessorato Regionale al Turismo, ai sensi della L. n. 67/1988, come da D.D.A.A. nn. 1729/8 del 31.12.1990 e n. 362/8 del 15.3.1991;

d) in data 9.6.2003 veniva dichiarata l'ultimazione dei lavori, con cui erano stati eseguiti però esclusivamente i lavori relativi a:

- le opere esterne alla cinta muraria;
- gli interventi relativi al Duomo Antico;
- la messa in sicurezza del Palazzo dei Giurati;

e ciò per esservi stato nel frattempo lo stralcio d'alcune opere già in origine previste (tra cui: parcheggio e verde pubblico);

e) nel 2004, il Comune, ritenendo importante la realizzazione di opere ulteriori, volte al recupero delle aree esterne al Castello, promuoveva l'inserimento di tali opere nella programmazione triennale delle OO.PP. (cfr. verbale riunione n.2 del 19.04.2005) e con D.P.R.S. n. 152/Segr. del 7.6.2004 veniva disposta l'ammissione a finanziamento degli interventi dei Pacchetti Integrati di Operazioni Strategiche (P.I.O.S), di cui all'azione C) del PIR Reti per lo Sviluppo Locale, tra cui n. 5 interventi per la "Conservazione e valorizzazione della Cittadella fortificata del Castello di Milazzo";

f) con delibera G.M n. 297 dell'8.6.2004 si disponeva (sul presupposto della perdurante continuità della concessione sub a) e del contratto sub a.1) che il raggruppamento CCC-FAGO S.R.L., provvedesse agli adeguamenti progettuali ed all'aggiornamento dei lavori, nei limiti dei finanziamenti suppletivi assentiti ed in corso di assentimento;

detta delibera era successivamente però ritirata in autotutela (come si vedrà, più avanti, sub r);

e ciò, verosimilmente, opinandosi diversamente e *melius re perpensa* da quanto in principio assunto da parte della p.a. concedente (ossia, che le opere sub e) potessero costituire prosecuzione di quelle aggiudicate fin dal 1990);

g) il D.P.R.S. sub e) veniva notificato al Comune concedente con nota del 15.6.2004 (ovvero, oltre un anno dopo il completamento, avvenuto in data 9.6.2003, dei lavori eseguiti nelle "altre" aree del Castello come già rilevato sub d) e la sezione tecnica del suo Settore BB. CC. predisponesse i necessari elaborati progettuali, i quali venivano ultimati in data 30.8.2004 e, successivamente, approvati con delibere G.M. nn. 617, 618, 619, 620, 621 e 622 del 16.12.2004 ed inviati con le relative schede tecniche al Dipartimento della Programmazione della Regione, per l'ammissione a finanziamento, nell'ambito dei Pacchetti Integrati di Operazioni Strategiche (P.I.O.S), di cui all'azione c) del PIR Reti per lo Sviluppo Locale;

e ciò aveva luogo nonostante la formale perdurante vigenza della citata delibera n. 297;

h) in data 31.8.2004 l'A.T.I. concessionaria, verosimilmente proprio in ossequio alla delibera sub f), trasmetteva tuttavia ugualmente alla p.a. committente alcune schede inerenti la progettazione preliminare degli interventi da realizzare nelle aree esterne al Castello, che il Comune però restituiva (in quanto già redatti dal proprio Ufficio Tecnico di cui s'è detto sub g);

i) con nota dell'ATI del 21.4.2005, indirizzata al Comune, la concessionaria assumeva che le attività da essa svolte di cui all'inoltro sub h) dovevano ritenersi esser comprese nella gara aggiudicatale fin dal 1990, seppur evidenziava comunque d'essere al corrente già dall'agosto 2004 dei dubbi dell'Amministrazione "... sulla coerenza tra D.P.R.S. n. 152/04, progetti preliminari afferenti agli stralci e la precedente produzione progettuale, sul ruolo degli uffici comunali e, infine, sulla stessa riconducibilità alla concessione originaria degli interventi di cui al P.I.O.S. n. 5 ...";

j) in data 8.10.2004, presso il Dipartimento della Programmazione della Presidenza della Regione Siciliana, veniva sottoscritto l'Accordo per l'attuazione del Pacchetto Integrato di Operazioni Strategiche (PIOS) n. 5, in cui, espressamente si premetteva che: " ... il Rappresentante dei Soggetti promotori ha, altresì, trasmesso i



cronoprogrammi degli interventi infrastrutturali, il cui mancato rispetto, in considerazione dell'avanzata fase della programmazione 2000-2006, ne determina la decadenza del finanziamento ...”;

- k) con delibere G.M. nn. 617,618, 619, 620, 621 e 622 del 16.12.2004, il Consiglio Comunale approvava così il progetto preliminare ed i cinque stralci funzionali, relativi alla conservazione e valorizzazione della Cittadella fortificata, redatti e depositati in data 30.8.2004 dal Settore BB. CC. del Comune;
- l) in data 1.4.2005 l'Arch. Torre, funzionario del Servizio tecnico del citato Settore BB. CC. del Comune, con missiva trasmessa al Coordinatore dell'ufficio di staff per la gestione PIOS, al Sindaco, al Dirigente del settore Ambiente e Territorio, al Dirigente del settore BB. CC.:

dopo la premessa, secondo cui:

“... tenuto conto che le previsioni progettuali sono state rimodellate in forza di apposite perizie di varianti suppletive e di assestamento in relazione alle quali l'importo iniziale dei lavori è stato reimpiegato privilegiando una serie di interventi finalizzati ad ulteriori altri lavori; considerato che i termini del contratto stipulato in data 16/11/1991 così come integrato dall'atto aggiuntivo e di sottomissione datato 1/10/1999 appaiono oggi naturalmente estinti; fatta salva ogni riserva circa la sussistenza dei presupposti su cui si fonda l'atto deliberativo di giunta n. 297/2004 ed in particolare l'estensibilità e l'applicabilità del presente atto della fattispecie prevista dall'art. 26 legge n. 7/03...”;
evidenziava che i presupposti di ordine normativo che sottendono l'atto n. 297/2004 dovevano essere “... meglio esplicitati e circostanziati ...”, e, nell'ipotesi in cui l'architettura procedurale su cui si fondava detta delibera fosse stata ritenuta valida, riteneva comunque necessario integrarne e modificarne quanto in essa disposto (per adeguarlo alla sopravvenienza del finanziamento accordato);

- m) con nota del 21.4.2005 l'A.T.I., resa edotta delle perplessità emerse sub l) in merito all'assai dubbia “perdurante vigenza del rapporto concessorio”, nel motivare il proprio contrario convincimento – ossia, l'asserito consolidamento anteatto del suo diritto ad eseguire gli interventi sulla Cittadella fortificata, ammessi a finanziamento dal PIOS 5 – riconosceva tuttavia espressamente che almeno due (2) interventi ivi previsti (ossia: “recupero e valorizzazione della cinta spagnola”, per € 4.200.000,00; “recupero della Città Antica”, per € 1.500.000,00) non risultavano comunque compresi nel novero degli interventi affidati in concessione con la deliberazione consiliare n. 291/1990 e con i consequenziali contratto di appalto ed atto aggiuntivo del 1999;

- n) con nota del 19.9.2005, l'Amministrazione comunale, richiamando la relazione del RUP dell'intervento “Conservazione e valorizzazione della Cittadella fortificata del Castello di Milazzo”, comunicava all'ATI l'avvenuta modifica in pari data della propria delibera n. 297 del 8.6.2004;

- o) con nota del 31.10.2005 l'ATI, controdeducendo al Comune circa la non sopravvivenza del rapporto concessorio originario, in ogni caso:

“... nella volontà di una sollecita riattivazione dei lavori e di rispondere alle prevalenti esigenze di interesse generale dichiara, pertanto, che non si opporrà ove codesta Amministrazione volesse modificare la delibera di G.M. n.297/04 “in parte qua”, disponendo che i lavori di recupero della Città Antica non siano affidati al R.T.I. medesimo in continuità con la concessione appaltata ...”;

- p) in esito alla corrispondenza successivamente intercorsa tra le parti della detta concessione, il Sindaco del Comune di Milazzo con nota prot. 4998, chiedeva che l'intera vicenda venisse sottoposta all'esame del Dipartimento Regionale alla programmazione ed al Dipartimento dei Beni Culturali per “... un'autorevole pronuncia sull'applicabilità al caso di che trattasi dell'art.41 della L.R. 7/2002 come autenticamente interpretato con l'art. 26 ...” ed in data 17.2.2006 l'Ufficio Legislativo e Legale della Regione, ad evasione del richiesto parere in merito all'iter seguito dal Comune suddetto, per l'affidamento delle opere finanziate col D.P.R. n.152/2004, assumeva che:

“... Ad avviso dello scrivente non può ravvisarsi alcuna continuità tra l'originaria concessione – che deve ritenersi ormai in corso di esaurimento ed aveva avuto riguardo, prioritariamente, al recupero delle aree esterne al castello – ed i nuovi lavori finanziati a seguito di progettazione preliminare predisposta dalla sezione tecnica del settore beni culturali del Comune. Pertanto, la realizzazione di questi ultimi lavori necessita di apposita ulteriore progettazione secondo le disposizioni degli artt.16 - 17 L. n. 109/1994 nel testo coordinato con la L.R. n.7/02 e di un autonomo bando di gara ...”;

- q) trasmesso con nota Prot. 1175 in data 1.3.2006 al Comune di Milazzo il suddetto parere dal Dipartimento Regionale indicato, con invito a rispettare la tempistica prevista nei cronoprogrammi inseriti nel sistema di monitoraggio dell'APQ–Applicativo Intese, la p.a. in argomento con nota prot.11150 del 14.3.2006 notiziava di ciò la concessionaria;



- r) seguiva, con la delibera G.M. n. 89 del 30.3.2006, l'annullamento in autotutela della citata delibera di Giunta municipale n. 297/2004;
- s) il T.A.R. di Catania, con ordinanza n. 1096/2006, accoglieva l'istanza cautelare del R.T.I. diretta a conseguire la sospensione degli effetti della citata delibera sub r) e con la delibera G.M. n. 228 del 19.9.2006 il Comune di Milazzo ritirava – in ossequio a tale statuizione interinale – la delibera oggetto dell'ordinanza, rendendo di ciò edotta la controparte concessionaria;
- t) il CCC, in proprio e n. q., instaurava quindi il giudizio di merito (iscritto al n. 212/2007 R.G.) innanzi al T.A.R. di Catania, contro il Comune di Milazzo e nei confronti altresì di:
Presidenza della regione siciliana;
Ufficio legislativo e legale della regione;
Assessorato regionale alla presidenza;
Dipartimento Programmazione Servizio Sviluppo Locale;
Assessorato regionale ai beni culturali e alla pubblica istruzione;
per l'annullamento, previa sospensione, della delibera della Giunta Municipale sub r) (con la quale, ripetesi, era stato disposto il ritiro, in autotutela, della precedente delibera con la quale il Comune aveva disposto che il RTI C.C.C. – F.A.G.O. provvedesse agli adempimenti progettuali e all'aggiornamento dei lavori del Castello);
chiedendo inoltre al G.A. di accertare il diritto soggettivo del raggruppamento ricorrente alla realizzazione delle opere relative al Castello di Milazzo, quali finanziate con i fondi del PIOS 5;
- u) il T.A.R. Catania, Sez. 4ª, con ordinanza n. 272 del 7-26.2.2007 rigettava la domanda cautelare proposta dal RTI, così implicitamente riconoscendo la propria giurisdizione nella materia di lite, ed altrettanto avveniva da parte del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, con ordinanza n. 301/2007, che rigettava parimenti l'impugnazione *ex adverso* proposta, con conseguente consolidamento al riguardo – ad avviso della p.a. concedente – d'un giudicato implicito (ossia, con l'esclusione della deferibilità al collegio arbitrale della vertenza relativa);
- v) con sentenza n. 2546/2011 il T.A.R. di Catania adito nel merito dichiarava tuttavia la competenza arbitrale a provvedere nel merito sulla domanda del CCC, quale azionata in applicazione della clausola compromissoria contenuta nel contratto di concessione di appalto;
- w) con l'atto d'accesso arbitrale notificato al Comune il 13.1.2012, il R.T.I. riassumeva quindi il giudizio innanzi al Collegio arbitrale, non evocando tuttavia in lite anche la Regione Sicilia (e le altre istanze prima convenute davanti al G.A.) e la p.a. già concedente chiedeva pertanto ivi:
“... ritenere e dichiarare la carenza di interesse ad agire del Consorzio in proprio e quale capogruppo ... sempre preliminarmente ritenere dichiarare che il Comune di Milazzo è carente di legittimazione passiva in riferimento alle domande di risarcimento di danno proposte ... ritenere e dichiarare che l'atto di accesso arbitrale è inammissibile, irricevibile e infondato in fatto di diritto per le ragioni sopra esposte ... rigettare i quesiti proposti dal Consorzio per i motivi esposti nel corpo del presente atto ... rigettare le istanze istruttorie del Consorzio ... condannare il Consorzio in proprio e quale capogruppo ... al pagamento delle spese di funzionamento del collegio arbitrale degli onorari degli arbitri nonché delle spese competenze ed onorari di giudizio oltre iva e CPA ...”;
- x) seguiva a ciò l'emissione del lodo oggi in riesame, con cui, previo rilievo della confermata propria competenza a conoscere della lite, si statuiva:
- x.1)
il rigetto della domanda principale del Consorzio, intesa ad “... accertare l'inadempimento del Comune di Milazzo agli obblighi derivanti dal contratto di concessione nonché, previa declaratoria di risoluzione del contratto, del conseguente diritto del Consorzio concessionario al risarcimento dei danni ...”;
- x.2)
il conseguente rigetto, per assorbimento, delle eccezioni preliminari e pregiudiziali proposte dal Comune convenuto;
- x.3)
l'accoglimento del *petitum* subordinato del Consorzio finalizzato a conseguire la declaratoria di responsabilità precontrattuale della p.a. resistente, con condanna della medesima al risarcimento dei danni patiti, per le seguenti causali: “... E. 177.720,83 per le spese di progettazione sostenute; E. 908.000,00 per il mancato utile percepito e/o la perdita di "chance" subita; E. 340.500,00 per danno curriculare, per una complessiva somma risultante di E. 1.426.220,83 ...”, oltre interessi sul medesimo importo finale;





x.4)

il rigetto – per assorbimento e per infondatezza – d’ogni altra domanda ed eccezione azionata;

x.5)

la condanna della soccombente p.a. alla rifusione delle spese di lite a favore del Consorzio attore, con loro parziale compensazione (nella misura di 1/3), e delle parti in solido per le spese di funzionamento – compensi inclusi – del collegio arbitrale adito.

*

Tutto ciò premesso, **la p.a. appellante lamentava che erroneamente l’impugnata pronuncia aveva disatteso le superiori proprie domande e difese**, e ciò in specie:

1. solo parzialmente conoscendo delle eccezioni preliminari agite e solo per ritenerle assorbite (rispetto alla statuizione emittenda sulla domanda risarcitoria “principale” della parte attrice) **e, così, omettendo di vagliarle**, nel senso che:

1.1. là dove, assai sinteticamente, si affermava che:

“... Il Comune ha proposto alcune eccezioni preliminari.

Una *prima* eccezione concerne la presunta immunità nel presente giudizio dell’annullamento d’ufficio della delibera n. 297/2004 con la quale era stato disposto l’affidamento dei nuovi lavori al concessionario.

A tale conclusione il Comune perviene rilevando che la posizione da esso assunta è stata conseguente alla direttiva della Regione Siciliana, tuttavia non gravata nel presente giudizio arbitrale.

Il convenuto *aggiunge* che, in ogni caso, la Regione avrebbe dovuto essere parte in giudizio o, comunque, il giudizio innanzi al Giudice Amministrativo avrebbe dovuto essere proseguito quanto meno nei confronti della Regione stessa. L’argomento difensivo è sostanzialmente sotteso alla *ulteriore* eccezione del Comune convenuto secondo la quale, trattandosi di lavori finanziati dalla Regione, ogni scelta sarebbe stata a questa riservata. Da ciò la conclusione che nessuna responsabilità sia da intestare in capo all’Ente, al quale non è riconducibile la volontà del rifiuto dell’affidamento.

Una *ulteriore* eccezione concerne la mancata impugnazione del bando di indizione della gara per l’affidamento dei nuovi lavori.

La inoppugnabilità così formatasi di tale affidamento fa sì – sempre secondo il Comune convenuto – che il Raggruppamento attore non potrebbe trarre alcuna utilità dall’eventuale accoglimento delle domande da esso proposte.

Il Collegio ritiene di poter prescindere dall’esame e scrutinio delle eccezioni preliminari del Comune in quanto le stesse assorbite dal rigetto, come di seguito, del primo quesito proposto dall’attore ...”;

avrebbe dovuto invece riconoscersi che:

- il giudizio amministrativo (poi riassunto davanti al Collegio arbitrale) essendo stato introdotto anche contro le altre istanze pubbliche di cui s’è detto sub t);
- non avendo il CCC agito in riassunzione verso queste;
- non potendo la clausola arbitrale esser estesa all’ente Regione, in quanto estranea al contratto stipulato;
- non avendo il CCC coltivato la lite contro l’ente Regione in sede di giurisdizione amministrativa:

o impugnando la sentenza del T.A.R. Catania n. 2546/2011 con regolamento di giurisdizione (“... per far salvo il proprio interesse a ricorrere e ad affermare la persistenza di giurisdizione





amministrativa in merito agli atti promananti dagli organi regionali ..." inseriti nel contesto procedimentale di cui alla successiva delibera sub r);

o, comunque, impugnando "... gli atti amministrativi, promananti dalla Regione Siciliana, evocata in giudizio e non chiamata in causa nel processo arbitrale, rispetto al quale essa non può restare terza estranea e gli atti a suo tempo impugnati devono essere oggetto di giudizio in contraddittorio diretto con la Regione medesima e non relegati al rango di atti presupposti, giustiziabili in assenza della Regione siciliana, che era stata debitamente evocata in giudizio davanti al T.A.R. ...";

- essendosi così formato il giudicato sulle questioni relative agli atti regionali suddetti, ormai definitivi ed inoppugnabili;
- avendo il CCC chiesto pertanto inammissibilmente in sede arbitrale la disapplicazione incidentale anche della delibera della G.M. n. 290/2006, sebbene atto del procedimento amministrativo in cui era inserita la citata delibera sub r) già impugnato (ancorché tardivamente) nel giudizio introdotto davanti al T.A.R. di Catania e del quale detto Giudice non aveva conosciuto, donde anche per essa l'evidente irrevocabilità e definitività;
- decorso invano per CCC il termine per impugnare il nuovo bando di gara, l'aggiudicazione ed il contratto stipulato tra il Comune e l'impresa *Aedars Soc. coop. a r.l.*, nel 2009, e pertanto risultando comunque carente l'interesse ad agire da parte del CCC stesso in sede arbitrale per il danno che asseritamente tale "successiva" stipulazione gli avrebbe provocato (sostituendogli indebitamente – come da esso asserito – altra impresa, per l'esecuzione di lavori ritenuti di sua spettanza in virtù della precedente concessione);
- la disapplicazione e/o l'annullamento della delibera G.M. n. 290/2006 "... non potendo comportare altro risultato che il venir meno di essa, ma non certo l'automatica affermazione del diritto del R.T.I. ad eseguire le opere di recupero e valorizzazione della Cittadella fortificata del Castello di Milazzo, in violazione di legge, perché finalizzato ad eludere l'obbligo di procedere ad evidenza pubblica per l'affidamento dell'esecuzione delle nuove opere oggetto del nuovo finanziamento ...";

e ciò poiché:

"... Si ribadisce che il Comune è stato costretto ad agire in mera applicazione dell'articolo 41 della l. r. 7/ 2002, come autenticamente interpretato dall'art. 26 della L.R. n. 23/2003.

In virtù del combinato disposto degli articoli 41, comma II, della L.R. 7/2002 e 26 della L.R. n. 23/2003, risulta esclusa l'ultrattività della convenzione di concessione.

Come è noto, la L.R. N. 7 del 2.8.2002, nell'abrogare, all'art.42, la disciplina previgente, ha introdotto una disciplina transitoria all'art. 41 comma 2, la quale, come chiarito in via di interpretazione "autentica" dall'art. 26 legge reg. 7/03, stabilisce che continuano ad applicarsi le disposizioni precedenti (legge 21/85 e succ. modif.) agli appalti i cui bandi siano stati già approvati in relazione a progetti di opere già finanziate o comunque provviste di copertura finanziaria alla data di entrata in vigore della legge regionale n° 7/02 (10 Settembre 2002).

La questione a lungo controversa è stata l'applicabilità o meno, al caso in esame, di tale normativa transitoria.

È pacifico – in fatto – che, alla data di entrata in vigore della normativa transitoria della L.R. n. 7/2002 (10 settembre 2002), non erano ancora esistenti i finanziamenti di cui al D.P.R.S. n.152/2004 (del 7.6.2004, registrato alla Corte dei Conti il 6.8.2004).

Peraltro, si evidenzia che il DPR citato ha ad oggetto la mera ammissione a finanziamento degli interventi PIOS 5, non certo la materiale erogazione del finanziamento: con DDG n. 6342/2008 è stata disposta la prenotazione d'impegno;



con DDG n. 5463 del 4.3.2009, vistato dalla Ragioneria Centrale BB.CC.AA. Il 9.3.2009, è stata disposta la trasformazione della prenotazione d'impegno in impegno definitivo (ALL.1 memoria di costituzione).

La non preesistenza del finanziamento è una circostanza dirimente della questione.

L'infondatezza della pretesa al riconoscimento di un "diritto" alla esecuzione dei lavori di cui al PIOS 5, per l'inesistenza di finanziamento alla data di entrata in vigore della normativa transitoria (10.9.2002), è perfettamente nota al Consorzio, in virtù della sentenza del TAR Catania n. 4069/04 del 30.12.2004, citata dalla difesa avversaria.

In tale pronuncia, al contrario di quanto sostenuto da parte avversa, il TAR ha ribadito che "al fine della operatività del regime transitorio della previgente normativa, la L.R. n. 7/2002 ha ritenuto alternativamente necessaria la sussistenza (alla data di entrata in vigore della L.R. n. 7/2002-10 settembre 2002) di finanziamento ovvero di copertura finanziaria, desumibile, quest'ultima, dalla imputazione della spesa in bilancio e dalla indicazione dello strumento giuridico (es. mutuo) di reperimento somme).

Nel caso di specie, si ribadisce, non sussisteva nessuna delle suddette condizioni per l'operatività della normativa transitoria: la legge regionale è entrata in vigore nel 2002 e la mera ammissione a finanziamento è intervenuta nel 2004, con trasformazione in impegno definitivo di spesa nel 2009.

È evidente, pertanto, che il Comune non ha violato gli obblighi scaturenti dal contratto di concessione, che ha esaurito i propri effetti nel lontano 2003 ...";

donde la certezza dell'esaurimento degli effetti della "vecchia" concessione quanto meno dal 2003 e la doverosità conseguente per la p.a. concedente dell'annullamento in autotutela dell'atto d'affidamento dei lavori *de quibus*;

1.2. la domanda risarcitoria incoata avrebbe dovuto esser riconosciuta – prima ancora che infondata – **inammissibile:**

- non già e non tanto per le ragioni di merito affermate dal Collegio arbitrale, peraltro condivisibili;

si è affermato infatti, in proposito, che:

"... Il Collegio arbitrale ha accertato e dichiarato che il Consorzio NON ha alcun "diritto all'esecuzione integrale del contratto di concessione" risalente al 1991 e che, inoltre, NON ha alcun diritto, derivante dal citato contratto di concessione, alla esecuzione delle opere finanziate nell'ambito del PIOS 5.

Conseguentemente, il Collegio ha rigettato la domanda del Consorzio volta a far accertare il preteso inadempimento del Comune di Milazzo agli inesistenti obblighi derivanti dal contratto di concessione ed ha rigettato la connessa domanda risarcitoria.

In altri termini il Collegio ha ritenuto che il Comune di Milazzo, annullando la delibera che affidava al Consorzio l'esecuzione dei lavori del PIOS 5, ha agito in ottemperanza all'interesse pubblico ...";

- bensì per quelle prospettate *ut supra* con le difese sub 1.1. dalla p.a. odierna appellante;

sicché, sebbene il lodo avesse ritenuto "... l'irresponsabilità risarcitoria [del Comune] per "*factum principis*" ...", nulla aveva statuito sulle superiori questioni, **incorrendo per l'effetto in vizio di nullità** (per omessa pronuncia, come espressamente dedotto dalla difesa del Comune appellante);

2. ritenendo conoscibile la domanda subordinata azionata dal CCC (in caso d'eventuale esclusione dell'invocata affermazione di responsabilità contrattuale della sua controparte) **quantunque detto profilo esulasse dalla giurisdizione esercitabile in sede arbitrale**, atteso che:

2.1. in fatto:



il Comune di Milazzo aveva richiesto all'Ufficio Legislativo e Legale della Regione di esprimere un parere in merito all'*iter* seguito per l'affidamento delle opere finanziate col D.P.R. n.152/2004 ed in esito a ciò:

"... in data 11.3.2006, con nota Prot. 1175 (ALL. 28 alla memoria di precisazione dei quesiti) il Dipartimento Programmazione-Servizio Sviluppo Locale trasmetteva al Comune di Milazzo il parere dell'Ufficio legislativo e Legale, intimando di rispettare la tempistica prevista nei cronoprogrammi inseriti nel sistema di monitoraggio dell'APQ – Applicativo Intese ed a " porre in essere tutti gli adempimenti consequenziali al parere reso".

Il dettato (ALL.28) del Dipartimento regionale è perentorio: il Comune di Milazzo era obbligato a " porre in essere tutti gli adempimenti consequenziali al parere reso", ovvero per ottenere i finanziamenti regionali per la realizzazione delle opere del PIOS 5 il Comune doveva procedere a "apposita ulteriore progettazione secondo le disposizioni degli artt.16-17 l. n. 109/1994 nel testo coordinato con la L.R. n.7/02 e di un autonomo bando di gara.

Pertanto, non si comprende come il Collegio abbia potuto negare che il Comune fosse un mero concessionario, tenuto dunque ad ottemperare alle statuizioni regionali, e che se avesse affidato l'esecuzione dei nuovi lavori al Consorzio avrebbe violato la normativa comunitaria e nazionale sulle procedure ad evidenza pubblica ...";

2.2. in diritto, sarebbe noto l'insegnamento giurisprudenziale contrario dettato *in subjecta materia* dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria, di cui alla sentenza n. 6/2005 (invocato peraltro dallo stesso Collegio arbitrale), che avrebbe ritenuto la giurisdizione esclusiva del G.A. in tale materia, in virtù dell'art. 6 della L. n. 205/2000, (oggi abrogato e trasfuso nell'art. 133, comma 1, lett. e) del C.P.A.), nei seguenti termini:

" 4. Passando ora alla risoluzione della questione di giurisdizione di cui si è avanti fatto cenno l'Adunanza plenaria ritiene che spetti al giudice amministrativo di conoscere della presente controversia.

L'art. 6 della legge 21 luglio 2000 n. 205 ha dato vita ad una nuova ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo attribuendo a quest'ultima "tutte" le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi (la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato): e ciò sia che tali controversie concernano interessi che diritti soggettivi.

Si è ampliato, così, il campo di azione del giudice amministrativo concernente, prima della nuova giurisdizione esclusiva di cui all'art. 6 della legge n. 205 del 2000 cit., solo le questioni concernenti interessi legittimi in sede di giurisdizione generale di legittimità.

Il giudice amministrativo non è oggi più chiamato a conoscere delle sole controversie rivolte a garantire la tutela degli interessi legittimi (di regola pretensivi) del privato attraverso l'annullamento di atti (o di silenzi rifiuti) e la successiva attività di conformazione dell'amministrazione (e, se quest'ultima attività non risulti possibile, il ristoro per equivalente degli interessi pretensivi).

Al giudice amministrativo viene, infatti, dalla nuova normativa conferita – dopo la caducazione degli atti della fase pubblicistica che hanno costituito in capo all'interessato effetti vantaggiosi (dall'ammissione alla procedura all'aggiudicazione del contratto) – la cognizione, secondo il diritto comune, degli affidamenti suscitati nel privato da tali effetti vantaggiosi ormai venuti meno.

Ed invero nello svolgimento della sua attività di ricerca del contraente l'amministrazione è tenuta non soltanto a rispettare le regole dettate nell'interesse pubblico (la cui violazione implica l'annullamento o la revoca dell'attività autoritativa) ma anche le norme di correttezza di cui all'art. 1337 C.C. prescritte dal diritto comune (regole la cui violazione assume significato e rilevanza, ovviamente, solo dopo che gli atti della fase pubblicistica attributiva degli effetti vantaggiosi sono venuti meno e questi ultimi effetti si sono trasformati in affidamenti restati senza seguito).

La giurisdizione esclusiva configurata da quest'ultima disposizione (le procedure di evidenza pubblica tese alla ricerca dell'aggiudicatario negli appalti di lavori servizi e forniture) conduce alla identificazione di un'area nella quale sono in campo interessi legittimi e diritti soggettivi in correlazione tra di loro. Ed invero il legislatore del 2000, dando vita, con l'art. 6, ad una disciplina non dissimile da quella prevista per gli atti degradatori in area di urbanistica e di edilizia (l'art. 34 del D.L.vo n. 80 del 1998 nella versione di cui all'art. 7 della legge n. 205 del 2000), prevede la cognizione, da parte del giudice amministrativo, sia delle controversie relative a interessi legittimi della fase pubblicistica sia delle controversie di carattere risarcitorio relative a diritti soggettivi traenti origine dalla caducazione di provvedimenti della fase pubblicistica (le pretese per responsabilità precontrattuale) ...";

2.3. di tale difetto di giurisdizione essa p.a. aveva ampiamente illustrato nei superiori termini la relativa eccezione, tempestivamente agita in prime cure, rilevando come sul punto vi fosse chiaro giudicato implicito in virtù delle sentenze del G.A. di cui s'è detto *retro*;





donde il vizio di nullità del *decisum* in riesame;

3. riconoscendo fondata nel merito una responsabilità precontrattuale in capo alla p.a. odierna appellante, ancorché per *tabulas* risultasse *contra* che:

3.1. il CCC non aveva svolto alcuna attività dopo l'ultimazione e collaudo dei lavori del 9.6.2033;

né in contrario rilievo poteva condurre l'avvenuto invio in data 31.8.2004 da parte dell'A.T.I., senza nessuna richiesta da parte del Comune, d'alcune schede inerenti la progettazione preliminare degli interventi da realizzare nelle aree esterne al Castello era stato contestato dal Comune, che restituiva gli elaborati prodotti segnalando come ad ogni utile progettazione avesse già provveduto la sua struttura interna;

3.2. nessun affidamento poteva avere ingenerato la stazione originaria appaltante circa la perseguibilità del rapporto concessorio anteatto, come riconosciuto dall'A.T.I. stessa con la nota del 21.4.2005 (che dava atto delle legittime perplessità in proposito *antea* esternate *inter partes* e più in specifico: delle opposizioni del RUP degli interventi all'affidamento, al medesimo raggruppamento, dei nuovi lavori da eseguire sul Castello; della certa non riconducibilità di almeno due degli interventi individuati – ossia quelli di “recupero e valorizzazione cinta spagnola-€ 4.200.000,00” e di “recupero della città antica-€ 1.500.000” – alla concessione stipulata nel 1990);

3.3. dei presupposti in diritto per la ravvisabilità d'una siffatta responsabilità v'era radicale carenza, atteso che:

3.3.1. lo stesso Collegio arbitrale aveva dato atto della legittimità dell'avvenuto annullamento della delibera n. 297 del 2004, per le articolate ragioni espressa nella delibera n. 290 del 2006 (tra cui, segnatamente, quella per cui “... solo la preesistenza del finanziamento avrebbe legittimato la proroga del rapporto concessionario ...” mentre, non disponendo di risorse proprie per l'effettuazione dei nuovi lavori, il Comune non avrebbe potuto che attuare le previsioni normative connesse al finanziamento da cui dipendeva la loro eseguibilità);

3.3.2. detta legittimità si traeva, ancora, indirettamente dai pronunciamenti in sede cautelare del G.A., che aveva disatteso l'inibitoria azionata dal CCC contro detto annullamento considerando rilevanti e meritevoli in tal senso gli interessi pubblici da cui era stato motivato tale intervento in autotutela;

ed ancora:

3.4. del tutto trascurando il rilievo, ulteriore, dell'assoluto difetto di prova – che incombeva sul CCC attore – circa l'effettivo avvenimento d'un danno da responsabilità precontrattuale nell'occorso, dato che:

3.4.1. nessuna situazione giuridica “stabilizzata” poteva vantarsi da parte dell'attore, atteso che:

non solo non aveva svolto alcuna attività in seguito all'ultimazione dei diversi lavori fuori dal Castello (ovvero, dopo il 9.6.2003), di cui al contratto di appalto del 1991 ed all'atto aggiuntivo del 1999;



ma era altresì tenuto – a seguito del collaudo – allo sgombero dei cantieri relativi;

3.4.2. le schede progettuali elaborate e trasmesse al Comune non costituivano adempimento d'alcun obbligo di prestazione – né anteatto né successivo – ma risultavano effetto d'una determinazione presa in autonomia dal CCC ed il relativo costo non era pertanto imputabile quale danno emergente al fatto della p.a.;

3.4.3. l'ente destinatario aveva restituito al mittente tali materiali progettuali, evidenziando che già disponeva di quanto allo scopo necessario per effetto della loro elaborazione quale internamente avvenuta a cura del proprio Ufficio Tecnico nelle more;

e **concludeva chiedendo** in accoglimento dell'impugnazione, previa sua inibitoria, la **declaratoria di nullità dell'impugnata pronuncia, con vittoria di spese e competenze d'entrambi i gradi del giudizio.**

*

La **società convenuta** si costituiva con atto depositato in data 9.6.2014 e, **deducendo ex adverso:**

sub 1., l'inammissibilità del gravame, esulando le censure espresse sub 1.1. dal novero di quelle tipizzate nell'art. 829 C.P.C. e segnatamente:

- "... attendendo evidentemente al merito della controversia, la contestazione in ordine alla ipotetica evocazione in giudizio della Regione (ed all'altrettanto ipotetico, difetto di legittimazione passiva del Comune) ...";
- le pronunce cautelari occorse risultando prive dell'efficacia di giudicato avendo natura strumentale ed interinale ed essendo destinate dunque a rimanere assorbite dalla sentenza di merito ed avendo quella n. 2546/2011 – che nel caso concreto aveva definito il giudizio amministrativo – pronunciato espressamente sulla doverosità della giurisdizione arbitrale in luogo di quella azionata *in primis*;
- chiaramente risultando la carenza d'interesse ad agire dell'appellante circa le questioni in tema per il rigetto (dovendosi prescindere se avvenuto a torto o a ragione) della domanda di responsabilità contrattuale ivi avvenuto;

sub 2., che:

la questione in tema di difetto di giurisdizione del Collegio arbitrale quanto alla domanda subordinata di responsabilità precontrattuale agita risulterebbe:

parimenti inammissibile, in quanto non proposta in prime cure (secondo quanto rettamente rilevato in p. 7 dal lodo in riesame);

e comunque infondata in fatto ed in diritto, dovendosi ricondurre al G.A. "... tutte le controversie tra privato e pubblica amministrazione riguardanti la fase anteriore alla stipula dei contratti di lavori, forniture e servizi ovvero la fase di evidenza pubblica rivolta alla scelta del contraente privato ..." ed all'A.G.O., invece, "... le controversie relative alla fase di esecuzione del rapporto e poste quindi "a valle" della sottoscrizione medesima, ivi comprese quelle aventi ad oggetto la risoluzione o la cessazione del contratto con l'appaltatore ...";





sub 3., che:

- come ben ritenuto dal primo Giudice, nessuna valida ed efficace causa di recesso avrebbe potuto vantare la p.a. concedente nell'occorso, atteso che:

"... la delibera n. 297/2004, a differenza di quanto sostenuto *ex adverso*, ha avuto piena esecuzione, radicando ulteriormente l'affidamento di cui si è appena detto. Né giova al Comune sostenere, al fine di invocare un'inesistente buona fede, asserire di aver reso edotto il concessionario delle indicazioni fornite dalla Regione ai fini della fruizione del finanziamento.

Il Comune invero, persino dopo la sottoscrizione dell'Accordo per l'attuazione del PIOS 5 avvenuta l'8 ottobre 2004, ha continuato a sollecitare gli adeguamenti progettuali di aggiornamento richiesti al concessionario con la delibera 297/04 (con ciò confermando e rafforzando ulteriormente l'affidamento del concessionario, nella legittima prosecuzione del rapporto).

Né rileva infine, la circostanza che la causa di interruzione del rapporto fosse in ipotesi legittima; essendo noto che la responsabilità della P.A. è configurabile, a prescindere dalla illegittimità o illegittimità del provvedimento di autotutela ...";

- non risponderebbe al vero che il Consorzio non avrebbe fornito nemmeno un principio di prova dei danni subiti, con la conseguente preclusione anche di una valutazione equitativa, risultando in atti pieno riscontro dei costi sostenuti per le attività propedeutiche alla presentazione dell'istanza di finanziamento, all'adeguamento ed aggiornamento delle progettazioni esecutive nonché per la predisposizione aziendale all'esecuzione delle opere previste ed essendo il *quantum* del relativo risarcimento "... comunque quantificabile, come correttamente rilevato dal Collegio arbitrale, sulla base di elementi oggettivi quali le tariffe determinate con Decreto del Ministero della Giustizia (e comunque in via equitativa) ...";

- le contestazioni del Comune circa l'asserita irrisarcibilità:

a) sia del danno emergente, in quanto in materia di appalti pubblici le spese sostenute per la partecipazione alla gara d'appalto comportano per le imprese costi che restano a carico delle stesse (sia in caso di aggiudicazione, che in caso di mancata aggiudicazione);

b) sia del lucro cessante, in quanto ai termini del contratto di concessione, a seguito del collaudo finale dell'opera, l'impresa avrebbe dovuto sgomberare i cantieri (sicché né mezzi né maestranze sarebbero state impiegate dal RTI appellato dopo la consegna delle opere ultimate); sarebbero destituite di fondamento, posto che:

pacifico sarebbe l'orientamento giurisprudenziale circa l'ammissibilità del risarcimento per "... le spese sostenute per la partecipazione alla gara (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 1 febbraio 2013 n. 633; SEZ. III -31 gennaio 2014 n. 467). Dette spese poi, nel caso concreto, coincidono con quelle effettivamente sostenute dal Consorzio per l'adeguamento ed aggiornamento dei progetti esecutivi nell'ambito dell'originario rapporto contrattuale (ritenuto per gli stessi comportamenti dell'amministrazione valido ed in vista della sua prosecuzione). Trattandosi peraltro, di attività di progettazione è pacifico che la quantificazione è ancorata a dati obbiettivi sicché è stata correttamente effettuata sulla base delle tariffe ufficiali ...";

le opere oggetto della concessione non erano mai state ultimate né era mai stato effettuato il collaudo finale sicché non poteva certo trovare applicazione, nel caso concreto, la previsione contrattuale richiamata *ex adverso*;

"... il Consorzio poteva confidare non solo sul ragionevole esito ma di più nella esecuzione dei lavori, in presenza di quantità ed importi definiti e di una progettazione esecutiva conferita ed eseguita, con l'ulteriore pertinente precisazione che, proprio in previsione di ciò, rimaneva



impossibile impegnare diversamente risorse e organizzazione di imprese (a rischio di rimanere inadempiente nell'esecuzione dei lavori stessi) ...”;

“... in ordine ... al “danno curriculare”, il Comune si limita ad evidenziare una presunta discrasia tra l'importo richiesto a titolo risarcitorio e riportato nell'atto di accesso all'arbitrato e l'importo riportato nella perizia giurata versata in atti dallo stesso Consorzio.

È in primo luogo evidente, che una simile deduzione non costituisce censura del capo del lodo che ha riconosciuto la risarcibilità del danno curriculare ed il quantum del risarcimento (punti sui quali pertanto, deve ritenersi formato il giudicato).

Ciò posto per mero tuziorismo ci si limita ad evidenziare che la discrasia è frutto di un errore materiale contenuto nella perizia (è stato invero omesso uno zero, nella digitazione dell'importo dovuto). Il Collegio arbitrale pertanto, ha correttamente liquidato il danno per tale voce applicando un tetto percentuale sul valore dell'appalto non eseguito (in coerenza con l'effettiva entità delle categorie di lavori per le quali è mancata o comunque non è stata mantenuta l'iscrizione) ...”;

“... quanto infine alla perdita di chance il Comune si limita a rilevare che il Consorzio non ha fornito la prova in merito alla partecipazione ad altre gare d'appalto. È stato tuttavia precisato come – in ragione della peculiarità della fattispecie concernente l'affidamento nella continuità di lavorazioni discendenti dalla esecuzione di un precedente rapporto obbligatorio – la perdita di *chance* vada nel caso concreto individuata nella mancata esecuzione dei lavori successivamente posti in gara (e pur sempre riferiti al completamento degli interventi per il Castello di Milazzo). Sicché è stato compiutamente assolto il necessario principio di prova ...”;

nonché spiegando impugnazione incidentale, con il lamentare che:

4. meritava censura lo statuito rigetto della domanda d'adempimento contrattuale azionata dal CCC:

- 4.1.** risultando erronea in fatto la premessa ricostruttiva delle vicende di lite avvenuta fino alla p. 18 del lodo;
- 4.2.** non potendosi condividere le tesi ritenute in detta decisione in ordine al rilievo delle azioni che il Comune stesso avrebbe dovuto porre in essere per rimuovere gli illegittimi ostacoli frapposti dalla Regione, in quanto titolare del rapporto concessorio e pertanto come tale obbligato all'esecuzione del contratto d'appalto relativo, nonché certamente legittimato in via passiva a risponderne – come ivi pur rettammente affermato – non essendo un mero *nuncius* dell'ente finanziatore (*id est*, la Regione) e comunque potendo e dovendo reagire alle direttive regionali, ove impeditive o ostantive al suo esatto adempimento, con qualsivoglia iniziativa idonea a rimediare a tale eventuale loro interferenza (non sussistendo né essendo ravvisabile alcun *factum principis* tale da poterlo da ciò esonerare, sebbene beneficiario di fatto del finanziamento *de quo*);
- 4.3.** irrilevanti risultando le delibere amministrative successive a quella del 2004 ed integrando questa mera attività esecutiva degli obblighi assunti, il giudizio arbitrale vertendo su posizioni di diritto soggettivo radicate sul contratto di concessione ed afferenti la sua esecuzione e/o comunque circa la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1337 e 1338 C.C., e non su posizioni di interesse legittimo connesse al corretto esercizio del potere autoritativo (del tutto ininfluenza, in quanto trattavasi d'attività paritetica sottoposta al diritto comune), donde l'erroneità



dell'affermazione avversaria secondo cui l'oggetto del giudizio arbitrale sarebbe stato identico a quello del precedente giudizio amministrativo;

- 4.4. del tutto estranea alla *res iudicanda* risultando la posizione (dedotta dalla p.a. resistente come invece rilevante quale determinatrice dell'effetto dannoso prodottosi) dell'ente Regione, in quanto al più rilevante nel rapporto tra questo ed il Comune concedente;
5. come già invocato in prime cure, andava pertanto riconosciuta in suo favore una maggior somma a titolo di risarcimento:

quanto al danno emergente, per le seguenti causali: i costi interni sostenuti dal raggruppamento concessionario per l'attività di progettazione svolta in esecuzione tanto del protocollo di intesa dell'11 luglio 2003 quanto della delibera 297/04; le spese generali improduttive, comunque sostenute per il periodo decorso dall'11.7.2003, allorché venne sottoscritto il protocollo d'intesa, al novembre 2006, quando venne annullata in autotutela la delibera n. 297/2004; l'attività logistica e programmatica posta in essere in funzione della prosecuzione del rapporto; quanto poi al lucro cessante, per: l'utile che il concessionario avrebbe tratto dall'esecuzione degli interventi oggetto della concessione rimasti ineseguiti e finanziati nell'ambito del PIOS 5 (pari al 10% dell'importo dell'appalto, ovvero liquidabile in via equitativa; il cd. danno curriculare, consistente nel pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del "curriculum" professionale (in termini Consiglio di Stato, Sezione IV, 9 giugno 2008 numero 2751)

ammontante: quanto al danno emergente, ad euro 177.720,83 per costi di progettazione ed euro 744.446,68 per spese generali improduttive; quanto al lucro cessante, ad euro 1.250.000; quanto al danno curriculare, ad un importo non inferiore ad euro 500.000; oltre interessi da calcolarsi ai sensi del D. Leg.vo n. 231 del 2002, a seguito dell'instaurazione del giudizio;

6. di conseguenza, andava riformata integralmente anche la statuizione assunta in punto di gravame delle spese di procedura;

concludeva chiedendo, previ eventuale acquisizione documentale ex artt. 210 e 213 C.P.C. nonché espletamento di c.t.u. per la più puntuale stima dei danni verificatisi, **il rigetto dell'impugnazione principale e in accoglimento di quella incidentale la riforma conseguente dell'impugnata pronuncia, con vittoria di spese e competenze del doppio grado del giudizio.**

*

Con atto d'intervento depositato in data 7.7.2014 si costituiva altresì **ITALIANO Lorenzo**, quale già Sindaco *pro tempore* del Comune di Milazzo, deducendo **in adesione al gravame della p.a. ricorrente principale** che:

- la ricostruzione dell'iter storico dei fatti di lite avvenuta nel lodo risultava assai lacunosa e non corretta;
- nel periodo in cui si sarebbe consumato l'illecito precontrattuale ritenuto dal Collegio arbitrale, in conseguenza dell'intervenuta transazione aderita *inter partes* rispetto alla mancata prosecuzione dei lavori di cui alla concessione del 1990, ossia nel biennio tra il giugno del 2004 ed il marzo del 2006, s'erano in realtà succedute due distinte



amministrazioni comunali e la seconda aveva fin dal settembre del 2005 preannunciato al Consorzio concessionario che la delibera n. 297 (con cui la precedente aveva ritenuto di poter far proseguire il precedente affidamento in concessione) sarebbe stata rimossa in autotutela, non risultando esservi continuità alcuna tra le opere affidate in concessione in origine e quelle poi deliberate come occorrenti per la rimessa complessiva in fruizione delle aree tutte d'interesse del Comune di Milazzo;

- il carteggio svoltosi tra la p.a. concedente ed il raggruppamento d'impresе concessionario in dette fasi documentava palesemente la lealtà e correttezza procedimentale nonché l'esattezza delle posizioni assunte dalla prima e la consapevolezza in capo al secondo fin dall'agosto del 2004 delle criticità circa la perseguibilità o meno del rapporto originario e del diverso itinerario verso cui la vicenda di lite sarebbe ragionevolmente evoluta, in conseguenza dell'intervento del nuovo finanziamento regionale per il compimento dei lavori successivamente deliberati (che il concessionario ben sapeva essere, del resto, solo in piccola parte coincidenti con quelli inizialmente affidati e poi non fatti eseguire);
- a febbraio del 2016 (appena otto mesi dopo l'insediamento della nuova giunta di cui l'ITALIANO era sindaco) il parere contrario alla continuità della precedente concessione auspicata dal Consorzio affidatario – tempestivamente comunicato – aveva dunque del tutto legittimamente giustificato il ritiro unilaterale dalla trattativa in corso del Comune concedente e confermato l'anteatta estinzione sostanziale del rapporto formalmente ancora in essere tra questo ed il Consorzio affidatario della precedente concessione, nonché la piena legittimità del nuovo affidamento delle opere così finanziate ad altra impresa;
- se inerzia o trascuratezza colpevoli potevano ravvisarsi, esse al più si sarebbero determinate fino all'aprile del 2005; nel periodo successivo, invece, era del tutto da escludere che l'ATI fosse stato all'oscuro del corso degli eventi in svolgimento e che pertanto potesse continuare a fare affidamento sulla sua designazione quale aggiudicatario in conferma per il nuovo lotto di lavori da eseguirsi in sito;

e concludeva chiedendo in accoglimento dell'impugnazione principale ed in rigetto di quello incidentale **la declaratoria di nullità dell'impugnata pronuncia, con vittoria di spese e competenze di giudizio.**

*

Differito il procedimento dall'udienza di prima comparizione davanti al Collegio del 7.7.2014 a quella del 1.12.2014 e poi (in esito ad ordinanza che in data 5–6.1.2015 accoglieva la proposta istanza d'inibitoria) al 7.12.2015 (per la precisazione delle conclusioni), le parti erano rimesse al prosieguo dapprima (per assenza del relatore) al 23.1.2017, quindi (in virtù dei decreti presidenziali del 18.1.2017 e dell'8.11.2017) alle udienze del 13.11.2017 (non tenutasi) e del 9.7.2018, ove la causa era posta in decisione.

Rimesso il giudizio sul ruolo collegiale con decreto presidenziale del 30.10.2018 (sull'istanza del difensore di parte appellata di discussione orale) per la data del 3.12.2018, ivi il giudizio era nuovamente posto in decisione.

Disposta con ordinanza dell'11–16.1.2019 la rinnovata celebrazione d'udienza collegiale (a causa della mancata comunicazione alla parte appellata del superiore provvedimento presidenziale) per la data dell'8.7.2019, seguiva (in virtù degli ulteriori decreti del 3.7.2019 e del 28.1.2020) il differimento della lite dapprima al 3.2.2020 e poi dal 19.4.2021, dove il giudizio era per la terza volta posto in decisione (senza concessione dei termini di cui all'art. 190 C.P.C., per avervi le parti concordemente rinunciato) ma nuovamente poi rimesso sul ruolo collegiale (con ordinanza del 3.1.2022) per l'udienza dell'11.4.2022, onde far luogo alla disposta sua discussione orale.



Rinviato il procedimento dal decreto presidenziale del 9.4.2022 al 12.9.2022, le parti erano così aggiornate al 26.9.2022, ove, senza alcuna ulteriore attività, previa la sostituzione del consigliere relatore, la causa a seguito della discussione orale delle parti è stata infine posta ex art. 352 comma 4 C.P.C. in decisione, con rinuncia delle parti ai termini per eventuale rinnovato deposito di scritti difensivi.

*

In sede di scritti conclusionali (con atti depositati, rispettivamente, in data 5 e 26.10.2018 dalla difesa di parte ricorrente principale ed in data 8 e 22.10.2018 dalla difesa di parte resistente e ricorrente incidentale), le parti costituite insistevano nelle superiori difese.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Premessi in rito:

- la ritualità dell'instaurazione del contraddittorio (mediante comunicazione del decreto presidenziale del 3.3.2022 eseguita dalla competente Cancelleria in modalità telematica in data 13.7.2022, ore 12:43) rispetto all'udienza di discussione del 12.9.2022;
- l'avvenuto deposito – sia entro sia oltre i termini assegnati dal citato decreto presidenziale – di istanze e note di trattazione scritta ad iniziativa di tutte le parti costituite, rispettivamente, nelle date del 6 e del 9.9.2022

uditi i costituiti procuratori delle parti all'udienza di prosiegua (per la discussione) del 26.9.2022, in cui sono stati rassegnati i rispettivi *petita* e chiesta la decisione della lite;

constatato in fatto che la clausola compromissoria donde il giudizio di prime cure attiene a contratto concessorio stipulato in data 16.11.1991 e poi parzialmente integrato in data 1.10.1999, ma la promozione del giudizio arbitrale è avvenuta successivamente all'entrata in vigore del D. Leg.vo n. 40 del 2006, donde l'applicabilità ad esso delle regole decisorie di cui al testo vigente del codice di rito secondo la riforma dell'arbitrato introdotta con la novella di cui al D. Leg.vo n. 40 del 2.2.2006;

rilevato, in diritto, che in ipotesi – come nel caso oggi in riesame – d'impugnazione del lodo arbitrale per violazione delle regole di diritto consentita dall'art. 829 comma 2 C.P.C. nel testo risultante dalla novella suddetta (che ne ha ristretto significativamente l'ambito di ammissibilità, atteso che la nuova normativa è risultata applicabile dal 2.3.2006, ai sensi dell'art. 27 comma 4, del citato decreto, ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla sua entrata in vigore) va rammentato che:

- l'impugnazione per nullità del *decisum* arbitrale non consiste in un appello, sebbene si applichino ad essa gli istituti e le regole del processo ordinario di cognizione in appello (là dove manchi – in clausola compromissoria – una disciplina specifica “convenzionale” del mezzo d'impugnazione);



- pacificamente in sede di legittimità è riconosciuto, da lungi (da ultimo si v. Cass. Sez. 1^a, ordinanza n. 19602 del 18.9.2020, ribadita in termini dalla successiva conforme della medesima Sezione n. 32838 dell'8.11.2022), che:

“... **nel giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale** – che esige una critica vincolata ed è proponibile entro i limiti stabiliti dall'art. 829 cod. proc. civ. – **vige la regola della specificità della formulazione dei motivi, attesa la sua natura rescindente** e la necessità di consentire al giudice ed alla controparte di verificare se le contestazioni proposte corrispondano esattamente a quelle formulabili alla stregua della suddetta norma ...”;

e che:

“... **l'accertamento dei fatti e la relativa motivazione sono censurabili soltanto per violazione di regole di diritto, sicché non è consentito sindacare la logicità della motivazione, né la valutazione degli elementi probatori operata dagli arbitri nell'accertamento della comune volontà delle parti** (Sez.6, 21/04/2017, n. 10127); la denuncia di nullità del lodo arbitrale postula, **in quanto ancorata agli elementi accertati dagli arbitri, l'esplicita allegazione dell'erroneità del canone di diritto applicato rispetto a tali elementi e 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** (Sez.1, 12/11/2018, n. 28997; Sez.1, 12/09/2014, n. 19324) ...”;

ed ulteriormente che solo nell'eventuale giudizio rescissorio al giudice dell'impugnazione è consentito procedere alla ricostruzione del fatto sulla base delle prove dedotte e con valutazione “rinnovata” nel merito, con l'espressa previsione per cui:

“... il giudizio di impugnazione del lodo arbitrale ha ad oggetto unicamente la verifica della legittimità della decisione resa dagli arbitri, non il riesame delle questioni di merito ad essi sottoposte, sicché **l'accertamento in fatto compiuto dagli arbitri**, quale è quello concernente l'interpretazione del contratto oggetto del contendere, **non è censurabile nel giudizio di impugnazione del lodo, salvo che la motivazione sul punto sia completamente mancante od assolutamente carente** (Sez. 1, n.13511 del 08/06/2007, Rv. 600401 - 01) ...”;

procedendo ordinatamente nell'esame delle questioni dedotte e dato atto della preliminarità di quelle **sub 1.**, osserva il Collegio quanto appresso:

A. con l'impugnazione promossa (dapprima in sede cautelare, poi nel merito) nel 2007 davanti al G.A., il Consorzio odierno resistente e ricorrente incidentale:

nel censurare d'illegittimità la serie procedimentale d'atti e provvedimenti – in parte d'iniziativa del Comune di Milazzo, in parte dell'ente Regione – che aveva condotto all'annullamento in autotutela della delibera n. 297 del 2004, opinando che in virtù di siffatte azioni amministrative vi fossero stati:

- per un verso, un'illecita interferenza da parte dell'ente Regione nella dinamica esecutiva del contratto di concessione d'appalto stipulato nel 1991 tra il raggruppamento d'impresе che rappresentava (in luogo dell'originaria sua capogruppo) e poi integrato nel 1999, in quanto ancora in essere con il Comune di Milazzo, pienamente vigente ed efficace;
- per altro verso, la partecipazione del Comune concedente alla superiore interferenza o, comunque, la successiva unilaterale dismissione da parte di detta p.a. – in conformità a quanto disposto o richiesto dall'ente Regione ovvero, *melius re perpensa*, ritenuto dalla stazione appaltante conforme all'interesse pubblico (con la revoca dell'affidamento dei lavori di pp.uu. ivi individuati) – del rapporto contrattuale in argomento mediante l'emissione d'un provvedimento in autotutela di ritiro della precedente delibera n. 279;

invocava l'annullamento dei detti atti e provvedimenti e, per l'effetto, chiedeva statuirsi:





A.1)

sia l'accertamento della perdurante validità, vigenza ed efficacia degli atti contrattuali richiamati;

A.2)

sia il riconoscimento della piena legittimazione:

- propria, a far valere ed esercitare i diritti soggettivi (contrattuali) quesiti in virtù delle superiori stipulazioni;
- del Comune controparte, a far fronte all'adempimento delle proprie obbligazioni tutte come riconosciute dalla medesima delibera n. 297 quale atto "ricognitivo" dello stato d'esecuzione del rapporto *de quo* e "d'impulso" per il suo naturale compimento (dopo le reiterate sue vicende di sospensione);

A.3)

sia, infine, la condanna al risarcimento dei danni derivati al raggruppamento dalle superiori illegittimità, da disporsi vuoi in forma specifica (mediante realizzazione delle opere *de quibus*) vuoi (in subordine) per equivalente;

B. il Comune convenuto eccepiva il difetto di giurisdizione del G.A., assumendo che la cognizione della vertenza spettasse alla giurisdizione arbitrale (quale prevista *inter partes* in sede d'appalto);

C. l'adito T.A.R., con la sentenza n. 2546 del 2011, riconoscendo la fondatezza dell'eccezione sub B), riteneva ed affermava che la domanda agita (quale *ut supra* sintetizzata) vertesse effettivamente per oggetto e contenuto materia controversa (testualmente: "... la risoluzione di tutte le controversie tra l'Amministrazione del Comune di Milazzo e la concessionaria, sia durante che al termine del contratto, quale che sia la loro natura tecnica, amministrativa e giuridica, che non si è potuta attuare in via amministrativa ...") per cui era pienamente valida ed efficace la clausola compromissoria pattuita in sede di stipulazione d'appalto, donde la necessaria declinatoria della propria giurisdizione in favore di quella arbitrale in ottemperanza al disposto (richiamato *inter partes* quale norma regolatrice della questione di competenza relativa) degli artt. 43 e ss. del capitolato generale d'appalto di cui al D.P.R. n. 1063 del 1962;

incidentalmente si rileva, in proposito, che il Collegio decidente (così opinando):

- riteneva:

expressis verbis, che non rilevasse *contra* l'esclusione della competenza arbitrale prevista in sede di lettera d'invito a licitazione privata dalla p.a. poi appaltante (in quanto non reiterata negli atti procedurali e contrattuali successivi);

implicitamente, che dell'eventuale illegittimità postulata (ove rinnovatamente proposta) il collegio arbitrale potesse in seguito comunque conoscere, ragionevolmente, per i fini e nei limiti d'una disapplicazione incidentale degli atti e provvedimenti prima censurati;

e, per l'effetto:

- dichiarava *tout court* l'inammissibilità davanti a sé dei *petita* azionati;



D. con il successivo atto d'accesso arbitrale donde l'introduzione del giudizio di prime cure, il CCC, richiamata la sequenza storica di cui alla già prospettata *causa petendi* in sede d'esperimento della giurisdizione amministrativa:

D.1)

per un verso, non mutava la propria prospettiva difensiva, là dove assumeva – con il cd. 1° quesito – e denunciava rinnovatamente:

- la perdurante validità ed efficacia del rapporto concessorio anteatto, ai sensi dell'art. 41 della legge regionale n. 7 del 2002 (in quanto derivante da bando pienamente compiuto d'opere ammesse a finanziamento e dalla successiva aggiudicazione del loro affidamento al raggruppamento appaltatore);
- la legittimità, conseguente, degli atti ricognitivi ed attuativi del medesimo (tra cui la concertazione d'intesa per l'avvio del procedimento finalizzato all'ottenimento di nuovo finanziamento regionale delle opere ancora da eseguirsi del luglio del 2003 e la successiva delibera n. 297);
- l'identità tra le opere previste dall'appalto originario e quelle di cui al nuovo finanziamento regionale *in itinere*, nonostante la necessità dell'integrazione delle progettazioni originarie (in quanto dovute non tanto alla diversità d'oggetto delle opere, quanto all'adeguamento alle sopravvenienze normative in tema di tecnica e di sicurezza);
- l'indole sia amministrativamente illegittima sia contrattualmente illecita – e fonte di responsabilità per inadempimento – della complessiva condotta con cui il Comune appaltante, dopo la delibera n. 297 e sia mediante il provvedimento amministrativo di autotutela sia con gli atti a questo propedeutici, in recepimento dei rilievi tecnico-giuridici provenienti dall'istanza regionale aveva mutato avviso e disdettato la proseguibilità del rapporto concessorio in argomento assumendone l'inefficacia o naturale estinzione (nei termini *retro* richiamati in narrativa) da epoca ben precedente la stessa delibera n. 297;

invocando in via principale la tutela risarcitoria in forma specifica ovvero per equivalente già azionata davanti al G.A.;

D.2)

ma, per altro verso, introduceva – con il cd. 2° quesito – un nuovo *thema decidendum* (rispetto a quello sub D.1, reiterativo di quelli sub A), ossia postulava (secondo il dedotto delle pp. 18 e ss. dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale *de quo*):

- come la responsabilità del Comune potesse configurarsi anche altrimenti rispetto al paradigma (assunto in via principale) dell'illecito contrattuale, in caso di suo mancato rilievo (e riconoscimento invece della legittimità formale e sostanziale dell'autotutela esperita dalla p.a. concedente);

e cioè:

- potesse discendere (nel caso di lite) da responsabilità precontrattuale ex artt. 1337 e 1338 C.C., *id est* dalla lesione dell'affidamento ingenerato nel concessionario – circa l'apparenza di continuità del rapporto contrattuale medesimo ben oltre l'epoca della sua stipulazione (1991) e revisione (1999), e comunque anche oltre al giugno del 2004 – con l'invito rivoltogli a partecipare alla progettazione integrativa finalizzata all'erogazione del nuovo finanziamento regionale di cui ai fondi PIOS per il completamento sempre da parte d'esso aggiudicatario delle opere inizialmente affidate ma in parte non eseguite;



affidamento ancor più acquisito e mantenuto "... grazie ad un costante e diligente comportamento ..." d'esso concessionario, in quanto del tutto ottemperante sia alle previsioni di concessione sia alle successive iniziative comunali di cui all'atto di concertazione del 2003 ed a quelle ulteriori presso l'ente Regione, e che avrebbe meritato ben altro epilogo della vicenda amministrativa rispetto a quello poi verificatosi (ossia, avrebbe dovuto far riconoscere da parte della p.a. concedente la maggior coerenza con l'interesse pubblico della prosecuzione del rapporto concessionario precedente non solo in quanto formalmente possibile, ma anche perché – in conformità a quanto auspicato dal concessionario – sostanzialmente più efficiente ed economico, potendo la stazione appaltante giovare dei minori prezzi di cui alla risalente previsione contrattuale del 1991/1999);

E. nella propria difesa, il Comune resistente:

E.1)

assumeva che:

- il giudizio introdotto in sede arbitrale era "... rimasto circoscritto nel perimetro del giudizio avviato in sede amministrativa ..." (e ciò erroneamente, poiché tanto s'affermava trascurando del tutto il rilievo della pretesa dedotta in via subordinata sub D.2);
- rispetto al 1° quesito, sarebbe sopravvenuta carenza d'interesse ad agire – addebitabile alla negligenza della controparte di non aver coltivato in sede di giurisdizione amministrativa alcuna iniziativa tutoria al riguardo – per la mancata successiva impugnazione degli atti provvedimenti e contrattuali donde l'aggiudicazione delle opere rivendicate dal CCC ad altro raggruppamento d'impresе (carenza invece non ravvisabile, in ogni caso, per il *petitum* subordinato di responsabilità precontrattuale accolto in prime cure);

E.2)

nulla eccepiva, né nella prima né nella seconda memoria di costituzione né nella memoria per la data del 23.12.2012, invece, quanto alla conoscibilità da parte del Collegio arbitrale così adito anche della subordinata sub D.2), contestandone anzi il fondamento in fatto ed in diritto (e, quindi, attuando pienamente ed utilmente il contraddittorio sulla stessa) e sostenendo come la tesi avanzata dal CCC fosse smentita:

- dalla parziale diversità delle opere originariamente affidate rispetto a quelle di cui al finanziamento PIOS e dall'ammissione di ciò da parte del concessionario;
- dalla non ultrattività della concessione di cui all'originario affidamento;
- dalla lineare e limpida gestione della fase d'interlocuzione avvenuta tra le parti, per avere la p.a. in assoluta trasparenza costantemente tenuto aggiornato il concessionario dell'emersione progressiva delle circostanze donde, in seguito, il ritiro in autotutela della delibera n. 297 esclusivamente in relazione al preminente interesse pubblico in materia e per aver rifiutato di riceversi la progettazione integrativa pur in origine sollecitata chiarendo espressamente ed inequivocabilmente i giusti ed incontestabili motivi di detto comportamento;

e, dunque, del tutto correttamente interagendo con la controparte nell'intero corso delle fasi succedute all'ultimazione dei lavori (e, con essa, all'esaurimento del contratto originario) verbalizzata nella data del 9.6.2003;

F. il collegio arbitrale, nel rigettare – come già chiarito sub x.1) – la domanda principale sub D.1) e, per assorbimento (secondo il principio della ragione più liquida), le eccezioni oggi, espressamente rinnovatamente azionate sub 1., ha affermato altresì:



**F.1)**

implicitamente:

- la propria competenza a conoscere della materia devolutagli sub D.1) (con ciò condividendo quanto opinato dal G.A. in tema di rilevanza ed efficacia della clausola compromissoria stipulata *inter partes*);
- la propria competenza a conoscere anche della materia devolutagli in subordine sub D.2 (riconoscendo *per facta concludentia*, ossia accogliendo il relativo *petitum*, che l'oggetto del giudizio deferitogli era più ampio di quello prima incoato nella giurisdizione amministrativa);

F.2)

espressamente:

- l'infondatezza nel merito della tesi d'estraneità ai fatti di lite del Comune convenuto, assunta a fondamento (sub 1.1.):

tanto del preteso suo difetto di legittimazione passiva;

quanto del vizio assunto in tema di censurata preterizione dal contraddittorio – sia davanti al G.A sia in sede arbitrale – dell'asserito unico e vero responsabile dell'occorso (*id est*, l'ente Regione);

per le ragioni correttamente richiamate dalla difesa del CCC *retro* sintetizzate sub 4.4.;

- l'ultroneità della cognizione delle rimanenti eccezioni cd. preliminari, in quanto postulanti il riconoscimento d'una ultrattività del rapporto concessorio in realtà non ravvisabile;

sicché è palese come l'**asserito vizio di motivazione (per omessa pronuncia) lamentato** dal Comune odierno ricorrente principale a fondamento delle doglianze tutte **sub 1.** sia **insussistente** e fondata risulti l'inammissibilità dell'impugnazione in proposito dedotta dal Consorzio resistente (per carenza d'interesse all'impugnazione in capo alla detta p.a.);

né a diverso approdo può condurre la circostanza dell'aver il CCC con l'**impugnazione incidentale** contestato **sub 4.1., 4.2. e 4.3.** il rigetto della domanda sub D.1), detta difesa avendo tratto scaturigine da censura delle sole ragioni di merito su cui tale pronuncia è stata fondata e, come tale, essa **pure risultando in toto inammissibile** in questa sede in quanto funzionale ad una non consentita *revisio prioris instantiae*);

G. la decisione arbitrale, a fondamento del rigetto della domanda sub D.1), ha posto quindi la circostanza dell'irrisolubilità in fatto – alla luce della produzione documentale avvenuta – delle questioni inerenti:

l'individuazione dell'effettivo oggetto del contratto d'appalto del 1991 (come integrato dall'atto di sottomissione del 1999);

la coincidenza o meno di detti lavori con quelli di cui alle opere richiamate dalla delibera n. 297 (riconosciuta non verificabile neppure in caso d'espletamento di c.t.u., stante la lacunosità ed equivocità delle locuzioni identificatorie enunciate nei detti titoli e la diversità dei relativi riferimenti progettuali e normativi);

e quindi la non decifrabilità del rilievo ed effetto della delibera n. 297 sulla situazione anteatta (ossia, se questa abbia avuto indole ricognitiva ed integrativa ovvero novatoria rispetto al contratto di concessione già in essere *inter partes*);

e rispetto a tale impianto motivo, si osserva incidentalmente, **le censure d'erroneità mosse dall'impugnazione incidentale va ribadito come non siano conoscibili** da questa Corte nel corrente giudizio, per i principi di diritto che governano il vigente regime dell'impugnazione di lodo rituale di cui s'è detto *retro*;



H. il collegio arbitrale ha di seguito conosciuto anche della subordinata sub D.2 – circostanza, questa su cui si fonda la questione di nullità sub 2. – statuendo nel merito relativo (con accoglimento della domanda in argomento);

ed in proposito questa Corte osserva che:

- in difetto di deduzione in quel giudizio da parte del Comune convenuto d'eccezione d'inammissibilità del superiore *petitum*, per estraneità (o travalicamento) rispetto alla *potestas iudicandi* di cui alla clausola compromissoria, ed in conseguenza del superiore avvenuto radicamento della detta cognizione nel merito va escluso che possa darsi in seguito da ciò materia di vizio *in procedendo* o *in decidendo* rilevabile, sia *ex officio* che a domanda di parte;

sicché il lodo *in parte qua* va riconosciuto (conformemente al *dictum* di cui all'art. 817 comma 3 C.P.C.) immune da rilievi di sorta di tal indole, anche perché non attinto da censura alcuna a tal riguardo (il Comune di Milazzo, ripetesi, ha impugnato di nullità sub 2. Il lodo solo per asserita violazione di riserva di giurisdizione esclusiva al G.A. della materia controversa);

- con la doglianza sub 2., tuttavia, la p.a. ricorrente principale ha in questo giudizio diversamente orientato la propria difesa (rispetto a quanto avvenuto *antea*, come sintetizzato sub E.2):

assumendo che il difetto della giurisdizione arbitrale sarebbe derivato, nel caso di lite, non già dalla limitata estensione originaria della specifica clausola compromissoria vincolante tra le parti e dal conseguente travalicamento del relativo perimetro, bensì dalla riserva di giurisdizione esclusiva in capo al G.A. dell'intera materia relativa, *id est* quella della responsabilità precontrattuale della p.a. (secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 6 del 2005);

ed opinando implicitamente, per l'effetto, l'ammissibilità di detta eccezione in questo grado ai sensi del comma 2 dell'art. 817 (là dove prevede che "... La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile ...");

- in tema, va richiamato quanto da ultimo chiarito da Cass. SS.UU., sentenza n. 23418 del 26/10/2020, secondo cui:

"... L'attività degli arbitri rituali, anche alla stregua della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. n. 25 del 1994 e dal d. lgs. n. 40 del 2006, ha natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, sicché lo stabilire se una controversia spetti alla cognizione dei primi o del secondo si configura come questione di competenza, mentre il sancire se una lite appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile, dà luogo ad una questione di giurisdizione; pertanto la questione circa l'eventuale non compromettibilità ad arbitri della controversia, per essere la stessa riservata alla giurisdizione del giudice amministrativo, integra una questione di giurisdizione che, ove venga in rilievo, il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale è tenuto ad esaminare e decidere anche d'ufficio ...";

sicché questa Corte ha il potere/dovere di conoscere della *quaestio* in argomento, in quanto non preclusa dalla condotta processuale di prime cure della p.a. odierna ricorrente principale ed integrante altresì il fondamento dell'espresso motivo d'impugnazione sub 2.;



- l'avviso del Collegio arbitrale (implicito nel lodo in riesame, per l'avvenuto accoglimento conseguente del relativo *petitum*) per cui esso avrebbe potuto conoscere della materia deferitagli con la domanda subordinata sub D.2), in quanto non riservata alla giurisdizione esclusiva del G.A. ma compromettibile in arbitri, va condiviso e pertanto disattesa anche la doglianza sub 2.;

ed invero:

considerato, in diritto, che secondo l'ultimo insegnamento in materia della Corte di Cassazione (per cui si v. SS.UU., ordinanza n. 13595 del 29/4/2022):

"... In tema di procedure ad evidenza pubblica, la controversia relativa alla responsabilità della P.A. per il danno derivante dalla lesione dell'affidamento del privato nella correttezza dell'azione amministrativa, spetta al giudice ordinario ... laddove a fondamento della domanda risarcitoria sia posta una responsabilità per violazione dei doveri di correttezza e buona fede, senza contestare la legittimità dell'esercizio della funzione pubblica ma la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione, atteso che il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre che la controversia inerisca ad una situazione di potere dell'amministrazione e che la "causa petendi" si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo ...";

e ciò in virtù della seguente, assai articolata e più che condivisibile motivazione:

"... **3.3. La giurisprudenza delle Sezioni Unite, in tema di giurisdizione nelle pretese risarcitorie da lesione dell'affidamento nel rapporto con la pubblica amministrazione.**

Con tre coeve ordinanze (Cass., S.U., nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011) queste Sezioni Unite hanno ritenuto rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario: a) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento favorevole (nella specie, una concessione edilizia) poi legittimamente annullato in via di autotutela (sent. n. 6594/2011); 2) la controversia avente ad oggetto il risarcimento dei danni lamentati per la lesione dell'affidamento riposto nell'attendibilità della attestazione rilasciata dalla pubblica amministrazione (rivelatasi erronea) circa la edificabilità di un'area (chiesta da un privato per valutare la convenienza di acquistare un terreno) e nella legittimità della conseguente concessione edilizia, successivamente annullata (sent. n. 6595/11); 3) la controversia avente ad oggetto la domanda autonoma di risarcimento danni proposta da colui che, avendo ottenuto l'aggiudicazione (definitiva) in una gara per l'appalto di un pubblico servizio, successivamente annullata dal giudice amministrativo, deduca la lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento di aggiudicazione apparentemente legittimo (sent. n. 6596/11).

Alla base delle suddette pronunce è stata decisiva la considerazione che i **privati** che avevano instaurato i giudizi in cui le medesime sono state emesse **non mettevano in discussione l'illegittimità degli atti amministrativi, ampliativi della loro sfera giuridica, annullati in via di autotutela o *ope iudicis*, ma lamentavano la lesione del loro affidamento sulla legittimità degli atti annullati e chiedevano il risarcimento dei danni da loro subiti per aver orientato le proprie scelte negoziali o imprenditoriali confidando, fino all'annullamento di tali atti, nella relativa legittimità. L'esigenza di ottenere il risarcimento era quindi derivata non dall'emanazione di un provvedimento (anzi favorevole per la stessa parte che agiva in giudizio) ma dall'affidamento da esso ingenerato.**

La giurisprudenza successiva è stata ben descritta dalla recente pronuncia n. 8236/2020 di queste Sezioni Unite, con la quale, in giudizio risarcitorio instaurato dinanzi al giudice ordinario da parte di una società che lamentava il comportamento «ondivago» tenuto in relazione alle possibilità edificatorie di un terreno dall'Ente pubblico locale, il quale aveva protratto per anni l'esame della pratica edilizia, in vario modo inducendo a confidare ragionevolmente nel positivo esito della stessa, ha chiarito che rientra nella giurisdizione ordinaria la domanda con cui si chieda il risarcimento del danno a causa di lesione non derivata dalla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo che si estrinseca nel provvedimento, bensì dalla violazione delle regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui si deve uniformare il comportamento dell'amministrazione, regole la cui violazione non dà vita ad invalidità provvedimentoale, ma a responsabilità del tipo contrattuale.

Si è altresì evidenziato che: 1) i principi fissati nelle tre ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011, rese con riferimento alla disciplina dettata dal D. Lgs., n. 80 del 1998, non hanno perso attualità a causa dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo di cui al D. Lgs. n. 104 del 2010, con riferimento sia al disposto dell'art. 7, primo comma, che comunque anche quando la controversia riguarda meri comportamenti postula che si tratti di «comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere» amministrativo, sia all'art. 30, secondo comma, là dove stabilisce che al giudice amministrativo, nei casi di giurisdizione esclusiva, «può altresì essere chiesto il risarcimento del danno da lesione di diritti soggettivi», atteso che il presupposto della giurisdizione del giudice amministrativo, anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, è sempre «che la controversia inerisca ad una situazione di potere



dell'amministrazione» e «che la causa petendi si radichi nelle modalità di esercizio del potere amministrativo»; 2) la **nozione di affidamento presa in considerazione** nelle sentenze coeve del 2011 non è quella, generalmente definita come «affidamento legittimo», la cui forma tipizzata di tutela si rinviene nella disciplina dell'annullamento di ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo dettata dalla L. n. 241 del 1990, art. 21 nonies (comma 1, «per ragioni di interesse pubblico», «ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo»), che «prescinde da considerazioni legate all'elemento soggettivo della condotta dell'amministrazione e delle parti private (colpa, diligenza, buona fede etc.) e si risolve nella verifica della legittimità degli atti formali attraverso cui si esprime il potere discrezionale dell'amministrazione di ponderare l'interesse pubblico alla rimozione di un atto illegittimo con gli interessi privati del beneficiario di tale atto e degli eventuali controinteressati», ma **rappresenta «una situazione autonoma, tutelata in sé, e non nel suo collegamento con l'interesse pubblico, come affidamento incolpevole di natura civilistica, che si sostanzia, secondo una felice sintesi dottrinale, nella fiducia, nella delusione della fiducia e nel danno subito a causa della condotta dettata dalla fiducia mal riposta**; si tratta, in sostanza, di un'aspettativa di coerenza e non contraddittorietà del comportamento dell'amministrazione fondata sulle ... regole di correttezza e buona fede, di diritto privato, cui la pubblica amministrazione si deve uniformare come qualunque altro soggetto», non sulla violazione delle regole di diritto pubblico che disciplinano l'esercizio del potere amministrativo; 3) **la responsabilità che grava sulla pubblica amministrazione** per il danno prodotto al privato, a causa delle violazioni dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa, **non rientra nella responsabilità aquiliana**, che presuppone l'assenza di un rapporto, **ma sorge da «un rapporto tra soggetti – la pubblica amministrazione e il privato che con questa sia entrato in relazione – che nasce prima e a prescindere dal danno e nel cui ambito il privato non può non fare affidamento nella correttezza della pubblica amministrazione»** e «**va ricondotta allo schema della responsabilità relazionale, o da contatto sociale qualificato**, da inquadrare nell'ambito della responsabilità contrattuale; con l'avvertenza che tale inquadramento, come segnalato da autorevole dottrina, non si riferisce al contratto come atto ma al rapporto obbligatorio, pur quando esso non abbia fonte in un contratto»; 4) i principi enunciati dalle ordinanze nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011 valgono quindi non soltanto nel caso di domande di risarcimento del danno da lesione dell'affidamento derivante dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto amministrativo, ma «anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché, in definitiva, il privato abbia riposto il proprio affidamento in un comportamento mero dell'amministrazione», cosicché «il rapporto tra la stessa ed il privato si gioca, allora, interamente sul piano del comportamento ... , nemmeno esistendo un provvedimento a cui astrattamente imputare la lesione di un interesse legittimo».

I principi sono stati successivamente ribaditi (Cass. Sez. U., nn. 19677/2020, 615 e 1778/2021).

In particolare con la pronuncia n. 12428/2021, queste Sezioni Unite hanno affermato che la controversia relativa alla lesione dell'affidamento del privato nell'emanazione di un provvedimento amministrativo a causa di una condotta della pubblica amministrazione che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede (nell'esecuzione di una convenzione urbanistica per la concessione di un diritto di superficie), in quanto concernente diritti soggettivi, può essere risolta mediante arbitrato rituale di diritto, mentre una controversia relativa alla mancata adozione di provvedimenti (nella specie, una variante al Programma di Recupero Urbano e l'approvazione dei progetti per le opere di urbanizzazione) che abbia determinato la non eseguibilità (per pronunciata decadenza) della convenzione urbanistica è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, essendo afferente ad interessi legittimi (precisamente un interesse «pretensivo» all'esercizio del potere amministrativo) e non può essere risolta quindi mediante arbitrato rituale di diritto.

Questa Corte a Sezioni Unite ha, quindi, chiarito, ulteriormente, cosa debba intendersi per comportamento della P.A., soggetto alla normativa civilistica di correttezza: a) esso corrisponde «a **quell'area in cui l'Amministrazione dismette i panni dell'autorità, o perché manchi una norma attributiva del potere**, come nel caso del tempo del procedimento – art. 2 bis, comma 1, della l. 241/1990 (risarcimento del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento) – o perché la stessa Amministrazione assuma una condotta che acquista rilevanza al di là del regime degli atti formali del procedimento amministrativo, entrando in un'area disciplinata dal diritto comune»; b) **la responsabilità relativa della P.A. «non è da procedimento**, che resta regola dell'azione di un'autorità che esercita un potere, **ma da comportamento**», indipendente quindi da una violazione procedimentale, tanto che «potrebbe aversi un comportamento in violazione della regola di responsabilità civile nonostante la validità dell'atto sul piano del diritto pubblico»; c) deve pertanto «**intervenire un quid pluris** rispetto alla mera inerzia o alla mera sequenza di atti formali di cui si compone il procedimento amministrativo», **l'Amministrazione deve avere «dismesso i panni dell'autorità che agisce sulla base di norme di azione per avere assunto dei comportamenti, formali ed informali, eccedenti il significato dell'esercizio fisiologico della funzione amministrativa**, entrando così in una sfera suscettibile di essere apprezzata, alla luce della normativa di correttezza, alla stregua di un comune rapporto paritario», deve avere posto in essere un comportamento «**che abbia indotto il privato a non promuovere le iniziative a tutela del proprio interesse legittimo pretensivo ed a confidare ragionevolmente sul soddisfacimento della sua aspettativa**», non essendo sufficiente «la mera inerzia, suscettibile di essere compulsata nelle forme previste dall'ordinamento, la quale potrebbe pure risultare legittima all'esito dell'eventuale esercizio degli strumenti di tutela, ma contegni positivi, formali ed informali».



Identici principi sono stati riaffermati dalle Sezioni Unite nell'ordinanza n. 7515/2022, resa in sede di regolamento preventivo di giurisdizione in relazione ad un giudizio avviato da un'impresa, aggiudicataria provvisoria di un appalto, volto alla condanna della Regione Veneto, previo accertamento della responsabilità della medesima per comportamenti integranti violazione del legittimo affidamento ingenerato nel privato e contrari ai doveri di buona fede e correttezza (al di fuori di una contestazione della legittimità della comunicazione di avvio del procedimento di rimozione, in autotutela, degli atti di procedura di affidamento e/o di altri atti interlocutori adottati dalla P.A. ad evidenza pubblica).

3.4. La giurisprudenza delle Sezioni Unite con particolare riferimento alla tutela dell'affidamento nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione.

In relazione alle più recenti pronunce, intervenute dopo l'entrata in vigore del d. lgs. 2 luglio 2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo), si rinviene: a) un primo gruppo di decisioni che, interpretando sistematicamente la previsione della giurisdizione esclusiva dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a., affermano che, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto la conclusione di contratti da parte della pubblica amministrazione, spetta al giudice amministrativo la cognizione dei comportamenti e degli atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario, quale giudice dei diritti, nella fase successiva afferente l'esecuzione del rapporto (così, tra le altre, Cass. S.U., ord. 8 luglio 2015, n. 14188, nonché Cass. S.U., 23 luglio 2013, n. 17858 e id., 25 maggio 2018, n. 13191, che hanno affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, la prima, in un caso di mancata stipulazione del contratto imputabile al privato e, le altre due, in casi di mancata stipulazione del contratto di appalto, dopo l'aggiudicazione; nonché Cass. S.U., ord. 29 gennaio 2018, n. 2144 e Cass. S.U., ord. 13 marzo 2020, n. 7219, in casi entrambi riservati alla cognizione del giudice ordinario perché attinenti all'adempimento di obbligazioni successive alla stipulazione del contratto e di fonte contrattuale, ma ai quali la Corte Suprema ha affermato contrapporsi la cognizione del giudice amministrativo per tutta la fase precedente la stipulazione del contratto); b) un altro gruppo di pronunce che, all'opposto, interpretando restrittivamente l'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1 c.p.a., escludono dal suo ambito di applicazione i comportamenti e gli atti che si collocano nella cd. fase intermedia tra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, reputando che, in tale fase, il riparto di giurisdizione vada effettuato secondo la regola generale fissata dall'art. 7, comma 1 e 4, c.p.a. e attribuendo quindi alla cognizione del giudice amministrativo soltanto le controversie nelle quali si faccia questione di interessi legittimi (così Cass. S.U., ord., 4 luglio 2017, n. 16419 e id., 17 dicembre 2020, n. 28979, che hanno affermato la giurisdizione del giudice ordinario in controversie risarcitorie introdotte rispettivamente dalla pubblica amministrazione per responsabilità precontrattuale del privato affidatario, «per condotte fraudolente che avevano cagionato grave ritardo nell'affidamento definitivo e nell'esecuzione dei lavori», e da quest'ultimo per responsabilità della P.A. per lesione dell'affidamento riposto nella legittimità degli atti di gara, poi revocati o annullati; Cass. 15640/2017, con la quale si è affermato la giurisdizione del giudice ordinario in relazione ai danni subiti dall'aggiudicatario in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva da parte del giudice amministrativo; Cass. S.U. 5 ottobre 2018, n. 24411, che ha ritenuto vertente in materia di diritti soggettivi, quindi rientrante nella giurisdizione ordinaria, la controversia avente ad oggetto un provvedimento di «decadenza dall'aggiudicazione» – non di revoca – adottato dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione definitiva, momento conclusivo del procedimento amministrativo finalizzato all'affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, nella vigenza dell'art.11 d.lgs. 163/2006, e prima della stipulazione del contratto, in quanto intervenuto in relazione ad «un'anticipata esecuzione del contratto», in assenza di poteri autoritativi, affermando sussistere, invece, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nella fase antecedente, dall'avvio della procedura di affidamento dei lavori sino all'adozione dell'aggiudicazione definitiva efficace; di recente, Cass. S.U., ord., 17 giugno 2021, n. 17329, che ha affermato la giurisdizione del giudice ordinario relativamente alla domanda risarcitoria della stazione appaltante, solo «occasionata dalla procedura di evidenza pubblica», conseguente alla violazione dell'obbligo di rinnovare la polizza fideiussoria scaduta prima dell'aggiudicazione definitiva e della stipulazione del contratto, in una fase definita «prodromica a quella amministrativa o *lato sensu* precontrattuale »).

Queste ultime decisioni sono espressione di un indirizzo, esplicitato nella sentenza n. 24411/2018, che intende superare la diversa ricostruzione dei rapporti tra le giurisdizioni in materia di pubblici appalti in passato seguita in via prevalente dalla stessa Corte di Cassazione.

Invero, era prevalso un modello ricostruttivo della fase compresa fra l'aggiudicazione e la stipulazione del contratto, considerata a valenza «pubblicistica», in termini tali da ricomprendere nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie risarcitorie da responsabilità, appunto, precontrattuale in materia di appalti pubblici (da ultimo, si veda, in tal senso, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2017, n. 13454, che richiama altri precedenti che fecero quell'affermazione, reputata espressione di un «vasto orientamento delle Sezioni Unite in materia di appalti pubblici»: Cass. S.U. 27 febbraio 2007, n. 4425 e id., 4 febbraio 2009, n. 2634, tra le altre).

Il nuovo indirizzo espresso dalle Sezioni Unite concerne proprio gli atti e i comportamenti compiuti nello spazio giuridico interinale che segue l'aggiudicazione e precede il contratto.

3.5. La giurisprudenza del Consiglio di Stato.

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza n. 20 del 29/11/2021, pronunciando su alcune questioni in materia di responsabilità della pubblica amministrazione per l'affidamento suscitato nel destinatario di un provvedimento ampliativo (un permesso di costruire) illegittimamente emanato e poi annullato, ha ritenuto



sussistere la giurisdizione amministrativa tanto sulle domande aventi ad oggetto le conseguenze risarcitorie dell'annullamento di un atto amministrativo, in sede di giurisdizione generale di legittimità, in base all'art. 7, comma 1, c.p.a. (che include nella stessa i «comportamenti riconducibili anche mediamente all'esercizio di tale potere, posti in essere da pubbliche amministrazioni»), quanto nel caso in cui la domanda risarcitoria sia proposta dal controinteressato soccombente in un giudizio di annullamento di provvedimenti della pubblica amministrazione nella materia «urbanistica e edilizia, concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio», devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), del codice del processo amministrativo, che si manifesta proprio «attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela», anche dei diritti soggettivi, oltre che dell'affidamento sulla legittimità dei provvedimenti emessi dall'amministrazione. L'Adunanza Plenaria ha evidenziato, in particolare, che: a) rispetto alla dicotomia interessi legittimi-diritti soggettivi, **l'affidamento «non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi», trattandosi di un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata; b) nell'ambito del diritto amministrativo, esso «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» ovvero l'«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima; c) **la giurisdizione amministrativa va affermata quando l'affidamento abbia, per l'appunto, ad oggetto «la stabilità del rapporto amministrativo, costituito sulla base di un atto di esercizio di un potere pubblico, e a fortiori quando questo atto afferisca ad una materia di giurisdizione esclusiva» perché la «fiducia» su cui riposava la relazione giuridica tra amministrazione e privato, asseritamente lesa, si riferisce «non già ad un comportamento privato o materiale - a un "mero comportamento" - ma al potere pubblico, nell'esercizio del quale l'amministrazione è tenuta ad osservare le regole speciali che connotano il suo agire autoritativo e al quale si contrappongono situazioni soggettive del privato aventi la consistenza di interesse legittimo»; d) la giurisdizione è devoluta al giudice ordinario solo a fronte di comportamenti «meri», non riconducibili al pubblico potere, a fronte dei quali le contrapposte situazioni giuridiche dei privati hanno consistenza di diritto soggettivo, non anche là dove si agisca per i danni conseguenti all'annullamento del provvedimento favorevole, che non può essere «degradato a mero fatto»; e) non è possibile, nel definire il riparto di giurisdizione, circoscrivere la rilevanza dei doveri di correttezza e buona fede al «diritto comune», dal momento che gli stessi sono ormai, invece, propri sia del diritto civile sia del diritto amministrativo [richiamandosi la regola, che trae fondamento nei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, ai sensi dell'art. 97, comma 2, Cost., dettata, ora, all'art. 1, comma 2-bis, della legge 7 agosto 1990, n. 241, («i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede»), comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera a), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale, convertito, con modificazioni, con legge 11 settembre 2020, n. 120], ovverosia tanto ai rapporti paritetici di diritto soggettivo quanto a quelli originati dall'esistenza e dall'esercizio in concreto del pubblico potere, e quindi «la mancata osservanza del dovere di correttezza da parte dell'amministrazione in violazione del principio di affidamento può determinare una lesione della situazione soggettiva del privato che afferisce pur sempre all'esercizio del potere pubblico, si manifesti esso con un provvedimento tipico o con un comportamento pur sempre tenuto nell'esercizio di quel potere, e la cui natura quindi resta "qualificata" dall'inerenza al pubblico potere».****

In altra sentenza n. 21 del 29/11/2021, l'Adunanza Plenaria ha specificamente definito i limiti entro cui può essere riconosciuto dal giudice amministrativo, il risarcimento per lesione dell'affidamento, con particolare riguardo all'ipotesi di aggiudicazione definitiva di appalto di lavori, servizi o forniture, successivamente revocata a seguito di una pronuncia giudiziale, sempre ribadendo che **l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa», che, pur sorto nei rapporti di diritto civile, con lo scopo di tutelare la buona fede ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata, è ormai considerato «canone ordinatore anche dei comportamenti delle parti coinvolte nei rapporti di diritto amministrativo, ovvero quelli che si instaurano nell'esercizio del potere pubblico, sia nel corso del procedimento amministrativo sia dopo che sia stato emanato il provvedimento conclusivo».**

Tale definizione dei limiti dell'affidamento del privato «sul legittimo esercizio del potere pubblico e sull'operato dell'amministrazione conforme ai principi di correttezza e buona fede» è stata ribadita anche nella sentenza n. 19 adottata dall'Adunanza Plenaria nella stessa udienza del 29/11/2021, con la precisazione che **esso può configurarsi non solo per «comportamenti contrari a canoni di origine civilistica ma anche per il caso di provvedimento favorevole annullato su ricorso giurisdizionale di terzi», caso diverso (ai fini della definizione della non colpevolezza dell'affidamento del privato) rispetto a quello in cui l'annullamento sia stato disposto d'ufficio dall'amministrazione in sede di autotutela.**

Con riguardo, poi, alle procedure ad evidenza pubblica, ex art. 133, comma 1, lett. e) n. 1, c.p.a., il Consiglio di Stato afferma, con orientamento maggioritario, che rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia le controversie che attengono ad atti che, pur collocandosi dopo l'aggiudicazione, riguardano comunque ancora la procedura di affidamento, nel senso che ne determinano le sorti o incidono sull'individuazione del contraente e



comunque sono originate dall'adozione o dalla caducazione di provvedimenti amministrativi, sia le **controversie risarcitorie, in relazione ad «atti o comportamenti», anche se concernono ipotesi di responsabilità precontrattuale della P.A., originate da violazione delle regole di correttezza e buona fede e dalla lesione del legittimo affidamento del privato, ovvero ipotesi di cd. responsabilità precontrattuale di quest'ultimo quando la mancata stipulazione del contratto sia imputabile al privato** aggiudicatario. Si afferma la giurisdizione esclusiva, estesa quindi anche a posizioni di diritto soggettivo, **in quanto anche tale sub-fase (quella tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto di appalto) ha carattere pubblicistico, essendo «ancora esposta all'esercizio di poteri autoritativi di controllo e di eventuale autotutela della stazione appaltante» (Cons. St., Sez. V, n. 5498/2019; Cons. St., Sez. V, n. 7217/2011)**. Come il giudice amministrativo «conosce dei provvedimenti amministrativi successivi all'aggiudicazione, costituenti un proseguimento della fase pubblicistica della procedura (adottati in funzione di revisione o di riesame in autotutela ovvero di verifica della correttezza dell'aggiudicazione e dell'affidabilità dell'aggiudicatario funzionale alla stipulazione del contratto), la sua giurisdizione esclusiva include le controversie risarcitorie (attinenti indifferentemente alla lesione di diritti soggettivi o di interessi legittimi), la cui instaurazione trova fondamento e ragion d'essere nell'adozione o nella caducazione di detti atti» (Cons. St. n. 7217 cit.) ...»;

in fatto è da constatare che:

la scaturigine del danno lamentato con la subordinata dal CCC è stata indicata (dalla difesa della società suddetta, allora attrice presso il Collegio arbitrale che ne ha recepito la tesi) nella lesione dell'affidamento che essa avrebbe riposto circa il buon seguito di quanto statuito con la delibera n. 297;

e ciò poiché con tale delibera, che interveniva nel contesto di:

- un contratto di concessione di appalto risalente al 1991, integrato nel 1999 ed ancora formalmente in essere alla detta epoca;
- un protocollo d'intesa del 2003, con cui, ad ultimazione avvenuta solo di parte delle opere aggiudicate (per esaurimento dei finanziamenti inizialmente assentiti), le parti si promettevano reciprocamente cooperazione per conseguire il loro rifinanziamento ed il raggruppamento assumeva l'impegno – richiestogli dal Sindaco *pro tempore* – di consegnare gli elaborati progettuali necessari a ciò;

la stazione appaltante, nel dare atto che:

- la realizzazione effettiva delle opere mancanti per l'esatto adempimento dei lavori aggiudicati ed affidati (*id est*, quelli del cd. I lotto) sarebbe stata comunque condizionata al loro nuovo finanziamento; la cooperazione di cui al superiore protocollo d'intesa aveva avuto pienamente luogo da parte del raggruppamento;
- si era in attesa di risposta da parte dell'ente finanziatore;

aveva ritenuto (esercitando in proposito dei propri poteri autoritativi, come in seguito altrettanto avveniva mediante il suo ritiro in autotutela) che:

“... risponde all'interesse pubblico che i lavori oggetto dell'appalto siano ultimati in continuità dalla concessionaria anche in riferimento all'avvenuta progettazione da essa redatta e che costituisce oggetto della concessione ...”;

deliberando:

“... che il raggruppamento provveda agli adeguamenti progettuali e all'aggiornamento dei lavori di cui al I lotto esecutivi del progetto approvato per i lavori di fruizione del castello di Milazzo nel limite dei finanziamenti suppletivi assentiti ed in corso di assentimento ... Il direttore dei lavori in collaborazione con il competente ufficio comunale è incaricato di predisporre i -conseguenziali atti di sottomissione per la sottoscrizione da parte del raggruppamento prevedendo che le opere realizzande siano così ultimabili nella loro funzionalità e fruibilità in tempi contrattualmente certi. Le opere ricomprese nel progetto del primo lotto funzionale dei lavori che non costituiscono oggetto delle



richieste di finanziamento avanzate come in premessa non potranno in alcun caso essere successivamente realizzate in esecuzione dell'appalto in concessione affidato con delibera del consiglio comunale di Milazzo numero 291 del 18 dicembre 1990 ... contratto che al compimento degli interventi di cui ai finanziamenti in corso di ottenimento è pertanto da intendere concluso e risolto ad ogni effetto. Per quant'altro restano confermati ed efficaci i patti e le condizioni di cui al contratto di concessione tra il comune di Milazzo ed il raggruppamento ... come vigente...”;

e così, ad un tempo:

dichiarando la continuità di vigenza ed efficacia della precedente concessione d'appalto (con atto ricognitivo dei rispettivi obblighi contrattuali);

promuovendo un nuovo procedimento di finanziamento delle opere non ultimate;

nonché condizionando al suo conseguimento la ripresa dei lavori – per la loro ultimazione – da parte del raggruppamento che aveva testé riconosciuto ancora quale appaltatore a ciò legittimato;

ma tale buon esito non si produceva, a causa del ripensamento sul punto dello stesso Comune *ut supra* deliberante e del ritiro in autotutela – dopo il complesso itinerario descritto in narrativa – di tale suo precedente deliberato (in principio impugnato davanti al G.A., poi nuovamente impugnato – a fini di sua disapplicazione incidentale – davanti al Collegio arbitrale e tuttavia, da ultimo, con la domanda subordinata in argomento più non contestato nella sua legittimità e correttezza, sebbene individuato quale condotta concorrente a determinare l'effetto lesivo dell'affidamento riposto dal CCC sull'apparente legittimità dell'atto poi annullato);

sicché:

se è vero, ripetesi, che nella domanda principale si era assunto che il danno fosse stato cagionato non già dalla delibera n. 297 (perché atto a sé favorevole, ossia ampliativo delle sue prerogative contrattuali originarie) bensì dall'ipotizzata illegittimità della delibera di ritiro in autotutela; vero è pure che nella *causa petendi* della subordinata, abbandonando la prima tesi (con prospettazione “alternativa” alla precedente, ma processualmente lecita, anche onde evitare un successivo separato giudizio in tema nel caso di rigetto – come avvenuto – del *petitum* principale), il raggruppamento aveva spostato la propria censura altrove, non chiedendo di far ritenere la delibera n. 297 illegittima ma solo d'individuare in essa l'ultimo stadio d'una fattispecie complessa sorta ben prima (e di cui il provvedimento amministrativo d'annullamento costituiva solo l'epilogo);

e non essendovi materia riservata pertanto alla giurisdizione esclusiva del G.A., nulla ostava alla cognizione del merito da parte dell'adito Collegio arbitrale.

Dell'esito nel merito di questa cognizione, d'altra parte, questa Corte non può conoscere risultando inammissibile – come già assunto per l'impugnazione incidentale – il motivo di gravame articolato sub 3.

*

Ritiene così conclusivamente questa Corte che sia l'impugnazione principale sia quella incidentale vadano disattese, la prima in parte per infondatezza ed in parte per inammissibilità e la seconda per inammissibilità.

*



Consegue al superiore epilogo processuale evidente ragione di compensazione integrale tra le parti delle spese di lite del corrente giudizio.

*

A termini dell'art. 13 del T.U. n. 115 del 30.5.2002 e modif succ. (ed in particolare in riferimento a quella dettata dall'art. 17 della legge n. 228 del 24.12.2012, cd. "di stabilità" per l'anno 2013), secondo cui "... quando l'impugnazione, anche incidentale, è respinta integralmente o è dichiarata inammissibile o improcedibile, la parte che l'ha proposta è tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, principale o incidentale, a norma del comma 1 bis ...", questa Corte "... dà atto ... della sussistenza dei presupposti di cui al periodo precedente ...", con l'avvertenza per cui "... l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito dello stesso ..." (disposizione che si applica ai procedimenti iniziati dal 31 gennaio 2013, trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di stabilità suddetta).

E ciò in ossequio ai principi di diritto enunciati da Cass. SS.UU., sentenza n. 4315 del 20/2/2020 (ribaditi dalla Sez. 6-1, ordinanza n. 4731 del 22/2/2021), secondo cui:

"... in ordine alla norma di cui all'art. 13, comma 1-quater, T.U.S.G., vanno enunciati – ai sensi 40 dell'art. 384, primo comma, cod. proc. civ. – i seguenti principi di diritto:

- «L'ulteriore importo del contributo unificato che la parte impugnante è obbligata a versare, allorché ricorrano i presupposti di cui all'art. 13, comma 1-quater, T.U.S.G., ha natura di debito tributario; pertanto, la questione circa la sua debenza è estranea alla cognizione della giurisdizione civile ordinaria, spettando invece alla giurisdizione del giudice tributario»;

- «La debenza di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione è normativamente condizionata a "due presupposti", il primo dei quali – di natura processuale – è costituito dall'aver il giudice adottato una pronuncia di integrale rigetto o di inammissibilità o di improcedibilità dell'impugnazione, mentre il secondo – appartenente al diritto sostanziale tributario – consiste nella sussistenza dell'obbligo della parte che ha proposto impugnazione di versare il contributo unificato iniziale con riguardo al momento dell'iscrizione della causa a ruolo. L'attestazione del giudice dell'impugnazione, ai sensi all'art. 13, comma 1-quater, secondo periodo, T.U.S.G., riguarda solo la sussistenza del primo presupposto, mentre spetta all'amministrazione giudiziaria accertare la sussistenza del secondo»;

- «Il giudice dell'impugnazione non è tenuto a dare atto della non sussistenza dei presupposti per il raddoppio del contributo unificato quando il tipo di pronuncia non è inquadrabile nei tipi previsti dalla norma (pronuncia di integrale rigetto o di inammissibilità o di improcedibilità dell'impugnazione), dovendo invece rendere l'attestazione di cui all'art. 13, comma 1-quater, T.U.S.G., solo quando tali presupposti sussistono»;

- «Poiché l'obbligo di versare un importo "ulteriore" del contributo unificato è normativamente dipendente – ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, T.U.S.G. – dalla sussistenza dell'obbligo della parte impugnante di versare il contributo unificato iniziale, ben può il giudice dell'impugnazione attestare la sussistenza dei presupposti processuali per il versamento del doppio contributo, condizionandone la effettiva debenza alla sussistenza dell'obbligo di versare il contributo unificato iniziale»;

- «**Il giudice dell'impugnazione, ogni volta che pronunci l'integrale rigetto o l'inammissibilità o la improcedibilità dell'impugnazione, deve dare atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento di un ulteriore importo del contributo unificato anche nel caso in cui quest'ultimo non sia stato inizialmente versato per una causa suscettibile di venir meno (come nel caso di ammissione della parte al patrocinio a spese dello Stato);** mentre può esimersi dalla suddetta attestazione quando la debenza del contributo unificato iniziale sia esclusa dalla legge in modo assoluto e definitivo» ...".

P. Q. M.

La Corte d'Appello di Messina, Sezione Prima Civile, uditi i procuratori delle parti costituite, disattesa ogni contraria istanza, difesa ed eccezione;



definitivamente pronunciando sull'impugnazione proposta con atto notificato in data 20.11.2013 avverso il lodo emesso in data 14.5.2013 nel procedimento già iscritto al n. 33/2013 R.G. Lodi RGAC;

impugnazione proposta da:

Comune di Milazzo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

nei confronti di:

CCC Consorzio Cooperative Costruzioni–Soc. Cooperativa, in proprio e n.q. di capogruppo del R.T.I. con FAGO S.R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*;

nonché sull'impugnazione incidentale proposto con atto depositato in data 9.6.2014 dalla società resistente;

così provvede:

- 1) dichiara inammissibile e rigetta, come in motivazione specificato, sia l'impugnazione principale sia quella incidentale e conferma l'impugnato lodo;
- 2) dichiara integralmente compensate *inter partes* le spese del presente giudizio;
- 3) dà atto che sia la parte impugnante principale sia quella impugnante incidentale, in quanto soccombenti *ut supra*, sono tenute a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione, con avvertenza per cui "... l'obbligo di pagamento sorge al momento del deposito ..." della presente pronuncia.

Così deciso nella camera di consiglio (da remoto) della Sezione Prima Civile, il giorno 22.12.2022

Il Presidente estensore
(dott. Augusto SABATINI)

Arbitrato in Italia

