29188120

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SESTA SEZIONE CIVILE - 1

Oggetto

ARBITRATO LODO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. MASSIMO FERRO - Presidente -

Dott. GIULIA IOFRIDA - Consigliere -

Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE - Rel. Consigliere -

Dott. PAOLA VELLA - Consigliere -

Dott. MASSIMO FALABELLA - Consigliere -

Ud. 17/11/2020 CC

R.G.N. 3754/2019

Cron. 29188

Rep.

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

C.V. + e.l.

sul ricorso 3754-2019 proposto da:

COMUNE DI (omissis), in persona del Sindaco pro tempore, elettivamente domiciliato in (omissis) (omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis) (omissis), rappresentato e difeso dall'avvocato (omissis) (omissis);

- ricorrente -

contro

(omissis) GMBH, in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in (omissis) (omissis), presso lo studio dell'avvocato (omissis) (omissis), rappresentata e difesa dall'avvocato (omissis) (omissis);

- controricorrente -

6233

avverso la sentenza n. 4842/2018 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 12/11/2018;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 17/11/2020 dal Consigliere Relatore Dott. ANTONIO PIETRO LAMORGESE.

FATTI DI CAUSA

La società (omissis) GMBH instaurava un giudizio arbitrale, in forza di una clausola compromissoria contenuta nel "Memorandum d'Intesa" sottoscritto con il Comune di (omissis) (omissis) il 19 gennaio 2013, avente ad oggetto la realizzazione, il finanziamento e la gestione di un sistema comunale di auto-compostaggio di rifiuti organici, lamentando che, con delibera consiliare n. 22 del 10 giugno 2014, ex art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990, il Comune aveva revocato la precedente delibera di manifestazione di parere favorevole alla realizzazione dell'impianto. La società chiedeva in sede arbitrale di accertare la natura contrattuale del Memorandum e l'inadempimento o la responsabilità precontrattuale del Comune per ingiustificato recesso dalle trattative e di condannarlo al risarcimento del danno.

L'Arbitro unico condannava il Comune a pagare € 164000,00, a titolo di responsabilità precontrattuale.

L'impugnazione proposta dal Comune veniva rigettata dalla Corte d'appello di Milano, con sentenza del 12 novembre 2008. Per quanto ancora interessa, la Corte rigettava il motivo di nullità del lodo per invalidità della clausola compromissoria sotto il profilo della non arbitrabilità della controversia, in quanto involgente interessi legittimi, rilevando che, in base al petitum sostanziale, l'interesse dedotto in causa era di diritto soggettivo e non di interesse legittimo, avendo l'amministrazione comunale instaurato una trattativa in posizione

paritetica con il privato, prescindendo dalla pur necessaria procedura di evidenza pubblica, per violazione delle regole di buona fede e lesione dell'affidamento; inoltre dichiarava inammissibile il motivo deducente la nullità della clausola compromissoria che prevedeva la non impugnabilità del lodo per violazione dell'art. 48 della legge n. 134 del 2012.

Avverso questa sentenza il Comune di (omissis) propone ricorso per cassazione, resistito da (omissis) Le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione dell'art. 12 c.p.a., per avere rigettato il motivo di impugnazione con il quale il Comune di (omissis) aveva dedotto che l'interesse azionato da Methapower aveva natura di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, senza tuttavia considerare che la posizione del privato a fronte dell'esercizio del potere di autotutela, insito nella delibera consiliare n. 22 del 2014, doveva essere qualificata come interesse legittimo, con conseguente non arbitrabilità della lite.

Il motivo è infondato.

Esso non considera, infatti, che la natura della situazione giuridica fatta valere dalla (omissis) , in base al criterio del *petitum* sostanziale, è di diritto soggettivo, non a fronte – come implicitamente ma erroneamente ritenuto dal ricorrente – della menzionata (e non impugnata) delibera consiliare con la quale il Comune aveva revocato la precedente delibera di manifestazione di parere favorevole alla realizzazione dell'impianto, ma in ragione del comportamento (giudicato dagli arbitri) contrario a buona fede dello stesso Comune per avere arbitrariamente coinvolto la società in una trattativa su un piano paritetico, al di fuori della necessaria procedura di evidenza

pubblica, creando un ingiustificato affidamento, poi frustrato dai pur legittimi provvedimenti assunti.

L'inerenza della controversia a interessi legittimi, ai fini della esclusione della arbitrabilità della lite e del radicamento della giurisdizione del giudice amministrativo, in tema di responsabilità precontrattuale, presuppone, pur sempre, l'esercizio del potere amministrativo che non può configurarsi al di fuori del procedimento amministrativo di evidenza pubblica (art. 133, comma 1, lett. *e*, n. 1, c.p.a.), al quale lo stesso Comune si è sottratto, instaurando una trattativa di diritto privato.

Deve farsi applicazione del principio secondo cui la domanda di risarcimento del danno da responsabilità precontrattuale, proposta da o nei confronti di una P.A., in qualità di stazione appaltante, in tema di affidamento di lavori o servizi pubblici, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, quando la contestazione – come nella specie – non abbia ad oggetto direttamente la fase pubblicistica della gara ma quella prodromica, deducendosi la violazione degli obblighi di buona fede e correttezza nel corso delle trattative (Cass. SU n. 16419 del 2017).

Quest'orientamento ha trovato indiretta ma sicura conferma nella sentenza delle Sezioni Unite n. 8236 del 2020, la quale ha osservato che la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la pubblica amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione) inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., e ciò non solo nel caso in cui tale danno

derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo (v. SU n. 17586 del 2015, n. 6596 del 2011), ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'amministrazione.

Ne consegue che, essendo la controversia suscettibile di essere decisa in sede arbitrale, il motivo è infondato.

Il secondo motivo denuncia violazione dell'art. 48 d.l. m. 83 del 2012, conv. in legge n. 134 del 2012 (che consente, nelle controversie inerenti o connesse a lavori pubblici, forniture e servizi, l'impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia) per avere ritenuto che il Comune di (omissis) avesse inteso chiedere una nuova valutazione di merito, mentre aveva dedotto la violazione degli artt. 1227 e 1337 c.c. da parte degli arbitri e l'errore di diritto in cui era incorsa la Corte territoriale per non avere valutato le legittime ragioni di interruzione delle trattative da parte del Comune e il concorso della (omissis) nella causazione del danno.

Il motivo è inammissibile.

La questione relativa alla asserita violazione dell'art. 48 poc'anzi citato è ininfluente. Ed infatti la sentenza impugnata ha esaminato il motivo di impugnazione concernente la violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, seppure in concreto con un esito decisorio diverso da quello auspicato dal ricorrente, avendo la Corte territoriale osservato che "con il motivo in esame il Comune richiede una nuova valutazione del merito che in sede rescindente non è consentita", cioè "vorrebbe che la Corte procedesse ad una nuova valutazione delle prove raccolte al fine di pervenire ad una conclusione opposta a quella cui è pervenuto l'Arbitro... al fine di decidere che

nessuna responsabilità è imputabile al Comune per essere invece responsabile (omissis) ".

Tanto premesso, le censure proposte in questa sede consistono nel riassunto delle censure già prospettate nel giudizio di impugnazione e impropriamente si rivolgono direttamente alla pronuncia arbitrale, mentre il sindacato di legittimità va condotto esclusivamente rispetto alla decisione emessa nel giudizio di impugnazione, attraverso il riscontro della conformità a legge della sentenza che ha deciso sull'impugnazione del lodo.

Il motivo è diretto a sollecitare un riesame, ancor più improprio in sede di legittimità, delle valutazioni di fatto operate dagli arbitri, a proposito dei profili fattuali concretamente inerenti al comportamento del Comune, alla sua coerenza con il principio di buona fede e al concorso di colpa del danneggiato.

Il ricorso è rigettato. Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso, condanna il ricorrente alle spese, liquidate in € 5600,00, di cui € 100,00 per esborsi.

Dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte del ricorrente, ai sensi dell'art. 13, comma 1 *quater*, del dPR n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della legge n. 228 del 2012, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato, in misura pari a quello, ove dovuto, per il ricorso, a norma del comma 1 *bis* dello stesso art. 13.

Roma, 17 novembre 2020

Il Presidente

Il Funzionario Giudiziario
Patrizia Curra

Depositata in Cancelleria
Oggi 21 DIC. 2020
Il Funzionario Giudiziario
Patrizia Curra